



Посібник для юристів в Україні

*Забезпечення справедливого судового розгляду справ,
пов'язаних із конфліктом*

Переклад з англійської Галини Сташків



Львів
Літопис
2025

Посібник для юристів в Україні. Забезпечення справедливого судового розгляду справ, пов'язаних із конфліктом / переклала з англійської Галина Сташків. – Львів : Літопис, 2025. – 114 с.

Цей посібник розроблено Інститутом Т. М. К. Ассера для українських юристів, які займаються справами, пов'язаними з конфліктом, задля забезпечення дотримання стандартів справедливого судочинства. Автори акцентують на важливості розуміння конституційного та процесуального законодавства України, а також міжнародного (та європейського) права у сфері прав людини, гуманітарного і кримінального права. Навіть з урахуванням відступів України від окремих зобов'язань за договорами щодо прав людини на час конфлікту, певні елементи права на справедливий суд потрібно неодмінно забезпечувати.

У «Посібнику» описано основні аспекти забезпечення справедливості судового розгляду справ, пов'язаних із конфліктом. Зокрема, у ньому йдеться про дотримання принципу презумпції невинуватості та прав на захист, гарантування незалежності та безсторонності суду, сприяння змагальності провадження, повагу до прав осіб під час досудового розслідування і тримання під вартою, питання тривалості судових процесів, належний підхід до доказів і розгляд справ за спеціальною процедурою (*in absentia*).

«Посібник» містить рекомендації щодо змін до законодавства задля його узгодження з міжнародними стандартами, але водночас демонструє, як фахівці-практики уже тепер можуть використовувати чинні законодавчі рамки для розвитку практики.

Ключові слова: міжнародне кримінальне право, право прав людини, справедливий судовий розгляд, кримінальне право, Україна.

Зміст

Передмова	7
Як користуватися цим «Посібником»	9
 Розділ 1. Акти національного, міжнародного і європейського права, що регулюють дотримання вимог права на справедливий судовий розгляд в Україні ...	11
1.1. Українське законодавство	12
1.2. Міжнародне та європейське право прав людини	13
1.3. Міжнародне гуманітарне право	14
1.4. Міжнародне кримінальне право	15
1.5. Наслідки відступів України від договорів про права людини під час поточного конфлікту	16
1.6. Застосування міжнародного і європейського права та судової практики на національному рівні	18
1.7. Подальші міркування для практиків щодо застосування стандартів справедливого судового розгляду	19
1.7.1. Роль Конституційного Суду України	19
1.7.2. Перевірка і забезпечення виконання рішень ЄСПЛ	21
1.7.3. Контроль з боку Європейської комісії	22
1.7.4. Комплементарність	22
 Розділ 2. Застосування матеріального права щодо злочинів, пов'язаних з конфліктом, відповідно до принципу законності	24
2.1. Сфера застосування	26
2.2. Справи, пов'язані з конфліктом, в Україні: матеріальне право і принцип законності	26
2.3. Застосування міжнародного права для забезпечення визначеності/тлумачення національного законодавства	28
2.4. Позиція міжнародного та європейського права щодо зворотної дії в часі норм кримінального права	29
 Розділ 3. Забезпечення дотримання принципу презумпції невинуватості	32
3.1. Доведення поза розумним сумнівом	34
3.2. Публічні заяви з твердженнями про винуватість обвинуваченого	35
3.3. Дії захисника під час судового провадження	37
3.4. Дії суддів під час судового провадження	38

Розділ 4. Суди, судді та рішення.	39
4.1. Незалежний і безсторонній суд, встановлений законом.	41
4.1.1. Об'єктивні та суб'єктивні елементи безсторонності	41
4.1.2. Особисті знання і публічні заяви	42
4.1.3. Незалежність і безсторонність: українські процедура і практика	42
4.2. Публічність і прозорість провадження	43
4.2.1. Право на публічні слухання	43
4.2.2. Публічне проголошення судових рішень	45
4.3. Право на вмотивовані висновки	46
4.3.1. Міжнародна практика і настанови	47
4.3.2. Право на вмотивовані висновки: практика українських судів	47
Розділ 5. Змагальність провадження	49
5.1. Принцип змагальності та рівності сторін.	54
5.2. Ефективна участь обвинуваченого	55
5.3. Доступ до адвоката	55
5.4. Ефективний захист	57
5.5. Доступ до перекладача	59
5.6. Достатній час і можливості для підготовки захисту	60
5.7. Допит свідків.	62
5.8. Право на апеляційне оскарження	63
Розділ 6. Забезпечення конкретності в підставах для арешту та/або обвинуваченні	67
6.1. Інформування обвинуваченого з моменту набуття статусу обвинуваченого і конкретність обвинувачень	70
6.2. Можливість контролю протягом усього провадження	72
6.3. Наслідки відступів України від МПГПП та ЄСПЛ	75
6.4. Перевірка підстав арешту і тримання під вартою: практика українських судів	76
6.5. Виклики, пов'язані з визнанням винуватості.	76
6.6. Роль суду в перевірці та внесенні змін до обвинувачень.	76
6.7. Привілей комбатантів.	77
Розділ 7. Аспекти розслідування і попереднього ув'язнення	78
7.1. Недоторканність приватного і сімейного життя.	80
7.2. Право зберігати мовчання і не свідчити проти себе	82
7.3. Катування, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження	84
7.3.1. Розрізнення катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження	84
7.3.2. Докази, отримані внаслідок катування, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження.	85
7.3.3. Катування, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження: практика в Україні	85
Розділ 8. Захист від надмірної тривалості судових проваджень	88
8.1. Складнощі конфлікту і справ, пов'язаних з конфліктом.	91
8.2. Затримки з боку сторони обвинувачення або на досудових стадіях	92

Розділ 9. Підходи до доказування	94
9.1. Допустимість оцінювання доказів.	96
9.2. Незаконно отримані докази та їх допустимість.	97
9.3. Цифрові (електронні) докази	98
9.4. Непрямі докази.	99
9.5. Позасудові показання.	100
9.6. Оцінка доказів при обґрунтуванні рішення.	103
Розділ 10. Судове провадження за відсутності обвинуваченого (<i>in absentia</i>)	104
10.1. Повідомлення про виклик і відмова від права бути присутнім на розгляді	106
10.2. Право на повторний розгляд	108
10.3. Право на захист	109
Висновки та рекомендації	110

Передмова

Оскільки в українських судах регулярно порушуються і розглядаються справи, пов'язані з конфліктом, фахівці-практики, залучені на всіх стадіях провадження, повинні забезпечувати справедливість судового розгляду відповідно до національних, регіональних і міжнародних правних зобов'язань. З огляду на суспільний контроль у поєднанні з постійним наглядом за Україною з боку Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), а також необхідністю дотримуватися критеріїв вступу до Європейського Союзу (ЄС), що стосуються верховенства права, і моніторингом з боку національних і міжнародних організацій громадянського суспільства та правозахисних органів внутрішні судові процеси, пов'язані з конфліктом, перебуватимуть у центрі уваги.

Оскільки згідно з міжнародним кримінальним правом відмова у справедливому судовому розгляді є злочином, справедливість у таких провадженнях є особливо важливою у демонструванні цієї готовності України здійснювати законні судові процеси всередині країни, що вплине на узгодженість з міжнародними процесами, а також ефективності правосуддя і підзвітності.

Справедливість розгляду проваджень, пов'язаних з конфліктом, можна підвищити, усунувши розбіжності між національним законодавством і регіональними та міжнародними правовими стандартами. Однак, з огляду на застосовність норм міжнародного і європейського права та судової практики в Україні, фахівці-практики можуть діяти навіть у рамках чинної законодавчої бази, попри її обмеженість або брак чіткості. Справедливість залежить від послідовності дій слідчих, прокурорів, захисників і суддів усіх інстанцій в Україні, а також від розвитку практики.

Цей «Посібник для юристів» створено, щоб допомогти фахівцям, які беруть участь у судових процесах, пов'язаних з конфліктом, орієнтуватися в особливостях відповідних справ на основі норм міжнародного і європейського законодавства про справедливий судовий розгляд. Його уклали фахівці Інституту Т. М. К. Ассера в рамках програми «Відновлення гідності та справедливості в Україні», яку фінансує Міністерство закордонних справ Нідерландів і реалізовує об'єднання на чолі з Міжнародною організацією права розвитку (IDLO) у партнерстві з Інститутом Т. М. К. Ассера, Центром міжнародного правового співробітництва (CILC) та Нідерландським Гельсінським комітетом (NHC).

Матеріали, що містяться в «Посібнику», ґрунтуються на дослідженнях українського внутрішнього законодавства і міжнародних та європейських стандартів справедливого судочинства на основі відкритих джерел, а також на результатах консультацій з практиками під час тренінгів, круглих столів і заходів, що проводяться з 2023 року в рамках програми «Відновлення гідності та справедливості в Україні». Усі тексти, цитовані в оригінальному тексті «Посібника» з джерел, доступних лише українською мовою, є неофіційними перекладами. У «Посібнику» проаналізовано винятково тему справедливості судового розгляду, однак його зміст спирається на ресурси, доступні для фахівців-практиків у справах, пов'язаних з конфліктом, розроблені Інститутом Т. М. К. Ассера або його партнерами, зокрема:

- «Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні» ('Basic Investigative Standards for Documenting International Crimes in Ukraine' (Global Rights Compliance (у рамках проекту MATRA–Україна), травень 2023);
- «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини» ('Benchbook on the Adjudication of International Crimes' (у рамках проекту MATRA–Україна), UpRights і програма USAID «Справедливість для всіх», червень 2023);
- «Індикатори справедливого судового розгляду: моніторинг кримінальних процесів, пов'язаних з конфліктом, в Україні» ('Fair Trial Indicators: Monitoring Conflict-related Criminal Trials', березень 2024);
- «Посібник для адвокатів: захист у справах про воєнні злочини» ('Defence Counsel Handbook: A Guide For Ukrainian Lawyers Practising in Domestic War Crimes Cases' (М. О'Лірі, К. Рохан і А. Яковлев, за підтримки Програми USAID «Справедливість для всіх» у партнерстві з Координаційним центром з надання безоплатної правничої допомоги, Асоціацією правників України та експертами Міжнародної асоціації юристів, грудень 2024).

Інститут Т. М. К. Ассера висловлює вдячність докторці Гаяне Нуріджанян, доцентці Університету UiT-Arctic у Норвегії, та Анні Стахановій, головній експертці з питань відповідальності за міжнародні злочини проекту ЄС «Право-Justice», за критичний аналіз початкових варіантів і текстів.

Як користуватися цим «Посібником»

- «Посібник» складається з десяти розділів (див. «Зміст»).
- Онлайн-версії доступні для пошуку за ключовими словами, а також за приписами національного і міжнародного права й правозастосовною практикою.
- Кожен розділ починається з резюме і містить таблицю чинних актів українського і міжнародного законодавства з цього питання.
- Структура кожного розділу (або підрозділу, якщо актуально) така:
 - законодавство України;
 - міжнародне законодавство;
 - міжнародна судова практика;
 - українська практика і застосовність міжнародного права і судової практики в ній;
 - рекомендації для фахівців-практиків.

Розділ 1

Акти національного, міжнародного і європейського права, що регулюють дотримання вимог права на справедливий судовий розгляд в Україні

Резюме

- **Фахівці-практики в Україні повинні добре знати і національне, і міжнародне, і європейське законодавство, яке регулює дотримання вимог права на справедливий судовий розгляд. Усвідомлення цього засадничо важливе для побудови обґрунтованих юридичних аргументів і доводів.**
- На внутрішньому рівні право на справедливий судовий розгляд і пов'язані з ним гарантії найчастіше фігурують у Конституції України та в Кримінальному процесуальному кодексі України (КПК) (зі змінами та доповненнями).
- Право на справедливий судовий розгляд також детально описано в міжнародному та європейському праві прав людини, гуманітарному і кримінальному праві.
- Україна офіційно заявила про частковий відступ від дотримання прав людини на час воєнного стану. Однак, попри те, що право на справедливий судовий розгляд не фігурує в переліку прав, що не допускають відступів, Комітет з прав людини (КПЛ) надав уточнення про обов'язковість дотримання основних вимог справедливого судового розгляду.
- Україна дотримується моністичного правничого підходу, тобто міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою України, стають частиною національного законодавства і мають вищу юридичну силу, ніж інші закони. А це спонукає українських практиків тлумачити національне законодавство щодо справедливого судового розгляду відповідно до застосовних міжнародних правних режимів і практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).
- Важливим форумом для оцінювання сумісності українського внутрішнього законодавства з конституційними гарантіями прав людини, зокрема й права на справедливий судовий розгляд, є Конституційний Суд України (КСУ).
- Громадяни України та Росії в індивідуальному порядку можуть звертатися до ЄСПЛ щодо порушень їхнього права на справедливий судовий розгляд з боку України (попри вихід Росії з Конвенції), за умови вичерпання внутрішніх засобів правничого захисту. Нагляд за виконанням рішень ЄСПЛ здійснює Комітет міністрів Ради Європи (Ком РЄ).
- Забезпечення дотримання верховенства права та поваги до прав людини є обов'язковою умовою вступу України до ЄС. У звіті Європейської комісії за 2024 рік окреслено сфери, в яких Україна потребує вдосконалення щодо гарантій справедливого судового розгляду і функціонування судової системи.
- Оскільки відмова у справедливому судовому розгляді є міжнародним злочином, то і російських, і українських правників або працівників судових органів може бути індивідуально притягнуто до кримінальної відповідальності за відповідні порушення.

1. У цьому розділі описано вітчизняні, міжнародні та європейські джерела гарантій справедливого судового розгляду, про які треба знати фахівцям-практикам в Україні. Окрім українського внутрішнього законодавства, практикам для тлумачення і доповнення потрібно знати міжнародні та європейські стандарти і судову практику. З огляду на дію кількох правничих режимів, що регулюють право на справедливий судовий розгляд в Україні, необхідно пам'ятати про відмінності між цими режимами і про те, як вони взаємодіють.
2. Знання чинного законодавства, що регулює право на справедливий судовий розгляд, необхідне фахівцям-практикам для побудови аргументів і доводів на цій основі. Однак їм також потрібно знати свої індивідуальні зобов'язання щодо дотримання гарантій справедливого судового розгляду, і в яких випадках їх можуть визнати особисто відповідальними за порушення права на справедливий судовий розгляд або за відмову у справедливому судовому розгляді. Наприклад, згідно з українським законодавством та міжнародним і європейським правом прав людини та гуманітарним правом, саме Україна як держава повинна дотримуватися гарантій справедливого судового розгляду. Це означає, що деякі фахівці, які беруть участь у судових процесах, зокрема, слідчі та прокурори, як представники державних органів слідства або прокуратури, а також судді як представники судів (також вважаються державними органами), зобов'язані дотримуватися вимог справедливого судового розгляду.
3. Коли йдеться про встановлення порушення гарантій справедливого судового розгляду за міжнародним та європейським правом прав людини або гуманітарним правом або за національним законодавством дії адвокатів не можуть бути приписані державі. Однак вони є невіддільним елементом справедливості судочинства загалом і зобов'язані дотримуватися своїх правил професійної діяльності й етики. Варто зазначити, що теоретично будь-який окремий практик, залучений до судового процесу, який відмовляє у праві на справедливий судовий розгляд, може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за міжнародним кримінальним правом, яким передбачено відповідні правопорушення.

1.1. Українське законодавство

4. Що стосується національного законодавства, то право на справедливий суд та пов'язані з ним верховенство права і гарантії прав людини закріплено в Конституції України, зокрема у Розділі II (Права, свободи та обов'язки людини і громадянина), а також у статті 129 про здійснення правосуддя і засади судочинства. До правних актів, що регулюють систему правосуддя та функції фахівців-практиків в Україні, належить і Закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (2012), і Закон «Про судоустрій і статус суддів» (2016), розроблені в рамках масштабного реформування судової системи в Україні. Ця реформа досі триває у співпраці з Радою Європи (зокрема, Венеційською комісією), орієнтуючись на оцінки Європейської комісії щодо прогресу України на шляху до членства в ЄС (див. Звіт Європейської комісії в межах Пакета розширення ЄС-2024).
5. Кримінальний процесуальний кодекс України (КПК) закріплює і деталізує ці гарантії справедливого судочинства, верховенства права і прав людини у *кримінальних справах*. З початку конфлікту в 2014 році КПК зазнав численних змін, зокрема 13 раундів поправок з 24 лютого 2022 року. Деякі з цих змін пов'язані з запровадженням воєнного ста-

ну (див. «ОЦІНКА ПОТРЕБ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ: Забезпечення якісного правосуддя для постраждалих та уцілілих від війни» Української правової консультативної групи, с. 54–55).

1.2. Міжнародне та європейське право прав людини

6. Щодо міжнародних і європейських стандартів, то право на справедливий судовий розгляд обумовлено в міжнародному та європейському праві прав людини і гуманітарному праві (у зв'язку з поточним конфліктом). Міжнародне та європейське право прав людини (МЄППЛ – зверніть увагу, що ця аббревіатура охоплює і міжнародне, і європейське право прав людини) передусім регулює відносини між державою й окремими особами під її юрисдикцією, встановлюючи обмеження на втручання держави в життя людей. Існує низка міжнародних та європейських договорів з прав людини, що встановлюють мінімальні гарантії справедливого судового розгляду. Зокрема, Україна зобов'язана дотримуватися гарантій, що містяться в Європейській конвенції з прав людини (ЄКПЛ) і Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (МПГПП), що не тільки захищають саме право на справедливий судовий розгляд (стаття 6 ЄКПЛ та стаття 14 МПГПП), а й встановлюють низку інших засадничих прав, пов'язаних зі справедливістю судочинства (статті 3, 5, 7 та 8 ЄКПЛ, а також статті 7, 9, 10 та 15–17 МПГПП). Проект тексту Конституції України 1996 року було укладено під безпосереднім впливом ЄКПЛ, яка набула чинності в Україні у вересні 1997 року. ЄКПЛ та практика ЄСПЛ визнаються джерелом права в Україні (див. Закон 2006 року про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ).
7. Зобов'язання, що випливають з ЄКПЛ та МПГПП, діють і під час збройних конфліктів, зокрема і в умовах окупації (Міжнародний Суд (МС), «*Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території*», пп. 111–112; ЄСПЛ, «*Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства*» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, п. 138). Утім, ЄКПЛ та МПГПП дозволяють державам-членам відступати від певних зобов'язань під час війни або надзвичайного становища, що «загрожує життю нації» та «про наявність якого офіційно оголошується» (стаття 15 ЄКПЛ, стаття 4 МПГПП). «Відступ» тут трактовано як «призупинення або припинення дії закону за певних обставин», і його слід відрізняти від «обмеження» (див. *How Does Law Protect in War?*, 'Derogations'). Певні права підлягають обмеженню або втручанню за деяких обставин, і це чітко зазначено в конкретному формулюванні відповідного права (прав). І в ЄКПЛ, і в МПГПП передбачено зобов'язання, від яких відступ не допускається, наприклад, право не піддаватися катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню (стаття 15.2 ЄКПЛ, стаття 4.2 МПГПП). Попри те, що право на справедливий судовий розгляд не фігурує в переліку прав, відступ від яких недопустимий, КПЛ надав роз'яснення щодо статті 14 МПГПП (МПГПП, *Загальний коментар № 29: Стаття 4: Відступи під час надзвичайного стану*, п. 16), вказавши на обов'язковість дотримання основних вимог справедливого судового розгляду.
8. Для кожного міжнародного і регіонального договору про права людини визначено власний моніторинговий орган (як-от ЄСПЛ для ЄКПЛ і КПЛ для МПГПП), який тлумачить застосування права на справедливий судовий розгляд. Важливо зазначити, що ЄСПЛ та КПЛ можуть мати різні підходи до тлумачення подібних положень про права людини, тож потрібно аналізувати кожен конкретний режим окремо.

9. Існують також істотні відмінності щодо обов'язковості рішень КПЛ та ЄСПЛ. Рішення КПЛ (щодо повідомлень), загальні, а прикінцеві зауваження не є обов'язковими для України, але становлять собою авторитетне тлумачення МПГПП (див. G.L. Neuman, 'Giving Meaning and Effect to Human Rights: The Contributions of Human Rights Committee Members', с. 2–5). Проте рішення ЄСПЛ у справах проти України є обов'язковими для України, і національні органи влади зобов'язані виконувати рішення Суду. У разі розбіжностей у тлумаченні КПЛ та ЄСПЛ прав, що містяться в договорах, фахівці-практики повинні спробувати знайти гармонізоване рішення. Однак передусім їм потрібно орієнтуватися на тлумачення ЄСПЛ, з огляду на обов'язковість його рішень в українському контексті.

1.3. Міжнародне гуманітарне право

10. Міжнародне гуманітарне право (МГП) – це сукупність норм міжнародного права, які застосовуються лише після початку збройного конфлікту й однаково до всіх сторін конфлікту. Воно може застосовуватися одночасно з міжнародним і європейським правом прав людини, але в ситуаціях міжнародного збройного конфлікту (МЗК – див. далі) слугує основним правничим режимом щодо ситуацій, безпосередньо пов'язаних зі збройним конфліктом або окупацією. МГП регулює ведення збройного конфлікту, обмежуючи його гуманітарні наслідки через: (а) обмеження засобів і методів ведення війни, (б) забезпечення захисту і гуманного ставлення до осіб, які не беруть або більше не беруть безпосередньої участі в бойових діях.
11. Відповідні положення МГП щодо справедливого судочинства закріплено у звичаєвих нормах міжнародного гуманітарного права (див. Міжнародний комітет Червоного Хреста (МКЧХ), «Бази даних міжнародного гуманітарного права») та ратифікованих Україною Женевських конвенцій 1949 року і Додаткових протоколах до них. МГП захищає таких осіб: комбатантів, які склали зброю або перебувають hors de combat (тобто припинили участь у воєнних діях через фізичну чи моральну неспроможність воювати далі), військовополонених, цивільних осіб, які не беруть участі в бойових діях, й осіб, залучених до певних сфер, пов'язаних зі збройним конфліктом, зокрема, медиків, духовний персонал, працівників гуманітарної допомоги. Правила різняться, залежно від того, чи конфлікт класифікується як МЗК, чи як неміжнародний збройний конфлікт (НМЗК). МЗК – це конфлікт, у якому беруть участь щонайменше дві держави. Випадки окупації також вважаються МЗК. НМЗК – це конфлікт, що обмежується територією однієї держави, в якому відбувається протистояння або між різними недержавними збройними групами, або між недержавними збройними формуваннями та збройними силами держави. Конфлікт в Україні визнано міжнародним з травня 2014 року, відтак актуальними тут є правила, що застосовуються до МЗК (див. Schmitt 'Ukraine Symposium – Classification of the Conflict(s)').
12. Гарантії справедливого судового розгляду містяться у звичаєвих нормах МГП (МКЧХ, База даних звичаєвих норм МГП, Норма 100: гарантії справедливого судового розгляду). Міжнародне гуманітарне договірне право також передбачає стандарти, що застосовуються в МЗК, зокрема:
- Право всіх військовослужбовців збройних сил кожної зі сторін конфлікту брати безпосередню участь у бойових діях (Додатковий протокол I), стаття 43.2);

- Право України або Росії судити осіб, підозрюваних у скоєнні злочинів відповідно до національного законодавства або воєнних злочинів (Третя Женевська конвенція, стаття 129);
 - Про забезпечення справедливого суду для військовополонених (Третя Женевська конвенція, статті 96–108);
 - Про забезпечення справедливого суду для цивільних осіб, інтернованих під час конфлікту, або тих, що перебувають на окупованих територіях (Четверта Женевська конвенція, статті 54, 64–75 та 117–126);
 - Фундаментальні гарантії справедливого судового розгляду для осіб, які перебувають під владою сторони, що бере участь у конфлікті, і не користуються сприятливим ставленням згідно з Конвенціями (таким як статус військовополоненого відповідно до Третьої Женевської конвенції), наприклад, комбатанти, які не відрізняють себе від цивільного населення, коли беруть участь у бойових діях (Додатковий протокол I, стаття 75).
13. Такі норми створюють зобов'язання для сторін конфлікту. Однак забезпечити їх застосування можна лише тоді, коли відхід від цих гарантій становить серйозне порушення, позбавляючи захищену Конвенцією особу права на справедливий і належний судовий розгляд відповідно до статті 130 Третьої Женевської конвенції, статті 147 Четвертої Женевської конвенції та статті 85.4(e) Додаткового протоколу I. Це пов'язано з тим, що серйозні порушення мають особливо негативні наслідки, тож сторони конфлікту зобов'язані запобігати їм і переслідувати за їх учинення. До серйозних порушень МГП належать і воєнні злочини. Згідно з міжнародним кримінальним правом відмова у справедливому судовому розгляді також є серйозним порушенням (див. далі).

1.4. Міжнародне кримінальне право

14. Міжнародне кримінальне право (МКП) – це система норм міжнародного права, що дає визначення міжнародних злочинів (зокрема серйозних порушень міжнародного права) та процедури притягнення осіб до відповідальності за їх скоєння. Відмова у справедливому судовому розгляді кодифікована в МКП (як воєнний злочин або злочин проти людяності) як «умисне позбавлення військовополоненого або цивільної особи [або іншої захищеної особи] права на справедливий і належний судовий розгляд». Цей опис підпадає під визначення «серйозного порушення» згідно з Женевськими конвенціями та Додатковим протоколом I відповідно до МГП.
15. Зокрема, цей злочин визначено в таких статутах міжнародних і гібридних судів і трибуналів:
- Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС), стаття 8.2(a)(vi);
 - Закон про створення надзвичайних палат у судах Камбоджі для переслідування злочинів, вчинених за часів Демократичної Кампучії, стаття 6;
 - Статут Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території колишньої Югославії з 1991 року, стаття 2(f);
 - Статут Спеціального суду щодо Сьєрра-Леоне, стаття 3(1)(g);
 - Статут Міжнародного трибуналу щодо Руанди, стаття 4(1)(g);
 - Закон про спеціалізовані палати та спеціалізовану прокуратуру, статті 14(1)(a)(vi) та 14(1)(c)(iv).

16. Злочинність відмови у справедливому судовому розгляді часто впливає із суті інших загальновизнаних міжнародних злочинів, таких як свавільне позбавлення волі, а отже, може «відчиняти двері» для численних інших міжнародних злочинів, таких як вбивство, масове винищення та нелюдські діяння (DePiazza, 'Denial of Fair Trials as an International Crime: Precedent for Pleading and Proving it under the Rome Statute' (2017) 15 Journal of International Criminal Justice 257–289). На військових трибуналах після Другої світової війни німецьких і японських злочинців було засуджено за відмову в справедливому судовому розгляді, яку класифікували як міжнародний злочин (див. The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Crimes Perpetrators, Volume V, London, 1948).
17. Серед прикметних прикладів також *справа Дутя* перед Надзвичайними палатами в судах Камбоджі (справа «Канґа Гека Іеу» (псевдонім Дуть) (*Kaing Guek Eav (alias Duch)*), в якій звинувачення у відмові у справедливому судовому розгляді як серйозне порушення фігурувало частиною такого злочину проти людяності, як свавільне позбавлення волі; а також справа «Прокурор проти Аль-Хасана аг Абдул аг Мохамеда аг Махмуда» (*The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (Al Hassan)*), (ICC-01/12-01/18) перед МКС, що є нещодавнім прикладом розгляду Судом злочину відмови у справедливому судовому розгляді в контексті неміжнародного збройного конфлікту.
18. У статті 438 Кримінального кодексу України (КК України) обумовлено «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», а отже, під це визначення підпадає і порушення права на справедливий судовий розгляд у МГП та відмова у справедливому судовому розгляді.

1.5. Наслідки відступів України від договорів про права людини під час поточного конфлікту

19. У червні 2015 року Україна подала заяву про відступ від окремих зобов'язань за ЄКПЛ і Додатковими протоколами до неї. До цієї заяви періодично вносилися зміни. Часткове скасування відступу відбулося у грудні 2019 року з подальшим оновленням у квітні 2021 року. Однак у березні 2022 року було подано нову заяву, дію якої подовжено в червні та вересні 2022 року. Так само у червні 2015 року Україна повідомила про відступ від МПГПП й надалі періодично оновлювала цю заяву. У березні 2022 року було подано ще одну заяву з оновленнями та подовженням (див. Council of Europe, '[Reservations and Declarations for Treaty No.005 – Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms \(ETS No. 005\)](#)').
20. Наслідки відступів України досі є складним питанням. У 2022 році Рада Європи підготувала правничий аналіз відступу України від зобов'язань за статтею 15 ЄКПЛ і статтею 4 МПГПП. Зокрема, було надано роз'яснення щодо запитань, які виникли у представників української судової системи (Council of Europe, '[Legal Analysis](#)'). Далі ми пропонуємо аналіз цього роз'яснення, оскільки воно важливе у застосуванні правничих режимів справедливого судочинства українськими практиками.
21. Визначення прав, що не підлягають відступу, різняться залежно від договору, що призводить до варіацій у сфері застосування положень про відступ. Невідступні права за

ЄКПЛ вказано у статті 15 ЄКПЛ і статті 2 Протоколу № 13 до ЄКПЛ. Більшість договорів про права людини містять подібні уточнення. Однак у статті 4(2) МПГПП не згадано про заборону *ne bis in idem*, що не допускає відступів відповідно до статті 4(3) Протоколу № 7 до ЄКПЛ.

22. Договірні органи з прав людини розширили розуміння прав, відступ від яких не допускається, за допомогою тлумачної судової практики. Наприклад, КПЛ зазначає, що держави не можуть посилалися на відступи як на виправдання порушень міжнародного гуманітарного права або імперативних норм міжнародного права (зокрема й «відхилення від засадничих принципів справедливого судового розгляду, серед яких і презумпція невинуватості») (HRC, Загальний коментар № 29, п. 11). До того ж Комітет стверджує, що там, де порушення права також може становити злочин проти людяності, що передбачає індивідуальну кримінальну відповідальність, відступ не може використовуватися як виправдання для відхилення під час надзвичайного стану (див. посилення вище, пп. 12–13). Власне, оскільки МПГ містить численні імперативні норми й абсолютні заборони, відступи, що на них посилаються у зв'язку зі збройним конфліктом, не дозволяють ігнорувати цих норм лише на підставі їх відсутності в положеннях про відступи в договорах про права людини. Правничий режим відступу діє одночасно з МПГ і мусить брати до уваги його застосовні норми та заборони (див. Council of Europe, 'Legal Analysis', п. 65).
23. На практиці ці нюанси тлумачення призводять до розбіжностей у розумінні невідступних прав у різних режимах прав людини та у праві прав людини й МПГ, а це вимагає їх узгодження. У контексті відступів України спостерігаються невідповідності, що стосуються прав на справедливий судовий розгляд (таблицю з аналізом усіх відступів України наведено у правничому аналізі Ради Європи, на рисунку 3):
- Право на справедливий судовий розгляд (стаття 14 МПГПП / стаття 6 ЄКПЛ): Україна двічі повідомляла про відступи від цього права, попри те, що певні елементи права на справедливий судовий розгляд визнано невідступними Комітетом з прав людини, що закріплено у звичаєвих нормах міжнародного гуманітарного права. Початковий відступ від статті 6 ЄКПЛ було відкликано в листопаді 2019 року, але поновлено в березні 2022 року.
 - *Ne Bis in Idem* (принцип, згідно з яким ніхто не може бути покараний двічі за скоєння одного злочину) (стаття 14(7) МПГПП): Україна також двічі відступала від цього права, яке є невідступним відповідно до статті 4(3) Протоколу № 7 до ЄКПЛ, а отже, відповідно до МПГПП такий відступ недійсний. До того ж це право є невіддільним елементом гарантій справедливого судового розгляду відповідно до МПГПП і вважається невідступним у тлумачній практиці КПЛ.
 - Право на ефективний засіб правничого захисту (Стаття 2(3) МПГПП / Стаття 13 ЄКПЛ): це право вважається таким, що не допускає відступів, оскільки воно належить до договірних зобов'язань, внутрішньо закладених у МПГПП загалом. Відповідно до ЄКПЛ, воно є важливим для захисту інших матеріальних прав, зокрема й невідступних. Попри це, Україна й далі відступає від цього права.
24. До того ж, оскільки, наприклад, право на недоторканність приватного життя, від якого Україна відступила, загалом допускає обмеження для цілей «національної безпеки» та «громадської безпеки», такий додатковий крок, як відступ, видається зайвим.

25. Важливо наголосити, що просто декларування відступу не звільняє державу від її зобов'язань дотримуватися засадничих принципів і гарантій у здійсненні заходів, пов'язаних з відступом. Зокрема, реалізація відступів під час надзвичайних ситуацій має ґрунтуватися на принципах законності, необхідності, пропорційності, рівності та справедливості й розсудливо застосовуватись до окремих обставин. Так само при імплементації не можна ігнорувати інших зобов'язань за міжнародним правом (наприклад, МГП), що вимагає гармонійного застосування різних правничих режимів, які можуть виникнути під час надзвичайного стану. КПЛ зазначає, що, оскільки окремі елементи права на справедливий судовий розгляд прямо гарантуються МГП під час збройного конфлікту, не може бути виправдання для відступу від цих гарантій під час надзвичайних ситуацій (HRC, Загальний коментар № 29, п. 16).
26. Складнощі, пов'язані з відступами України, досі вимагають розв'язання. Однак фахівці-практики в Україні, як мінімум, мають знати, що окремі елементи права на справедливий судовий розгляд повинні бути гарантовані протягом усього періоду відступу.

1.6. Застосування міжнародного і європейського права та судової практики на національному рівні

27. Норми, пов'язані із застосовністю й ієрархією міжнародного та європейського права щодо національного законодавства України, у поєднанні з практикою застосування міжнародних і європейських стандартів для посилення аргументації та доводів, переконливо свідчать про те, що українським практикам варто тлумачити українське законодавство, яке регулює справедливість судового розгляду відповідно до застосовних міжнародних і європейських правничих режимів.
28. Україна дотримується моністичного підходу, згідно з яким міжнародні договори, які ухвалила або ратифікувала Україна, стають частиною її внутрішньої правової системи без необхідності транспонування їхніх норм окремими національними законами. У статті 9 Конституції зазначено, що «міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». А стаття 19 Закону про міжнародні договори України 2004 року передбачає, що міжнародні договори є частиною національного законодавства і мають вищу пріоритетність, ніж національне законодавство («Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 171). У частині четвертій статті 9 КПК зазначено: «Якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України».
29. Конституційний Суд України визнав (див. справу № 1-1/2016, п. 2.3) принцип «дружнього ставлення» до міжнародного і європейського права у тлумаченні конституційних положень. Цей принцип застосовували суди загальної юрисдикції (а також Верховний Суд і апеляційні суди) для тлумачення положень права прав людини (див., наприклад, Верховний Суд, справа № 454/143/17-ц, п. 43; Верховний Суд, справа № 640/3701/20, п. 71; Донецький апеляційний суд, справа № 234/15614/18 від 20 березня 2019 року). Зокрема, стаття 17 Закону 2006 року про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ доручає національним судам застосовувати ЄКПЛ і практику ЄСПЛ як «джерело права». До того ж статтею 9(5) КПК передбачено, що кримінально-процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ.

30. Однак, як показує практика, українські судді та державні службовці недостатньо послідовно і коректно посилаються на судову практику ЄСПЛ (див. Gnatovskyy and Ioffe 'Twenty Years of the ECHR in Ukraine'). Ускладнює ситуацію неоднозначність Закону про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ (2006), який передбачає, що перекладеними українською мовою й опублікованими державними органами мають бути тільки рішення проти України (статті 1 та 6). Інша практика ЄСПЛ не обов'язково має бути належним чином «доведена до відома населення» у порядку, встановленому законом (див. статтю 57(2) Конституції України, п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України та відповідний Указ Президента України). Це, імовірно, пов'язано з тим, що українські практики недостатньо володіють офіційними мовами ЄСПЛ, що також є проблемою в інших державах-членах.
31. У справах, що стосуються статті 438 КК України (див. Т.М.С. Asser Institute, «Strategic Recommendations for the Judiciary»: A review of war crimes judgements in Ukraine, 2025), фахівці-практики посилалися на міжнародне та європейське право і судову практику в галузі прав людини, особливо в аргументації або обґрунтуванні процедурних питань, таких як спеціальне провадження (*in absentia*) або стандарт доказування. Поки що такі випадки не послідовні, часто в них бракує детального аналізу. Однак у них фігурували посилання на справи ЄСПЛ проти інших держав-членів, не тільки України. Українські практики у справах, пов'язаних зі статтею 438, регулярно посилаються на договори у сфері МГП, найчастіше через формулювання самої статті 438, в якій ідеться про «будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», тобто й Женевськими конвенціями та Додатковими протоколами до них. Проте зазвичай ці посилання застосовували для встановлення злочину, який перебуває на розгляді, а не як основа аргументації або аналізу гарантій справедливого судового розгляду для обвинуваченого. Аналогічно, лунають посилання і на судову практику міжнародних кримінальних трибуналів у рішеннях у справах за статтею 438 КК України, однак найчастіше акцентують не на гарантіях справедливого судового розгляду. Попри це, практика міжнародних і гібридних кримінальних судів і трибуналів є корисним джерелом тлумачення для забезпечення справедливого судового розгляду у справах, пов'язаних з конфліктом, та визначення і застосування поняття злочину відмови у справедливому судовому розгляді.
32. Цей «Посібник» укладено для того, щоб сприяти підвищенню доступності застосування міжнародних і європейських стандартів через надання посилань на відповідні джерела ЄСПЛ, МГП та МКП і в самому законодавстві, і в судовій практиці, на які фахівці-практики можуть спиратися або наводити їх у своїй аргументації або доводах.

1.7. Подальші міркування для практиків щодо застосування стандартів справедливого судового розгляду

1.7.1. Роль Конституційного Суду України

33. Конституційний Суд України (КСУ) може стати важливим форумом для визначення сумісності національного законодавства України, що застосовується в судових процесах, пов'язаних з конфліктом, з гарантіями прав людини (зокрема й права на справедливий судовий розгляд), що містяться в Конституції, а також відповідно до міжнарод-

них та європейських договорів (див. 'Verfassungsblog on Matters Constitutional' 'Wartime Constitutionalism and the Politics of Constitutional Review in Ukraine'). Відповідно до статей 147, 150, 151, 151–1 Конституції України та статті 7 Закону про Конституційний Суд України (13.07.2017, № 2136–VIII) до повноважень Суду належить, поміж іншого, «вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України та інших актів права Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, актів права Верховної Ради Автономної Республіки Крим; офіційне тлумачення Конституції України; надання... висновків про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість» (див. Конституційний Суд України «Пам'ятка для громадян та юридичних осіб про порядок внесення конституційних скарг до Конституційного Суду України»).

34. КСУ також може звертатися до Венеційської комісії Ради Європи із запитом щодо надання експертного висновку (*amicus curie*) стосовно питань порівняння конституційного та міжнародного права (див. Венеційська комісія Ради Європи). Наприклад, хоча запит подав Прем'єр-міністр Косова, від Венеційської комісії очікували експертного висновку щодо положень Кримінально-процесуального кодексу Косова про заочний розгляд справ (див. Висновок № 985/2020).
35. Відповідно до статті 36(5)(2) Закону «Про судоустрій і статус суддів», Верховний Суд може звертатися до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших актів права, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України. Це сприяє взаємодії між судовою системою та КСУ, оскільки суди першої та другої інстанцій можуть передавати питання на розгляд Пленуму Верховного Суду з пропозицією звернутися до КСУ з проханням надати висновок (див. Antsupova 'Judiciary In Ukraine: Evolution Through The Systemic Deficiencies And Everlasting Reforms'). До того ж з 2017 року фізичні та юридичні особи мають можливість подавати скарги до КСУ, якщо вже ухвалено остаточне рішення суду щодо відповідної справи, і якщо скарга стосується порушень конституційних норм у звичайних законах, які застосовували звичайні суди у справі. Це дає змогу законним представникам і росіян, і українців, обвинувачених у справах, пов'язаних з конфліктом, подати скаргу, якщо вони вважають, що було порушення конституційних норм (зокрема й пов'язаних з гарантіями справедливого судового розгляду) через звичайні закони, які застосовують звичайні суди. Важливо зазначити, що відповідно до «Пам'ятки для громадян та юридичних осіб про порядок внесення конституційних скарг до Конституційного Суду України» (п. I.), громадянин Росії може подати скаргу до КСУ. Однак це можливо за умови, що він підпадає під визначення «іноземця, який проживає в Україні» та вважає, що в остаточному судовому рішенні в його справі його права було порушено (стаття 151(1) Конституції України).
36. Наприклад, у справі за конституційними скаргами Оніщенка Руслана Ілліча, Гаврилюка Дмитра Михайловича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України (справа про гарантії судового контролю за дотриманням прав осіб, яких утримують під вартою) КСУ розглянув права підозрюваного за умов воєнного стану, зосередивши увагу на статті 615(6) КПК, яка допускала автоматичне продовження строку запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою без розгляду судом питання про це продовження, але не більше ніж на два місяці (див. розділ 6 далі). Суд визнав цю норму неконституційною, посилаючись на порушення таких конституційних прав, як право на свободу

та особисту недоторканність, на судовий захист та на професійну правничу допомогу. Він наголосив, що ніхто не може бути заарештований або перебувати під вартою інакше як за «вмотивованим рішенням суду» і що за відсутності такого рішення особу має бути звільнено. Суд відхилив аргумент про те, що цей захід можна виправдати відступами від ЄСПЛ та МПГПП. Судді КСУ уточнили, що відступи не можуть перевищувати конституційних гарантій або застосовуватися свавільно. Це рішення ґрунтувалося на судовій практиці ЄСПЛ з посиланням на такі справи, як «Вітольд Літва проти Польщі» (*Witold Litwa v. Poland*), «С., В. і А. в. проти Данії» (*S., V. and A. v. Denmark*) і «Броган та інші проти Сполученого Королівства» (*Brogan and Others v. the United Kingdom*). Судді наголосили на необхідності судового контролю за рішеннями про затримання підозрюваних навіть під час збройного конфлікту.

37. Наслідки рішення КСУ про неконституційність застосованої норми у кримінальному провадженні через її вплив на право на справедливий судовий розгляд надалі незрозумілі через відсутність права на повторний судовий розгляд у національному законодавстві України (див. розділ 10 далі). Однак поточне вивчення і забезпечення виконання рішень ЄСПЛ проти України означатиме, що українські або російські громадяни, які постраждали через застосування цієї норми у провадженні, яке було визнано неконституційним у зв'язку з його впливом на право на справедливий судовий розгляд, можуть потім звернутися до ЄСПЛ, який може вимагати заходів для розв'язання цього питання (див. далі).

1.7.2. Перевірка і забезпечення виконання рішень ЄСПЛ

38. Росія вийшла з Ради Європи 15 березня 2022 року, а 16 березня 2022 року її членство в Раді Європи було офіційно припинено (див. [Resolution CM/Res\(2022\)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe](#)). ЄСПЛ розглядатиме заяви проти Росії у зв'язку з обвинуваченнями її у порушенні Конвенції, які відбулися до 16 вересня 2022 року.
39. Практикам варто зауважити, що вихід Росії не впливає на можливість окремих російських громадян звертатися до Суду щодо порушень прав на справедливий судовий розгляд, якщо їх вчинила Україна, оскільки Україна залишається стороною ЄСПЛ. Утім на практиці для цього потрібно, щоб такі заявники-росіяни вичерпали внутрішні засоби правового захисту в Україні, перш ніж передавати свою справу до ЄСПЛ. За заочного розгляду справи це може вимагати участі обвинуваченого у провадженні, але право на апеляцію у спеціальних провадженнях (*in absentia*) не завжди вимагає особистої присутності обвинуваченого (див. розділ 10 далі).
40. Нагляд за виконанням рішень ЄСПЛ здійснює Комітет міністрів Ради Європи (КоМ РЄ). Він може здійснювати нагляд за справою та оцінювати, яких індивідуальних або загальних заходів вжито для виконання рішень. Індивідуальні заходи забезпечують, наскільки це можливо, поновлення прав окремого заявника до того статусу, який у них був до порушення ЄКПЛ, а загальні заходи стосуються системніших питань і вживаються для запобігання майбутнім аналогічним порушенням. Справи проти України, що перебувають під посиленням наглядом Ради Європи, переважно стосуються питань, пов'язаних з незаконними арештами, тривалістю тримання під вартою, порушенням права на життя, жорстоким поведінням з боку поліції, неналежними умовами три-

мання під вартою, відсутністю належного медичного обслуговування, а також надмірною тривалістю кримінальних і цивільних проваджень та браком ефективних засобів правового захисту. Отож фахівцям-практикам також варто брати до уваги, які індивідуальні та/або загальні заходи оцінюються в таких справах, щоб сприяти узгодженню їхньої практики забезпечення справедливості судового розгляду з практикою ЄСПЛ.

1.7.3. Контроль з боку Європейської комісії

41. Фахівцям-практикам також варто пам'ятати, що забезпечення дотримання верховенства права і поваги до прав людини є однією з передумов для вступу України до ЄС. У своєму звіті щодо України за 2024 рік, що супроводжує Повідомлення до Європейського парламенту, Ради Європи, Європейського економічного та соціального комітету та Комітету регіонів щодо політики розширення ЄС (2024), Європейська комісія висловила зауваження та рекомендації, пов'язані з гарантіями справедливого судового розгляду, які потребують вдосконалення в контексті вступу України до ЄС (див. [European Commission 'Ukraine 2024 Report'](#)). У ньому зазначено, що «верховенство права і повага до прав людини належать до засадничих цінностей ЄС. Ефективна (незалежна, якісна і дієва) судова система й ефективна протидія корупції мають першочергове значення, як і дотримання засадничих прав у законодавстві та на практиці» (див. посилання вище, с. 28). Комісія пропонує зауваження та рекомендації щодо функціонування судової влади, зокрема її незалежності та неупередженості, якості правосуддя й ефективності.
42. Зокрема, у звіті зазначено: «Україні потрібно розв'язати системні або структурні питання, порушені Судом, зокрема у сферах судоустрою, правоохоронної діяльності та прав людини, а також забезпечити систематичне і своєчасне виконання рішень ЄСПЛ» (див. посилання вище, с. 37). У ньому також наголошено, що «попри вдосконалення законодавства і деякі покращення в окремих установах і в розслідуваннях, катування і жорстоке поводження досі є актуальною проблемою в українській пенітенціарній системі та системі позбавлення волі» (с. 37), і що «реалізацію процесуальних прав, встановлених і захищених у Законі «Про судоустрій та статус суддів» і в Кримінальному процесуальному кодексі, ускладнює неефективність і слабкості судової системи. Законодавство України досі не гармонізовано з *acquis* ЄС» (с. 42). За системні або структурні реформи, необхідні для вступу до ЄС, відповідає держава, але багато рекомендацій також спрямовані на те, щоб посилити дотримання верховенства права і гарантій справедливого судового розгляду фахівцями-практиками, які беруть участь у судових процесах.

1.7.4. Комплементарність

43. Той факт, що відмова у справедливому судовому розгляді в Україні є міжнародним злочином, означає, що російські або пов'язані з Росією учасники юридичних процесів або представники судової системи, які діють на контрольованих Росією територіях України, можуть бути притягнуті до індивідуальної кримінальної відповідальності за відмову у справедливому судовому розгляді, яка становить воєнний злочин. Однак, якщо судові процеси, пов'язані з конфліктом, здійснюються з порушенням гарантій справедливого судового розгляду, то й українських суддів і практиків, які навмисно відмовляють особі у справедливому судовому розгляді, можуть притягнути до відпові-

дальності за цей воєнний злочин у МКС або в третьому національному суді відповідно до принципу універсальної юрисдикції.

44. МКС є судом останньої інстанції, який доповнює національні судові системи, діючи лише тоді, коли держави-учасниці не бажають або не здатні розслідувати та переслідувати винних у міжнародних злочинах, щодо яких вони мають юрисдикцію. Згідно з Римським статутом, «[щ]об виявити... нездатність, Суд бере до уваги те, чи здатна держава у зв'язку з повним або істотним розвалом чи відсутністю своєї національної судової системи отримати у своє розпорядження обвинуваченого чи необхідні докази та показання або ж вона не здатна здійснювати провадження з будь-яких інших причин» (Римський статут, стаття 17(3)). Це навряд чи стосується України в нинішніх обставинах, однак вона повинна продемонструвати щирю готовність розглядати справи про міжнародні злочини. Що ж до небажання, то відповідно до Римського статуту, його виявляють з огляду на такі чинники: «провадження було здійснено чи здійснюється або національне рішення було ухвалено з метою забезпечити відповідну особу від кримінальної відповідальності» за міжнародні злочини; відбулася «необґрунтована затримка у провадженні», яка перешкоджає здійсненню правосуддя; «провадження не здійснювалось або не здійснюється незалежно чи неупереджено» (Римський статут, стаття 17(2)). Тому якщо МКС виявить, що Україна не бажає притягати вітчизняних фахівців-практиків до кримінальної відповідальності за відмову у справедливому судовому розгляді обвинуваченим у справі про злочини, пов'язані з конфліктом, теоретично він може втрутитися та здійснити правосуддя.

Розділ 2

Застосування матеріального права щодо злочинів, пов'язаних з конфліктом, відповідно до принципу законності

Резюме

- В Україні застосування матеріального права до злочинів, пов'язаних з конфліктом, повинно спиратися на принцип законності, наріжний камінь стандартів справедливого судового розгляду у національному, міжнародному та європейському праві, який передбачає вимогу, щоб закон був писаним, заборону зворотної дії, конкретність норм права і чітке формулювання.
- Деякі положення відповідно до КК України можуть викликати занепокоєння щодо конкретності норм права, зокрема статті 438 та 111. Ухвалення Закону 4012-IX не усунуло цих проблем.
- Судова практика ЄСПЛ пояснює, що, хоча «бланкетні норми» в кримінальному праві, як-от у статті 438 КК України, як таке не є несумісними зі статтею 7 ЄКПЛ, закон повинен давати особам змогу передбачити, яка саме поведінка може призвести до кримінальної відповідальності.
- **Статтю 58 Конституції України практикам слід тлумачити відповідно до статті 7 ЄКПЛ, інтегруючи у розуміння закону, що визнає діяння правопорушенням, також і норми «міжнародного права».**
- Судова практика ЄСПЛ підтримує застосування практиками міжнародного права для підвищення правової визначеності, за умови, що воно доступне і передбачуване. Йдеться про випадки посилання на міжнародні договори, ратифіковані Україною, та звичаєві норми міжнародного права, чинні на момент скоєння злочину.
- У справах, пов'язаних з конфліктом, українські фахівці-практики можуть посилатися на звичаєві норми міжнародного права (та договори або статuti, що його відображають) для визначення елементів злочинів, видів відповідальності, таких як відповідальність командування, відповідальність за спільну злочинну діяльність або обставини, що унеможливають протиправність діяння або пом'якшують покарання.
- Такі джерела міжнародного права також можуть мати зворотну дію за умови, що таке застосування не завдає шкоди обвинуваченому. ЄСПЛ оцінює такі випадки кожен окремо, з'ясовуючи, чи є підстави вважати, що відповідач на момент скоєння діяння міг передбачити, що за нього в міжнародній правовій базі передбачено кримінальну відповідальність.
- З огляду на складність орієнтування щодо застосування матеріального права у справах, пов'язаних з конфліктом, відповідно до принципу законності, фахівці також можуть звернутися до практики інших національних юрисдикцій, які мали справу з подібними проблемами та зобов'язані дотримуватися ЄКПЛ, наприклад, у Балканському регіоні, Косові та Вірменії.

45. У справах, пов'язаних з конфліктом, фахівці-практики в Україні повинні забезпечити, щоб застосування основних положень, що стосуються злочинів, пов'язаних з конфліктом, зокрема й видів відповідальності та обставин, що унеможливають протиправність діяння або пом'якшують покарання, відповідало принципу *nullum crimen sine lege* («немає злочину без закону», тобто принципу законності). Джерела цього принципу в національному, міжнародному і європейському праві наведено далі.

Таблиця 1. Правні джерела принципу законності (*nullum crimen sine lege*)

Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
Конституція України, стаття 58	- ЄКПЛ, стаття 7 - МПГПП, стаття 15 Обидві ці статті не допускають відступів під час війни або надзвичайного стану (див. ЄКПЛ, стаття 15, та МПГПП, стаття 4)	Третя Женевська конвенція (про поводження з військовополоненими), стаття 99 - МКЧХ, <u>Коментар до Женевської конвенції III (2020)</u>, стаття 99, п. 3959 - Четверта Женевська конвенція, стаття 67 - МКЧХ, «Коментар до Женевської конвенції IV (1958), с. 341–342 - Додатковий протокол I, стаття 75(4)(с) - Визнано звичаєвою нормою міжнародного гуманітарного права (див. <u>МКЧХ, норма 101</u>)	Римський статут, стаття 22	- Загальний принцип права, визначений у статті 38(1) (с) Статуту Міжнародного Суду - Норма <i>jus cogens</i> (імперативна норма міжнародного права, див. <u>Звіт Комісії з міжнародного права</u>, з 29 квітня до 7 червня та з 8 липня до 9 серпня 2019 року, А/74/10, с. 171)

46. Забезпечення застосування закону відповідно до цього принципу також може вплинути на дотримання інших гарантій справедливого судового розгляду відповідно до українського, міжнародного та європейського права, зокрема таких як право обвинуваченого бути поінформованим про обвинувачення (див. розділ 6 далі) (якщо він був комбатантом), не бути обвинуваченим у безпосередній участі у військових діях (див. розділ 6 далі) або презумпція невинуватості (див. розділ 3 далі), а також виконання обвинуваченням вимог тягаря доказування (див. розділ 3 далі).
47. Принцип законності вимагає, щоб переслідування обвинуваченого ґрунтувалося на конкретних, чітких правних положеннях, які існували на момент скоєння злочину, для забезпечення правної визначеності, передбачуваності та прогнозованості. Він містить чотири похідні принципи:
- (1) принцип писаного права, згідно з яким злочин може бути визначений лише самим законом;
 - (2) закон не має зворотної дії та норма повинна уже існувати в законі;
 - (3) принцип чіткості або визначеності, згідно з яким закон повинен бути чітким і точним, окреслювати і об'єктивні, і суб'єктивні елементи злочинів;
 - (4) закон має бути чітко сформульованим, а тлумачення за аналогією заборонено.

2.1. Сфера застосування

48. Принцип законності застосовується до всіх кримінальних правопорушень, видів відповідальності й обставин, що унеможливають протиправність діяння або пом'якшують покарання. Він «накладає на кримінальних суддів обов'язок виявляти стриманість у тлумаченні та значно обмежує можливості динамічного тлумачення на шкоду обвинуваченому». (див. A. Grabert, *Dynamic Interpretation in International Criminal Law: Striking a Balance between Stability and Change*, (Herbert Utz Verlag, червень 2015), с. 13). Попри те, що цей принцип має бути «найважливішим орієнтиром у процесі тлумачення», суддям, які розглядають справи, пов'язані з конфліктом, часто доводиться мати справу з новими ситуаціями, які не підпадають під дію чинного законодавства, і тому «вимагають певного динамізму, щоб впоратися з незначними варіаціями» (див. с. 20). Нові характеристики збройних конфліктів і поточне визнання окремих видів поведінки міжнародною спільнотою є постійним випробуванням для чинних правних рамок. Зрозуміло, що певна гнучкість надзвичайно важлива для роботи будь-якої системи кримінального правосуддя.

2.2. Справи, пов'язані з конфліктом, в Україні: матеріальне право і принцип законності

49. У справах, пов'язаних з конфліктом, в Україні фахівці-практики повинні застосовувати матеріальне право, що міститься в КК України. Ратифікація Римського статуту в Україні набула чинності 1 січня 2025 року, одночасно з ухваленням імплементаційного закону (Закон № 4012-IX), який набув чинності 24 жовтня 2024 року. Цей закон частково імплементує положення Римського статуту до КК України. Ним уперше було кодифіковано злочини проти людяності (загалом відповідно до Римського статуту) та запроваджено певний варіант відповідальності командування. Однак чимало поточних справ стосуються діянь, вчинених до ратифікації, тому виникають питання про те,

як практикам в Україні застосовувати матеріальне право в цих справах, дотримуючись принципу законності.

50. А саме:

- (1) Чи були положення КК України, застосовні на момент вчинення правопорушення, достатньо чіткими, та чи вплинула на це ратифікація Україною Римського статуту і ухвалення імплементаційного законодавства?
- (2) Наскільки можливо використовувати додаткові джерела права для роз'яснення чинних положень без розширення закону за аналогією або порушення принципу відсутності зворотної дії?

51. До ухвалення імплементаційного Закону № 4012-IX стаття 438 КК України, яка найчастіше застосовується у справах, пов'язаних з конфліктом, в Україні, забороняла «Порушення законів та звичаїв ведення війни», а саме «[ж]орстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій». У законі зазначено, що такі злочини «караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років», а «[т]і самі діяння, якщо вони спричинили загибель людини, – караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі». Закон № 4012-IX не вплинув на зміст цієї статті, але змінив її назву на «Воєнні злочини».

52. Стаття 438 КК України є бланкетним положенням з посиланням на «міжнародні документи» або «міжнародні документи, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою» щодо «застосування засобів ведення війни» та «інші порушення законів та звичаїв війни» відповідно. З цього формулювання не зрозуміло, чи ця стаття криміналізує *всі* порушення МГП, чи лише ті, які вважаються серйозним порушенням МГП або воєнним злочином. Незрозуміло також, чи посилання на міжнародні документи обмежується лише договорами щодо МГП, чи охоплює й інші джерела міжнародного права (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини» п. 153). Перейменування статті Законом № 4012-IX передбачає, що тепер вона тлумачитиметься вужче, як така, що стосується серйозних порушень МГП або воєнних злочинів, а не *всіх* порушень МГП, однак чіткого роз'яснення щодо цього не було. У новій редакції також не уточнено значення терміна «міжнародні документи». Жодна версія статті не містить детальної інформації про контекстуальні, об'єктивні та суб'єктивні елементи злочинів, що підпадають під дію цієї статті.

53. Брак конкретики в цьому положенні призвів до непослідовності на практиці щодо складу злочину та джерел міжнародного права, на які можна покластися для уточнення цього складу (див. Інститут Т. М. К. Ассера, «Strategic Recommendations for the Judiciary»). Хоча фахівці-практики посилаються на МГП у своїх аргументах і доводах, ці посилання не завжди стосуються серйозних порушень або воєнних злочинів. Посилання на джерела міжнародного кримінального права, які дають детальнішу інформацію про контекстуальні, об'єктивні та суб'єктивні елементи злочинів вкрай обмежені. Багато фахівців-практиків, з якими проводилися консультації щодо цього звіту, висловлювали занепокоєння щодо формату статті 438 КК України як бланкетного по-

ложення, відзначаючи, наскільки це ускладнює кваліфікацію діяння як конкретного злочину, встановлення об'єктивних і суб'єктивних елементів злочину, і що для цього потрібне глибоке знання МГП та інших відповідних правових актів, зокрема Римського статуту, яким володіють не всі фахівці-практики. З консультацій стало зрозуміло, що думки щодо сфери застосування статті та застосовних джерел права для подальших роз'яснень у прокурорів, суддів й адвокатів неабияк різняться (і між цими категоріями фахівців, і в їхніх рамках).

54. Додатковим положенням КК України, що стосуються справ, пов'язаних з конфліктом, також бракує конкретики, як-от статті 111 про колабораційну діяльність і пособництво державі-агресору (ZMINA, «Колабораційна діяльність та пособництво державі-агресору: практика застосування законодавства та перспективи його вдосконалення, аналітичний звіт», 2023). Так само, попри запровадження статтею 31 Закону № 4012-IX режиму відповідальності командування, закріплене в ній поняття не відповідає визначенню міжнародного права (і договорів, і звичаєвих норм).

2.3. Застосування міжнародного права для забезпечення визначеності / тлумачення національного законодавства

55. Щоб з'ясувати, чи потрібно поліпшити визначеність матеріального права з огляду на принцип законності, та наскільки можна покладатися на міжнародні джерела для її забезпечення, важливо зазначити, що стаття 58 Конституції України відрізняється від статті 7 ЄКПЛ. У статті 58 Конституції України зазначено: «Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення». Натомість у статті 7 ЄКПЛ сказано:
1. Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення *не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом*. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення.
 2. Ця стаття не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями.
56. Важливо зауважити, що стаття 7(2) не розширює поняття «закон / право» зі статті 7(1), а радше уточнює криміналізацію відповідно до статті 7(1). За відсутності національних коментарів, що роз'яснювали б значення поняття «закон» у Конституції України, та відповідно до ієрархії застосовного права, що регулює гарантії справедливого судового розгляду (див. розділ 1 вище), Конституцію треба тлумачити відповідно до ЄКПЛ, охоплюючи терміном «закон» і міжнародне право.
57. ЄСПЛ встановив, що застосування техніки «бланкетних норм» або «бланкетний спосіб викладення норм права» для криміналізації дій або бездіяльності як таке не є несумісним з вимогами статті 7 ЄКПЛ. Однак бланкетна норма і положення, до якого відсилають, прочитані разом, повинні давати змогу зацікавленим особам за потреби передба-

чити за допомогою відповідної юридичної консультації, яка поведінка може призвести до кримінальної відповідальності. Суд стверджує, що найефективніший спосіб забезпечення доступності та передбачуваності полягає в тому, щоб відсилання було прямим, а в положенні, яке містить відсилання, щоб було уточнено елементи складу злочину. Він зазначає, що такі положення не можуть розширювати сфери криміналізації, викладеної в положенні, на яке зроблено відсилання (ЄСПЛ, «Консультативний висновок щодо застосування техніки “бланкетного відсилання” або “відсильних норм” у визначенні злочину та стандартів порівняння між кримінальним законодавством, чинним на момент скоєння злочину, кримінальним законодавством після внесення до нього змін») [ВП], 2020, п. 74; «Саакашвілі проти Грузії» (*Saakashvili v. Georgia*), 2024, пп. 145–146, «Кононов проти Латвії» (*Kononov v. Latvia*), п. 185.

58. Це означає, що відсилання до стандартів міжнародного права може бути використане для забезпечення додаткової визначеності, наприклад, внаслідок встановлення елементів складу злочину, видів відповідальності або обставин, що унеможливають протиправність діяння чи пом'якшують покарання, за умови його доступності та передбачуваності для обвинуваченого. Що стосується доступності, ЄСПЛ бере до уваги, чи є закон публічним (коли йдеться про міжнародне право), чи був він інкорпорований до національного законодавства або до звичаєвих норм міжнародного права (ЄСПЛ, «Корбелі проти Угорщини» (*Korbely v. Hungary*) [ВП], 2008, пп. 74–75, та «Васіляускас проти Литви» (*Vasiliauskas v. Lithuania*) [ВП], 2015, пп. 167–168). Відсилання до таких стандартів може бути передбачуваним лише тоді, коли йдеться про стандарти міжнародного права, чинні на момент вчинення правопорушення. Поняття «міжнародне право» з цією метою охоплює:

- (1) міжнародні договори, ратифіковані відповідною державою (МПГПП в ЄСПЛ, «Стрелец, Кесслер і Кренц проти Німеччини» (*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*) [ВП], 2001, пп. 90–106 або Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (1948) у справі проти Німеччини у ЄСПЛ, «Йоргіч проти Німеччини» (*Jorgic v. Germany*), 2007, п. 106), та/або
- (2) звичаєві норми міжнародного права (див. визначення геноциду у звичаєвих нормах міжнародного права (1953) в ЄСПЛ, «Васіляускас проти Литви» (*Vasiliauskas v. Lithuania*) [ВП], 2015, пп. 171–175; «Закони та звичаї війни» (1944) у справі «Кононов проти Латвії» (*Kononov v. Latvia*) [ВП], 2010, п. 205–227; і звичаєві норми міжнародного права, що забороняють використання гірничого газу в міжнародних конфліктах у справі «Ван Анраат проти Нідерландів» (*Van Anraat v. the Netherlands*), 2006, пп. 86–97.

2.4. Позиція міжнародного та європейського права щодо зворотної дії в часі норм кримінального права

59. Стаття 7 ЄКПЛ, безумовно, забороняє ретроактивне застосування кримінального закону, коли воно несприятливе для обвинуваченого (Рада Європи, Guide on Article 7), п. 48, ЄСПЛ, *Del Río Prada v. Spain* [ВП], 2013, п. 116; «Коккінакіс проти Греції» (*Kokinakis v. Greece*), 1993, п. 52).
60. Однак стаття 7(2) передбачає виняток з цього правила, дозволяючи покарання за будь-яку дію, яка «на час її вчинення становила кримінальне правопорушення» («Васіляускас проти Литви» (*Vasiliauskas v. Lithuania*) [ВП] пп. 165–166). Національна практика щодо

відсутності зворотної дії закону складна й істотно різниться (див., наприклад, ЄСПЛ, «Консультативний висновок щодо застосування техніки “бланкетного відсилання” або “відсильних норм” у визначенні злочину та стандартів порівняння між кримінальним законодавством, чинним на момент скоєння злочину, кримінальним законодавством після внесення до нього змін» [ВП], 2020, пп. 36–40). ЄСПЛ постановив, що принципу відсутності зворотної дії не порушено, якщо засудження обвинуваченого ґрунтується на міжнародному праві, що діяло на час вчинення правопорушення. Наприклад, ЄСПЛ не виявив порушення статті 7 щодо засудження за воєнні злочини, не кодифіковані в латвійському законодавстві на момент їх скоєння, але визначені у звичаєвих нормах міжнародного права (ЄСПЛ, «Кононов проти Латвії» (*Kononov v. Latvia*) [ВП], 2010, пп. 244–246). Аналогічно, Суд постановив, що відповідальність командування може застосовуватися ретроактивно з огляду на належність цього поняття до звичаєвих норм міжнародного права (ЄСПЛ, «Міланковіч проти Хорватії» (*Milanković v. Croatia*), 2022, п. 53).

61. Отже, застосування українськими практиками міжнародного права, чинного на момент вчинення діяння не було б неконституційним і не порушувало б принципу законності відповідно до статті 7 ЄКПЛ, оскільки воно забезпечує вищу чіткість у визначенні складу злочину, видів відповідальності або обставин, що унеможливають протиправність діяння або пом'якшують покарання. До відповідних джерел права належать такі (настільки, наскільки вони відображають звичаєві норми міжнародного права): статuti та прецедентне право міжнародних кримінальних судів і трибуналів (зокрема, Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МТКЮ)), Римський статут та інші міжнародно-правні документи (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 173 і далі). Хоч на час вчинення багатьох правопорушень ці джерела ще не було ратифіковано в Україні, вони містять найсучасніші та найповніші виклади криміналізації серйозних порушень МГП та окреслюють їхні об'єктивні й суб'єктивні елементи.
62. Вони відображають звичаєві норми міжнародного права, детально описуючи, які злочини становлять серйозне порушення МГП, або що таке воєнні злочини відповідно до МГП, а також види співучасті, такі як відповідальність командування або спільна злочинна діяльність, наприклад (ЄСПЛ, «Міланковіч проти Хорватії» (*Milanković v. Croatia*) та МТКЮ, справа Тадіча. Рішення Апеляційної палати (*Tadić Appeals Judgement*, п. 220).
63. На практиці це означає, що фахівці можуть посилатися на звичаєві норми міжнародного права (і статuti МКП, що його відображають) щодо елементів, наприклад, міжнародних злочинів нелюдського поводження (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 248 і далі) й умисного заподіяння сильних страждань (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 291 і далі), зокрема для роз'яснення контекстуальних, об'єктивних і суб'єктивних елементів складу злочину «жорстокого поводження з цивільним населенням» відповідно до статті 438 КК України. Вони також можуть застосовувати елементи видів відповідальності, визнаних звичаєвими нормами (як-от спільна злочинна діяльність) для подальшого розмежування видів відповідальності відповідно до КК України, таких як вчинення злочину групою осіб відповідно до статті 28 («Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», пп. 1442–1452).

64. Важливо наголосити, що не всі елементи міжнародних злочинів, видів відповідальності й обставин, що унеможливають протиправність діяння або пом'якшують покарання, кодифіковані в статутах міжнародних кримінальних судів і трибуналів або в Римському статуті, відображають норми звичаєвого права. Наприклад, попри запровадження в Україні Законом № 4012-IX визначення злочинів проти людяності, що відповідає визначенню Римського статуту за статтею 7, це визначення не вважається звичаєвим, і, власне, визначення статутів міжнародних кримінальних трибуналів також різняться. У цьому сенсі зворотна дія закону щодо злочинів проти людяності за Законом № 4012-IX може не відповідати принципу законності.
65. Окрім практики ЄСПЛ, фахівцям варто звернути увагу на практику інших держав, які постали перед подібними проблемами у тлумаченні загальних положень у справах, пов'язаних з конфліктом, відповідно до міжнародного права та ретроактивного застосування «нового» законодавства, що криміналізує міжнародні злочини, зокрема:
- (1) Боснії і Герцеговини, Хорватії та Сербії (див. International Criminal Law Services (тепер Institute for International Criminal Investigations), 'International Criminal Law & Practice, Training Materials for: Bosnia & Herzegovina, Croatia and Serbia. Supporting the Transfer of Knowledge and Materials of War Crimes Cases from the ICTY to National Jurisdictions', Section 5: The Domestic Application of International Law, 2014);
 - (2) Косова (див. Organization for Security and Co-operation in Europe Mission in Kosovo, 'Kosovo's War Crimes Trials: An Assessment Ten Years On 1999–2009', травень 2010 р., с. 9–10); і
 - (3) Вірменії (див. ЄСПЛ, «Консультативний висновок щодо застосування техніки “бланкетного відсилання” або “відсильних норм” у визначенні злочину та стандартів порівняння між кримінальним законодавством, чинним на момент скоєння злочину, кримінальним законодавством після внесення до нього змін» [ВП], 2020).

Розділ 3

Забезпечення дотримання принципу презумпції невинуватості

Резюме

- Презумпція невинуватості поширюється на всі стадії кримінального провадження, починаючи від слідства і закінчуючи судовим розглядом та апеляційним оскарженням.
- **Тягар доказування вини поза розумним сумнівом лежить на стороні обвинувачення.** У справах, пов'язаних з конфліктом, вимога доведення поза розумним сумнівом застосовується до кожного елементу кожного злочину, в якому особу обвинувачено, та до кожного елементу видів відповідальності, зазначених в обвинувальному акті.
- Там, де обвинуваченням бракує чіткості, елементи складу злочинів або види відповідальності, які повинні бути доведені, визначити складно, так само, як і те, чи доведено їх поза розумним сумнівом, що може призвести до порушення і принципу законності, і принципу презумпції невинуватості.
- Судова практика ЄСПЛ чітко показує, що певні доказові підходи можуть призвести до порушення принципу презумпції невинуватості та права на справедливий судовий розгляд у ширшому сенсі, наприклад, коли вирок, яким особу визнано винною, є недостатньо обґрунтованим щодо розбіжностей та суперечностей у доказах або коли обвинувачення покладалося на докази, одержані внаслідок примусу.
- **Державні органи влади повинні утримуватися від публічних заяв з твердженнями про винуватість обвинуваченого, а медіа варто уникати висвітлення новин до оголошення вироків, оскільки це може суперечити принципу презумпції невинуватості.** Обережність у формулюваннях з метою уникнення порушень принципу презумпції невинуватості особливо важлива, коли українська влада повідомляє про підозру у спеціальних судових провадженнях (*in absentia*).
- Для визначення того, чи дотримано принципу презумпції невинуватості, беруться до уваги дії всіх учасників судового процесу. **Непрофесійна поведінка захисника, відсутність ефективного захисту або проблеми з рівністю сторін у провадженні можуть свідчити про порушення принципу презумпції невинуватості.**
- Судді також повинні демонструвати незалежність і неупередженість, забезпечуючи обґрунтованість і переконливість своїх рішень, щоб показати відсутність упередженості щодо вини підсудного. Контроль за діями захисників і суддів особливо гострий у спеціальних судових провадженнях (*in absentia*), де обвинувачений не бере активної участі у провадженні.

66. Фахівці-практики в Україні повинні забезпечити дотримання принципу презумпції невинуватості під час усіх судових процесів, особливо пов'язаних з конфліктом, щоб гарантувати справедливий судовий розгляд. Презумпція застосовується протягом усього кримінального провадження в повному обсязі, від стадії розслідування до оголошення виправдального вироку (тобто обґрунтування в рішенні не може вказувати на те, що насправді обвинувачений фактично винний) та апеляційного оскарження, навіть якщо обвинуваченого визнано винним у суді першої інстанції.
67. Тому вкрай важливо, щоб юристи-практики в Україні, які беруть участь у судових процесах, пов'язаних з конфліктом, знали про закон, що регулює презумпцію невинуватості (див. далі), та вживали заходів, щоб уникнути у своїй повсякденній роботі ситуацій, що можуть призвести до порушень, про які детально йдеться далі в цьому розділі. Важливо пам'ятати, що презумпція невинуватості нерозривно пов'язана з іншими гарантіями справедливого судового розгляду, а також може бути проілюстрована їх порушеннями. Серед таких гарантій, зокрема, право зберігати мовчання та не свідчити проти себе (див. розділ 7 далі), право на незалежний і безсторонній суд (див. розділ 4 далі), права, пов'язані зі змагальним характером провадження (див. розділ 5 далі), підходи до доказів (див. розділ 9 далі) або право на вмотивований висновок (див. розділ 4 далі).

Таблиця 2. Джерела права щодо презумпції невинуватості

Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 62; - КПК, статті 7(1)[10] та 17	- ЄКПЛ, стаття 6(2) - МППП, стаття 14 (2). Зауважте, що Україна відступила від статей 6 та 14 на час воєнного стану, але практичний ефект цього відступу може бути обмеженим (див. аналіз вище)	- Додатковий протокол I, стаття 75(4) (d) (про поводження з військовополоненими) - Презумпція невинуватості належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права (див. МКЧХ, <u>норма 100</u>)	Римський статут, стаття 66	

3.1. Доведення поза розумним сумнівом

68. Відповідно до українського, міжнародного і європейського законодавства, презумпція невинуватості передбачає, що тягар доказування (поза розумним сумнівом) лежить на обвинуваченні, і будь-які сумніви мають трактуватися на користь обвинуваченого (стаття 62 Конституції України та стаття 17 КПК, а також стаття 6(2) ЄКПЛ і стаття 14(2) МПГПП). Обвинувачення повинне поінформувати підозрюваного про пред'явлені йому обвинувачення, щоб він міг підготувати та представити свої аргументи захисту. Воно також має надати достатньо доказів суду для засудження обвинуваченого (ЄСПЛ, «Барбера, Мессеге і Хабардо проти Іспанії» (*Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*), п. 77; «Яносевіч проти Швеції» (*Ianosevic v. Sweden*), п. 97). Якщо тягар доказування переходить від обвинувачення до захисту, принцип презумпції невинуватості порушено (ЄСПЛ, «Телфнер проти Австрії» (*Telfner v. Austria*), п. 15).
69. У справах, пов'язаних з конфліктом, вимога доведення поза розумним сумнівом стосується кожного елементу кожного злочину, в якому особу обвинувачено, та кожного елементу видів відповідальності, зазначених в обвинувальному акті. Це також стосується всіх доказів, пов'язаних, наприклад, з візуальною ідентифікацією обвинуваченого. Як і всі елементи складу правопорушення, ідентифікація обвинуваченого повинна бути доведена обвинуваченням поза розумним сумнівом. Захист може прагнути викликати обґрунтовані сумніви щодо достатності доказів для задоволення вимог доведення вини («Посібник для адвокатів», розділ 4.1). Наприклад, захист може стверджувати, що свідки обвинувачення не варті довіри чи не надійні, що обвинувачі хибно представили командну вертикаль чи військові структури в тексті обвинувачення, або що обвинувачений має алібі. Після цього суд повинен буде оцінити, чи вдалося стороні обвинувачення довести поза обґрунтованим сумнівом кожен елемент кожного зі злочинів, в якому особу обвинувачено, та кожен елемент видів відповідальності в обвинувальному акті.
70. Утім під час консультацій з українськими практиками з'ясувалося, що в багатьох справах, пов'язаних з конфліктом, буває недостатньо доказів, щоб продемонструвати рівень відповідальності або вид відповідальності обвинуваченого, наприклад, існують лише непрямі докази, що обвинувачений віддав наказ, або недостатньо доказів, що обвинувачений на посаді командира знав, що його підлеглі збираються скоїти злочин, чи про стосунки командира з підлеглим. Як уже зазначалося, рішення, проаналізовані у справах за статтею 438 КК України (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary»), показали, що часом висувуються припущення про індивідуальну відповідальність, хоч існують лише докази присутності підрозділу у відповідному місці, а рішення не містить жодних доказів, які підтверджували б роль або рівень участі обвинуваченого у злочині.
71. Українські практики порушували й інші питання, пов'язані з тягарем доказування, зокрема сумніви щодо цивільного або військового характеру цілі. Наприклад, викрадене майно може бути подвійного призначення (як-от автомобіль або паливо), тож виникає питання про те, чи використовувалося воно у військових цілях, яке, як зазначають практики, суди не завжди детально вивчають у своїх оцінках. До того ж фахівці наголосили, що докази можуть бути ненадійними або недостатніми в ширшому сенсі, наприклад, показання, що їх слідчий або прокурор отримали заздалегідь, а потім тих, хто їх дав, неможливо допитати безпосередньо (зокрема провести перехресний допит) під час судового розгляду (що дозволено в умовах воєнного стану, див. розділ 9 далі), або

коли ідентифікацію обвинуваченого неможливо продемонструвати візуально в суді, в якому обвинувачений бере участь заочно. Серед інших прикладів випадки, коли свідчення ґрунтуються на чутках, або коли електронні докази потенційно ненадійні чи доводять лише окремі факти (наприклад, право власності на пристрій), але не елементи злочину або відповідальність обвинуваченого як таку.

72. У певних справах, пов'язаних з конфліктом, від імені обвинуваченого були подані апеляції, пов'язані з виконанням обвинуваченням вимог тягаря доказування, наприклад, коли є сумніви щодо ідентифікації обвинуваченого, припущення про відповідальність, засноване на факті перебування збройної групи в певній місцевості, або коли при встановленні злочину примусового призову не доведено елементу «примусу». Однак, попри те, що український суд відобразив судову практику ЄСПЛ (зокрема у справах «Коробов проти України» (*Korobov v. Ukraine*) або «Ірландія проти Сполученого Королівства» (*Ireland v. UK*), апеляції переважно було відхилено.
73. За браку конкретності обвинувачень (див. розділ 6 далі), складно визначити елементи складу злочину або види відповідальності, які повинні бути доведені, а отже, й чи були вони доведені поза розумним сумнівом, що може призвести до порушення принципів законності та презумпції невинуватості. До того ж ЄСПЛ чітко дав зрозуміти, що певні доказові підходи можуть призвести до проблем, пов'язаних з презумпцією невинуватості та правом на справедливий судовий розгляд у ширшому сенсі, наприклад, коли обвинувальний вирок не достатньо обґрунтований щодо розбіжностей та суперечностей у доказовій документації (ЄСПЛ, «Айдаріч проти Хорватії» (*Ajdarić v. Croatia*), пп. 46–52), або коли обвинувачення покладалося на докази, отримані за допомогою методів примусу (ЄСПЛ, «Саундерс проти Сполученого Королівства» (*Saunders v. the United Kingdom*), пп. 68–70). Тому фахівці-практики повинні забезпечити, щоб обвинувачення виконало вимоги тягаря доказування у справах, пов'язаних з конфліктом, подавши належно підготовану справу на основі надійних і достатніх доказів.

3.2. Публічні заяви з твердженнями про винуватість обвинуваченого

74. Справедливість судового розгляду вимагає, щоб провадження було публічним і прозорим (див. розділ 4 далі). Однак слова фахівців-практиків, які беруть участь у судових процесах, представників органів державної влади, які інформують громадськість про перебіг судового процесу, і медійників можуть відігравати певну роль у доведенні того, що принципу презумпції невинуватості не було порушено. ЄСПЛ зазначив, що заява про те, що особа просто підозрюється у скоєнні злочину, не обов'язково порушує принцип презумпції невинуватості (ЄСПЛ, «Гарицькі проти Польщі» (*Garycki v. Poland*), п. 67), але чітка заява про те, що особа скоїла злочин, за відсутності достатнього обвинувального вироку, буде порушенням («Ісмойлов та інші проти Росії» (*Ismoilov and Others v. Russia*), п. 166; «Нештак проти Словаччини» (*Nešták v. Slovakia*), п. 89).
75. Презумпцію невинуватості може порушити не тільки суддя або суд, а й інші державні органи, зокрема представники поліції (ЄСПЛ, «Аллене де Рібемон проти Франції» (*Alenet de Ribemont v. France*), пп. 37 і 41), або органів прокуратури (ЄСПЛ, «Дактарас проти Литви» (*Daktaras v. Lithuania*), п. 42 і «Хужин та інші проти Росії» (*Khuzhin and Others v. Russia*), п. 96). Представники органів державної влади повинні утримуватися від публічних заяв з твердженнями про винуватість обвинуваченого, а медіа варто уникати висвітлення новин у спосіб, що суперечить принципу презумпції невинуватості.

тості (КПЛ, [ВП] № 32, п. 30). Влада, утім, може інформувати громадськість про точні кримінальні розслідування за умови, що робитиме це з розсудливістю й обачністю, необхідними для забезпечення дотримання принципу презумпції невинуватості (ЄСПЛ, «Гарицкі проти Польщі» (*Garycki v. Poland*), 2007, п. 69).

76. ЄСПЛ постановив, що заяви суддів підлягають суворішій перевірці, ніж заяви представників слідчих органів («Панді проти Бельгії» (*Pandy v. Belgium*), п. 43). Якщо судове рішення відображає думку про те, що обвинувачений винен до того, як його вину доведено в законному порядку, то принцип презумпції невинуватості, поза сумнівом, порушено (ЄСПЛ, «Мінеллі проти Швейцарії» (*Minelli v. Switzerland*), п. 37). У справі ЄСПЛ «Грубник проти України» (*Grubnyk v. Ukraine*) заявник стверджував, що Одеський Приморський районний суд («районний суд») в ухвалі про обрання запобіжного заходу заявив, що він «вчинив особливо тяжкий злочин», чим передчасно вирішив результат провадження проти заявника. ЄСПЛ встановив, що не може тлумачити відповідного твердження інакше, як висловлення думки районного суду, що заявник справді був винним у скоєнні особливо тяжкого злочину, в якому на той момент він лише підозрювався та не був визнаний винним у його скоєнні. Таке невдале формулювання могло бути всього лиш технічною помилкою з боку районного суду, але ані районний суд, ані апеляційний суд, ані будь-який інший національний орган влади не визнали, що така помилка була допущена, та не намагалися її виправити. Відповідно Суд встановив, що право заявника на презумпцію невинуватості було порушено, що суперечить статті 6(2) ЄКПЛ.
77. ЄСПЛ розглядав окремі справи проти України щодо публічних заяв з твердженнями про винуватість обвинуваченого. Наприклад, у справі «Криволапов проти України» (*Krivolapov v. Ukraine*) ЄСПЛ постановив, що заяви, які зробили слідчий і посадові особи Служби безпеки України для медіа щодо кримінального провадження проти заявника, були далекими від розсудливості та обачності. Вони були очевидною заявою про його винуватість, навіть без уточнення стадії, на якій перебувало провадження: громадськості було розкрито всю інформацію про особу заявника, його назвали вбивцею і фальсифікатором надзвичайно важливої кримінальної справи. До того ж Суд зауважив, що ці твердження неодноразово поширювалися в документальному фільмі, створеному за прямої підтримки державних органів високого рівня, фільм містив уривки з відеозапису зізнання заявника працівникам міліції. На думку Суду, такі заяви посадових осіб держави спонукали громадськість повірити у винуватість заявника та вплинули на оцінювання фактів відповідним судовим органом, що є порушенням статті 6(2) ЄКПЛ.
78. Ці аргументи знову було підтверджено у справі «Корбан проти України» (*Korban v. Ukraine*), у якій Суд постановив, що «твердження високопосадовців [прокурорів і членів політичних партій] у ЗМІ щодо кримінального провадження проти заявника були далекими від розсудливих та обачних. Його особа була відома громадськості, та його назвали лідером злочинного угруповання, яке вчинило низку тяжких кримінальних правопорушень [...]. У результаті ці твердження не могли не сприяти думці громадськості про вину заявника до того, як її було б встановлено в законному порядку». Відповідно Суд установив порушення статті 6(2) ЄСПЛ (ЄСПЛ, «Корбан проти України» (*Korban v. Ukraine*), п. 231).
79. Важливо зазначити, що порушення принципу презумпції невинуватості не може бути встановлено, якщо про підсудного зроблено заяву щодо злочину, в якому його не обвинувачують. Наприклад, у справі Мбарушимани (*Mbarushimana*) в МКС прокурор

публічно називав відповідача «геноцидником», але це не було визнано порушенням принципу презумпції невинуватості, оскільки це твердження не спричинювало ризику упередження, адже Мбарушимані не було пред'явлено обвинувачення в геноциді в МКС або будь-якому іншому суді (див. М. Coleman, «Language Matters: The Role of the Presumption of Innocence in Seeking Justice During the Russia-Ukraine Conflict», *OpinioJuris*, 30 червня 2022 р.).

80. Забезпечення того, щоб формулювання не порушувало принципу презумпції невинуватості, вимагає уваги до нюансів, особливо у справах, пов'язаних з конфліктом. В обвинувальних актах, підготовлених в Україні, часто міститься формулювання про те, що обвинувачений «вчинив» правопорушення. Щоб уникнути порушень принципу презумпції невинуватості, органам влади варто намагатися вживати такі вислови, як «інкримінований», «обвинувачений» та «підозрюваний».
81. Були також випадки, коли українські посадовці оголошували повідомлення про підозру та робили публічно в інтернеті (зокрема в соціальних медіа, таких як телеграм) заяви щодо провадження, які могли вказувати на упередженість у розгляді справи. Наприклад, у справі проти першого російського військовополоненого, засудженого за воєнні злочини в Україні після повномасштабного вторгнення в Україну 2022 року, Вадима Євгеновича Шишимаріна, Управління Верховного комісара ООН з прав людини (УВКПЛ) виявило, що Служба безпеки України опублікувала зізнання підсудного в інтернеті до того, як відбувся судовий процес (УВКПЛ, «Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні: 1 лютого – 31 липня 2022 року», п. 100).
82. Обережність у формулюваннях з метою уникнення порушень принципу презумпції невинуватості особливо важлива, коли українська влада публічно повідомляє про підозру підозрюваним у спеціальних провадженнях (*in absentia*) (див. розділ 10 далі), оскільки українські прокурори, з якими було проведено консультації, розповіли про труднощі в забезпеченні того, щоб формулювання повідомлень про підозру на вебсайті Офісу Генерального прокурора та в засобах масової інформації не порушували принципу презумпції невинуватості. Можна було б розробити практичні вказівки, протоколи або шаблони для системного використання, які забезпечували б обачність у висловах.

3.3. Дії захисника під час судового провадження

83. Забезпечення дотримання презумпції невинуватості також залежить від дій суб'єктів, які беруть участь у провадженні. Захисник повинен старанно представляти обвинуваченого і мати можливість робити це ефективно. Непрофесійна поведінка захисника, відсутність ефективного захисту або проблеми з процесуальною рівноправністю сторін (див. розділ 5 далі) можуть свідчити про порушення принципу презумпції невинуватості.
84. До прикладу, українська громадська організація «Медійна ініціатива за права людини» повідомляє, що адвокати, які надають безоплатну правничу допомогу висувають заперечення проти початкового обвинувального акта лише в 10 % розглянутих справ. Захисники часто погоджуються з прокурорами під час судових слухань, і більшість вироків, які були несприятливими для обвинуваченого, не було оскаржено. Асоціація правників України також повідомляє, що адвокати деколи займають пасивну правни-

чу позицію під час слухань, спізнюються, пропускають засідання або приєднуються в режимі відеоконференції з салону авто. Тому щоб забезпечити дотримання принципу презумпції невинуватості захисникам потрібно уникати таких дій.

3.4. Дії суддів під час судового провадження

85. Обвинувачений має право на розгляд справи незалежним і безстороннім судом (див. розділ 4 далі), тож важливими є дії не лише захисника, а й суддів, які повинні демонструвати суб'єктивну й об'єктивну неупередженість. Суддям не можна піддаватися впливу особистих упереджень і виявляти неналежну прихильність до однієї сторони коштом іншої в ухваленні рішення (КПЛ, «Карттунен проти Фінляндії» (*Karttunen v. Finland*), п. 7.2; ЄСПЛ, «Інкал проти Туреччини» (*Incal v. Turkey*), п. 65). Однак ідеться не тільки про те, як судді сприймають свою неупередженість, а й про видиме демонстрування цієї неупередженості розсудливому спостерігачеві (ЄСПЛ, «Грівз проти Сполученого Королівства» (*Grieves v. the United Kingdom*), п. 69). Ще одним актуальним чинником є баланс між владою і повноваженнями у справах, пов'язаних з конфліктом, суддів (особливо слідчих суддів) та обвинувачення. Власне, як уже зазначалося, нещодавнє рішення Конституційного Суду України щодо конституційності актів права, якими запроваджено воєнний стан, у частині продовження строку тримання обвинуваченого під вартою за відсутності вмотивованого рішення суду, яким їх було визнано такими, що порушують презумпцію невинуватості (п. 7.2).
86. Щоб уникнути порушення принципу презумпції невинуватості, надзвичайно важливо, щоб аргументація у судових рішеннях була належною і узгоджувалася з правом на вмотивований висновок (див. розділ 4 далі). У проаналізованих рішеннях у справах за статтею 438 КК України (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary») часто спостерігається обмежена оцінка відображених доказів (див. розділ 9 далі) та аргументів захисту. Попри те, що у статті 374(3)(2) КПК зазначено, що мотивувальна частина вироку має містити докази на підтвердження встановлених судом обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів, розглянуті докази переважно просто перелічуються без ретельного аналізу їхньої доречності, допустимості, надійності або достатності. Це призводить, наприклад, до браку ясності в судженнях щодо доказової ваги непрямих доказів або того, як різні докази підкріплюють один одного.
87. Єдині докази, які в судових рішеннях викладено детальніше, – це свідчення потерпілих або свідків. Однак невідповідності в доказах та/або виправдувальні докази в проаналізованих рішеннях детально не розглядаються (див., наприклад, справу № 243-6186-20 та справу № 734-2129-22). До того ж у деяких випадках суди посилялися на статтю 349 КПК, обмежуючись оцінкою справи лише на основі допиту обвинуваченого (див., наприклад, справу № 638-1343-23 та справу № 535-2100-22). Зокрема, у справах, де обвинувачений визнав свою вину, рішення не містять оцінки цього визнання в контексті інших загальних доказів, представлених для забезпечення виконання вимог щодо тягара доказування. Суддям в Україні варто забезпечити обґрунтованість і вмотивованість своїх рішень, щоб показати відсутність упередження щодо провини обвинуваченого під час розгляду. Перевірка дій захисників і суддів ще ретельніша, коли йдеться про спеціальні судові провадження (*in absentia*), де обвинувачений не бере активної участі у процесі (див. розділ 10 далі).

Розділ 4

Суди, судді та рішення

Резюме

- **Фахівці-практики в Україні повинні протягом усього перебігу судового розгляду забезпечувати дотримання права обвинуваченого на публічний розгляд компетентним, незалежним і безстороннім судом. Це право має бути забезпечене не лише через практику судів на інституційному рівні, а й самими суддями, які повинні діяти незалежно від обвинувачення та без упереджень.**
- Незалежність і безсторонність судів та суддів фундаментально важливі й потребують об'єктивності, свободи від політичного втручання і відсутності особистих упереджень. Характер справ, пов'язаних з конфліктом, й особистий вплив війни на суддів ускладнює це питання, надаючи йому додаткових нюансів.
- Незалежність і безсторонність, хоч і є окремими поняттями, тісно пов'язані, і ЄСПЛ часто розглядає їх разом.
- Принцип гласності судового процесу передбачає публічність і розгляду справ, і ухвалення судових рішень. **Якщо публічність та прозорість розгляду або аргументації не забезпечено, суди повинні надати належне обґрунтування, чому так сталося.**
- **Судді також повинні надавати вмотивовані висновки.** У судових рішеннях потрібно чітко вказувати підстави для їх ухвалення, щоб сторони розуміли вирок, та щоб забезпечити дотримання права на захист, зокрема й права на оскарження рішення.
- Структура та зміст судових рішень, особливо у справах, пов'язаних з конфліктом, мають бути ґрунтовними, охоплюючи контекстуальні елементи, *actus reus* і *mens rea*, з чітким викладом фактичних висновків, аналізом доказів і правничим аналізом.
- Надання вмотивованого висновку свідчить про те, що судді підтримують гарантії справедливого судового розгляду впродовж усього процесу та забезпечують дотримання принципів законності та/або презумпції невинуватості в обвинувальних рішеннях.

88. Фахівці-практики в Україні повинні протягом усього перебігу судового розгляду забезпечувати дотримання права обвинуваченого на публічний розгляд компетентним, незалежним і безстороннім судом. Це право має бути забезпечене не лише через практику судів на інституційному рівні, а й самими суддями, які повинні діяти незалежно від обвинувачення та без упереджень. Судді також повинні надавати вмотивовані висновки.

89. Тому щодо права на публічний розгляд незалежним і безстороннім судом або його аспектів, а також права на вмотивовані висновки фахівцям-практикам варто брати до уваги джерела національного, міжнародного і європейського права. Ці права, хоч і стосуються судового провадження загалом, неодноразово фігурують у законодавстві в контексті конкретних етапів судового розгляду, наприклад, у зв'язку з триманням під вартою як запобіжним заходом (див. розділ 6 далі) або з апеляційним провадженням.

Таблиця 3. Джерела права на публічний розгляд незалежним і безстороннім судом і право на вмотивовані висновки

Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, статті 6 і 129 - КПК, стаття 21(1) - КПК, стаття 27 (про гласність і відкритість судового провадження) - Закон України «Про судоустрій і статус суддів», статті 1, 6, 7 (незалежність і безсторонність судів і суддів) і 11 (відкритість судового процесу)	- Стаття 6(1) - МППП, стаття 14(1) Зверніть увагу, що Україна відступила від статей 6 ЄКПЛ та 14 МППП на час воєнного стану, але практичний ефект цього відступу може бути обмеженим (див. аналіз вище)	- Женевські конвенції, загальна стаття 3 - Третя Женевська конвенція, стаття 84 (2) - Четверта Женевська конвенція, статті 66 і 71 - Додатковий протокол I, стаття 75(4) - Це право вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. МКЧХ, норма 100)	- Римський статут, статті 40 і 67(2) - Статут МТКЮ, статті 13 і 21	
Право на вмотивовані висновки				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 29(2) - КПК, статті 370 і 374	- Стаття 6(1) - МППП, стаття 14 (1)	- Женевські конвенції, загальна стаття 3 - Третя Женевська конвенція, стаття 84 (2)	- Римський статут, стаття 74(7) - Статут МТКЮ, стаття 23(2)	МКС, Chambers Practice Manual

4.1. Незалежний і безсторонній суд, встановлений законом

90. Незалежність і безсторонність судів і суддів в Україні гарантується статтею 6 Конституції України, і статтями 1, 6 і 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Щодо міжнародного та європейського права, то стаття 6(1) ЄКПЛ та стаття 14(1) МПГПП вимагають, щоб провадження здійснювалося «незалежним і безстороннім судом», встановленим законом. Обидві концепції мають наслідком різні міркування, проте між незалежністю суду й об'єктивною неупередженістю існує тісний зв'язок. У цьому сенсі ЄСПЛ часто розглядає ці вимоги вкупі (ЄСПЛ, «Фіндлі проти Сполученого Королівства» (*Findlay v. the United Kingdom*), п. 73). Вимога незалежності та безсторонності стосується не лише самого суду, а й суддів і присяжних (ЄСПЛ, «Голм проти Швеції» (*Holm v. Sweden*), п. 30). Важливо також зазначити, що для цілей розгляду законності підстав для арешту та/або тримання під вартою (див. розділи 6 і 7 далі) обвинувачений має постати перед суддею, який є незалежним, безстороннім та об'єктивним (ЄСПЛ, «Шіссер проти Швейцарії» (*Schiesser v. Switzerland*), п. 31; КПЛ, «Базаров та ін. проти Узбекистану» (*Bazarov et al. v. Uzbekistan*), п. 8.2; КПЛ, «Мусаєва проти Узбекистану» (*Musaeva v. Uzbekistan*), п. 9.3; КПЛ, «Желудкова проти України» (*Zheludkova v. Ukraine*), п. 8.3).
91. Аналогічні гарантії закладено в МГП, яке передбачає «відповідним чином створений» (Загальна стаття 3, Додатковий протокол I, стаття 75(4)) або «належним чином організований» (Четверта Женевська конвенція, стаття 66) або «компетентний» суд (Четверта Женевська конвенція, стаття 71) суд, а також незалежність і безсторонність, коли справа стосується розгляду справ військовополонених (Третя Женевська конвенція, стаття 84(2)).

4.1.1. Об'єктивні та суб'єктивні елементи безсторонності

92. Незалежність означає відсутність політичного втручання виконавчої та законодавчої гілок у діяльність судової влади, а також наявність належних гарантій функціонування судової системи (ЄСПЛ, «Нінн-Гансен проти Данії» (*Ninn-Hansen v. Denmark*). Що ж до безсторонності, ЄСПЛ розрізняє суб'єктивний та об'єктивний підходи. Суб'єктивний підхід спрямований на оцінювання особистих переконань або інтересів конкретного судді в конкретній справі, а об'єктивний – на визначення того, чи запропонував цей суддя достатні гарантії для усунення всіх обґрунтованих сумнівів у цьому плані («Кіпріану проти Кіпру» (*Kyprianou v. Cyprus*) [ВП], п. 118; «П'єрсак проти Бельгії» (*Piersack v. Belgium*), п. 30; «Грівз проти Сполученого Королівства» (*Grieves v. the United Kingdom*) [ВП], п. 69). Власне, внутрішній компонент безсторонності стосується того, що суддям не можна піддаватися впливу особистих упереджень і неналежним чином віддавати перевагу інтересам однієї сторони коштом іншої в ухваленні свого рішення (КПЛ, «Карттунен проти Фінляндії» (*Karttunen v. Finland*), п. 7.2; ЄСПЛ, «Інкал проти Туреччини» (*Incal v. Turkey*), п. 65). Зовнішній компонент вимагає від суду додатково виявляти видимість неупередженості перед розсудливим спостерігачем.
93. Щодо суб'єктивного аспекту, ЄСПЛ постановив, що суддю потрібно вважати особисто неупередженим, доки не доведено протилежне (ЄСПЛ, «Кіпріану проти Кіпру» (*Kyprianou v. Cyprus*) [ВП], п. 119). Актуальним чинником об'єктивної неупередженості є наявність національних процедур забезпечення неупередженості, а саме правил, що регулюють відкликання суддів (ЄСПЛ, «Посібник зі статті 6», п. 76). Наприклад, той

факт, що суддя першої інстанції у кримінальному суді також ухвалив досудові рішення у справі, як такий не є переконливою підставою для побоювань щодо відсутності безсторонності з його боку (ЄСПЛ, «Фей проти Австрії» (*Fey v. Austria*), п. 30). Однак у деяких справах, розглянутих ЄСПЛ, де слідчі судді, наприклад, розглядали докази, а потім головували в судовому процесі, виникали сумніви щодо об'єктивної безсторонності (ЄСПЛ, «Де Куббер проти Бельгії» (*De Cubber v. Belgium*), пп. 27–30 та «Булут проти Австрії» (*Bulut v. Austria*), пп. 33–34). Якщо суддя вже ухвалював рішення щодо подібних, але не пов'язаних кримінальних обвинувачень чи вже судив співобвинуваченого в окремому кримінальному провадженні, цього недостатньо, щоб поставити під сумнів безсторонність такого судді в наступній справі (ЄСПЛ, «Крігіш проти Німеччини» (*Kriegisch v. Germany*) (ухв.)).

4.1.2. Особисті знання і публічні заяви

94. ЄСПЛ також зазначив, що якщо член суду має певні особисті знання про одного зі свідків у справі, це не обов'язково означає, що він буде упередженим на користь свідчень цієї особи, тож безсторонність потрібно буде визначати окремо в кожному конкретному випадку (ЄСПЛ, «Посібник зі статті 6», п. 89). Однак, коли голова суду публічно використовував вислови, які вказують на те, що перш ніж головувати в суді, який розглядає цю справу, він уже сформував несприятливий погляд на справу заявника, ці його заяви можна вважати об'єктивною підставою для виправдання побоювань обвинуваченого щодо неупередженості цього судді (ЄСПЛ, «Бускемі проти Італії» (*Buscemi v. Italy*), п. 68). Об'єктивну безсторонність також було встановлено, коли суддя публічно розкритикувала захист і заявила, що здивована, що обвинувачений не визнав себе винним («Лавентс проти Латвії» (*Lavents v. Latvia*), п. 119).
95. У справі «Криволапов проти України» (*Krivolapov v. Ukraine*) (див. також розділ 3 вище) ЄСПЛ постановив, що публічні заяви, зроблені відповідальними слідчими й іншими державними службовцями, які називали обвинуваченого вбивцею, безумовно, становлять собою заяву про його винуватість, що порушує статтю 6(2) ЄСПЛ (презумпція невинуватості). Ці заяви також неодноразово лунали в документальному фільмі, створеному за безпосередньої підтримки високопосадовців державних органів влади, що містив витяги з відео зізнання заявника представникам поліції. Якщо суди в ході провадження не взяли до уваги таких порушень презумпції невинуватості, це також може свідчити про об'єктивну безсторонність з боку суду.

4.1.3. Незалежність і безсторонність: українські процедура і практика

96. Щодо ситуації в Україні, то непокоїть кілька процедурних аспектів. По-перше, посилення прокурорських повноважень на досудових стадіях з певним обмеженням повноважень слідчих суддів, відповідно до статті 615 КПК, запровадженої в умовах воєнного стану, викликало питання щодо незалежності судової влади. Дійсно, Конституційний Суд України постановив, що «врегулювання законодавцем порядку розв'язання питання про продовження строку тримання особи під вартою як запобіжного заходу у спосіб, що не передбачає участі суду (судді), має наслідком порушення конституційного права кожного на судовий захист (частина перша статті 55 Конституції України)» (див. справа № 3-88/2022, п. 6.4).

97. Треба також зазначити високу кількість заяв про відвід та самовідвід у справах, пов'язаних з конфліктом, в Україні. Підстави для відводу містяться в статті 75 КПК і поміж них, зокрема, є такі: «якщо він особисто, його близькі родичі чи члени його сім'ї заінтересовані в результатах провадження» або «за наявності інших обставин, які викликають сумнів у його неупередженості». Проте, оскільки більшість суддів в Україні можуть особисто постраждати від поведінки, подібної до тієї, що фігурує у справі, яку вони розглядають, або можуть мати зв'язки на місцевому рівні з людьми, яких ця справа стосується, питання безсторонності є складним. У Донецьку і Луганську, наприклад, часто заяви про відвід або самовідвід пов'язані з сімейними, дружніми або особистими стосунками з одним із учасників справи або попередньою участю у розгляді справи (зокрема пов'язаних справ), хоча не всі заяви задовольняються і практиці бракує послідовності.
98. До того ж в окремих справах (серед яких і кримінальні) обвинувачені здійснювали спроби вплинути на безсторонність суддів, подаючи судові позови проти них. Зрозуміло, що судді діють в умовах тиску з боку медіа, громадського і міжнародного контролю, що може вплинути на їхню поведінку в судових процесах. Допомогти з визначенням потенційних сценаріїв порушення національних і міжнародних та європейських правил щодо незалежності та безсторонності можуть чіткі вказівки Верховного Суду або іншого органу, який регулює практику й етику судової влади.

4.2. Публічність і прозорість провадження

99. Принцип публічності судочинства передбачає два аспекти: проведення відкритих судових засідань і публічне оголошення рішень (ЄСПЛ, «Тьєрс та інші проти Сан-Маріно» (*Tierce and Others v. San Marino*), п. 93; «Саттер проти Швейцарії» (*Sutter v. Switzerland*), п. 27).

4.2.1. Право на публічні слухання

100. Конституція України визначає, що гласність судового процесу є одним з основних принципів судочинства (стаття 129). Це також підтверджено у статті 27 КПК, де зазначено, що загалом провадження у кримінальних справах в Україні здійснюється відкрито. Дозвіл суду медійникам потрібен лише для проведення фотозйомки, відеозапису і транслявання судового засідання по радіо і телебаченню (стаття 27(6) КПК).
101. У частині другій статті 27 окреслено певні обставини, за яких слідчий суддя може ухвалити рішення про здійснення провадження в *закритому судовому засіданні*, а саме: якщо обвинуваченим є неповнолітній; при розгляді справи, пов'язаної зі злочином проти статевої свободи та статевої недоторканності особи; якщо є необхідність запобігти розголошенню інформації про особисте та сімейне життя, або обставини, які приносять гідність особи; якщо здійснення провадження у відкритому судовому засіданні може призвести до розголошення таємниці, що охороняється законом; та/або якщо є необхідність забезпечити безпеку осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні. До того ж воєнний стан прямо не обмежує присутності громадськості на слуханнях, але в рекомендаціях Ради суддів України (головним завданням якої є забезпечення незалежності судів і суддів) зазначено, що в регіонах, де вища загроза через вторгнення, доступ до слухань може бути обмежено для неучасників (Медійна ініціатива за права

людини, «Що відбувається в судових процесах щодо війни: Проміжні висновки моніторингу правозахисників», 17 липня 2023 р.).

102. Судова практика ЄСПЛ свідчить про те, що загалом публічний характер кримінального провадження необхідний для забезпечення того, щоб здійснення правосуддя не могло уникнути громадського контролю, та для підтримки довіри до судів (ЄСПЛ, «Сейпан проти Австрії» (*Seipan v. Austria*), п. 27; ЄСПЛ, «Крестовський проти Росії» (*Krestovskiy v. Russia*), п. 24; ЄСПЛ, «Саттер проти Швейцарії» (*Sutter v. Switzerland*), п. 26). Це також підтверджується КПЛ, який зазначає, що слухання загалом повинні бути відкритими для широкої громадськості, зокрема й представників медіа, та не обмежуватися якоюсь окремою категорією осіб (КПЛ, ЗК № 32, п. 29).
103. Однак ЄСПЛ визнає, що «преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя» (ЄСПЛ, «Суслов і Батікян проти України» (*Suslov and Batikyan v. Ukraine*), п. 122). ЄСПЛ допускає можливість тимчасового обмеження публічності кримінального провадження, тобто його проведення в закритому режимі, наприклад, задля захисту безпеки або недоторканності приватного життя свідків або сприяння вільному обміну інформацією та думками в інтересах правосуддя (ЄСПЛ, «Б. та П. проти Сполученого Королівства» (*B. and P. v. United Kingdom*), п. 37). Навіть якщо матеріали справи містять секретну інформацію, це не можна вважати автоматичним виправданням обмеження публічності судового розгляду. За таких обставин суд повинен встановити, що обмеження публічності необхідне для захисту вагомому суспільного інтересу і забезпечити, щоб таємність провадження було обмежено лише до захисту цих інтересів (ЄСПЛ, «Белашев проти Росії» (*Belashev v. Russia*), п. 83; ЄСПЛ, «Велке і Бялек проти Польщі» (*Welke and Bialek v. Poland*), п. 77). Суди повинні розглянути всі можливі альтернативи для забезпечення безпеки в залі судових засідань і за можливості надавати перевагу менш суворим заходам (ЄСПЛ, «Крестовський проти Росії» (*Krestovskiy v. Russia*), п. 29).
104. ЄСПЛ зазначає, що перед недопущенням публіки під час кримінального провадження національний суд повинен зробити конкретний висновок про необхідність цього недопущення для захисту вагомому суспільного інтересу, й обмежити закритість процесу тією мірою, яка необхідна для захисту цього інтересу. Суд постановив, що для визначення, чи було рішення про проведення *закритого судового розгляду* кримінальної справи сумісним з правом на публічний судовий розгляд за статтею 6 Конвенції, а також чи було забезпечено баланс між міркуваннями стосовно суспільного інтересу і необхідністю відкритості, має значення те, чи були всі докази відкриті стороні захисту та чи було провадження загалом справедливим (ЄСПЛ, «Суслов і Батікян проти України» (*Suslov and Batikyan v. Ukraine*), п. 122).
105. У тій же справі Суд постановив, що (не)порушення права відповідача на публічний судовий розгляд *vis-à-vis* недопущення публіки та преси не обов'язково пов'язане з існуванням якої-небудь фактичної шкоди здійсненню відповідачем інших його процесуальних прав, зокрема і прав, захищених пунктом 3 статті 6 Конвенції (п. 123). ЄСПЛ встановив, що відповідний український районний суд ухвалив проведення закритого

судового розгляду без постановлення такої ухвали на підставі нечітко сформульованого клопотання родичів потерпілих щодо міркувань безпеки та конфіденційності. Районний суд не розглянув можливості обмежити окремі засідання, а не весь розгляд, або видалення окремих осіб, пов'язаних з обвинуваченим, із зали суду, і вищі суди не взяли до уваги жодного з цих недоліків. Тож Суд дійшов висновку, що було порушено право на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 6(1) ЄКПЛ (пп. 124–127).

4.2.2. Публічне проголошення судових рішень

106. Стаття 27(7) КПК вимагає прилюдного оголошення та внесення судових рішень до Єдиного державного реєстру судових рішень. Згідно зі статтею 374(2) КПК у тексті рішення має бути вказано ім'я. Однак українське законодавство передбачає обмеження принципу гласності судового процесу, зокрема анонімізацію особистої інформації в обмежених умовах, як це передбачено Законом України «Про доступ до судових рішень» (№ 3262-IV зі змінами) з міркувань безпеки або в умовах воєнного стану. До того ж під час воєнного стану судам дозволяється публічно проголошувати лише вступну і резолютивну частину з обов'язковим врученням учасникам судового провадження повного тексту вироку в день його проголошення (стаття 615(15) КПК та Третя судова палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду, справа № 638/4224/22 (13 вересня 2023 року)).
107. Вимога публічного проголошення судових рішень повторюється в статті 6(1) ЄКПЛ, статті 14(1) МПГПП та статті 75(4) Додаткового протоколу I. Для захисту від свавілля обвинувачених і громадськість повинні бути в змозі зрозуміти ухвалений вирок (ЄСПЛ, «Домбо Б. В. проти Нідерландів» (*Dombo B.V. v. The Netherlands*), п. 32, «Лермітт проти Бельгії» (*Lhermitte v. Belgium*), п. 67; «Такске проти Бельгії» (*Taxquet v. Belgium*), п. 90). Це також вкрай важливо для того, щоб відповідач міг належним чином скористатися своїм правом на апеляцію (ЄСПЛ, «Хадзіанастасіу проти Греції» (*Hadjianastassiou v. Greece*), пп. 34–37).
108. На практиці багато справ про злочини, пов'язані з конфліктом, в Україні були повністю або частково відкриті для громадськості та медіа, за винятком тих, що стосуються сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, або де сім'ї жертв і свідки перебувають на тимчасово окупованих територіях, й існують побоювання щодо їхньої безпеки (Асоціація правників України (АПУ), Звіт за результатами проекту «Моніторинг судових проваджень у справах про воєнні злочини», грудень 2023, с. 10). Однак судді або судова адміністрація запроваджують певні «штучні бар'єри», наприклад, вимагаючи, щоб журналісти або судові спостерігачі прочитали та підписали «пам'ятку для працівників ЗМІ» або «подали клопотання про участь у відкритому судовому засіданні» (Медійна ініціатива за права людини, «Що відбувається в судових процесах щодо війни: Проміжні висновки моніторингу правозахисників», 17 липня 2023 р. Див. також звіт АПУ вище, с. 11).
109. При аналізі справ за статтею 438 КК України було виявлено, що часто обґрунтування, чому розгляд певних справ або їх частин відбувається у *закритому режимі*, бракує детальності (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary»). Стенограми та записи проваджень в Єдиному державному реєстрі відсутні. У деяких справах відповідно до статті 615 КПК оприлюднюється лише резолютивна частина рішення, і, як видається,

існує стандартна практика анонізації у рішеннях всіх учасників провадження, їхніх законних представників і головуючих суддів без обґрунтування такого відхилення від частини 2 статті 374 КПК. Загалом, судам варто вдосконалити свою аргументацію щодо обмежень публічності проваджень і судових рішень, щоб продемонструвати, що вони розглянули всі можливі та м'якші заходи, та викладати аналіз і підстави для своїх рішень з цього приводу.

4.3. Право на вмотивовані висновки

110. Стаття 29(2) Конституції України вимагає, щоб рішення щодо затримання обвинуваченого були вмотивованими (див. також рішення Конституційного Суду України у *справі № 3-88/2022*). Крім того, стаття 370 КПК містить вимогу, щоб рішення суду наводило належні та достатні мотиви та підстави його ухвалення. У статті 374 КПК вказано, що судові рішення має містити три частини: (1) вступну, (2) мотивувальну і (3) резолютивну, та детально описано, яка інформація зазначається в кожній частині. КПК не містить вимоги до суду відтворювати текст обвинувального акта (див. також «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини»). У частинах 2–4 статті 374 КПК викладено вимоги до змісту кожного розділу судового рішення. Ці вимоги загалом з однаковою логікою стосуються судових рішень у всіх категоріях, зокрема й тих, що пов'язані з міжнародними злочинами (див. «Настільна книга», глава 3).
111. Право на вмотивовані висновки постало в рамках оцінки справедливості судових процесів ЄСПЛ та КПЛ (див., наприклад, ЄСПЛ, «Морейра Феррейра проти Португалії» (*Moreira Ferreira v. Portugal*) (№2), п. 84, КПЛ, «Генрі проти Ямайки» (*Henry v. Jamaica*), Повідомлення № 230/87, п. 84; КПЛ, Загальний коментар № 32: Стаття 14: Право на рівність перед судами і трибуналами та на справедливий судовий розгляд, ССРР/С/ГС/32, 23 серпня 2007 р., п. 49). ЄСПЛ встановив, що належне здійснення правосуддя вимагає, щоб у рішенні судів і трибуналів було чітко вказано причини, на яких воно ґрунтується («Папон проти Франції» (*Papon v. France*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24071>) (ухв.). Вмотивовані рішення показують сторонам, що їх було заслухано, що судді обґрунтували свої міркування об'єктивними аргументами та відстоюють право на захист. Як уже зазначалося, якщо рішення не містить обґрунтування, це становить порушення права обвинуваченого на апеляцію, («Хадзіанастасіу проти Греції» (*Hadjianastassiou v. Greece*) та «Болдеа проти Румунії» (*Boldea v. Romania*)).
112. ЄСПЛ постановив, що обсяг обов'язку щодо мотивування варіюється від справи до справи («Руїс Торіха проти Іспанії» (*Ruiz Torija v. Spain*), п. 29). Однак, попри те, що суди не зобов'язані давати детальну відповідь на кожен аргумент («Ван де Гурк проти Нідерландів» (*Van de Hurk v. the Netherlands*), п. 61), з рішення повинно бути ясно, що основні питання справи було вивчено (див. «Болдеа проти Румунії» (*Boldea v. Romania*), п. 30). На аргументи, які мають вирішальне значення для результату справи, потрібно дати конкретну і чітку відповідь (ЄСПЛ, «Морейра Феррейра проти Португалії» (*Moreira Ferreira v. Portugal*) (№2), п. 84). Ігнорування конкретного, доречного і важливого аргументу заявника може становити порушення права на справедливий судовий розгляд (ЄСПЛ, «Нечипорук і Йонкало проти України» (*Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*), п. 280, ЄСПЛ, «Чжан проти України» (*Zhang v. Ukraine*), п. 73), а рішення, які не відображають оцінки «очевидних розбіжностей» у показаннях свідків і в речових

доказах, не можливо належно обґрунтувати (ЄСПЛ, «Аджаріч проти Хорватії» (*Adjaric v. Croatia*), п. 51). Вироки на основі неналежно обґрунтованих рішень також можуть вказувати на порушення принципів законності (див. розділ 2 вище) і презумпції невинуватості (див. розділ 3 вище).

4.3.1. Міжнародна практика і настанови

113. «Посібник МКС для судових палат» (*Chambers Practice Manual*), де розглянуто висновки й аналіз практики ухвалення рішень у МТКЮ та МУТР, а також у власних Судових палатах МКС, може стати в пригоді українським судам як додатковий інструмент при розгляді структури та змісту рішення у справах, пов'язаних з конфліктом. У «Посібнику» зазначено, що важливо пам'ятати, що рішення у таких справах «адресоване» обвинуваченому, обвинуваченню і потерпілим, які беруть участь у провадженні. Однак існують й інші актуальні аудиторії, про які варто пам'ятати, коли йдеться про зміст, структуру і підготовку тексту рішення, зокрема – Апеляційна палата, потерпілі та постраждалі громади в ширшому сенсі, а також держави, науковці, НУО й інші особи, зацікавлені в роботі Суду (*Chambers Practice Manual*), с. 12). Крім того, автори «Посібника» зазначають, що гнучкість у структурі рішення вкрай важлива для врахування унікальних характеристик і складнощів кожної справи. Наприклад, фіксація характеру злочинів і конкретних елементів, які потрібно встановити, може вимагати індивідуальних підходів. Аналогічно, виклад доказів може відрізнятися (незалежно від того, як їх організовано – за іменами свідків, місцем злочину тощо) залежно від рамок розгляду і специфіки справи. Істотно вплинути на структуру може також кількість обвинувачених осіб, особливо при оцінці індивідуальної кримінальної відповідальності (МКС, *Chambers Practice Manual*), с. 9 та 15). Однак слід забезпечити узгодженість основних розділів і порядку, які можна відтворювати в кожній справі з відповідними варіаціями з огляду на характер цієї справи (МКС, *Chambers Practice Manual*), с. 15).

114. Підхід МКС до структурування судових рішень передбачає чіткі та виразні розділи, які охоплюють контекстуальні елементи, *actus reus* і *mens rea*, забезпечуючи систематичний виклад і фактичних висновків, і правничого аналізу. Рішення МКС часто містять чіткі заголовки, як-от «Встановлення фактів у справі», «Правова база» та «Оцінка фактів у контексті законодавства», що забезпечує чітке, логічне і пов'язане з представленими доказами обґрунтування рішень.

4.3.2. Право на вмотивовані висновки: практика українських судів

115. Аналіз справ за статтею 438 КК України показав, що лише в декількох рішеннях було використано заголовки або підзаголовки для розмежування розділів. Обсяг проаналізованих рішень неабияк варіюється, але це не залежить від складності справ. Щодо контекстуальних елементів, то більшість проаналізованих рішень містять розділ, часто без заголовка, що описує не тільки факт існування міжнародного збройного конфлікту з Російською Федерацією в період, зазначений в обвинуваченнях (необхідний контекстуальний елемент для всіх воєнних злочинів), а й посилається на злочин агресії та коментує його. Цей розділ часто є непропорційно великим відносно решти рішення, в якому встановлюються обставини справи та викладається аргументація суду, і навіть не пропонує належного розгляду необхідних додаткових контекстуальних елементів.

116. У доповіді Української правової консультативної групи (УПКГ) від червня 2023 року зазначено, що часто між аргументуванням у справах, пов'язаних із загальнокримінальними злочинами та воєнними злочинами, немає різниці, а «контекст» «дублюється з повідомлень про підозру та обвинувальних актів» (с. 50), не надаючи достатнього обґрунтування щодо зв'язку між конфліктом і діями обвинуваченого, що узгоджується з висновками цього аналізу.
117. Мотивувальні частини судових рішень є особливо короткими. Дуже рідко в мотивувальній частині або аналізі доказів чітко викладено аргументи або докази, висунуті захистом або обвинуваченням, бракує також поділу аналізу за правовими елементами (контекстуальними, *actus reus* та *mens rea*), як це зазвичай робиться в МКС або спеціальних (*ad hoc*) трибуналах (див. МКС, Chambers Practice Manual). У деяких випадках, особливо коли судді обмежуються резолютивною частиною відповідно до статті 615 КПК або коли застосовується спрощена процедура відповідно до статті 349, аргументація особливо обмежена. Важливо також зазначити, що рішення, ухвалені на досудових стадіях, зокрема, коли слідчі судді санкціонують запобіжний захід і розглядають законність арешту і тримання під вартою, також не відображають аналізу доказів щодо законності та свавілля (див. розділ 10 далі).
118. Попри припущення, що певну роль у створенні прецеденту щодо того, як структурувати рішення і надавати аргументацію у справах, пов'язаних з конфліктом, може відігравати Верховний Суд (див. УПКГ, с. 126), немає жодних законодавчих перешкод, що заважали б судам першої інстанції встановлювати практику структурованого підходу до укладання рішень та аргументації відповідно до найкращої міжнародної практики у таких справах.
119. Рішення, ухвалені міжнародними судами та трибуналами у справах, пов'язаних з конфліктом, можуть відрізнятися від рішень, ухвалених у внутрішньому контексті України або в інших національних контекстах, оскільки перші стосуються справ проти тих, хто найбільше відповідальний за злочини, які є складними та тривалими. В Україні судові рішення не настільки масштабні та деталізовані через поточну систему, засновану на інцидентах, де найпоширенішими залишаються справи про безпосереднє вчинення злочинів, а суди розглядають не такий складний набір фактів і доказів.
120. Однак на основі процесу підготовки судового рішення на міжнародному рівні можна укласти практичні рекомендації, особливо якщо розгляд справи з боку обвинувачення спрямований на встановлення ланцюгів командування в майбутньому. Як мінімум, варто інтегрувати певні елементи з практики підготовки рішень у міжнародних кримінальних судах і трибуналах (такі як «Посібник для судових палат» МКС). Детальні вказівки щодо написання судових рішень, зокрема аргументації, можна знайти у главі 3 видання «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини». Рішення є демонстрацією того, як судді забезпечували дотримання інших гарантій справедливого судового розгляду протягом усього процесу, тому суддям варто докласти зусиль, щоб зробити їх максимально обґрунтованими.

Розділ 5

Змагальність провадження

Резюме

- Змагальність провадження і рівність сторін

- В Україні принцип змагальності є засадничим для системи кримінального правосуддя. Фахівці-практики у справах, пов'язаних з конфліктом, повинні забезпечити, щоб обвинувачений міг ефективно брати участь і представляти свою позицію за умов, що не ставлять його у несприятливе становище відносно обвинувачення із дотриманням гарантій справедливого судового розгляду.

- Доступ до адвоката

- Правоохоронці в Україні повинні прагнути до того, щоб доступ до адвоката надавався з моменту допиту для забезпечення права обвинуваченого на захист, права не свідчити проти себе і справедливого судового розгляду. Якщо адвокат призначається після первинного допиту, а обвинувачений заявляє, що докази було отримано без доступу до адвоката, адвокат повинен озвучити ці заяви в контексті провадження.
- Слідчі судді також повинні здійснювати нагляд за доступом обвинуваченого до адвоката на досудових стадіях у рамках перевірки законності затримання особи. Якщо на стадіях судового розгляду представлено докази з раннього допиту, щодо якого є скарги про відсутність доступу до адвоката, судді мають забезпечити, щоб визнання таких доказів не ставило під загрозу справедливість судового розгляду загалом.

- Ефективний захист

- Ефективний захист вимагає «практичної та ефективної» правничої допомоги, тобто в діяльності адвокатів не має бути неналежних обмежень або втручання і вони повинні старанно захищати інтереси обвинуваченого.

- Доступ до перекладача

- Адвокат повинен активно захищати право своїх клієнтів на переклад, вимагаючи послуг перекладача на ранній стадії, перевіряючи, чи розуміє клієнт, що відбувається, протягом усього провадження і негайно заперечуючи проти неналежного перекладу. Так само адміністрація суду повинна забезпечити доступ до послуг кваліфікованих перекладачів. Оскільки кінцеву відповідальність за забезпечення справедливості провадження несуть українські судді, саме вони загалом відповідають і за забезпечення доступності послуг письмового або усного перекладу для обвинуваченого, який не розуміє мови, якою здійснюється провадження.

Допит свідків

- Право обвинуваченого на допит свідків є надзвичайно важливим аспектом ефективної участі та захисту. **Дії щодо допиту свідків становлять частину ефективної стратегії захисника. Баланс між забезпеченням права обвинуваченого на допит свідків у провадженні та запобіганням повторній травматизації потерпілих і/або свідків підлягає судовому контролю.**

Право на апеляційне оскарження

- Спостереження свідчать про низький рівень апеляцій у справах, пов'язаних з конфліктом, і необхідність детального аналізу підстав апеляції апеляційними судами. Захисник повинен вживати заходів для оскарження результатів провадження від імені свого клієнта у справах, пов'язаних з конфліктом, зокрема з міркувань справедливості судового розгляду. Відсутність вмотивованого висновку суду першої інстанції сама собою може бути підставою для оскарження. Ефективне здійснення прав на оскарження і розгляд аргументів захисту в апеляційному порядку матиме вирішальне значення для забезпечення права обвинуваченого на доступ до суду і справедливості розгляду загалом, а також (якщо існує підозра про процесуальні порушення) – права на ефективне поновлення в правах.

121. В Україні змагальність провадження є фундаментальним принципом системи кримінального правосуддя. Практики, які беруть участь у справах, пов'язаних з конфліктом, **повинні забезпечити обвинуваченому розумні можливості ефективно брати участь у провадженні та представляти свою позицію в умовах, які не ставлять його у несприятливе становище порівняно з обвинуваченням.**

122. Обвинуваченому потрібно забезпечити:

- (1) доступ до ефективного юридичного представництва;
- (2) доступ до перекладача;
- (3) достатньо часу і можливостей для підготовки свого захисту;
- (4) змогу здійснювати право на виклик, допит і перехресний допит свідків;
- (5) можливість реалізувати право на апеляційне оскарження.

123. Деякі з цих прав реалізуються через захисника, який представляє обвинуваченого, а їх реалізація також свідчить про ефективність захисту обвинуваченого. Далі наведено джерела цих прав. Якщо їх дотримання не забезпечено, це також може свідчити про порушення принципів презумпції невинуватості та/або незалежності та безсторонності суду (див. розділи 3 та 4 відповідно). Забезпечення змагальності провадження також набуває особливої ваги, коли йдеться про спеціальні провадження (*in absentia*) (див. розділ 10 далі).

Таблиця 4. Правні джерела принципу змагальності провадження і прав обвинуваченого

Змагальність провадження та рівність сторін				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, 129(2) і (4) - КПК, статті 7(1)(15) і 7(3)	- ЄКПЛ, стаття 6(1) - МПППП, стаття 14(1) Зауважте, що Україна відступила від статей 6 ЄКПЛ та 14 МПППП на час воєнного стану, але практичний ефект цього відступу може бути обмеженим (див. аналіз вище)		- Римський статут, стаття 67(1) - Статут МТКЮ, стаття 21(4)	
Ефективна участь обвинуваченого у провадженні				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
КПК, статті 42 (права обвинуваченого) і 336 (дистанційна участь)	ЄКПЛ, стаття 6(1)			
Доступ до адвоката				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, статті 29 і 129 - КПК, статті 7(1)(13), 20(3), 49 і 54 - Закон України «Про безоплатну правничу допомогу» (№ 3460-VI)	- ЄКПЛ, стаття 6(3)(d) - МПППП, стаття 14 (3)	- Третя Женевська конвенція, стаття 105 (про поводження з військовополоненими) - Четверта Женевська конвенція, стаття 72 - Додатковий протокол I, стаття 75(4)(a) Це право вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. МКЧХ, <u>норма 100</u>)	- Римський статут, стаття 67(1) - Статут МТКЮ, стаття 21(4)	

Ефективний захист				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• КПК, статті 46 та 47 • Стандарти якості надання безоплатної вторинної правничої допомоги у кримінальному провадженні, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 25.02.2014 № 386/5 • <u>Правила адвокатської етики</u> затверджені 2012 року відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»	• ЄКПЛ, стаття 6(3)(с)			
Доступ до перекладача				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• КПК, статті 29 та 42(3)(18)	• ЄКПЛ, стаття 6(3)(е) • МПГПП, стаття 14 (3) (f)	• Третя Женевська конвенція, стаття 105 (про поводження з військовополоненими) • Четверта Женевська конвенція, стаття 72 • Це право вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. МКЧХ, <u>норма 100</u>)	• Римський статут, стаття 67(1) • Статут МТКЮ, стаття 21(4)	

Достатній час та можливості для підготовки захисту				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• КПК, статті 42, 46 та 48	• ЄКПЛ, стаття 6(3)(b) • МПГПП, стаття 14 (3)(b)	• Третя Женевська конвенція, стаття 105 (про поводження з військовополоненими) • Четверта Женевська конвенція, стаття 72 Це право вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. МКЧХ, <u>норма 100</u>)	• Римський статут, стаття 67(1) • Статут МТКЮ, стаття 21(4)	
Допит свідків				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• КПК, статті 22, 42(4)(1), 232(1) та 336(1) та (4)	• ЄКПЛ, стаття 6(3)(d) • МПГПП, стаття 14 (3)(e)	• Третя Женевська конвенція, стаття 105(1) (про поводження з військовополоненими)	• Римський статут, стаття 67(1) • Статут МТКЮ, стаття 21(4)	

Право на апеляційне оскарження				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 129 - КПК, статті 42(4)(6), глави 31, 32 і 34, статті 392 і 419, 424 і 442	- Протокол № 7 до ЄКПЛ, стаття 2 - ЄКПЛ, стаття 13 - МППП, стаття 14 (5)	- Третя Женевська конвенція, стаття 106 (про поводження з військовополоненими) - Четверта Женевська конвенція, стаття 73 - Це право також було визнано «базовим компонентом прав на справедливий судовий розгляд у контексті збройного конфлікту» (див. МКЧХ, <u>норма 100</u>)		

5.1. Принцип змагальності та рівності сторін

124. Дії захисника та суддів, які здійснюють судовий контроль за провадженням, відіграють основну роль у забезпеченні змагальності провадження та рівності сторін. Змагальність кримінального провадження визнається статтею 129(4) Конституції України та статтею 7(1)(15) КПК. Вона тісно пов'язана з принципом рівності сторін, що його визнає стаття 129(2) Конституції та стаття 7(3) КПК. Принципи змагальності судочинства і рівності сторін закладені у праві на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 6(1) ЄКПЛ. Принцип рівності сторін також визнається у рамках права на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 14(1) МППП (КПЛ, Загальний коментар № 32). Поняття рівності у провадженні також міститься у статтях 67(1) Римського статуту та 21(4) Статуту МТКЮ.

125. У ЄСПЛ змагальність провадження означає «в принципі, можливість для сторін знати та коментувати усі складові наданої доказової бази і усі зауваження, надані для того, щоб вплинути на рішення суду» (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 93). Рівність сторін передбачає, що кожній стороні у кримінальному провадженні надано розумну можливість представити свою позицію за умов, які не ставлять її у несприятливе становище перед супротивником (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 92, ЄСПЛ, «Лазаренко проти України» (*Lazarenko v. Ukraine*), п. 36). Оскільки ці принципи тісно пов'язані, ЄСПЛ часто розглядає їх разом (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 93). Обидва ці принципи також пов'язані з правами на захист відповідно до статті 6(3) ЄКПЛ (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 95). КПЛ наголошує на аналогічних засобах захисту (КПЛ, «Сміт проти Ямайки» (*Smith v. Jamaica*), п. 10.4).

126. **Серед виявлених ЄСПЛ прикладів порушень права на справедливий судовий розгляд через брак рівності сторін такі:** присутність лише прокурора під час апеляційного засідання (ЄСПЛ, «Жук проти України» (*Zhuk v. Ukraine*), п. 35); нерозголошення доказів стороні захисту (ЄСПЛ, «Куопіла проти Фінляндії» (*Kuopila v. Finland*); обмеження доступу обвинуваченого до матеріалів його справи або інших документів

на підставі суспільного інтересу (ЄСПЛ, «Матієк проти Польщі» (*Matyjek v. Poland*), п. 65). КПЛ аналогічним чином визнає, що обмеження права на апеляцію до прокурора є порушенням принципу рівності сторін (КПЛ, «Вайсс проти Австрії» (*Weiss v. Austria*), п. 9.6). У ситуаціях, коли обвинувачений не може брати участі у провадженні на рівних підставах через фінансові обмеження, КПЛ зазначає, що суд можна зобов'язати надати йому безоплатну допомогу перекладача (КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 13).

127. Однак слід зазначити, що **розкриття доказів не є абсолютним правом**, а в деяких випадках доводиться приховувати певні докази від захисту задля дотримання основоположних прав іншої особи або захисту важливих суспільних інтересів. У таких випадках, щоб гарантувати обвинуваченому справедливий судовий розгляд, усі труднощі для захисту, пов'язані з обмеженням його прав, потрібно належно збалансувати процедурами, яких дотримуються судові органи. Наприклад, нерозголошення особи свідка захисту (або анонімність свідка) можна компенсувати, якщо ця інформація відома слідчому судді, який може допитати свідка (ЄСПЛ, «Доорсон проти Нідерландів» (*Doorson v. the Netherlands*), п. 72; «Ван Мехелен та інші проти Нідерландів» (*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*), п. 54).

5.2. Ефективна участь обвинуваченого

128. Права обвинуваченого щодо участі у процесуальних діях закріплено статтею 42 КПК, і **багато з них реалізуються через захисника**. За певних обставин, передбачених статтею 336 КПК, обвинувачений може брати участь у засіданні в режимі відеоконференції, але «учасникам кримінального провадження має бути забезпечена можливість чути та бачити хід судового провадження, ставити запитання і отримувати відповіді, реалізувати інші надані їм процесуальні права» (статті 336(3) КПК).
129. Право обвинуваченого на ефективну участь як частина права на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 6 ЄКПЛ охоплює (i) його або її право бути присутнім і (ii) заслуховувати та спостерігати за процесом (ЄСПЛ, «Стенфорд проти Сполученого Королівства» (*Stanford v. the United Kingdom*), п. 26). Отож участь у режимі відеоконференції не обов'язково порушує права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд, за умови, що він може спостерігати за провадженням без технічних перешкод і конфіденційно спілкуватися зі своїм захисником протягом усього часу (ЄСПЛ, «Марчелло проти Італії» (*Marcello v. Italy*), пп. 63–67). Оцінюючи ефективність участі, потрібно також враховувати вразливість або проблеми зі здоров'ям обвинуваченого і вносити необхідні корективи для забезпечення ефективної участі (ЄСПЛ, «Блохін проти Росії» (*Blokhin v. Russia*), п. 195).

5.3. Доступ до адвоката

130. **Право обвинуваченого на захист** передбачено статтями 29, 59 і 129 Конституції України, статтями 7(1)(13) і 20 КПК. Участь захисника також регулюється главою 3 КПК. Обвинувачені в Україні мають право на ефективну юридичну допомогу з моменту взяття під варту, незалежно від того, чи вони найняли адвоката самостійно, чи їм було призначено державного захисника. Ці засоби захисту закріплено в статті 6(3)(с) ЄКПЛ, що гарантує **три окремі права**: «захищати себе особисто, використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, за певних умов одержувати таку до-

помогу безоплатно» (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 276, ЄСПЛ, «Пакеллі проти Німеччини» (*Pakelli v. Germany*), п. 31).

131. Це право також передбачено статтею 14(3) МПГПП (див. КПЛ, Загальний коментар № 32, пп. 37–38), а також МГП та звичаєвими нормами права (Третя Женевська конвенція, стаття 105 (про поводження з військовополоненими), Четверта Женевська конвенція, стаття 72 і Додатковий протокол I, стаття 75 (4)(а), МКЧХ, норма 100). Права на захист і правничу допомогу також містяться в Римському статуті, стаття 67(1), та Статуті МТКЮ, стаття 21(4).
132. В Україні обвинувачений **може захищати себе особисто** або користуватися правничою допомогою захисника на свій вибір, а за відсутності коштів – **отримати правничу допомогу захисника за рахунок держави** (стаття 29 Конституції України та статті 20(2)–(3) та 42(3)(3) КПК).
133. Відповідно до статті 49 КПК, захисник може бути призначений судом, якщо обвинувачений його не залучив або не може залучити, зокрема, відповідно до закону, що регулює правничу допомогу. Законом України «Про безоплатну правову допомогу» (№ 3460-VI) визначено види безоплатної правничої допомоги (первинної та вторинної) та окреслено категорії осіб, які мають право на її отримання, зокрема у кримінальному провадженні. Ним встановлено систему безоплатної вторинної правничої допомоги, забезпечення доступу до адвоката затриманих, підозрюваних та обвинувачених осіб, які підпадають під певні критерії або якщо цього вимагають інтереси правосуддя. Координаційний центр з надання правничої допомоги (КЦНПД) і регіональні та місцеві центри відповідають за організацію, управління та моніторинг у сфері надання безоплатної правничої допомоги, зокрема, призначення адвокатів особам, які мають на це право. Детальніше про систему правничої допомоги в Україні можна дізнатися з публікації «Огляд системи безоплатної правової допомоги в Україні» (2014).
134. ЄСПЛ визнав порушенням права на правничу допомогу таку поведінку:
- **Якщо обвинувачений відмовився від правничої допомоги в кримінальному провадженні, але цю відмову було надано в контексті жорстокого поводження** («Богдан проти України» (*Bogdan v. Ukraine*), п. 54). Обвинувачений може відмовитися від свого права на правничу допомогу (КПК, стаття 54, ЄСПЛ, «Піщальников проти Росії» (*Pishchalnikov v. Russia*), п. 77). Однак представники органів влади повинні бути в змозі продемонструвати, що обвинувачений, який відмовляється від цього права, «міг обґрунтовано передбачити наслідки своєї поведінки» (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 288).
 - **Якщо правнича допомога надається не своєчасно.** Відповідно до статті 29 Конституції України, право обвинуваченого на можливість захищати себе самотужки або на правничу допомогу захисника надається з моменту затримання. Згідно з ЄСПЛ, обвинуваченому потрібно надавати допомогу адвоката з ранніх стадій допиту, а відповідно до КПЛ, – «невідкладно» (див. КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 34). Наприклад, коли заявник стверджував, що його право на правничу допомогу було порушено, оскільки його відмова була не дійсною через жорстоке поводження, ЄСПЛ постановив, що будь-яка розмова між затриманим підозрюваним у кримінальній справі та поліцією має розглядатись як офіційний контакт і не може характеризуватись як неофіційна бесіда або неофіційний допит («Богдан проти

України» (*Bogdan v Ukraine*), п. 52). ЄСПЛ наголосив, що «невід'ємною частиною права не свідчити проти себе, права зберігати мовчання та права на правову допомогу є те, що для цілей статті 6 Конвенції особа “обвинувачена у вчиненні кримінального правопорушення” має право бути повідомленою про ці права» (п. 43).

- **Коли правоохоронці помилково класифікують правопорушення з прихованою метою фактично відмовити підсудним у правничій допомозі** («Балицький проти України» (*Balitskiy v. Ukraine*), пп. 40 і 52). Поки що ця справа перебуває під стандартним наглядом КоМ Ради Європи.

135. ЄСПЛ постановив, що у виняткових випадках нагальна потреба запобігти серйозним несприятливим наслідкам для життя, свободи чи фізичної недоторканності у відповідній справі може становити вагому підставу для обмеження доступу до захисника для цілей статті 6 Конвенції («Богдан проти України» (*Bogdan v Ukraine*), п. 41). Однак, навіть якщо існують вагомі підстави для відмови в доступі до адвоката, це не має неправопорушити загальну справедливість судового розгляду (ЄСПЛ, «Сальдуз проти Туреччини» (*Salduz v. Turkey*) [ВП], п. 55, «Богдан проти України» (*Bogdan v Ukraine*), п. 42).
136. Загалом, працівники правоохоронних органів в Україні повинні докладати зусиль для забезпечення доступу до адвоката з моменту допиту, щоб гарантувати дотримання права обвинуваченого на захист, права не свідчити проти себе (див. розділ 7 далі) і права на справедливий судовий розгляд. Якщо адвокат призначається уже після первинного допиту, а обвинувачений заявляє, що докази було отримано без доступу до адвоката, захисник повинен озвучити ці заяви в контексті провадження.
137. Слідчі судді також повинні здійснювати нагляд за доступом обвинуваченого до адвоката на досудових стадіях у рамках розгляду законності затримання обвинуваченого (див. розділ 6 далі, КПЛ, Загальний коментар № 32 (<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2007/en/52583>), п. 58, і КПЛ, «Бутовенко проти України» (*Butovenko v. Ukraine*), п. 7.6). До того ж, якщо на стадіях судового розгляду представлено докази з раннього допиту, щодо якого є скарги про відсутність доступу до адвоката, судді мають забезпечити, щоб визнання таких доказів не ставило під загрозу справедливості судового розгляду загалом.

5.4. Ефективний захист

138. Особливості участі й обов'язки захисника у кримінальному провадженні викладені у статтях 46 та 47 КПК. Детальніше обов'язки захисника викладено у Стандартах якості надання безоплатної вторинної правничої допомоги у кримінальному провадженні, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 25.02.2014 № 386/5 (див. «Посібник для адвокатів», додаток 4, та Правилах адвокатської етики, затверджених 2012 року Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).
139. Стаття 6(3)(с) ЄКПЛ закріплює право на «ефективну та практичну» правничу допомогу (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 296). ЄСПЛ постановив, що коли обвинуваченому надається правнича допомога, недостатньо офіційно призначити адвоката, **правнича допомога повинна бути ефективною на практиці** (ЄСПЛ, «Артіко проти Італії» (*Artico v. Italy*), п. 33). Під час консультування та представництва відповідачів адвокати не мають зазнавати жодних обмежень, впливу, тиску або неналежного втручання,

а також брати участь у явно неправомірній поведінці або виявляти некомпетентність, що були б явно несумісними з інтересами правосуддя (КПЛ, «Тейлор проти Ямайки» (*Taylor v. Jamaica*), п. 6.2). Адвокат зобов'язаний старанно представляти інтереси обвинуваченого і «робити це у спосіб, який узгоджується з правничими та етичними зобов'язаннями адвоката перед судом першої інстанції та клієнтом» («Посібник для адвокатів», глава II (4)). Це передбачає забезпечення дотримання та реалізації прав обвинуваченого, зокрема права на достатній час і можливості для підготовки захисту, права на перекладача, права на допит свідків і апеляційне оскарження (див. далі).

140. ЄСПЛ визнав потенційним порушенням права на ефективний захист:

- Перехоплення повідомлень між обвинуваченим та його адвокатом або надмірне обмеження візитів адвоката до обвинуваченого (ЄСПЛ, «Загарія проти Італії» (*Zagaria v. Italy*), п. 36, і «Оджалан проти Туреччини» (*Öcalan v. Turkey*) [ВП], п. 135).
- Адвокат не діє від імені обвинуваченого («Артіко проти Італії» (*Artico v. Italy*), пп. 33 і 36).
- Адвокат нехтує важливими процесуальними зобов'язаннями, просто ведучи не-ефективну лінію захисту або представляючи недосконалу аргументацію («Чекалла проти Португалії» (*Czekalla v. Portugal*), пп. 65 і 71).

141. ЄСПЛ постановив, що право обвинуваченого на справедливий судовий розгляд вважається порушеним, **лише якщо не здійснено жодного втручання, коли нездатність адвоката забезпечити ефективне представництво є очевидною або була достатньо помітною** (ЄСПЛ, «Камасінські проти Австрії» (*Kamasinski v. Austria*), п. 65). Це означає, що суди не зобов'язані втручатися у кожному випадку бездіяльності захисника, оскільки незалежність адвокатури означає, що організація захисту – це насамперед справа обвинуваченого та його представника.

142. **Конкретні аспекти справ, пов'язаних з конфліктом, можуть вплинути на можливість ефективного захисту в цих справах.** Наприклад, в умовах воєнного стану (стаття 615 КПК) слідчі та прокурори можуть вирішити, що захисник братиме участь у провадженні дистанційно. Згідно з повідомленнями, чимало адвокатів виступають за дистанційну участь, але з нею пов'язано чимало технічних проблем, які можуть вплинути на ефективність захисту (АПУ, Звіт за результатами проекту «Моніторинг судових проваджень у справах про воєнні злочини», грудень 2023 р., с. 16).

143. **Виклики також виникають через брак предметних знань міжнародного кримінального права.** Призначення захисника у справах про міжнародні злочини не пов'язане з його предметними знаннями, попри те, що такі знання мають важливе значення для забезпечення ефективного захисту. КЦНПД веде список адвокатів, які демонструють мотивацію представляти обвинуваченого у справах, пов'язаних з конфліктом, і вважаються компетентними, пройшовши навчання, проведені міжнародними партнерами. Однак у цих справах відсутній централізований орган, що координував би освітню діяльність захисників, подібний до Центру підготовки прокурорів або Національної школи суддів. Важливе значення для забезпечення ефективного захисту має достатнє знання чинного законодавства.

144. **Ба більше, надходять повідомлення про те, що в справах, пов'язаних з конфліктом, українські захисники демонструють пасивну позицію.** Наприклад, за інформацією «Медійної ініціативи за права людини», призначені адвокати висловлювали заперечення проти обвинувального акта, початково представленого обвинуваченням, лише в 10 % розглянутих справ. Адвокат часто погоджувався з прокурорами під час судових слухань,

і більшість несприятливих для обвинуваченого вироків не було оскаржено (див. Медійна ініціатива за права людини, «Що відбувається в судових процесах щодо війни: Проміжні висновки моніторингу правозахисників», 17 липня 2023 р.). АПУ також повідомляє, що адвокати іноді займають пасивну позицію під час слухань, спізнюються, пропускають засідання або приєднуються в режимі відеоконференції з салону автомобіля (АПУ, Звіт за результатами проєкту «Моніторинг судових проваджень у справах про військові злочини», грудень 2023, с. 17).

145. **Загалом, забезпечення ефективного захисту передбачає старання представництва й активну аргументацію з боку адвокатів, а також належну підтримку з боку координативних органів, зокрема, КЦНПД, АПУ та Національної асоціації адвокатів України.** Однак важливо зазначити, що захист є найефективнішим, коли захисник не зазнає зовнішнього тиску, такого як негативне сприйняття в суспільстві або проблеми безпеки. Такий тиск можна пом'якшити лише скоординованими діями на державному рівні, спрямованими на визнання ролі захисту у справах, пов'язаних з конфліктом, для забезпечення рівності сторін і справедливості та донесення цієї думки до загалу. Це також передбачало б створення каналів комунікації між захисником і ЗМІ з цього приводу.

5.5. Доступ до перекладача

146. **Якщо обвинувачений не розуміє мови, якою здійснюється провадження, або не розмовляє нею, йому потрібно надати доступ до перекладача,** КПК передбачає це право відповідно у статтях 29 та 42(3)(18), воно також визнається частиною права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 6(3)(e) ЄКПЛ та статті 14(3)(f) МПГПП. Це право також встановлено статтею 105 Третьої Женевської конвенції, статтею 72 Четвертої Женевської конвенції і визнається таким, що належить до звичаєвих норм МГП (норма 100 МКЧХ). До того ж це право міститься в Римському статуті, стаття 67(1), та Статуті МТКЮ, стаття 21(4). **Забезпечувати дотримання цього права потрібно зі стадії розслідування** – воно пов'язане з правом обвинуваченого бути поінформованим про обвинувачення зрозумілою для нього мовою і правом ефективно брати участь у провадженні (див. КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 19).
147. Право на переклад актуальне для всіх стадій провадження, від початкового розслідування до остаточної апеляції. Це стосується не тільки усного провадження, а й основних документів, доказів і письмових обвинувачень. Щоб забезпечити обвинуваченому належний захист, потрібно, щоб він був у змозі зрозуміти провадження та ефективно спілкуватися зі своїм адвокатом (ЄСПЛ, «Камасінські проти Австрії» (*Kamasinski v. Austria*), п. 74; ЄСПЛ, «Ермі проти Італії» (*Hermi v. Italy*) [ВП], п. 70).
148. ЄСПЛ встановив порушення права на доступ до перекладача в Україні у справах за участі російськомовних обвинувачених (див. ЄСПЛ, «Міхеев проти Росії» (*Mikheyev v. Russia*), «Яковлев проти України» (*Yakovlev v. Ukraine*) і «Суріков проти України» (*Surikov v. Ukraine*). У звітах громадських організацій також ідеться про випадки, коли українські судді проводили слухання попри те, що перекладачі обвинуваченого не з'явилися (Міжнародне товариство прав людини, «The right to a fair trial in Ukraine», с. 173). Це особливо проблематично у спеціальному судовому провадженні (*in absentia*), де матеріали повідомлення можуть не мати перекладу російською мовою (див. розділ 10 далі).

149. Адвокат повинен активно захищати права своїх клієнтів на переклад, вимагаючи надання відповідних послуг на ранній стадії, перевіряючи розуміння клієнта протягом усього провадження і негайно заперечуючи проти неналежного перекладу. Усі помилки перекладу повинні бути задокументовані для потенційної апеляції. Так само адміністрація суду повинна забезпечити кваліфікованих перекладачів. Оскільки кінцеву відповідальність за забезпечення справедливості провадження несуть українські судді, саме вони загалом відповідають і за забезпечення доступності послуг письмового або усного перекладу для обвинуваченого, який не розуміє мови провадження (ЄСПЛ, «Ермі проти Італії» (*Hermi v. Italy*) [ВП], п. 72). Зрештою, ненадання належного перекладу робить провадження принципово несправедливим і може бути підставою для скасування обвинувального вироку в апеляційному порядку.

5.6. Достатній час і можливості для підготовки захисту

150. Стаття 42(3)(3) КПК передбачає, що обвинувачений **має право на першу вимогу мати захисника**. Стаття 42 також надає обвинуваченому **доступ до матеріалів і можливість збору доказів** у рамках його права на захист. Ці права поширюються також на захисника, який діє від імені свого клієнта, на підставі статей 46 та 48 КПК.

151. Наявність достатнього часу для консультацій з адвокатом і вивчення виявлених доказів важлива для забезпечення того, щоб обвинувачений мав достатньо часу і можливостей для підготовки захисту, право на які передбачено статтею 6(3)(b) ЄКПЛ та статтею 14(3)(b) МПГПП. Це право також закріплено в МГП – статті 105 (про поводження з військовополоненими) Третьої Женевської конвенції та статті 72 Четвертої Женевської конвенції, і визнається звичаєвими нормами (див. МКЧХ, норма 100) як частина права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд. Це право також міститься в статті 67(1) Римського статуту і статті 21(4) Статуту МТКЮ.

152. Відповідно до ЄСПЛ, що саме вважати «**достатнім**» **часом**, залежить від конкретних чинників справи: характеру провадження, складності та стадії справи, а також звичайного навантаження адвоката (ЄСПЛ, «Греґачевич проти Хорватії» (*Gregačević v. Croatia*), п. 51; ЄСПЛ, «Гафгаз Маммадов проти Азербайджану» (*Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan*), п. 76; ЄСПЛ, «Маттік проти Німеччини» (*Mattick v. Germany*), пп. 5–8). Це гарантує захист обвинуваченого від надмірного поспіху в судовому розгляді (ЄСПЛ, «Крехер і Меллер проти Швейцарії» (*Kröcher and Möller v. Switzerland*), пп. 14–15; ЄСПЛ, «Борісова проти Болгарії» (*Borisova v. Bulgaria*), п. 40; ЄСПЛ, «Малофєєва проти Росії» (*Malofeyeva v. Russia*), п. 115).

153. Питання щодо «достатності часу» можуть виникнути, наприклад, якщо стороні захисту було надано обмежений час для ознайомлення зі справою (ЄСПЛ, «Хусейн та інші проти Азербайджану» (*Huseyn and Others v. Azerbaijan*), пп. 174–178; ЄСПЛ, «Іглін проти України» (*Iglin v. Ukraine*), пп. 70–73; ЄСПЛ, «Невзлін проти Росії» (*Nevzlin v. Russia*), пп. 144–150), або не було забезпечено додаткового часу після певних подій у провадженні (наприклад, змін в обвинувальному акті або представлення нових доказів прокурором) для коригування своєї позиції (ЄСПЛ, «Міміношвілі проти Росії» (*Miminozhvili v. Russia*), п. 141; ЄСПЛ, «Пелісьє і Сассі проти Франції» (*Pélissier and Sassi v. France*), п. 62; ЄСПЛ, «Г. Б. проти Франції» (*G.B. v. France*), пп. 60–62).

154. **«Належні засоби»** – це фізичні та матеріально-технічні умови, які допомагають або можуть допомогти обвинуваченому в підготовці його захисту (ЄСПЛ, «Майзит проти Росії» (*Mayzit v. Russia*), п. 79). Наприклад, якщо обвинуваченого затримано, актуальними чинниками є умови його затримання, транспортування, харчування тощо (ЄСПЛ, «Развозжаєв проти Росії та України та Удальцов проти Росії» (*Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia*), п. 252; «Майзит проти Росії» (*Mayzit v. Russia*), п. 81; ЄСПЛ, «Мойсеев проти Росії» (*Moiseyev v. Russia*), п. 221; ЄСПЛ, «Барбера, Мессере і Хабардо проти Іспанії» (*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*), п. 70).
155. **Для того, щоб «засоби» були належними**, вони мають дозволяти обвинуваченому читати та писати з відповідним ступенем концентрації та сприяти достатньому відпочинку, щоб обвинувачений міг стежити за провадженням, робити подання, нотувати та консультуватися зі своїми адвокатами (ЄСПЛ, «Развозжаєв проти Росії та України та Удальцов проти Росії» (*Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia*), пп. 253–254).
156. ЄСПЛ та КПЛ також постановили, що обвинуваченому повинен бути наданий доступ до необхідних матеріалів і можливість витребування доказів, необхідних для здійснення захисту (ЄСПЛ, «Роу і Девіс проти Сполученого Королівства» (*Rowe and Davis v. the United Kingdom*), п. 59; ЄСПЛ, «Леас проти Естонії» (*Leas v. Estonia*), п. 76; КПЛ, «Пустовойт проти України» (*Pustovoit v. Ukraine*), п. 9.2). Йому повинні бути надані всі відповідні докази, які були або могли бути зібрані компетентними органами, щоб потенційно виправдати себе або домогтися зменшення строку покарання. Обвинуваченому не обов'язково надавати прямий доступ до матеріалів справи за умови, що його інформує про матеріали справи його адвокат (ЄСПЛ, «Кремзов проти Австрії» (*Kremzow v. Austria*), п. 52).
157. **Практику українських судів у цьому плані визнано недосконалою**. УВКПЛ зафіксувало випадки, коли російські військовополонені, хоч і мали офіційно призначених адвокатів, не могли зв'язатися з ними до судових слухань через протидію української влади. Оскільки слухання часто проходили в режимі онлайн, військовополонені були фактично позбавлені права на конфіденційне спілкування зі своїми адвокатами (див. V. Gvozdiy, 'The rule of law in Ukraine during martial law: Review of changes to the criminal process').
158. Згідно з повідомленнями, українські адвокати також мали труднощі з вчасним отриманням певних особистих документів обвинувачених або їхніх родичів для попередніх або подальших судових слухань. До того ж були випадки, коли деякі матеріали справи потрапляли до судів після того, як відповідних осіб уже було засуджено, таким чином позбавляючи обвинувачених та їхніх адвокатів можливості доступу до всіх відповідних доказів (див. Justice Info, «Суди, в яких українські судді судять українських військовополонених»).
159. **«Засоби», доступні обвинуваченому при підготовці захисту в Україні, обмеженіші порівняно з засобами, доступними обвинуваченню**. Адвокати, які працюють зі справами, пов'язаними з конфліктом, в Україні, нині не мають доступу до тієї ж інфраструктури, що обвинувачення, зокрема, інструментів для безпечного відвідування місця подій або технологічного обладнання. Ресурси, доступні адвокатам, які часто діють самостійно без слідчих груп, також обмеженіші. До того ж у спеціальних судових провадженнях (*in absentia*), консультації між адвокатами та їхніми клієнтами не можливі,

тому в цій ситуації ще важливіше, щоб сторона обвинувачення відкрила якомога більше доказів стороні захисту, а також щоб було надано достатньо часу для ознайомлення з цими матеріалами.

160. Те, чи впливають ці чинники на право обвинуваченого мати достатньо часу і можливостей для підготовки свого захисту, ще не перевірено в ЄСПЛ. **Законодавцям і КЦНПД варто обміркувати, як скоординувати поліпшення «засобів» у цьому плані.** Тим часом захисники мають порушувати питання щодо недотримання цього права, а судді повинні належним чином враховувати їхні аргументи.

5.7. Допит свідків

161. Одним із найважливіших аспектів ефективної участі обвинуваченого та його права на ефективний захист є можливість допитувати свідків. Відповідно до статті 23 КПК «[с]торона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом». Обвинувачений також має право вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення (стаття 42(4)(1) КПК, див. також розділ 5.1 вище).

162. З метою уникнення повторної травматизації свідка та/або задля його захисту за українським законодавством допустимі певні обмеження щодо допиту. Наприклад, суд може отримати та використати свідчення потерпілого або свідка через допит у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення (статті 322(1), 336(1) і (4) КПК). Верховний Суд в ухвалі від 19 листопада 2019 року у *справі № 750/5745/15-к* (провадження № 51-10195км18) постановив, що:

засаді безпосередності, як і будь-якій іншій загальній zasadі, притаманна певна гнучкість при застосуванні в конкретних обставинах. Залежно від обставин ця засада реалізується в різних формах, оскільки суд має узгоджувати її з іншими засадами кримінального процесу та/або легітимними інтересами суспільства чи окремих осіб. Наприклад, принцип безпосередності зазнає певних легітимних обмежень у випадку допиту особи, до якої застосовані заходи безпеки або яка відсутня безпосередньо в залі судового засідання (стаття 232 КПК), і такі легітимні обмеження не можна вважати порушенням принципу безпосередності. Також суди апеляційної та касаційної інстанцій в більшості випадків ґрунтують свої висновки на показаннях, які були надані в суді першої інстанції, оскільки багаторазовий допит особи в судах різних інстанцій без вагомих причин не тільки був би обтяжливим для такої особи, учасників і суспільства, а й суперечив би самому змісту інстанційності.

163. До того ж, як ітиметься далі (див. розділ 9), за певних обставин позасудові показання можуть бути допустимими, а для вразливих свідків можуть бути доступні й інші заходи захисту (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», pp. 1863–1876).

164. Право обвинуваченого на допит свідків також міститься в статті 6(3)(d) ЄКПЛ, статті 14(3)(e) МПГПП і в МГП у статті 105(1) Третьої Женевської конвенції (про поводження з військовополоненими). Це право також закріплено в Римському статуті

(стаття 67(1)) та Статуті МТКЮ (стаття 21(4)). Детальні вказівки для захисника щодо допиту та перехресного допиту свідків у справах, пов'язаних з конфліктом, можна знайти в главі II(7) «Посібника для адвокатів».

165. Відповідно до ЄСПЛ, з метою забезпечення змагальності процесу всі свідки загалом мали б бути представлені в присутності обвинуваченого, який мав би отримати адекватну і належну можливість заявити відвід свідку і допитати його або коли той робить свої заяви, або на пізнішій стадії провадження (ЄСПЛ, «Аль-Хавая і Тагері проти Сполученого Королівства» (*Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*), п. 118 та «Шачашвілі проти Німеччини» (*Schatschaschwili v. Germany*), п. 103). Це право не є необмеженим, і стаття 6(3)(d) ЄСПЛ не вимагає присутності та допиту кожного свідка від імені обвинуваченого, а радше має на меті забезпечення повної рівності сторін у цьому питанні (ЄСПЛ, «Перна проти Італії» (*Perna v. Italy*), п. 29). Оцінка цього права КПЛ аналогічна (КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 39).
166. Так само ЄСПЛ не вважає абсолютним право на перехресний допит. Суд постановив, що судовий розгляд не обов'язково вважатиметься несправедливим, якщо на спосіб проведення допиту накладено певні обмеження у випадках, коли свідки є особливо вразливими (ЄСПЛ, «Аккарді та інші проти Італії» (*Accardi and Others v. Italy*)). Однак обвинувачений повинен мати можливість допитати свідка щодо чинників, які стосуються його чи її надійності як свідка (ЄСПЛ, «Пічугін проти Росії» (*Pichugin v. Russia*)).
167. Дії щодо допиту свідків становлять частину ефективної стратегії захисника. Однак баланс між забезпеченням права обвинуваченого на допит свідків у провадженні та запобіганням повторній травматизації потерпілих і/або свідків підлягає контролю з боку суду. У виданні «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини» запропоновано детальні вказівки щодо того, як українським суддям підтримувати цей баланс (п. 1877).

5.8. Право на апеляційне оскарження

168. Критично важливою гарантією щодо прав на ефективну участь та ефективний захист є **право обвинуваченого на апеляційне оскарження. Це право також може бути істотним засобом правничого захисту від процесуальних порушень протягом усього судового процесу.** Право обвинуваченого на оскарження передбачено статтею 129 Конституції України та статтею 42(4)(6) КПК. У главах 31 та 32 КПК детальніше описано апеляційну процедуру в Україні, а глава 34 регулює кримінальне провадження щодо виявлення нових або виняткових обставин. Апеляційні скарги на рішення першої інстанції можуть подаватися до судів апеляційної інстанції в Україні на підставі фактів або закону. Однак у статті 394 КПК зазначено, що судові рішення не можуть бути оскаржені, якщо апелянт заперечує проти обставин, яких ніхто не оспорував під час первинного судового розгляду.
169. Якщо рішення було ухвалено в спрощеному судовому провадженні або у провадженні, де було досягнуто угоди про примирення чи визнання провини, застосовуються додаткові обмеження щодо підстав для апеляції. Апеляції до Кримінального касаційного суду повинні мати законні підстави (стаття 424 КПК) у межах касаційної скарги, оскільки роль цих касаційних проваджень полягає у забезпеченні послідовного застосування судами першої та апеляційної інстанцій українського кримінального права

(детальніше про підстави для апеляції в Україні див. Paliukh & Sen, Grounds for Appeals and Other Judicial Reliefs in Criminal Proceedings in Ukraine, грудень 2023 р.). У статтях 419 та 442 КПК викладено, з яких елементів повинна складатися постанова суду апеляційної та касаційної інстанцій відповідно.

170. Право засудженої особи на оскарження будь-якого вироку з метою його скасування чи перегляду або відновлення судового розгляду гарантується статтею 2 Протоколу № 7 до Європейської конвенції з прав людини, статтею 14(5) МПГПП, Третьою Женевською конвенцією (статтею 106) і Четвертою Женевською конвенцією (статтею 73). Це право також було визнано «основним компонентом прав на справедливий судовий розгляд у контексті збройного конфлікту» (МКЧХ, норма 100). У разі підозр щодо процесуальних порушень, обвинувачений також повинен мати доступ до ефективного засобу правничого захисту відповідно до статті 13 ЄКПЛ. До того ж право на повторний судовий розгляд також є важливою гарантією у спеціальних судових провадженнях (*in absentia*) (див. розділ 10 далі).

171. **Міжнародні стандарти вимагають, щоб права на апеляційне оскарження були значущими та доступними:**

- Обвинуваченому має бути повідомлено про право на оскарження обвинувального вироку, зокрема й уся необхідна інформація для своєчасного початку апеляційного провадження (МКЧХ, 'Commentary to Geneva Convention III (2020)', стаття 106, п. 4161).
- Просто реалізації права на апеляцію у вищому суді недостатньо. Цей суд також повинен бути незалежним і неупередженим, а гарантії справедливого судового розгляду повинні підтримуватися і на стадії апеляції (ЄСПЛ, «Мефтах та інші проти Франції» (*Meftah and Others v. France*), п. 40).
- Апеляції також не повинні вважатися неприйнятними через «надмірний формалізм» (ЄСПЛ, «Валхлі проти Франції» (*Walchli v. France*), п. 29; ЄСПЛ, «Еваггелу проти Греції» (*Evaggelou v. Greece*), п. 23).
- Здійснення тиску з метою запобігання поданню апеляції позбавить відповідача реального права на апеляцію та може завадити реалізації права на доступ до суду відповідно до статті 6(1) ЄСПЛ (ЄСПЛ, «Марпа Зееланд Б. В. і Метал Велдінг Б. В. проти Нідерландів» (*Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. The Netherlands*), пп. 46–51).
- Щоб скористатися правом на апеляційне оскарження, засудженій особі потрібен доступ до вмотивованого, письмового судового рішення, а також інших документів, зокрема і судових стенограм (КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 49).
- Апеляційні суди не можуть просто підтримати мотиви рішення суду нижчої інстанції про відмову у задоволенні апеляційної скарги, якщо рішенням суду першої інстанції бракує належної аргументації, наприклад, воно «покладається на докази, визнані неприйнятними, не надаючи відповіді на такий аргумент» (ЄСПЛ, «Шабельник проти України» (*Shabelnik v. Ukraine (No. 2)*), пп. 50–55).

172. **Поточна практика в Україні виявляє серйозні недоліки у здійсненні права на апеляційне оскарження.** На початку конфлікту в Україні УВКПЛ заявило, що, згідно з повідомленнями, призначені державою адвокати в Україні просять своїх клієнтів підписати відмову від права на апеляцію, навіть якщо це не передбачено в українському законодавстві, або відмовитися від оскарження явно несприятливих обвинувальних

вироки (УВКПЛ, «Права людини в контексті відправлення правосуддя у кримінальних справах, пов'язаних з конфліктами, в Україні: квітень 2014 – квітень 2020», pp. 61–62). За даними Медійної ініціативи за права людини, більшість вироків щодо воєнних злочинів, які вони відстежували, не були оскаржені, особливо ті, що несприятливі для обвинувачених (Медійна ініціатива за права людини, «Що відбувається в судових процесах щодо війни: Проміжні висновки моніторингу правозахисників», 17 липня 2023 р.). Аналогічно й АПУ повідомляє, що з 44 рішень у справах, пов'язаних з конфліктом, які було розглянуто в період з 24 лютого 2022 року по 15 жовтня 2023 року, лише 10 були оскаржені в апеляційному порядку (АПУ, Звіт за результатами проєкту «Моніторинг судових проваджень у справах про воєнні злочини», грудень 2023, с. 6).

173. Аналіз справ за статтею 438 КСУ (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary») показав, що 14 з 54 справ були оскаржені, і лише 2 потрапили до Верховного Суду. У справах, в яких рішення судів першої інстанції були оскаржені до обласних апеляційних судів, виявлено такі підстави для апеляційного оскарження:
- виникли сумніви щодо встановлення особи обвинуваченого;
 - злочин (або елементи його складу) не було доведено поза обґрунтованим сумнівом;
 - умови щодо спеціального (*in absentia*) провадження не було встановлено (особливо щодо повідомлення);
 - вирок був занадто суворим і не відображав обставин, які пом'якшують покарання;
 - вирок був занадто м'яким і не відображав обставин, які обтяжують покарання;
 - докази було отримано з порушенням зобов'язань у сфері прав людини;
 - обвинуваченому не надавався переклад.
174. **Більшість проаналізованих апеляційних рішень залишили в силі оригінальний вирок без детального аналізу підстав для оскарження.** У кількох випадках сторони відкликали свої апеляційні скарги та попросили суди закрити провадження у справі (див., наприклад, справу № 535-244-22 і справу № 554-3925-22). Однак у справі Шишмаріна щодо обвинувального вироку (вбивства) за частиною 2 статті 438 КК України (справа № 760-5257-22) Київський апеляційний суд частково задовольнив апеляційну скаргу, зменшивши покарання до 15 років позбавлення волі з довічного, зберігши при цьому обвинувальний вирок за частиною 2 статті 438. Суд звертається до фактів, правової бази та процесуальних помилок у рішенні першої інстанції, виправляючи висновки щодо обставин, які обтяжують покарання і переглядаючи вирок. Однак у рішенні майже не зосереджено уваги на аргументах захисту про те, що обвинувачений виконував законний наказ свого командира стріляти в комбатанта.
175. **Обидві апеляції, які дійшли до Верховного Суду, були невдалими.** Справа, рішення в якій спочатку (24 квітня 2023 р.) ухвалив Дарницький районний суд Київської області (справа № 753-14148-21), дійшла до Верховного Суду, де було розглянуто елемент «примусу», необхідний для злочину примусового призову (або примусової служби у ворожих силах) за статтею 51 Четвертої Женевської конвенції. Зрештою апеляцію було відхилено. Аналогічним чином, справа № 588-1009-22, рішення в якій спочатку ухвалив Тростянецький районний суд Сумської області, дійшла до Верховного Суду через суворість вироку, але Верховний Суд відмовив у відкритті провадження, зазначивши, що попередні суди правильно застосували закон.

176. Захисник повинен вживати заходів для апеляційного оскарження від імені свого клієнта у справах, пов'язаних з конфліктом, зокрема на підставах, пов'язаних зі справедливістю провадження. Враховуючи зауваження, що стосуються обґрунтування рішень у таких справах (див. розділ 4 вище), відсутність обґрунтованого висновку суду першої інстанції як така може бути підставою для оскарження. Ефективне здійснення прав на оскарження і розгляд аргументів захисту в апеляційному порядку матиме вирішальне значення для забезпечення права обвинуваченого на доступ до суду і справедливості провадження загалом, а також (у разі заяв про процесуальні порушення) – права на ефективний засіб правничого захисту.

Розділ 6

Забезпечення конкретності в підставах для арешту та/або обвинуваченні

Резюме

- Українська влада повинна забезпечити, щоб будь-яка особа, позбавлена волі, була негайно поінформована про юридичні та фактичні підстави для арешту та про обвинувачення зрозумілою для неї мовою.
- Забезпечення конкретності обвинувачень в обвинувальному акті зрозумілою для обвинуваченого мовою також є передумовою для належного повідомлення у спеціальних судових провадженнях (*in absentia*). Принцип законності вимагає додаткових зусиль для чіткого визначення з посиланням на міжнародне право злочинів і видів відповідальності обвинуваченого у справі. Це вимагає додаткових роз'яснень – не можна просто обвинуватити особу, наприклад, в «інших порушеннях законів та звичаїв війни» відповідно до статті 438 КК України.
- В обвинуваченнях прокурори повинні намагатися посилатися не тільки на норми МГП, а й на джерела міжнародного кримінального права (з дотриманням принципу законності), які деталізують злочин та його контекстуальні, об'єктивні й суб'єктивні елементи, а також рівень відповідальності обвинуваченого.
- Судовий контроль законності арешту та/або затримання обвинуваченого повинен здійснюватися автоматично і негайно після арешту. Обвинувачений також має право самостійно оскаржувати законність арешту в судах і, як наслідок, домагатися невідкладного перегляду. Визначення того, чи є арешт і затримання обвинуваченого законним, а не свавільним, залежатиме від того, чи існує «обґрунтована підозра», що обвинувачений вчинив правопорушення. Ця підозра повинна ґрунтуватися на перевірених та об'єктивних доказах. Важливо також встановити, чи існують інші причини, окрім підозри, вважати арешт та/або затримання обґрунтованим і виправданим.
- Відступ України від своїх міжнародних зобов'язань у галузі прав людини щодо позбавлення волі не заперечує одночасного застосування стандартів МГП і положень внутрішнього законодавства. Що більше, заходи, вжиті в рамках відступу, не можуть бути свавільними.
- Тому суди мають можливість (та обов'язок) розглядати конкретність обвинувачень на досудових стадіях. Однак, відповідно до українського законодавства, додаткові можливості вимагати зміни, зняття обвинувачень або перекваліфікації доступні протягом усього процесу судового розгляду.

- Критично важливо, щоб українські судді усвідомлювали, що проблеми з конкретністю обвинувачень, сформульованих прокурором, не звільняють їх від обов'язку забезпечити, щоб засудження відповідало принципу законності та презумпції невинуватості. Те, чи виконало обвинувачення тягар доказування, показавши, що обвинувачений скоїв злочин, передбачений законом, все-таки оцінює суд. Ця оцінка також повинна бути в обґрунтуванні, що має відображати дотримання права на вмотивовані висновки. Якщо достатнього обґрунтування не надано, це може стати підставою для оскарження захисником.
- Конкретність обвинувачень і забезпечення того, щоб засудження відповідало принципам законності та презумпції невинуватості, також пов'язана з правом не бути обвинуваченим у безпосередній участі у військових діях відповідно до МГП. Прокурорам в Україні варто намагатися надавати детальнішу інформацію про рівень причетності обвинуваченого до злочину, в якому його обвинувачують, і суди мають продемонструвати оцінку цієї причетності в своєму обґрунтуванні.

177. Правоохоронні органи та прокурори в Україні повинні забезпечити своєчасне інформування обвинуваченого про істотні підстави арешту та чітко вказувати обвинувачення, щоб забезпечити дотримання гарантій справедливого судового розгляду відповідно до українського, міжнародного та європейського законодавства. До того ж особа, що була комбатантом (це стосується тих, хто входив до складу збройних сил), не може бути притягнута до відповідальності за участь безпосередньо у воєнних діях, якщо вона дотримується МГП («привілей комбатантів»).
178. Без конкретики обвинувачень іншим фахівцям-практикам, які беруть участь у судовому процесі, таким як адвокати та судді, може бути складно з'ясувати, який злочин або вид відповідальності обвинувачення має доказати, і, отже, чи було цей тягар виконано. Прокурори окреслюють обвинувачення на початку розгляду справи, натомість адвокати можуть оскаржити чіткість і конкретність обвинувачень, а судді – здійснювати контроль обвинувачення на різних етапах судового процесу, вживаючи відповідних заходів.
179. До прикладу, це питання може виникнути на досудових стадіях, коли адвокат і суди забезпечують, щоб тримання під вартою обвинуваченого не було незаконним або свавільним. Для цього використовують процедури швидкого або невідкладного судового контролю (використовується процедура *habeas corpus*) при арешті та затриманні обвинуваченого або пізніше в процесі судового розгляду. Попри це, такі оскарження та дії, спрямовані на роз'яснення обвинувачень, матимуть фундаментальне значення для забезпечення ефективного захисту (див. розділ 5 вище), надання вмотивованого висновку (див. розділ 4 вище) та забезпечення дотримання принципів законності (див. розділ 2) і презумпції невинуватості (див. розділ 3 вище).
180. Отже, не лише прокурори повинні знати українське, міжнародне та європейське право (про це йдеться далі), адвокатам і суддям в Україні також варто активно посилалися на такі положення у своїй аргументації та обґрунтуваннях щодо обвинувачень.

Таблиця 5. Джерела права, пов'язані з конкретністю обвинувачень / підстав для затримання

Заборона незаконного / свавільного арешту або позбавлення волі				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 29 - КПК, стаття 12(1)	- ЄКПЛ, стаття 5(1) - МПГПП, стаття 9(1) Зверніть увагу, що Україна відступила від статей 5 ЄКПЛ та 9 МПГПП на час воєнного стану, але практичний ефект цього відступу може бути обмежений (див. аналіз далі)	- Третя Женевська конвенція (про поводження з військовополоненими), стаття 103 - Четверта Женевська конвенція, стаття 147 (серйозне порушення, що полягає в незаконному позбавленні волі) - Заборона свавільного позбавлення волі визнана такою, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права (див. МКЧХ, <u>норма 99</u>)	- Римський статут, стаття 8(2)(а) (vii) (воєнний злочин, що полягає в незаконному позбавленні волі) - Статут МТКЮ, стаття 2(g) (воєнний злочин, що полягає в незаконному позбавленні волі)	
Право бути поінформованим про істотні підстави для арешту або затримання				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 29 - КПК, стаття 29(2)	- ЄКПЛ, статті 5(2) і 6(3)(а) - МПГПП, стаття 9(2)	- Третя Женевська конвенція (про поводження з військовополоненими), стаття 104 - Четверта Женевська конвенція, стаття 71(2) - Додатковий протокол I, стаття 75(3) - Це право вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. МКЧХ, <u>норма 100</u>)		

Невідкладний та автоматичний судовий контроль за арештом і затриманням обвинуваченого				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 29 - КПК, стаття 12(2)	- ЄКПЛ, стаття 5(3) - МППП, стаття 9(3)			
Швидкий контроль законності арешту та затримання (<i>habeas corpus</i>)				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 29 - КПК, стаття 206	- ЄКПЛ, стаття 5(4) - МППП, стаття 9(4)			
Право комбатантів на безпосередню участь у бойових діях (привілей комбатантів)				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
		Додатковий протокол I, стаття 43(2)		

6.1. Інформування обвинуваченого з моменту набуття статусу обвинуваченого і конкретність обвинувачень

181. Будь-яка затримана особа має право, щоб їй негайно простою зрозумілою для неї мовою без спеціальної термінології повідомили про істотні юридичні та фактичні підстави для її затримання, щоб мати можливість, якщо вважатиме за потрібне, звернутися до суду й оскаржити законність затримання. Важливим є зміст наданої інформації. ЄСПЛ постановив, що достатність інформації для цілей статті 5(2) ЄКПЛ повинна оцінюватися в кожній справі окремо залежно від її особливостей, але посилання на правний припис, згідно з яким обвинуваченого затримали як такого, недостатньо (ЄСПЛ, «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» (*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*), пп. 40–41; «Керр проти Сполученого Королівства» (*Kerr v. the United Kingdom*)). ЄСПЛ постановив, що інформація не обов'язково має надаватися в конкретній формі чи складатися з повного переліку обвинувачень, висунутих проти заарештованої особи (ЄСПЛ, «Новак проти України» (*Nowak v. Ukraine*), п. 63). Парламентські заяви вважаються недостатніми для «інформування» про підстави затримання (ЄСПЛ, «Сааді проти Сполученого Королівства» (*Saadi v. the United Kingdom*), п. 53). У справі «Новак проти України» (*Nowak v. Ukraine*) те, що обвинуваченого назвали «міжнародним злодієм», також було визнано ЄСПЛ недостатнім відповідно до статті 5(2) ЄКПЛ. КПЛ висловив думку, що у змісті має бути «достатньо фактичних деталей, щоб вказати суть скарги, наприклад, протиправне діяння та особу того, хто

начебто постраждав» (КПЛ, ЗК № 35, п. 25; КПЛ, «Іломбе і Шандве проти Демократичної Республіки Конго» (*Ilombe and Shandwe v. Democratic Republic of the Congo*), п. 6.2).

182. У кримінальних справах ЄСПЛ встановив, що для цілей статті 6(3)(а) ЄКПЛ негайне надання детальної інформації щодо обвинувачень проти відповідача та, отже, щодо правничої характеристики, яку суд може взяти до уваги, є важливою передумовою для забезпечення справедливості судового розгляду («Пелісьє і Сассі проти Франції» (*Pélissier and Sassi v. France*), п. 52; «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*) [ВП], п. 90). Право бути поінформованим про характер і причину обвинувачення також потрібно розглядати у світлі права обвинуваченого на підготовку свого захисту відповідно до статті 6(3)(b) ЄКПЛ («Пелісьє і Сассі проти Франції» (*Pélissier and Sassi v. France*), п. 54; «Даллос проти Угорщини» (*Dallos v. Hungary*), п. 47).
183. Утім ЄСПЛ не виявив порушення статті 5(2) ЄКПЛ у ситуації, коли підозрюваних було поінформовано про причини арешту через загальне посилання на правний припис, а детальні посилання на відповідну поведінку було надано під час початкового допиту. Це ілюструє справа «Керр проти Сполученого Королівства» (*Kerr v. the United Kingdom*). ЄСПЛ зазначив, що після арешту заявника допитували з кількох конкретних питань: зокрема, «підозри про його причетність до недавнього вибуху бомби у військових казармах і членство у забороненій організації». Суд зазначив, що на допиті правні підстави для арешту було озвучено детальніше, ніж на початку. Тому Суд дійшов висновку, що «нема підстав припускати, що ці періоди допиту не дали заявникові змоги зрозуміти, чому його заарештували та чому підозрюють у причетності до вчинення, підготовки або підбурювання до терористичних актів, а також скласти собі більш ніж ґрунтовне уявлення про висунуті проти нього обвинувачення» (частина А).
184. До того ж, якщо ордер на арешт складено мовою, якої заарештована особа не розуміє, стаття 5(2) ЄКПЛ вважатиметься дотриманою лише в тому разі, якщо заявника пізніше допитають і повідомлять про причини його арешту зрозумілою для нього мовою («Делкур проти Бельгії» (*Delcourt v. Belgium*), рішення Комісії від 7 лютого 1967 року, згадане у звіті Комісії від 1 жовтня 1968 року).
185. Відповідно до українського законодавства, в обвинуваченні потрібно вказувати конкретне злочинне діяння і зазначати правну основу для притягнення до кримінальної відповідальності (стаття 291 КПК). Це узгоджується зі статтею 6(3)(а) ЄКПЛ, яка передбачає, що обвинувачений має право не тільки бути поінформованим про дії, які він, як стверджується, вчинив і на яких ґрунтується обвинувачення (підстави для обвинувачення), а й про правничу характеристику, надану цим діям (характер обвинувачення) («Маточча проти Італії» (*Mattoccia v. Italy*), п. 59; «Пенев проти Болгарії» (*Penev v. Bulgaria*), пп. 33 і 42). Однак ЄСПЛ постановив, що така інформація не мусить містити доказів, на яких ґрунтується обвинувачення («Х проти Бельгії» (*X. v. Belgium*) (ухв.) і «Колоцца і Рубінат проти Італії» (*Collozza and Rubinat v. Italy*). Як і стаття 5(2), стаття 6(3)(а) не визначає форми, в якій інформація має бути надана.
186. Хоча в статті 6(3)(а) не вказано, що відповідна інформація повинна бути надана в письмовій формі або перекладена в письмовій формі для іноземного відповідача, відповідач, не знайомий з мовою, яка використовується в суді, може на практиці опинитися у несприятливому становищі, якщо йому також не надати письмового перекладу обвинувального висновку зрозумілою йому мовою («Камасінські проти Австрії» (*Kamasinski v. Austria*), п. 79; «Ермі проти Італії» (*Hermi v. Italy*) [ВП], п. 68). Забезпечення

конкретності обвинувачень в обвинувальному акті мовою, яку обвинувачений може зрозуміти, також буде передумовою для належного повідомлення, що вимагається у спеціальних судових провадженнях (*in absentia*) (див. розділ 10 далі).

187. Бланкетний характер статті 438 КК України і туманність інших відповідних положень згідно з КК України призводять до відсутності конкретики в обвинувальних актах в Україні. Це видно з рішень у справах за статтею 438 КК України, в яких часто цитуються обвинувальні акти (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary»). Як ішлося у розділі 2, принцип законності вимагає додаткових зусиль для чіткого визначення (з посиланням на міжнародне право) злочинів і видів відповідальності обвинуваченого у справі. Це вимагає додаткового уточнення – не можна просто обвинуватити особу, наприклад, в «інших порушеннях законів та звичаїв війни» відповідно до статті 438 КК України. Прокурори повинні посилатися не тільки на норми МПП у своїх обвинуваченнях, а й на джерела міжнародного кримінального права (з дотриманням принципу законності), які деталізують злочин та його контекстуальні, об'єктивні та суб'єктивні елементи, а також рівень відповідальності обвинуваченого.
188. Часто в проаналізованих справах за статтею 438 КК України (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary») в обвинуваченнях бракує детальної інформації про рівень участі обвинуваченого в злочині або рівень його відповідальності та/або аргументації, яку суди надають протягом усього судового розгляду. У деяких випадках припускається індивідуальна відповідальність, хоча є лише докази присутності підрозділу в місці, і немає інших доказів, що підтверджували б роль або рівень участі обвинуваченого у злочині. Це може бути аргументом у рамках стратегії захисту, тому прокурорам в Україні варто намагатися надавати в обвинуваченні детальнішу інформацію про рівень участі обвинуваченого в злочині, а суди повинні давати оцінку цієї участі у своїй аргументації.

6.2. Можливість контролю протягом усього провадження

189. Можливості для контролю законності підстав для арешту або обвинувачень різними суб'єктами доступні під час усього судового провадження. По-перше, відповідно до законодавства України, прокурор може вносити зміни до обвинувального акта, складеного слідчим, або самостійно складати обвинувальні акти чи клопотання (стаття 36 КПК).
190. Крім того, статті 29 Конституції України та 206 КПК також передбачають автоматичне право обвинуваченого на невідкладний судовий розгляд законності його арешту та/або затримання (відповідно до статті 5(3) ЄКПЛ та 9(3) МПГПП), а також право оскаржувати законність арешту та/або затримання (процедура *habeas corpus* відповідно до статті 5(4) ЄКПЛ та 9(4) МПГПП). Ці форми контролю в Україні зазвичай здійснюють слідчі судді на досудовому етапі.
191. Законність арешту та затримання можна оцінити у зв'язку із заборонаю свавільного або необґрунтованого позбавлення волі (стаття 5(1) ЄКПЛ, стаття 9(1) МПГПП). У цьому сенсі, щоб відповідати вимозі законності, тримання під вартою повинно відбуватися «у порядку, встановленому законом». Це означає, що якщо національне законодавство передбачає позбавлення волі, воно повинно бути достатньо доступним, точним і передбачуваним у своєму застосуванні. Отже, мають існувати чіткі правні приписи щодо ухвали про тримання під вартою, продовження і встановлення строків тримання під вартою; а також – ефективні засоби правничого захисту, за допомогою якого заявник може оскаржити законність і тривалість тримання його під вартою (ЄСПЛ, «Дж. Н. про-

ти Сполученого Королівства» (*J. N. v. the United Kingdom*), п. 77). Практика автоматичного продовження попереднього ув'язнення без будь-яких конкретних правових підстав суперечить статті 5(1) (ЄСПЛ, «Свіпста проти Латвії» (*Svipsta v. Latvia*), п. 86). Суди також повинні брати до уваги елементи «свавілья», зокрема (див. розділ 7 далі), якщо не дотримана пропорційність між згаданими підставами для позбавлення свободи та відповідним триманням під вартою (див. ЄСПЛ, «Посібник зі статті 5», п. 42).

192. Важливо зазначити, що відповідно до МГП, затримання комбатантів як військовополонених до кінця активних бойових дій, щоб запобігти їх поверненню до збройних сил держави, від якої вони залежать, або на поле бою, є законним (Третя Женевська конвенція, статті 21 та 118). Аналогічно, Четверта Женевська конвенція дозволяє інтернування та розміщення у визначеному місці проживання осіб, що перебувають під захистом, та інших цивільних осіб і на території держави, що воює, і на окупованій території, коли цього вимагають міркування безпеки (Четверта Женевська конвенція, статті 42 та 78). Затримання особи як військовополоненого або цивільного інтернованого відповідно до правил МГП може не вважатися свавільним затриманням у світлі практики ЄСПЛ (ЄСПЛ, «Хассан проти Сполученого Королівства» (*Hassan v United Kingdom*). І навпаки, незаконне тримання під вартою з порушенням норм МГП може становити воєнний злочин (див. вище). Фахівці-практики повинні забезпечити розрізнення між підставами для затримання військовополонених або цивільних інтернованих та підставами для арешту і затримання у разі пред'явлення обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення. З погляду МГП, найважливіше знати, що у разі пред'явлення обвинувачення у вчиненні злочину, військовополоненого можна тримати під вартою в очікуванні суду, «якщо це необхідно в інтересах національної безпеки» (Третя Женевська конвенція, стаття 103).
193. Період тримання під вартою, в принципі, є законним, якщо він ґрунтується на постанові суду. Однак відсутність або недостатність обґрунтування в постановах про затримання є одним з елементів, які ЄСПЛ враховує при оцінці законності затримання відповідно до статті 5(1) (ЄСПЛ, «С. в. і А. в. проти Данії» (*S., v. and A. v. Denmark*) [ВП], п. 92). Досудове ув'язнення особи «з метою допровадження її до компетентного судового органу» є обґрунтованим відповідно до статті 5(1)(с) ЄКПЛ, якщо існує обґрунтована підозра у вчиненні нею правопорушення, стосовно якого триває кримінальне провадження (ЄСПЛ, «Курт проти Австрії» (*Kurt v. Austria*) [ВП], 2021, п. 187), або коли обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення. Під час арешту і першого затримання повинна існувати обґрунтована підозра, однак необхідно також показати, що підозра продовжувала існувати та залишалася «обґрунтованою» протягом утримання під вартою (ЄСПЛ, «Селаттін Демірташ проти Туреччини» (*Selahattin Demirtaş v. Turkey*) (no. 2) [ВП], 2020, п. 320).
194. «Обґрунтована підозра», що було вчинено кримінальне правопорушення, означає, що наявні факти або інформація, які об'єктивний спостерігач вважав би достатніми для припущення, що відповідна особа вчинила правопорушення (ЄСПЛ, «Ердагоз проти Туреччини» (*Erdagöz v. Turkey*), п. 51; і «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» (*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*), п. 32), і ця підозра повинна спиратися на об'єктивні докази, які можна перевірити. ЄСПЛ постановив, що розпливчастих і загальних посилок на правовий припис або невизначені «матеріали справи» не достатньо для підтвердження «обґрунтованості» підозри (ЄСПЛ, «Акгюн проти Туреччини» (*Akgün v. Turkey*), пп. 156 та 175). Суд встановив, що непідтверджене-

них свідчень із чуток від анонімного інформатора недостатньо для «обґрунтованої підозри» щодо участі заявника в діяльності, пов'язаній з мафією (ЄСПЛ, «Лабіта проти Італії» (*Labita v. Italy*) [ВП], п. 156 і далі). Однак Суд також визнав, що конкретні та детальні заяви анонімного свідка можуть становити достатню фактичну основу для обґрунтованої підозри в контексті організованої злочинності (ЄСПЛ, «Яйгін проти Туреччини» (*Yaygin v. Turkey*) (ухв.), пп. 37-46).

195. Вимога обґрунтованості підозри також передбачає наявність підстав вважати факти такими, щоб відповідні діяння на час їх вчинення підпадали під диспозицію однієї зі статей закону, який стосується злочинної поведінки (ЄСПЛ, «Селлахаттін Демірташ проти Туреччини» (*Selahattin Demirtaş v. Turkey*) [ВП], п. 317). Наприклад, ЄСПЛ постановив, що арешт і тримання під вартою за підозрою у вчиненні злочину, що полягав у вчиненні масових заворушень не відповідають критеріям обґрунтованої «підозри», якщо їх було проведено свавільною або сформовано в рамках певної стратегії. Ця «стратегія» може стосуватися ситуації, коли українська влада намагається покласти край мирному протесту на підставі наявності обґрунтованої підозри (ЄСПЛ, «Шморгунов та інші проти України» (*Shmorgunov and Others v. Ukraine*), пп. 464–477). До того ж органи влади не мають карт-бланшу для видачі постанови про затримання особи під час надзвичайного стану без будь-яких надійних доказів чи інформації або без достатньої фактичної основи, що задовольняла б мінімальні вимоги статті 5(1)(с) (ЄСПЛ, «Акгюн проти Туреччини» (*Akgün v. Turkey*), п. 184).
196. Якщо обґрунтування арешту та/або тримання під вартою пов'язане з ризиком вчинення обвинуваченим правопорушення, ЄСПЛ постановив, що органи влади повинні переконливо довести високу ймовірність того, що відповідна особа була б причетна до конкретного правопорушення, якби його вчиненню не запобігли завдяки затриманню «Курт проти Австрії» (*Kurt v. Austria*) [ВП], п. 186; «С. в. і А. в. проти Данії» (*S., v. and A. v. Denmark*) [ВП], пп. 89 і 91). Однак важливо зазначити, що ця підстава не дозволяє проводити політики загальної профілактики, спрямовану проти особи або категорії осіб, які сприймаються владою як небезпечні або здатні вчиняти протиправні дії, таких як військовослужбовці російських збройних сил. ЄСПЛ також зазначає, що арешт і затримання обвинуваченого на цих підставах повинні бути необхідними та пропорційними заходами, спрямованими на досягнення заявленої мети («Ладент проти Польщі» (*Ladent v. Poland*), пп. 55–56).
197. Якщо судді здійснюють контроль законності арешту та/або затримання, органи влади також повинні надати інші відповідні та достатні підстави для затримання, не тільки обґрунтовану підозру у вчиненні правопорушення (ЄСПЛ, «Мерабішвілі проти Грузії» (*Merabishvili v. Georgia*) [ВП], п. 222). Чи існують підстави залишати обвинуваченого під вартою, потрібно оцінювати окремо в кожному конкретному випадку. Однак дозвіл на продовження тримання під вартою після розгляду законності затримання може бути виправданим «тільки за наявності дійсної необхідності захисту суспільних інтересів, яка, попри презумпцію невинуватості, має переважне значення порівняно з вимогою поваги до свободи особистості відповідно до статті 5 Конвенції» (ЄСПЛ, «Посібник зі статті 5», п. 206). На думку ЄСПЛ, основні причини, що можуть виправдати тримання під вартою, такі: (а) ризик того, що обвинувачений не з'явиться на судовий розгляд; (б) ризик того, що обвинувачений, якщо його буде звільнено, вживе заходів, які перешкоджатимуть здійсненню правосуддя, (с) вчинить подальші правопорушення, (d) спричинить громадські заворушення («Бузаджи проти Республіки

Молдова» (*Buzadji v. the Republic of Moldova*) [ВП], п. 88; «Тірон проти Румунії» (*Tiron v. Romania*), п. 37; «Смірнова проти Росії» (*Smirnova v. Russia*), п. 59; «Пірузян проти Вірменії» (*Piruzyan v. Armenia*), п. 94). Однак аргументи органів влади з цих питань не можуть бути абстрактними, загальними або стереотипними («Мерабішвілі проти Грузії» (*Merabishvili v. Georgia*) [ВП], 2017, п. 222). Охорона громадського порядку особливо актуальна у справах, пов'язаних з обвинуваченнями у воєнних злочинах («Міланкович і Бошняк проти Хорватії» (*Milanković and Bošnjak v. Croatia*), п. 154).

198. Якщо заявник сам оскаржує законність свого арешту та/або тримання під вартою (посилаючись на *habeas corpus*), він має право на те, щоб суд без зволікання встановив законність тримання під вартою (стаття 5(4) ЄКПЛ та 9(4) МПГПП). Під час розгляду скарги на неправомірність тримання під вартою суд не мусить досліджувати кожен аргумент, що міститься в поданнях заявника. Однак суд не може нехтувати або вважати неістотними факти, здатні поставити під сумнів «законність» арешту або затримання (ЄСПЛ, «Ілійков проти Болгарії» (*Ilijkov v. Bulgaria*), п. 94). ЄСПЛ постановив, що суд повинен наводити належні підстави, а не лише повторно надавати стереотипні рішення, які не дають відповіді на аргументи заявника (ЄСПЛ, «Г.Б. та інші проти Туреччини» (*G.B. and Others v. Turkey*), п. 176).

6.3. Наслідки відступів України від МПГПП та ЄСПЛ

199. Важливо зазначити, що, хоча Україна відступила від зобов'язань щодо права на свободу й особисту недоторканність відповідно до статей 5 ЄКПЛ та 9 МПГПП на час воєнного стану, КПЛ зазначив, що сам факт того, що допустимий відступ від конкретного положення як такий може бути виправданий вимогою ситуації, не дає права на *карт-бланш*. Засадна гарантія недопустимості свавільного затримання не допускає відступів у тому сенсі, що причини відступу (наприклад, надзвичайний стан) не можуть виправдати позбавлення волі, яке є необґрунтованим або непотрібним за даних обставин. Утім наявність і характер надзвичайного стану, який загрожує існуванню нації, може впливати на визначення того, чи є конкретний арешт або затримання свавільним (КПЛ, «Озчелік та інші проти Туреччини» (*Özçelik et al. v. Turkey*), № ССРР/С/125/Д/2980/2017, 26 березня 2019 р.). Тому судам однаково доведеться розглядати свавільність арешту та/або тримання під вартою, з огляду на такі міркування, як недоцільність, несправедливість, відсутність передбачуваності та належної правової процедури, а також відсутність обґрунтованості, необхідності та/або пропорційності (КПЛ, ЗК № 35, п. 12).
200. У доповнення до аналізу відступів України, наведеного вище в розділі 1, варто пам'ятати, що реалізація відступів під час надзвичайних ситуацій повинна ґрунтуватися на законності, необхідності, пропорційності, рівності та справедливості, які обґрунтовано застосовуються до окремих обставин. Конституційний Суд України у *справі № 3-88/2022* також зазначив, що відступ від статей 5 ЄКПЛ та 9 МПГПП не означає запровадження законодавчих та інших засобів, які не були б узгоджені з Конституцією України. Таким чином, він встановив, що введена на час воєнного стану стаття 615(6) КПК, яка закріплює рішення про продовження попереднього ув'язнення за прокурами, а не за слідчим суддею (який повинен надати вмотивоване рішення), неконституційна і порушує права на свободу й особисту недоторканність, судовий захист і презумпцію невинуватості.

6.4. Перевірка підстав арешту і тримання під вартою: практика українських судів

201. Попри наявність в українському законодавстві правової основи для перевірки законності чи свавільності арешту і тримання під вартою обвинуваченого, практика українських судів на цей час підлягає нагляду з боку Ради Європи у групі *справ Ігнатова*. КоМ РЄ зазначив, що в декількох нещодавніх рішеннях ЄСПЛ встановив порушення статті 5(4) ЄКПЛ, оскільки національні суди не розглянули скарги заявників щодо законності їхнього арешту, чи то в рамках процедури *habeas corpus* (стаття 206 КПК), чи в інших правових рамках, до яких вдавалися заявники. Загалом, КоМ РЄ зазначає, що Україна не надала достатньої інформації щодо останніх рішень.
202. Першою лінією системи стримування і протидії щодо підстав для арешту, затримання та/або обвинувачень проти особи є слідчі судді в Україні. Проте, хоча рішення у справах за статтею 438 КК України демонструють, що вимогу «обґрунтованої підозри» українські суди аналізують, проте часто обґрунтування недостатнє, щоб продемонструвати оцінку доказів, наданих обвинуваченням, і зводиться до відтворення подання прокурорів або посилок на нього. Натомість суди часто покликаються на серйозність обвинувачень проти заявників і використовують шаблонні аргументи, не звертаючись до конкретних фактів і не розглядаючи альтернативних запобіжних заходів. Українським судам потрібно не допустити, щоб такі дії не перетворювалися на послідовну практику, яка може вказувати на свавільність стратегії засудження російських або українських громадян за участь у конфлікті. Подібні заходи вже було визнано такими, що порушують статтю 5(1)(с) ЄКПЛ у справі «Шморгунов та інші проти України» (*Shmorgunov and Others v. Ukraine*), пп. 464–477.

6.5. Виклики, пов'язані з визнанням винуватості

203. Контроль щодо обвинувачень на ранніх етапах також матиме значення у вивченні визнання винуватості з боку обвинуваченого. Наприклад, обвинувачений може визнати себе винним, навіть якщо не згоден з обвинуваченням або не повністю розуміє його, тому згодом у ході провадження визнання винуватості як таке не варто вважати підтвердженням «обґрунтованості підозри» або того, що обвинувачення виконало тягар доказування (див., наприклад, «Шморгунов та інші проти України» (*Shmorgunov and Others v. Ukraine*), п. 467, де обвинувачений визнав себе винним, щоб отримати медичну допомогу). Правничий аналіз справи Шишимаріна також демонструє, що відсутність конкретики в обвинуваченнях може спричинитися до проблем з визнанням обвинуваченим своєї винуватості.

6.6. Роль суду в перевірці та внесенні змін до обвинувачень

204. Суди можуть заохочувати змінити обвинувачення чи зняти певні їх пункти, або пере-кваліфікувати злочин, піддаючи сумніву законність тримання під вартою на досудовому етапі, або пізніше під час судового процесу. Це питання також можуть порушити адвокати. Судді першої інстанції також відіграють важливу роль у розгляді обвинувального акта відповідно до статті 314 КПК на попередньому засіданні («підготовче судово засідання»). Якщо обвинуваченням бракує чіткості або деталізації, суд має право

вимагати подальшого роз'яснення або навіть повернути обвинувальний акт для забезпечення прав на справедливий судовий розгляд (стаття 314(2)–(3) КПК).

205. На стадії судового розгляду, щойно справа вийшла за межі підготовчого засідання, судді мають дуже обмежені можливості для усунення недоліків в обвинуваченнях, оскільки зазвичай змушені обмежуватися обвинуваченнями в тому вигляді, в якому їх було представлено (стаття 337 КПК). Однак їм таки доступні деякі інструменти для усунення недоліків в обвинуваченнях, такі як витребування додаткових доказів або вимога роз'яснень з боку обвинувачення, особливо коли захист висловлює конкретні занепокоєння. Це може опосередковано вплинути на обвинувачення, створивши ситуацію, коли прокурор розглядатиме можливість відкликання або зміни обвинувачень. Наприклад, якщо стає зрозуміло, що доказів недостатньо, прокурор може вирішити внести зміни до обвинувального акта, зняти певні обвинувачення або перекваліфікувати злочин. Відповідно до статті 337(3) КПК, суди також можуть змінити правну кваліфікацію кримінального правопорушення на менш сувору, не розширюючи меж обвинувачень, якщо це в інтересах обвинуваченого.
206. У разі перекваліфікації злочину в ході провадження ЄСПЛ встановив, що обвинуваченому повинна бути надана можливість здійснювати свої права на захист вчасно й у практичний та ефективний спосіб («Пелісьє і Сассі проти Франції» (*Pélissier and Sassi v. France*) [ВП], п. 62; «Блок проти Угорщини» (*Block v. Hungary*), п. 24). ЄСПЛ постановив, що недоліки в повідомленні про обвинувачення також можуть бути усунені в апеляційному провадженні. Це залежить від того, чи матиме обвинувачений можливість продовжити свій захист у вищих судах щодо перекваліфікованого обвинувачення й оскаржити своє засудження щодо всіх відповідних правових та фактичних аспектів («Жупник проти України» (*Zhupnik v. Ukraine*), пп. 39–43).
207. Вкрай важливо, щоб українські судді усвідомлювали, що проблеми з конкретністю обвинувачень, які формулює прокурор, не звільняють їх від обов'язку забезпечувати, щоб засудження відповідало принципам законності та презумпції невинуватості (див. розділи 2 і 3 вище). Отож оцінку того, чи виконало обвинувачення тягар доказування того, що обвинувачений скоїв злочин, передбачений законом, певний і передбачуваний для обвинуваченого, все-таки мають здійснювати суди. Ця оцінка також повинна бути відображена в аргументах, які мають відповідати праву на вмотивовані висновки (див. розділ 4 вище). Якщо з цього приводу не надано достатніх обґрунтувань, це може бути підставою для оскарження захисником.

6.7. Привілей комбатантів

208. Вимоги конкретності обвинувачень і забезпечення того, щоб будь-яке засудження відповідало принципам законності та презумпції невинуватості (див. розділи 2 і 3 вище), також пов'язані з правом комбатанта не бути обвинуваченим у безпосередній участі у бойових діях. Відповідно до МГП, військовослужбовці збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, є комбатантами, а це означає, що вони мають право брати безпосередню участь у військових діях (Додатковий протокол I, стаття 43(2)). Комбатанти не можуть бути притягнуті до відповідальності лише за участь у бойових діях, за умови, що вони дотримуються чинних норм МГП.

Розділ 7

Аспекти розслідування і попереднього ув'язнення

Резюме

- Українські юристи-практики повинні забезпечити, щоб слідчі дії та рішення щодо попереднього ув'язнення здійснювалися з суворим дотриманням національних і міжнародних гарантій справедливого судового розгляду. **Правоохоронні органи та прокурори зобов'язані уникати засобів і методів, які порушують право обвинуваченого на недоторканність приватного життя, право не свідчити проти себе або абсолютну заборону катувань і нелюдського поводження. Адвокатів закликають діяти старанно, озвучуючи всі такі звинувачення на стадіях досудового і судового розгляду, а слідчі судді повинні ретельно вивчати заяви, зокрема під час вивчення законності та/або свавільності арешту і тримання під вартою.**
- Будь-яке втручання в особисте або сімейне життя обвинуваченого (зокрема й стеження, обшуки та вилучення) має бути законним, необхідним у демократичному суспільстві та пропорційним поставленій законній меті відповідно до практики ЄСПЛ. **Фахівцям-практикам, особливо прокурорам і слідчим суддям, рекомендовано проводити ретельні правничі оцінки відповідно до практики ЄСПЛ, надавати вмотивовані рішення, що обґрунтовують такі заходи, та забезпечувати оперативний і належний судовий дозвіл *ex post facto*.**
- **Фахівці-практики повинні відстоювати право обвинуваченого зберігати мовчання і не свідчити проти себе. Адвокатам варто оскаржувати всі докази, отримані через примус або обман, а суддям – не допускати використання таких доказів, якщо ті підважують справедливість судового розгляду. Зокрема, рекомендується, щоб зізнання, особливо військовополонених, не розглядалось як передумова для звільнення через обмін, і суди мають забезпечити, щоб визнання провини оцінювалося з повним урахуванням процесуальних гарантій.**
- Катування та нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження категорично заборонені, й усі докази, отримані таким чином, повинні вважатися недопустимими. **Правоохоронним органам слід утримуватися від зловживань, а Державному бюро розслідувань доручено проводити оперативні та неупереджені розслідування заяв про катування та нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження. У контексті поточного кримінального провадження проти обвинуваченого, який стверджує, що він зазнав катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження, захисник повинен ретельно переглядати записи про затримання й озвучувати відповідні підозри перед слідчими суддями. Судді на всіх стадіях у відповідь на такі заяви зобов'язані надавати детальне обґрунтування, зокрема уточнюючи, чи відповідає поведінка пороговим показникам щодо катувань, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, як визначено ЄСПЛ та в міжнародному праві.**

209. Українські фахівці-практики повинні забезпечити, щоб аспекти розслідування та попереднього ув'язнення обвинуваченого відповідали гарантіям справедливого судового розгляду. Відповідні джерела наведено далі. Правоохоронні органи та прокурори, які беруть участь у розслідуванні справ, пов'язаних з конфліктом, повинні забезпечити, щоб застосовані методи розслідування не порушували права обвинуваченого на недоторканність приватного життя, права не свідчити проти себе чи заборони катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження. Якщо обвинувачений стверджує, що такі методи були використані, органи влади повинні забезпечити проведення ефективного розслідування цих обвинувачень. Однак у контексті поточного кримінального провадження захисник також повинен старанно захищати інтереси свого клієнта й озвучувати ці підозри на досудових і/або судових стадіях.
210. Слідчі судді, здійснюючи судовий контроль на досудових стадіях, повинні розглядати такі твердження в контексті оцінки законності та/або свавільності арешту та/або тримання під вартою обвинуваченого (див. розділ 6 вище). На стадії судового розгляду, коли обвинувачення представляє докази, які могли бути отримані за допомогою таких методів розслідування, судді повинні з'ясувати, чи порушує визнання незаконно отриманих доказів справедливість судового розгляду загалом (див. розділ 9 далі).

Таблиця 6. Джерела права щодо аспектів розслідування та попереднього ув'язнення

Право на повагу до приватного і сімейного життя				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, статті 29–32 - КПК, статті 7(1)(6)–(9), 7(2), 13–15, 258	- ЄКПЛ, стаття 8 - МППП, стаття 17			
Право зберігати мовчання і не свідчити проти себе				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 63 - КПК, статті 7(1)(11), 18, 42(3)(4)	- ЄКПЛ, стаття 6 - МППП, стаття 14 (3) (g)	<u>Додатковий протокол I</u>, стаття 75(4) - Право зберігати мовчання і не свідчити проти себе вважаються такими, що належать до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. <u>МКЧХ, норма 100</u>)	- Римський статут, стаття 55 - Статут МТКЮ, стаття 21(4) (g)	

Заборона катувань та нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
- Конституція України, стаття 28; - КПК, статті 11 та 87	- ЄКПЛ, стаття 3 - МППП, стаття 7	- Третя Женевська конвенція, статті 17(4) та 130 - Четверта Женевська конвенція, статті 32 і 147 - Додатковий протокол I, статті 75(2) та 85 - Загальна стаття 3	- Римський статут, статті 7(1)(f), 8(2)(a)(ii), 8(2)(c)(ii) - Статут МТКЮ, статті 2(b), 3, 5(f), 5(i)	Заборона катувань визнається нормою <i>jus cogens</i> (див. ЄСПЛ, «<u>Консультативний висновок щодо застосовності строків давності до судового переслідування, засудження та покарання щодо злочину, який по суті є актом катування</u>» [ВП], п. 59)

7.1. Недоторканність приватного і сімейного життя

211. Справи, пов'язані з конфліктом, можуть вимагати використання правоохоронними органами та прокурорами певних методів розслідування, таких як обшуки та вилучення, спостереження та прослуховування, таємні операції, негласні слідчі дії та/або судові експертизи. Однак правоохоронні органи в Україні повинні забезпечити, щоб будь-які втручання у право обвинуваченого на повагу до приватного і сімейного життя, що здійснюються в контексті розслідувань у справах, пов'язаних з конфліктом, відповідали закону, були необхідними в демократичному суспільстві та проводилися з законною метою.

212. Законодавство України передбачає право на:

- особисту недоторканність (Конституція України, стаття 29);
- недоторканність житла, майна чи іншого володіння (Конституція України, стаття 30, КПК, статті 7(1)(6) та 7(1)(9), 13 та 15);
- таємницю або конфіденційність кореспонденції (Конституція України, стаття 31, КПК, статті 7(1)(7) та 14 та 258);
- повагу до приватного і сімейного життя (Конституція України, стаття 32, КПК, статті 7(1)(8), 7(2) та 15).

213. Порушення права на недоторканність житла і кореспонденції допускається лише за вмотивованим рішенням суду і на конкретних підставах, таких як необхідність збереження людського життя чи майна, якщо це відбувається в контексті кримінального розслідування.

214. Право на повагу до приватного і сімейного життя та невтручання в нього передбачено статтею 8 ЄКПЛ та статтею 17 МППП. На думку КПЛ, «незаконним» є втручання, що (i) здійснюється без правової підстави чи з порушенням закону, або (ii) здійснюється на основі закону, який не відповідає положенням, цілям та завданням МППП (КПЛ,

ЗК № 16, п. 3). Відповідно до режиму ЄКПЛ, втручання може бути виправданим, якщо (i) воно відповідає закону, (ii) необхідне в демократичному суспільстві, (iii) здійснюється із законною метою. Згідно з ЄКПЛ «із законною метою» означає «в інтересах національної безпеки, громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». Щоб оцінити, чи втручання є «необхідним у демократичному суспільстві», ЄСПЛ збалансував інтереси держав-членів з правами обвинуваченого і передбачає, що повинна існувати нагальна суспільна потреба (суть якої визначається національними органами влади, але підлягає розгляду ЄСПЛ) (див. РЄ, «Посібник за статтею 8», пп. 34–35). ЄСПЛ також розглядав питання щодо пропорційності вжитих заходів до переслідуваної законної мети (ЄСПЛ, «З проти Фінляндії» (*Z v. Finland*), п. 94).

215. Право на повагу до приватного і сімейного життя також тісно пов'язане з правами щодо поводження з особою. Певне поводження з окремими особами, наприклад, особистий огляд з роздяганням (ЄСПЛ, «Вейнрайт проти Сполученого Королівства» (*Wainwright v. United Kingdom*), п. 43 або погані умови утримання («Ранінен проти Фінляндії» (*Raninen v. Finland*), п. 63) було визнано ЄСПЛ порушенням права на повагу до приватного і сімейного життя (хоча й не прирівнюються до катувань чи нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження (див. далі)).
216. Якщо національне законодавство вимагає санкції суду на застосування методу розслідування, який може передбачати порушення права на повагу до приватного і сімейного життя, несанкціоноване проведення таких слідчих заходів може становити порушення статті 8. Це питання ЄСПЛ уже розглядав у контексті України (ЄСПЛ, «Берлізев проти України» (*Berlizev v. Ukraine*), пп. 38–39, та «Лисюк проти України» (*Lysyuk v. Ukraine*), пп. 50–55). Процес ухвалення рішень щодо втручання в особисте і сімейне життя повинен бути справедливим та забезпечувати належну повагу до інтересів, захищених статтею 8 (РЄ, «Посібник за статтею 8». Отже, якщо захід здійснюється до отримання судового дозволу (санкція *ex post facto*), суди повинні розглянути кілька чинників, щоб визначити, чи була порушена стаття 8 – зокрема, чи був судовий контроль і надання дозволу здійснено протягом розумного часу і якості рішення (див. РЄ, «Посібник за статтею 8», п. 46, та ЄСПЛ, «Хамбардзумян проти Вірменії» (*Hambardzumyan v. Armenia*), пп. 63–68).
217. Навіть якщо методи розслідування суперечать праву на повагу до приватного і сімейного життя або праву на справедливий судовий розгляд на стадії розслідування, використання доказів, зібраних з використанням цих методів згодом у кримінальному процесі, не обов'язково робить провадження в цілому несправедливим (ЄСПЛ, «Хан проти Сполученого Королівства» (*Khan v. The United Kingdom*), пп. 69–83). Справедливість так можна забезпечити, якщо захист отримав можливість оскаржити справжність доказів і заперечити проти їх допустимості; або ж під час судового розгляду було враховано якість доказів, зокрема обставини, за яких вони були отримані, й оцінено, чи ставлять ці обставини під сумнів надійність або точність доказів (див. розділ 9 далі).
218. Особливий виклик становлять справи, пов'язані з конфліктом, в Україні, з огляду на розширення повноважень, наданих прокуратурі в умовах воєнного стану, що дозволяє прокурорам санкціонувати методи розслідування, тож слідчі судді не мають змоги виконувати свої обов'язки (КПК, стаття 615). Це викликає питання щодо дотримання прав на повагу до приватного і сімейного життя, закріплених і в національному, і в

міжнародному та європейському законодавстві. Ні Конституційний Суд, ні ЄСПЛ ще не ухвалювали рішень із цього питання. Однак рішення КСУ щодо статті 615(6) може свідчити про її неконституційність (див. справу № 3-88/2022 вище).

219. Важливо, щоб там, де прокурори здійснюють контроль за такими діями слідчих, вони оцінювали захід у світлі практики ЄСПЛ. Якщо слідчі судді ухвалюють рішення щодо необхідності таких заходів, вони повинні надати належні аргументи, щоб продемонструвати свою оцінку того, чи відповідає захід вимогам ЄСПЛ.

7.2. Право зберігати мовчання і не свідчити проти себе

220. Право не свідчити проти себе міститься у статті 63 Конституції України та 7(1)(11), 18 та 42(3)(4). ЄСПЛ також вважає право не свідчити проти себе і зберігати мовчання загальновизнаними міжнародними стандартами, які лежать в основі поняття справедливого судового розгляду відповідно до статті 6 (Рада Європи, «Посібник зі статті 6», п. 120). Це право також розглядається як частина права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд відповідно до статті 14(3)(g) МПГПП. А ще воно міститься в статті 75(4)(4) Додаткового протоколу I і визнається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права (див. МКЧХ, норма 100). Його також закріплено в статутах міжнародних кримінальних судів і трибуналів, таких як стаття 55 Римського статуту та стаття 21(4)(g) Статуту МТКЮ.

221. У ЄСПЛ право зберігати мовчання застосовується з моменту допиту підозрюваного поліцією (ЄСПЛ, «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» (*John Murray v. the United Kingdom*) п. 45). Оскільки право не свідчити проти себе, зокрема, передбачає, що обвинувачення у кримінальній справі має прагнути довести справу проти обвинуваченого, не вдаючись до доказів, отриманих за допомогою методів примусу або тиску всупереч волі обвинуваченого, ЄСПЛ постановив, що це право тісно пов'язане з презумпцією невинуватості, що міститься в статті 6(2) ЄСПЛ (ЄСПЛ, «Саундерс проти Сполученого Королівства» (*Saunders v. the United Kingdom*), п. 68).

222. Право зберігати мовчання і не свідчити проти себе не є абсолютним. У визначенні того, чи було порушено справедливості судового розгляду ЄСПЛ розглядав характер і ступінь примусу; наявність будь-яких відповідних гарантій у процедурі; і використання отриманого таким чином матеріалу (ЄСПЛ, «Яллоґ проти Німеччини» (*Jalloh v. Germany*), п. 101; ЄСПЛ, «О'Галлоран і Френсис проти Сполученого Королівства» (*O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*), п. 55; ЄСПЛ, «Ібрахім та інші проти Сполученого Королівства» (*Ibrahim and Others v. The United Kingdom*), п. 269).

223. Серед прикладів з міжнародної практики, коли право зберігати мовчання та не свідчити проти себе було визнано таким, що порушує справедливості судового розгляду, такі:

- Коли підозрюваного змушують давати свідчення під загрозою санкцій і він або дає їх, або зазнає санкцій за відмову давати свідчення (ЄСПЛ, «Саундерс проти Сполученого Королівства» (*Saunders v. the United Kingdom*), пп. 68–69; ЄСПЛ, «Гіні та МакГінесс проти Ірландії» (*Heaney and McGuinness v. Ireland*), пп. 54–55; ЄСПЛ, «Бруско проти Франції» (*Brusco v. France*), п. 44);
- Коли для отримання матеріальних доказів або заяв застосовується фізичний або психологічний тиск, часто у формі катування (ЄСПЛ, «Яллоґ проти Німеччини» (*Jalloh v. Germany*), п. 100; ЄСПЛ, «Гафген проти Німеччини» (*Gäfgen v. Germany*),

пп. 166–168; КПЛ, ЗК № 32, п. 41; КПЛ, «Таран проти України» (*Taran v. Ukraine*), див. також розділ 7.3 далі);

- Коли представники органів влади вдаються до обману, щоб здобути інформацію, якої вони не змогли отримати під час допиту. Наприклад, у справі «Аллан проти Сполученого Королівства» (*Allan v. United Kingdom*) в ЄСПЛ, де обвинувачений вирішив зберігати мовчання під час допиту, але потім зізнався інформатору поліції, який перебував з ним у камері, і це зізнання використовувалось як доказ, що було визнано порушенням права на справедливий судовий розгляд (п. 50).

224. Важливо зазначити, що не всі докази, отримані з порушенням права зберігати мовчання та не свідчити проти себе, є недопустимими, за умови застосування інших гарантій забезпечення справедливого судового розгляду загалом (див. розділ 9 далі). Однак будь-які докази у кримінальному провадженні, отримані внаслідок катувань або нелюдського поводження, підважують справедливість розгляду загалом (див. розділ 7.3.2 далі).

225. Застосування цих стандартів має безпосереднє значення з огляду на задокументовані випадки примусового тримання під вартою в Україні. У період з 24 лютого 2022 року по 23 травня 2023 року УВКПЛ повідомило про 65 випадків, коли українські силовики утримували цивільних осіб в неофіційних установах, часто без зв'язку (в режимі інкомунікадо) на період від декількох годин до 4,5 місяців, з метою примусити затриманих визнати провину або свідчити проти інших затриманих (УВКПЛ, 'Detention of civilians in the context of the armed attack by the Russian Federation against Ukraine: 24 February 2022 – 23 May 2023', п. 13). До того ж у період з 24 лютого 2022 року по 23 лютого 2023 року УВКПЛ повідомило про 13 випадків, коли російські військовополонені, які перебували в руках української влади, зазнавали тиску з боку прокурорів, СБУ та/або українських адвокатів, які стверджували, що визнання вини – єдиний спосіб забезпечити їх звільнення внаслідок обміну полоненими (УВКПЛ, 'Treatment of prisoners of war and persons hors de combat in the context of the armed attack by the Russian Federation against Ukraine: 24 February 2022 – 23 February 2023', п. 123).

226. Судді в Україні повинні забезпечити, щоб засудження не ґрунтувалося винятково або переважно на мовчанні обвинуваченого чи на відмові відповідати на запитання або давати свідчення. Однак суди можуть також робити висновки з мовчання обвинуваченого, коли ситуація явно вимагає від них пояснень, щоб оцінити переконливість доказів обвинувачення. У справах за статтею 438 КК України, де було визнано провину, часто застосовується процедура за статтею 349 КПК (спрощена процедура) (див. розділи 3 та 9). Проте, якщо суди не розглядають зізнання або визнання провини з урахуванням наявних гарантій для забезпечення справедливості провадження загалом, це може призвести до порушення права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд. Особливо це стосується випадків, коли обвинувачений або його захисник стверджують, що надані докази були отримані внаслідок катувань або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження. Отже, дії, що їх вживають адвокати та судді протягом усього провадження щодо таких тверджень, є вкрай важливими.

227. Надзвичайно важливо, щоб фахівці в Україні не утверджували практики, згідно з якою визнання військовополоненого, обвинуваченого у злочині, пов'язаному з конфліктом, стає передумовою для його звільнення внаслідок обміну – обмін полоненими та участь обвинуваченого у злочині, пов'язаному з конфліктом, не повинні розглядатись як взаємопов'язані процеси.

7.3. Катування, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження

228. Право на людську гідність та заборона катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження передбачені статтею 28 Конституції України та статтею 11 КПК. Докази, отримані внаслідок катування, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження недопустимі у кримінальному провадженні (стаття 87 КПК).
229. Заборона катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження також міститься у статті 3 ЄКПЛ, статті 7 МПГПП та статті 1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (яку Україна ратифікувала). Її також закріплено у статті 17(4) Третьої Женевської конвенції (про поводження з військовополоненими), а недотримання цієї заборони вважається серйозним порушенням відповідно до статті 130 тієї ж Третьої Женевської конвенції. Аналогічні положення містяться в статтях 32 та 147 Четвертої Женевської конвенції та статтях 75(2) і 85 Додаткового протоколу I. Пов'язане з цим право на людську гідність також передбачено статтею 10(2) МПГПП і загальною статтею 3 Женевських конвенцій. До того ж недотримання цього права вважається серйозним порушенням згідно зі статтею 85 Додаткового протоколу I. Крім того, катування, нелюдське або принизливе поводження та посягання на особисту гідність є воєнними злочинами або злочинами проти людяності відповідно до МКП (Римський статут, статті 7(1)(f), 8(2)(a)(ii), 8(2)(c)(ii) та Статут МТКЮ, статті 2(b), 3, 5(f) та (i)). Заборона катувань набула статусу *jus cogens*, тобто імперативної норми в міжнародному праві (ЄСПЛ, «Консультативний висновок щодо застосовності строків давності до судового переслідування, засудження та покарання щодо злочину, який по суті є актом катування» (Advisory opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture [ВП], п. 59).

7.3.1. Розрізнення катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження

230. Заборона катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження відповідно до ЄКПЛ та МПГПП є абсолютною та не допускає відступів. Катування – це заподіяння сильного болю або страждань (як фізичних, так і психічних). Відповідно до міжнародного та європейського права прав людини, а також коли катування розглядається як воєнний злочин, його має бути заподіяно навмисно з такими цілями, як: отримання інформації або зізнання, покарання, залякування або примус до чогось індивіда чи третьої особи, або з будь-якої іншої причини, заснованої на якогось виду дискримінації (ЄСПЛ, «Селмуні проти Франції» (*Selmouni v. France*), п. 97). Для того, щоб діяння вважалось катуванням як злочином проти людяності відповідно до статті 7(f) Римського статуту, цей елемент цілеспрямованості встановлювати не обов'язково. Однак, на відміну від катувань як воєнного злочину або порушення прав людини, катування як злочин проти людяності вимагає, щоб особа, яка зазнала сильного болю або страждань, перебувала під вартою або під контролем виконавця (Римський статут, стаття 7(2)(e) та МКС, «Елементи злочинів», стаття 7(1)(f) Елемент три).
231. Заборона катувань застосовується незалежно від поведінки жертви (ЄСПЛ, «Ірландія проти Сполученого Королівства» (*Ireland v. UK*), пп. 163, 167), і коли особи заявляють про катування під час затримання, компетентні органи повинні негайно та неупереджено розслідувати ці заяви (РЄ, «Посібник зі статті 3», п. 4, КПЛ, ЗК № 20, п. 14).

232. Нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження – це жорстоке поводження, яке не можна кваліфікувати як катування через недостатню тяжкість, навмисність або відсутність мети. Однак для того, щоб ЄСПЛ прирівняв діяння до «жорстокого поводження», воно має досягти «мінімального рівня тяжкості, що передбачає фактичні тілесні ушкодження або сильні фізичні чи моральні страждання» (ЄСПЛ, «Ірландія проти Сполученого Королівства» (*Ireland v. UK*), п. 167; ЄСПЛ, «В. проти Сполученого Королівства» (*V. v. the United Kingdom*), п. 71; ЄСПЛ, «Костелло-Робертс проти Сполученого Королівства» (*Costello-Roberts v. the United Kingdom*), п. 30). Жорстоке поводження вважається «нелюдським», якщо воно, серед іншого, було умисним, застосовувалося годинами та спричиняло або фактичні тілесні ушкодження, або сильні фізичні та моральні страждання; а також «таким, що принижує гідність», якщо воно викликало у жертв почуття страху, душевного болю і неповноцінності, що можуть їх принизити та зганьбити (ЄСПЛ, «В. проти Сполученого Королівства» (*V. v. the United Kingdom*), п. 71; ЄСПЛ, «Лабіта проти Італії» (*Labita v. Italy*), п. 120). Приклади конкретних форм поведінки, які досягають порогових значень «катування», «нелюдського поводження» та «поводження, що принижує гідність», детально викладено в «Посібнику Ради Європи зі статті 3».
233. Коли ситуація стосується особи, затриманої працівниками правоохоронних органів, будь-яка поведінка правоохоронців, яка принижує людську гідність, становитиме порушення статті 3 ЄКПЛ (ЄСПЛ, «Буїд проти Бельгії» (*Bouyid v. Belgium*), пп. 100–101). Ця стаття не забороняє застосування сили або запобіжних заходів представниками держави в контексті арешту, але такі заходи не повинні бути надмірними (ЄСПЛ, «Шморгунов та інші проти України» (*Shmorgunov and Others v. Ukraine*), п. 359).

7.3.2. Докази, отримані внаслідок катування, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження

234. Подібно до українського законодавства, судова практика ЄСПЛ та КПЛ підтверджує, що використання у кримінальному провадженні будь-яких доказів, отриманих внаслідок катувань або нелюдського поводження, призводить до несправедливості провадження загалом (ЄСПЛ, «Замфереско проти України» (*Zamferesko v. Ukraine*), п. 70, КПЛ, «Бутовенко проти України» (*Butovenko v. Ukraine*), пп. 7.9–7.10). ЄСПЛ постановив, що «викривальні докази – чи то у формі зізнання, чи матеріальних доказів – отримані в результаті актів насильства, жорстокості або інших форм поводження, які можна кваліфікувати як катування – ніколи не повинні використовуватися як доказ вини жертви, незалежно від їх доказової цінності» (ЄСПЛ, «Яллог проти Німеччини» (*Jalloh v. Germany*), п. 105, див. також розділи 9 і 10 далі). Використання доказів, отриманих внаслідок катування або жорстокого поводження, є порушенням права на справедливий судовий розгляд незалежно від того, чи була жертва поводження відповідачем, чи третьою особою (якщо обвинувачений був свідком жорстокого поводження з третьою стороною) (ЄСПЛ, «Кормев проти Болгарії» (*Kormev v. Bulgaria*), пп. 89–90).

7.3.3. Катування, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження: практика в Україні

235. 2023 року УВКПЛ повідомило про численні випадки катувань і жорстокого поводження з російськими військовополоненими з боку українських збройних сил, зокре-

ма побиття, погрози насильством або стратою, примушування співати, імітації страти, ураження електричним струмом, поранення ножем або стрілянина в ноги, а також виснажливі фізичні вправи (УВКПЛ, «Поводження з військовополоненими та особами, які припинили участь у воєнних діях, в контексті збройного нападу Російської Федерації на Україну: 24 лютого 2022 року – 23 лютого 2023 року»). Російський цивільний моряк, затриманий українською владою, помер від хронічної хвороби через відсутність належної медичної допомоги (УВКПЛ, «Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні: 1 серпня 2022 року – 31 січня 2023 року», п. 11).

236. Лунали також заяви з боку осіб, обвинувачених у колабораціонізмі, про те, що вони зазнали побиття під час арешту та катувань і жорстокого поводження під час допитів представниками української влади (там само, а також див. Доповідь Незалежної міжнародної комісії ООН з розслідування порушень в Україні від 15 березня 2023 року, пп. 87–89, і Доповідь Незалежної міжнародної комісії ООН з розслідування порушень в Україні від 19 жовтня 2023 року, пп. 70–73).
237. Характер катувань і/або жорстокого поводження з боку української поліції, здебільшого з метою отримання зізнань, а також відсутність дієвого розслідування скарг та ефективних засобів правничого захисту у зв'язку з цим є проблемою, яка наразі перебуває під наглядом КоМ РЄ у групі справ Каверзіна (*Kaverzin*) та вважається системною. У своєму останньому розгляді справ Комітет зазначив, що стратегічні та законодавчі напрацювання для розв'язання цих проблем уже ініційовані та впроваджуються. Він також високо оцінив інформаційну підсистему «Custody Records», призначену для обліку інформації щодо фіксації дій працівників поліції із затриманими особами. Український уряд поінформував Комітет, що центри безоплатної правничої допомоги та Національна поліція спільно працюють над автоматизацією обміну інформацією між системою обліку тримання під вартою та інформаційною системою безоплатної правничої допомоги.
238. Однак Комітет також зазначив, що Державне бюро розслідувань (ДБР) не проводило ефективних та оперативних розслідувань жорстокого поводження, і що «хоча зрозуміло, що з огляду на агресію Росії, значну частину ресурсів правоохоронних органів доводиться перенаправляти на розслідування воєнних злочинів і злочинів, пов'язаних із загрозами національній безпеці, це не звільняє органи влади від їх постійного зобов'язання ефективно запобігати безкарності за жорстоке поводження та протидіяти їй» (див. посилання вище).
239. Комітет Міністрів посиляється на доповіді Комітету Ради Європи з питань запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню (КЗК) та Українського омбудсмана, які наголошують, що заяви про жорстоке поводження із застосуванням фізичного насильства (відразу після затримання, у транспортному засобі або в поліцейській установі, перед допитом), надмірне застосування сили при затриманні та психологічний тиск – досі поширене явище.
240. Нелюдське та/або таке, що принижує гідність, поводження через переповненість, погані умови та неналежне харчування в поліцейських установах, слідчих ізоляторах і в'язницях, а також під час транспортування між слідчими ізоляторами або до судів, відсутність ефективних запобіжних і компенсаційних засобів у всіх цих аспектах і примусове годування також є питаннями, що перебувають під наглядом КоМ проти України у справі Сукачова (*Sukachov*).

241. Під наглядом перебувають також структурні проблеми відсутності належної та своєчасної медичної допомоги під час тримання під вартою та постійної відсутності відповідних внутрішніх засобів правничого захисту у справах Логвиненка (*Logvinenko*) та Ісаєва (*Isayev*).
242. У проаналізованих справах за статтею 438 КК України (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary») у жодних рішеннях слідчих суддів, а також судових й апеляційних рішеннях не розглянуто заяв про катування, нелюдське або таке, що принижує гідність поводження, зроблені обвинуваченими або від імені обвинувачених їхніми захисниками. Це суперечить згаданим вище доповідям УВКПЛ, які вказують на жорстоке поводження з російськими військовополоненими. Такі заяви, утім, розглядалися у справах щодо обвинувачень за статтею 111 КК України (щодо колабораційної діяльності) (див., наприклад, справу № 760/6039/23, провадження № *1-pcs/760/2821/23*, в якій захисник стверджував, що обвинуваченого катували та били під час тримання під вартою, а слідчий суддя розглянув застосовність практики ЄСПЛ і призначив медичне обстеження відповідно до статті 206(6) КПК)).
243. Правоохоронні органи та фахівці-практики, які беруть участь у справах, пов'язаних з конфліктом, в Україні повинні вживати заходів для запобігання катуванню і нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню щодо обвинуваченого у кримінальному провадженні та реагувати на відповідні заяви. Для цього потрібно забезпечити, щоб від цієї практики утримувалися особи, що проводять арешт і перевезення обвинуваченого (наприклад, з табору для військовополонених до слідчого ізолятора), ті, хто бере участь у допиті обвинуваченого, і посадовці, відповідальні за умови утримання обвинуваченого. Для цього також необхідно, щоб ДБР ефективно розслідувало такі звинувачення.
244. Однак інші суб'єкти також можуть вживати заходів у контексті поточного кримінального провадження. Захисникові варто активніше захищати інтереси свого клієнта (незалежно від того, українець він чи росіянин), зокрема, переглядаючи записи про досудове затримання і допит клієнта, подаючи клопотання щодо жорстокого поводження з обвинуваченим слідчому судді або надаючи відповідні аргументи в контексті розгляду слідчим суддею підстав для арешту і затримання (див. розділ 6 вище).
245. Аналогічно слідчим суддям треба реагувати на такі заяви відповідно до національної, міжнародної та європейської судової практики, надаючи адекватні аргументи. Судді на стадіях судового розгляду та апеляції повинні розглянути всі заяви щодо доказів, отриманих з порушенням заборони катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, оскільки їх потрібно визнати недопустимими, надаючи належне обґрунтування. Загалом, аргументи адвоката й аргументацію суддів можна вважати достатніми лише тоді, коли чітко сформульовано, чи є зазначена поведінка конкретно катуванням або нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням.

Розділ 8

Захист від надмірної тривалості судових проваджень

Резюме

- **Фахівці-практики повинні забезпечити, щоб тривалість провадження у кримінальних справах, пов'язаних з конфліктом, не була надмірною, гарантуючи дотримання права обвинуваченого на судовий розгляд протягом розумних строків, закріпленого в українському, міжнародному і європейському законодавстві.**
- «Розумність» строків розгляду визначається для кожної справи окремо. Серед чинників, що мають значення для цього аспекту: складність справи; поведінка заявника; поведінка відповідних адміністративних і судових органів; а також значення справи для потерпілих та обвинувачених.
- Зрозуміло, що на час, необхідний для судового розгляду справ, пов'язаних з конфліктом, в Україні може впливати поточний конфлікт і складність цих справ. Однак, з огляду на те, що більшість справ, які досі розглядалися, стосувалися окремих інцидентів і безпосереднього скоєння злочину, а не масштабних справ, що об'єднують кілька інцидентів, потерпілих і злочинців, то не завжди затримки в розгляді можна виправдати складністю справи.
- На право на судовий розгляд у розумні строки також не має впливати затримка з боку прокуратури або затримки на досудових стадіях. В Україні відсутні часові обмеження щодо досудових розслідувань воєнних злочинів, геноциду, агресії та застосування зброї масового знищення. Однак на досудових стадіях таки застосовуються певні строки, зокрема йдеться про право бути негайно поінформованим про підстави для арешту та/або обвинувачення, а також право на невідкладний або швидкий розгляд законності затримання та/або попереднього ув'язнення.
- **Захисники (від імені обвинуваченого) або судді всіх інстанцій повинні усувати всі невинуваті затримки під час розслідування та/або розгляду, висуваючи відповідні аргументи.**

246. Фахівці-практики повинні забезпечити, щоб тривалість розгляду кримінальних справ, пов'язаних з конфліктом, не була надмірною. Зрозуміло, що характер цих справ та той факт, що судові процеси проводяться під час активного конфлікту, неминуче вплинуть на тривалість провадження, однак практикам потрібно забезпечити, щоб затримки не були наслідком їхньої поведінки або поведінки інших практиків. Усі невинуваті затримки під час розслідування та/або розгляду необхідно усувати, забезпечуючи право обвинуваченого на невідкладний та/або швидкий розгляд законності його затримання, а також судовий розгляд у розумні строки. Далі наведено джерела цих прав в українському і міжнародному та європейському праві, на які фахівці-практики можуть посперитися у своїй аргументації та доводах.

Таблиця 7. Джерела права щодо надмірної тривалості розгляду

Розгляд у розумні строки				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• КПК, стаття 28 • Закон України «Про судоустрій і статус суддів», стаття 7(1)	• ЄКПЛ, стаття 6(1) • МПГПП, стаття 14 (3)(с) Зверніть увагу, що Україна відступила від статей 6 ЄКПЛ та 14 МПГПП на час воєнного стану, але практичний ефект цього відступу може бути обмеженим (див. аналіз вище)	• Третя Женевська конвенція (про поводження з військовополоненими), стаття 103 • Четверта Женевська конвенція, стаття 71(2) • Це право вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. <u>МКЧХ, норма 100</u>)	• Римський статут, статті 64(2) та (3) та 67(2) • Статут МТКЮ, статті 20(1) та 21(4)(с)	
Строки на досудовому етапі				
Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• Конституція України, стаття 29; • КПК, статті 12(2) (розгляд законності затримання та/або тримання під вартою), 206 (<i>habeas corpus</i>) і 219(2) зі змінами 2023 року (строки досудового розслідування)	• ЄКПЛ, статті 5 (2) (3) і (4) • МПГПП, статті 9 (2) (3) та (4)	• <u>Третя Женевська конвенція, стаття 104</u> (про поводження з військовополоненими) • <u>Четверта Женевська конвенція, стаття 71(2)</u> • <u>Додатковий протокол I, стаття 75(3)</u> • Право бути негайно поінформованим про підстави для арешту та/або затримання визнається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. <u>МКЧХ, норма 100</u>)		

247. Відповідно до статті 28 КПК, «кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні строки. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені цим Кодексом строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень».
248. Право на судовий розгляд у розумні строки також вважається частиною права на справедливий судовий розгляд відповідно до міжнародного та європейського права людини (стаття 6(1) ЄКПЛ та 14(3)(с) МПГПП), і метою цього права є уникнення занадто тривалого тримання осіб у стані невизначеності щодо їхньої долі та забезпечення того, щоб тимчасове тримання під вартою не було занадто тривалим. Однак також це право служить більш абстрактним інтересам правосуддя (див. КПЛ, ЗК № 32, п. 35, а також ЄСПЛ, «Вемгофф проти Німеччини» (*Wemhoff v. Germany*), п. 18; ЄСПЛ, «Карт проти Туреччини» (*Kart v. Turkey*), п. 68; ЄСПЛ, «Григорян проти Вірменії» (*Grigoryan v. Armenia*), п. 129).
249. Відповідно до режиму ЄСПЛ, «розумний строк» починається, зокрема, з моменту арешту, часу, коли особі було пред'явлено обвинувачення або коли її допитали (ЄСПЛ, «Вемгофф проти Німеччини» (*Wemhoff v. Germany*), п. 19; ЄСПЛ, «Девеєр проти Бельгії» (*Deweert v. Belgium*), п. 42). Цей строк стосується всієї тривалості розгляду відповідної справи, зокрема й апеляційного провадження та визначення вироку (ЄСПЛ, «Вемгофф проти Німеччини» (*Wemhoff v. Germany*), п. 18; ЄСПЛ, «Кьоніг проти Німеччини» (*König v. Germany*), п. 98; КПЛ, «Рауз проти Філіппін» (*Rouse v. Philippines*), п. 7.4).
250. МГП вимагає дотримання цього права під час збройного конфлікту: відповідно до статті 103 Третньої Женевської конвенції, яка застосовується до проваджень проти військовополонених, «судові розслідування стосовно військовополоненого проводять настільки швидко, наскільки це дозволяють обставини, й так, щоб судовий процес відбувся якомога скоріше». Четверта Женевська конвенція зазначає, що обвинувачені особи мають бути притягнуті до судової відповідальності «у найкоротший строк» (стаття 71(2)).
251. Право на судовий розгляд без невинуватих затримок визнається нормою звичаєвого міжнародного гуманітарного права (див. МКЧХ, норма 100). Отже, це право також міститься в статутах міжнародних кримінальних судів і трибуналів. Наприклад, Римський статут вимагає швидкого розгляду (стаття 64(2) та (3)), а також підтверджує право обвинуваченого бути судимим без невинуватого затримки (див. статтю 67(1)(с)). Аналогічні положення також містилися у Статуті Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (див. Статут МТКЮ, стаття 20(1) та стаття 21(4)(с)).
252. Загалом, обґрунтованість тривалості провадження потрібно визначати для кожної справи окремо (див., наприклад, ЗК № 32, п. 35; ЄСПЛ, «В'єццер проти Італії» (*Viezzzer v. Italy*), п. 17; ЄСПЛ, «Боддаєр проти Бельгії» (*Boddaert v. Belgium*), п. 36; ЄСПЛ, «Сізов проти Росії» (*Sizov v. Russia*), п. 59). У статті 28(3) КПК встановлено критерії визначення розумності строків кримінального провадження: складність справи; поведінка заявника; поведінка відповідних адміністративних і судових органів; а також значення справи для потерпілих та обвинувачених. Це багато в чому збігається з правничою практикою ЄСПЛ (ЄСПЛ, «Кьоніг проти Німеччини» (*König v. Germany*), п. 99; ЄСПЛ, «Неймайстер проти Австрії» (*Neumeister v. Austria*), п. 21; ЄСПЛ, «Ліблік та інші проти Естонії» (*Liblik and Others v. Estonia*), п. 91; ЄСПЛ, «Пелісьє і Сассі проти Франції» (*Pélissier and Sassi v. France*), п. 67).

253. Складність справи може бути пов'язана з кількістю висунутих обвинувачень, кількістю учасників провадження (тобто підсудних і свідків), або міжнародним виміром справи (ЄСПЛ, «Неймайстер проти Австрії» (*Neumeister v. Austria*), п. 20; ЄСПЛ, «Арева проти Литви» (*Arewa v. Lithuania*), п. 52). Поведінка заявника стосується ситуацій, коли об'єктивно схоже на те, що підозрюваний намагається затягнути розслідування, наприклад, систематично домагаючись відводу суддів (ЄСПЛ, «Екле проти Німеччини» (*Eckle v. Germany*), п. 82 та «І. А. проти Франції» (*I.A. v. France*), п. 121). Нарешті, поведінка відповідних адміністративних і судових органів пов'язана з обов'язком держав організувати свої судові системи таким чином, щоб їхні суди могли виконати вимогу щодо проведення судового розгляду в розумні строки (ЄСПЛ, «Абдоелла проти Нідерландів» (*Abdoella v. the Netherlands*), п. 44). Затримки не вважаються виправданими, якщо провадження відкладено через, наприклад, політичні проблеми в регіоні, нестачу персоналу або надмірне навантаження на суди, а також через те, що держава не вжила необхідних заходів для усунення затримки (ЄСПЛ, «Баггетта проти Італії» (*Baggetta v. Italy*), пп. 20–25; КПЛ, «Філластре і Бізуарн проти Болівії» (*Fillastre and Bizouarn v. Bolivia*), п. 6.5).

8.1. Складнощі конфлікту і справ, пов'язаних з конфліктом

254. Зрозуміло, що на час, необхідний для розслідування і судового розгляду у справах, пов'язаних з конфліктом, в Україні може вплинути поточний конфлікт і складність цих справ. Наприклад, у справі «Хлебнік проти України» (*Khlebik v. Ukraine*), яка стосувалася труднощів, що виникли внаслідок конфлікту на Сході України, через які розгляд апеляційної скарги заявника було відкладено, оскільки матеріали його справи залишилися на території, непідконтрольній українському уряду, ЄСПЛ не виявив порушення статті 6(1) Конвенції, оскільки воєнні дії призвели до надзвичайних обставин, й українська влада зробила все можливе, щоб виправити ситуацію.

255. Однак до повномасштабного вторгнення, в період з квітня 2014 року по квітень 2020 року, УВКПЛ задокументувало в Україні 140 кримінальних судових процесів, пов'язаних з конфліктом, тривалістю понад 2 роки, а також 15 таких судових процесів тривалістю понад 4 роки. У багатьох з цих справ було встановлено, що ні поведінка обвинуваченого, ні складність справи не виправдовували такої тривалості провадження (УВКПЛ, п. 52). Навіть тепер складність справи не завжди виправдовує тривалість її розгляду, **адже більшість справ, проаналізованих у рамках вивчення проваджень за статтею 438 КК України (див. «Strategic Recommendations for the Judiciary»), стосувалися окремих інцидентів і безпосереднього вчинення злочинів, а не груп інцидентів, потерпілих і обвинувачених, об'єднаних у складні справи.**

256. КоМ РЄ здійснює постійний нагляд за Україною щодо тривалості розгляду і цивільних, і кримінальних справ. Щодо кримінального провадження ці питання було порушено у групі справ Меріта (*Merit*), де йшлося про надмірну тривалість провадження і відсутність ефективних засобів правничого захисту від такої надмірної тривалості на національному рівні (порушення статей 6(1) та 13 ЄКПЛ). **Комітет визнає серйозність викликів, з якими стикається система правосуддя України в контексті поточного конфлікту. Однак вважає, що необхідно вжити загальних заходів для розв'язання цих питань, і зокрема того, що, як видається, у внутрішньому законодавстві не існує засобів правничого захисту проти порушень, які полягають у надмірній тривалості провадження. На його думку, ця проблема зберігає актуальність уже 20 років.**

Комітет зазначає, що це питання також має важливе значення для Комісії ЄС у контексті вступу України до ЄС.

8.2. Затримки з боку сторони обвинувачення або на досудових стадіях

257. На право на судовий розгляд у розумні строки також не повинні впливати затримки з боку прокуратури або затримки на досудових стадіях. В Україні немає часових обмежень щодо досудових розслідувань воєнних злочинів, геноциду, агресії та застосування зброї масового знищення (стаття 219(2) КПК). Однак певні часові рамки на досудових стадіях таки діють. Як зазначено в розділі 6 вище, будь-якій заарештованій особі повинні бути негайно повідомлені простою зрозумілою для неї мовою без спеціальної термінології істотні юридичні та фактичні підстави для її арешту, щоб вона могла, якщо вважатиме за потрібне, звернутися до суду й оскаржити його законність.
258. Щодо того, коли ця інформація повинна бути надана обвинуваченому, у законодавстві є розбіжності. Відповідно до статті 29 Конституції України, кожному заарештованому чи затриманому має бути «невідкладно» повідомлено про мотиви арешту або затримання. Міжнародне та європейське законодавство містить різні норми щодо того, коли цю інформацію треба надавати. Відповідно до МПГПП, причини арешту потрібно повідомити негайно при арешті, а пред'явлене обвинувачення повідомляється «в терміновому порядку» (стаття 9(2) МПГПП). Однак ЄКПЛ і Женевські конвенції вимагають, щоб і підстави арешту, і висунуті обвинувачення було надано обвинуваченому «негайно» (стаття 5(2) ЄКПЛ, Третя Женевська конвенція, стаття 104 (про поводження з військовополоненими); Четверта Женевська конвенція, стаття 71(2); Додатковий протокол I, стаття 75(3)).
259. Закон не дає чіткого визначення терміна «невідкладно», тож практика різниться. Згідно з судовою практикою ЄСПЛ, причини арешту «не обов'язково повинні бути повідомлені в повному обсязі посадовою особою, яка здійснює арешт саме в момент арешту» (ЄСПЛ, «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» (*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*), п. 40). Натомість, чи достатньо швидко надано інформацію, «має оцінюватися в кожному конкретному випадку відповідно до його особливостей» (ЄСПЛ, «Посібник зі статті 5», п. 166). ЄСПЛ зазначає, що вимога невідкладності вважатиметься задоволеною, якщо обвинуваченого поінформовано про причини арешту впродовж декількох годин (ЄСПЛ, «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» (*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*), п. 40), але не тоді, коли затримка сягає 76 годин (ЄСПЛ, «Сааді проти Сполученого Королівства» (*Saadi v. the United Kingdom*), пп. 55–56). Натомість КПЛ встановив, що дводенна затримка в інформуванні потерпілого про обвинувачення проти нього становить порушення статті 9(2) МПГПП (КПЛ, «Бондар (від імені Ісмайлова) проти Узбекистану» (*Bondar (on behalf of Ismailov) v. Uzbekistan*), п. 7.2). Тому фахівцям-практикам варто прагнути до того, щоб строки інформування були якомога коротшими.
260. Судовий контроль для визначення законності або свавільності арешту та/або тримання під вартою повинен бути невідкладним й автоматичним, а часові рамки потрібно оцінювати в контексті конкретних фактів кожної справи (ЄСПЛ, «Вемгофф проти Німеччини» (*Wemhoff v. Germany*), п. 10; ЄСПЛ, «Де Йонг, Балже і Ван ден Брінк проти Нідерландів» (*De Jong, Baljet and Van Den Brink v. the Netherlands*), пп. 51–52; ЄСПЛ, «Аквіліна проти Мальти» (*Aquilina v. Malta*), п. 48; КПЛ, «Маклоренс проти Ямайки»

(*McLawrence v. Jamaica*), п. 5.6). Статті 29 Конституції України та 12(2) КПК визначають, що цей контроль повинен відбутися невідкладно і встановлюють строк до 72 годин. Порівнюючи ці вимоги з міжнародними та європейськими стандартами, відповідно до ЄСПЛ, щоб вважатися швидким, період часу між затриманням заявника і першим автоматичним розглядом законності цього затримання не може перевищувати чотирьох днів (ЄСПЛ, «Маккей проти Сполученого Королівства» (*McCay v. the United Kingdom*), п. 47; ЄСПЛ, «Орал і Атабай проти Туреччини» (*Oral and Atabay v. Turkey*), п. 43; ЄСПЛ, «Настасе-Сілівестру проти Румунії» (*Năstase-Silivestru v. Romania*), п. 32). Однак КПЛ встановив фіксований максимальний строк – 48 годин (або 24 години для неповнолітніх), і будь-яка затримка понад цей час має бути абсолютно винятковою та належно вмотивованою (КПЛ, ЗК № 35, п. 33; КПЛ, «Меджнун проти Алжиру» (*Medjnoune v. Algeria*), п. 8.7).

261. Якщо заявник сам оскаржує законність свого арешту та/або тримання під вартою (посилаючись на *habeas corpus*), він має право на невідкладне судове рішення щодо законності тримання під вартою (стаття 5(4) ЄКПЛ та стаття 9(4) МПГПП). Рішення «без зволікань» є не таким нагальним, як «негайне», коли йдеться про автоматичний контроль (ЄСПЛ, «Е. проти Норвегії» (*E. v. Norway*), п. 64; «Броган та інші проти Сполученого Королівства» (*Brogan and Others v. the United Kingdom*), п. 59).

262. Ще до повномасштабного вторгнення УВКПЛ звернуло увагу на справу щодо арешту жінки за підозрою у плануванні вибуху в центрі Києва, і, попри наявність переконливих доказів проти неї, обвинувачення затягнуло провадження, не забезпечило явки своїх свідків та не спромоглося викласти свою позицію у справі. Після понад двох років слухань, під час яких суд розглядав лише питання про продовження строку її досудового тримання під вартою, не розв'язуючи проблеми необґрунтованих затримок, жінка визнала себе винною (УВКПЛ, п. 53). Стаття 615(6) КПК, введена під час воєнного стану, яка дозволяла автоматичне продовження досудового ув'язнення обвинуваченням без судового контролю на строк до двох місяців, також була визнана Конституційним Судом України неконституційною і такою, що становить порушення особистої свободи, права на справедливий судовий розгляд і права на захист, гарантованого Конституцією та ЄСПЛ (див. справу № 3-88/2022).

263. Як уже зазначалося (див. розділ 6), практика українських судів щодо надання дозволу на попереднє ув'язнення і його продовження нині також підлягає нагляду КоМ РЄ у групі справ Ігнатова. КоМ зазначає, що строки тримання підозрюваних у кримінальних справах під вартою в поліції або інших правоохоронних органах (максимум 72 години), як видається, належним чином дотримувалися у відвіданих установах поліції. Однак це однаково не повністю узгоджується з фіксованим максимальним строком КПЛ, що становить 48 годин.

264. Загалом, усі фахівці-практики, які беруть участь у судовому провадженні, пов'язаному з конфліктом, повинні забезпечити дотримання встановлених законом строків щодо досудового провадження з урахуванням поточного конфлікту і складності справ, пов'язаних з конфліктом. Досудові слухання перед слідчими суддями будуть першим етапом системи стримувань і противаг щодо наявності будь-яких неналежних затримок. На цьому етапі захисник повинен обстоювати права своїх клієнтів, а слідчі судді – вживати заходів у рамках перевірки законності та/або свавільності затримання для усунення всіх проблем на ранній стадії. Судді першої інстанції також мають забезпечувати нагальність розгляду, що може відігравати певну роль в апеляційному провадженні щодо справедливості судового розгляду.

Розділ 9

Підходи до доказування

Резюме

- **Фахівці-практики повинні забезпечити, щоб докази були допустимими, надійними та достатніми відповідно до обов'язкових вимог судової практики ЄСПЛ, демонструючи відповідний аналіз у своїй аргументації та доводах.**
- Українське законодавство передбачає систему вільного оцінювання доказів, надаючи суддям можливість оцінювати їх актуальність і надійність без жорстких правил.
- Докази можуть бути недопустимими, якщо їх отримано з порушенням прав на справедливий судовий розгляд або процесуальних вимог, зокрема їх здобуття без ордеру, внаслідок катувань, порушення права обвинуваченого на захист, отримання показань або пояснень від особи, якій не повідомили про її право відмовитися від давання показань або відповідей на запитання, або якщо їх було здобуто з порушенням цього права чи права на перехресний допит.
- КПК загалом вимагає безпосереднього вивчення доказів, тобто суд повинен особисто опитати свідків і, за обмеженими винятками, не може покладатися на свідчення, надані слідчим або прокурорам.
- ЄСПЛ послідовно дотримується думки, що право на справедливий судовий розгляд не вимагає конкретних правил доказування, оскільки це питання національного законодавства. Однак докази, отримані за допомогою катувань, завжди є недопустимими, а докази, отримані внаслідок нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження, також можуть позначитися на справедливості судового процесу, особливо якщо вони важливі для засудження особи або визначення вироку.
- **У справах, пов'язаних з конфліктом, дедалі частіше використовуються новітні форми доказів, такі як цифрові (електронні) докази, і фахівці-практики повинні забезпечити належне оцінювання судами надійності та достатності цих доказів, причому ця оцінка має відображатися в аргументації.**
- Поширене також використання непрямих доказів і показань з чужих слів. Хоча українське законодавство та практика ЄСПЛ дозволяють показання з чужих слів, не можна покладатися винятково на такі показання, а їхня вага залежить від таких чинників, як те, чи було їх дано під присягою або чи проводився перехресний допит.
- Позасудові показання за КПК допускаються за виняткових обставин, таких як загроза життю чи здоров'ю особи, або воєнний стан за умови дотримання процесуальних гарантій та запису допиту на відео. ЄСПЛ використовує три-складовий тест, щоб визначити, чи засудження, ґрунтоване на показаннях відсутнього свідка, є порушенням права на справедливий судовий розгляд, враховуючи причину відсутності, чи були показання єдиними чи вирішальними та чи є достатні збалансовувальні фактори.
- **Аргументація суддів у судових рішеннях повинна відображати їхню оцінку всіх доказів (зокрема й причин нерозгляду певних доказів) та висвітлювати невідповідності або виправдувальні докази.**

265. Справи, пов’язані з конфліктом, часто вимагають оцінювання різноманітних новітніх форм доказів, представлених для встановлення елементів злочину. Оскільки право на справедливий судовий розгляд відповідно до міжнародного і європейського права прав людини не вимагає якогось конкретного підходу до доказування, у національних юрисдикціях, в органах і судах з прав людини та в міжнародних кримінальних судах і трибуналах застосовуються різні підходи. Хоча таке різноманіття підходів дозволено, деякі з них ЄСПЛ визнав таким, що порушують гарантії справедливого судового розгляду, зокрема не тільки право на справедливий судовий розгляд, а й право на недоторканність особистого життя, заборону катувань або жорстокого поводження, принципи презумпції невинуватості та змагальності провадження, а також право на вмотивовані висновки. **Тому фахівці-практики повинні забезпечити, щоб докази були прийнятними, надійними та достатніми відповідно до обов’язкових вимог судової практики ЄСПЛ, демонструючи відповідний аналіз у своїй аргументації та доводах.**

Таблиця 8. Правна база, що регулює підходи до доказів

Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
• КПК, статті 23, 86, 87, 89, 94, 95(4), 97, 225, 349, 374(3)(2), 615(11)	• ЄКПЛ, стаття 6 • МПГПП, стаття 14 Підходи до доказів розглядаються як частина оцінки загального права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд. Обидві ці статті не допускають відступів під час війни або надзвичайного стану (див. ЄКПЛ, стаття 15, та МПГПП, стаття 4)	• Третя Женевська конвенція (про поводження з військово-полоненими), стаття 105 • Четверта Женевська конвенція, стаття 72 • Додатковий протокол I, стаття 75(4)(g) Ці статті стосуються права на захист і допит свідків (див. розділ 5 вище) • Право на допит свідків вважається таким, що належить до звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права як частина права на справедливий судовий розгляд (див. <u>МКЧХ, норма 100</u>)	• Римський статут, стаття 69	

9.1. Допустимість оцінювання доказів

266. КПК передбачає систему вільного оцінювання доказів, що дозволяє суддям оцінювати їхню належність і достовірність без жорстких правил (КПК, стаття 94). Суддям доручено проводити всебічне, повне та неупереджене дослідження всіх обставин кримінального провадження, орієнтуючись на своє внутрішнє переконання для оцінювання різних критеріїв, таких як **належність, допустимість, достовірність і достатність** (з урахуванням взаємозв'язку між різними частинами інформації).
267. Докази в Україні вважаються допустимими, якщо їх отримано у порядку, встановленому КПК (стаття 86(1) КПК), але **недопустимими, якщо їх здобуто з порушенням прав на справедливий судовий розгляд або процесуальних норм** (статті 87 та 89 КПК). Зокрема, йдеться про:
- здійснення процесуальних дій без попереднього дозволу суду;
 - одержання доказів внаслідок катування, нелюдського та такого, що принижує гідність особи, поводження;
 - порушення права обвинуваченого на захист;
 - отримання показань або пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права або з порушенням права на перехресний допит.
268. Україна загалом дотримується засад безпосередності дослідження доказів, згідно з якими показання мають бути надані в усній формі в судовому засіданні (статті 23 та 95(4) КПК). Суд загалом не може покладатися на свідчення, надані слідчим або прокурором (стаття 95(4)), хоча є певні винятки, які детально описано далі. У такий спосіб законодавець прагнув запобігти ситуаціям, коли докази отримуються на досудовій стадії внаслідок нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження чи катувань (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 1837). Верховний Суд наголошує на необхідності дотримання принципу безпосереднього вивчення доказів, в тому числі у своїх постановках від 1 лютого 2021 року у *справі № 127/4546/16-к* (провадження № 51-4127км18) та від 19 листопада 2019 року у *справі № 750/5745/15-к* (провадження № 51-10195км18).
269. ЄСПЛ послідовно стверджує, що право на справедливий судовий розгляд (стаття 6 ЄКПЛ) не вимагає ухвалення якихось конкретних правил доказування, оскільки це питання регулюється національним законодавством (див., наприклад, «Шенк проти Швейцарії» (*Schenk v. Switzerland*), пп. 45–46). Зокрема, він постановив, що «допустимість доказів регулюється насамперед національним законодавством, і зазвичай саме національні суди повинні оцінювати докази, які перебувають у їхньому розпорядженні», за умови дотримання загальної вимоги забезпечення справедливості судового розгляду. («Ван Мехелен та інші проти Нідерландів» (*Van Mechelen and Others v. The Netherlands*), п. 50).
270. **Справді, існують різноманітні підходи до доказування на національному і міжнародному рівнях, а також унікальні складнощі щодо доказів у справах, пов'язаних з конфліктом.** Наприклад, МКС, оцінюючи, чи є докази допустимими, орієнтується на їхню належність, достовірність і доказову цінність, які **мають переважати будь-яку шкоду, що її такі докази можуть завдати правам обвинуваченого** (стаття 69 Римського статуту). Допустимість не дорівнює «доказовій вазі», яка в МКС стосується відносної важливості кожного елементу доказів у вирішенні питання про те, чи є конкретний

факт доведеним чи ні. Вага визначається на основі якості (надійності та достовірності) доказів. Оцінка доказової ваги також тісно пов'язана з тягарем доказування і з тим, чи було його виконано в конкретній справі.

271. **Засади міркуванням** з погляду узгодження підходів до доказування з правом на справедливий судовий розгляд є те, чи мав захист, відповідно до вимоги змагальності провадження, можливість оскаржити автентичність і достовірність доказів та виступити проти їх використання, а також змогу допитати усіх відповідних свідків (ЄСПЛ, «Аджаріч проти Хорватії» (*Adjaric v. Croatia*). Актуальними в цьому контексті також є поняття рівності сторін і презумпції невинуватості (див. розділи 3 та 5 вище).
272. Щодо оцінки доказів, ЄСПЛ, хоч і не диктує, як їх слід вивчати, постановив, що право на справедливий судовий розгляд порушене, якщо оцінка доказів свавільна або необґрунтована. Зокрема:
- якщо є підстави для занепокоєння щодо достовірності або надійності конкретних доказів, представлених суду;
 - якщо суд покладається на непрямі докази;
 - докази отримано за обставин, коли права на захист не могли бути забезпечені; або
 - аргументація на підтримку обвинувального вироку є недостатньою для демонстрації оцінки доказів (див. J. McBride, 'The Case Law of The European Court Of Human Rights on Evidentiary Standards in Criminal Proceedings', Рада Європи, пп. 21–29).
273. Через характер справ, пов'язаних з конфліктом, може знадобитися використання непрямих доказів або доказів, які вимагають посиленого вивчення, а в певних випадках судам доводиться покладатися на позасудові показання. **Тому фахівці-практики повинні забезпечити, щоб такі докази оцінювалися відповідно до національної судової практики та практики ЄСПЛ, а їх оцінка відображалася в аргументації суду, як детально описано далі.**

9.2. Незаконно отримані докази та їх допустимість

274. Подібно до МКС, ЄСПЛ постановив, що сам лише факт, що докази були отримані незаконно, не підважує справедливості судового провадження як такого (ЄСПЛ, «Парріс проти Кіпру» (*Parris v. Cyprus*) (ухв.)). До того ж, якщо докази, на яких ґрунтується обвинувальний вирок, здобуто, наприклад, з порушенням права на недоторканність особистого життя, це також не обов'язково означає, що справедливість судового розгляду порушено (див. розділ 7 вище). Справедливість судового розгляду в таких випадках залежатиме від того, чи дотримано прав захисту і від сили доказів, особливо якщо немає сумнівів щодо їхньої достовірності (див. J. McBride, 'The Case Law of The European Court Of Human Rights on Evidentiary Standards in Criminal Proceedings', Рада Європи, п. 99).
275. Однак **бувають випадки, коли використання доказів підважує справедливість судового розгляду**, наприклад, (i) якщо їх отримано з порушенням права не свідчити проти себе, або (ii) зізнання зроблено без присутності захисника. ЄСПЛ постановив, що «викривальні докази – чи то у формі зізнання, чи речових доказів – отримані в результаті актів насильства або жорстокості чи інших форм поведінки, які можна класифікувати як катування – **ніколи не повинні використовуватися як доказ вини жертви**, незалежно від їх доказової цінності» [виокремлення наше] (ЄСПЛ, «Яллоґ проти Німеччини» (*Jalloh v. Germany*), п. 105). КПЛ також визнав, що Україна порушила право на справедливий

судовий розгляд, коли суди не змогли дати належної оцінки примусовому (здобутому внаслідок катувань) зізнанню, яке потім використовувалось як доказ (КПЛ, «Бутовенко проти України» (*Butovenko v. Ukraine*), пп. 7.9–7.10).

276. Докази, отримані за допомогою катувань, **ніколи не можуть бути допустимими, навіть якщо докази, здобуті внаслідок нелюдського й такого, що принижує гідність, поводження, підважують справедливість судового розгляду лише тоді**, коли мають значення для визнання особи винною або визначення вироку (див. ЄСПЛ, «Харутян проти Вірменії» (*Harutyunyan v. Armenia*), п. 66, «Замфереско проти України» (*Zamferesko v. Ukraine*), п. 70, «Яллох проти Німеччини» (*Jalloh v. Germany*), пп. 107–108, «Гафген проти Німеччини» (*Gäfgen v. Germany*), п. 187, та (КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 6).
277. Використання доказів, отриманих внаслідок катування або жорстокого поводження, є порушенням права на справедливий судовий розгляд незалежно від того, чи була жертва такого поводження підсудним, чи третьою стороною (свідком) (ЄСПЛ, «Отман (Абу Катада) проти Сполученого Королівства» (*Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*), пп. 263 та 267).
278. Однак важливо зазначити, що ЄСПЛ застосовує тест для з'ясування, чи існує «реальний ризик» того, що докази отримано внаслідок катування. Для цього захист має обґрунтувати свої аргументи з цього приводу (ЄСПЛ, «Ел Гаскі проти Бельгії» (*El Haski v. Belgiu*), п. 92). Нещодавно у справі Аль-Хасана (Al Hassan) в МКС Суд вирішив вдатися до модифікованої версії цього тесту «реального ризику», встановивши, що захист не обґрунтував, що заяви, надані обвинуваченим прокуратурі, було отримано внаслідок катувань. Тому докази було визнано допустимими. Цей висновок жорстко критикували за перекладення тягаря доказування на захист (див. J. Goodman-Palmer, 'The ICC's Use of Evidence Obtained by Torture Sets a Dangerous Precedent', 2024).

9.3. Цифрові (електронні) докази

279. У справах, пов'язаних з конфліктом, дедалі частіше використовуються новітні форми доказів, зокрема цифрові. Суди мають дати належну оцінку надійності та достатності таких доказів, і ця оцінка повинна бути відображена в аргументації, щоб забезпечити право обвинуваченого на справедливий судовий розгляд. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини» містить детальні рекомендації щодо українських, міжнародних і європейських стандартів, які регулюють використання цифрових доказів у судових процесах, пов'язаних з конфліктом (див частину 2 глави II; додаткова інформація також доступна в «Керівництві з базових стандартів розслідування», розділ 5).
280. ЄСПЛ розглянув оцінку національними судами цифрових доказів у контексті права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд і виявив порушення в декількох випадках:
- наприклад, у справі «Балаш проти Угорщини» (*Balazs v. Hungary*) ЄСПЛ виявив нездатність сторони обвинувачення обґрунтувати, чому допис нападника в соціальних мережах неможливо остаточно пов'язати з відповідним інцидентом, а також чому мотив злочинця не може бути обґрунтовано виведений з дописів. Було також встановлено, що національний суд проігнорував спонукальні коментарі, опубліковані знайомими нападника, причому один з них вказував в інтернеті на сцену з фільму, відомого расистськими та сповненими нетерпимості ідеями.

- У справі «Чорап проти Республіки Молдова» (*Ciorap v. Republic of Moldova*) (No. 5), ЄСПЛ постановив, що право на справедливий судовий розгляд вважається порушеним, якщо слідчий не отримав оригіналу відеозапису обшуку, під час якого, як стверджується, правоохоронці вдавалися до жорстокого поводження, попри скаргу на те, що надана копія неповна і через її електронний формат з нею можливі маніпуляції.
- У справі «Учдаг проти Туреччини» (*Üçdağ v. Turkey*) ЄСПЛ встановив, що суди не надали належного пояснення того, чому поширення допису двох фотографій у соціальних мережах означало вихваляння, виправдання і заохочення до методів, що передбачають примус, насильство і погрози з боку терористичної організації.

281. У проаналізованих рішеннях КСУ за статтею 438 очевидно, що цифрові докази або докази з відкритих джерел, зокрема дописи в соціальних мережах, неодноразово використовувалися в суді. Проте судові рішення не оцінюють достовірності цих доказів, що зазвичай передбачає конкретний аналіз. **Тому фахівці-практики повинні забезпечити доведення достовірності та достатності таких доказів, посилаючись на міжнародні та європейські настанови щодо цифрових доказів у справах, пов'язаних з конфліктом. Якщо виникають сумніви, захист має озвучити їх, суди мають дати їм оцінку, а аналіз цих доказів повинен бути відображений в аргументації судів.**

9.4. Непрямі докази

282. Судові процеси, пов'язані з конфліктом, також можуть розглядати суттєві **непрямі докази та показання з чужих слів**. КПК визначає показання з чужих слів як «висловлювання, здійснене в усній, письмовій або іншій формі, щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи» (стаття 97(1) КПК). Стаття 97 КПК допускає обмеження принципу безпосереднього вивчення показань і допустимості показань з чужих слів у випадках, коли суд не має можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, з підстав, передбачених статтею 97(3) КПК (таких як тяжке захворювання, відмова давати показання в судовому засіданні чи неявка), або, за виняткових обставин, якщо такі показання є допустимими за іншими правилами допустимості доказів (стаття 97(2) КПК). Відповідно до статті 97(2) КПК суду необхідно буде враховувати: значення пояснень і показань; інші докази; переконливість відомостей; можливість спростування відповідних заяв; співвідношення показань з інтересами учасників кримінального провадження; можливість допиту особи, яка надала первинні пояснення, або причини неможливості такого допиту.

283. У постанові від 17 січня 2023 року у справі № 753/13113/18 (провадження № 51-6км21) Верховний Суд постановив, що:

- «90. [...] при прийнятті рішення про допустимість показань з чужих слів суд зобов'язаний враховувати, серед іншого, обставини надання первинних пояснень, чи викликають ці обставини довіру щодо їх достовірності, переконливість відомостей щодо факту надання первинних пояснень, складність спростування пояснень, показань з чужих слів для сторони, проти якої вони спрямовані тощо.
91. Крім того, відповідно до частини 6 статті 97 КПК показання з чужих слів не може бути допустимим доказом факту чи обставин, на доведення яких вони надані, якщо показання не підтверджується іншими доказами, визнаними допустимими згідно з правилами, відмінними від положень частини другої цієї статті».

284. Існує чималий комплекс прецедентного права ЄСПЛ, що дозволяє використовувати непрямі докази, стверджуючи, що це не обов'язково порушує право на справедливий судовий розгляд (див. J. McBride, *'The Case Law of The European Court Of Human Rights on Evidentiary Standards in Criminal Proceedings'*, Рада Європи, п. 34). Між непрямыми доказами та показаннями з чужих слів існують важливі відмінності. Непрямі докази було визнано достатньою підставою для засудження за певних умов: (i) вони повинні бути достатніми для встановлення вини обвинуваченого та (ii) вони повинні бути представлені в присутності обвинуваченого на публічному слуханні, що дозволяє захисту їх оскаржити (ЄСПЛ, «Алберті проти Італії» (*Alberti v. Italy*)). Використання показань з чужих слів обмеженіше. Як і українське законодавство, ЄСПЛ зазначає, що для забезпечення справедливості судового розгляду на показання з чужих слів не можна покладатись як на винятковий доказ і їх необхідно ретельно вивчити (див. J. McBride вище, п. 41).
285. У міжнародних кримінальних судах і трибуналах показання з чужих слів зазвичай допустимі, але переважно мають меншу доказову цінність. Вага, надана показанням з чужих слів, залежить, зокрема, від того, чи було відповідну заяву зроблено під присягою; чи проведено щодо неї перехресний допит; чи було її зроблено перед суддею; особисто чи дистанційно; за допомогою кількох шарів перекладу; одночасно з подіями (див. МКС, «Відповідь спільного юридичного представника потерпілих на захист Руту і Санґа», п. 41, МТКЮ, «Прокурор проти Кордіча і Черкеза» (*Prosecutor v. Kordić & Čerkez*), IT-95-14/2, Рішення про апеляцію щодо заяви померлого свідка, 21 липня 2000 року, пп. 23–28).
286. Українським практикам варто брати до уваги достатність непрямих доказів і показань з чужих слів і взаємозв'язок між такими доказами та іншими джерелами доказів у провадженні, і це має бути відображено в аргументації судів.

9.5. Позасудові показання

287. Характер судових процесів, пов'язаних з конфліктом, також може вимагати використання позасудових показань (показань, наданих поза залом суду). Це можливо за двома положеннями КПК: статтею 225 і статтею 615.
288. Відповідно до статті 225 КПК, якщо існує небезпека, що той чи той доказ може зникнути, він «долучається до матеріалів справи» для подальшого використання під час розгляду справи по суті. Іншими словами, свідка або потерпілого допитує слідчий суддя, а їхні показання згодом «передаються» суду для подальшого використання як доказів під час розгляду справи по суті. Це дозволено лише за виняткових обставин, а саме: «існування небезпеки для життя і здоров'я особи, її тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити її допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань».
289. Розглядаючи надані в такий спосіб докази в суді, судді повинні оцінити дотримання процесуальних прав обвинуваченого під час допиту (наприклад, такі аспекти, як повідомлення про обвинувачення і присутність захисника та перекладача), а також, чи існують обґрунтовані сумніви щодо достовірності наданих показань, зокрема, чи суперечать вони іншим доказам у протоколі. Якщо виникають сумніви, судді можуть вимагати подальшого допиту свідка (статті 96(4) та 225(4)–(5) КПК). Якщо це неможливо, усі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого (стаття 17(4) КПК). Верховний Суд послідовно підтверджує достовірність показань свідків, отриманих відповідно до

статті 225 КПК, навіть коли захисник не був присутнім під час первинного допиту, за умови дотримання певних процесуальних гарантій (*справа № 346/164/18* (23 вересня 2019 року), *справа № 640/19897/16-к*, (30 квітня 2020 року) та *справа № 539/379/18* (13 січня 2021 року), див. також «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», пп. 1855–1858).

290. Крім того, відповідно до статті 615(11) КПК, впровадженій в умовах воєнного стану, **українські суди можуть використовувати позасудові показання для обґрунтування своїх висновків за умови дотримання процесуальних гарантій та відеозапису всього допиту**. Верховний Суд постановив, що при використанні показань відсутнього свідка, особливо там, де вони є вирішальними, суди повинні забезпечити справедливий судовий розгляд (*справа № 753/13113/18* (провадження № 51-6км21)). Це означає, що захист має широкі можливості для оскарження таких доказів, ретельного вивчення їх отримання та достовірності, а також забезпечення дотримання стандарту «поза розумним сумнівом». Верховний Суд постановив, що суди повинні враховувати неможливість для захисту провести перехресний допит і застосовувати принципи ЄСПЛ (див. далі).

291. Як зазначалося в розділі 5, всі свідки мають давати показання у присутності обвинуваченого, щоб він мав адекватну і належну можливість вимагати їх відводу і допитати їх (ЄСПЛ, «Аль-Хавая і Тагері проти Сполученого Королівства» (*Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*), п. 118 та «Шачашвілі проти Німеччини» (*Schatschaschwili v. Germany*), п. 103). Однак право на перехресний допит не є абсолютним, і, згідно з судовою практикою ЄСПЛ, позасудові показання допускаються за певних обставин. Щоб визначити, чи є обвинувальний вирок на основі показань відсутнього свідка порушенням права на справедливий судовий розгляд, ЄСПЛ розробив трискладовий тест «Аль-Хавая і Тагері проти Сполученого Королівства» (*Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*), п. 119–147 та «Шачашвілі проти Німеччини» (*Schatschaschwili v. Germany*), пп. 105–109 і 116):

1. Чи існує вагома причина неявки свідка?
2. Чи стали показання цього відсутнього свідка єдиною або вирішальною підставою для обвинувального вироку, або, якщо ні, чи була їхня вага значною і чи створили вони перешкоди для сторони захисту?
3. Чи достатньо було чинників, які врівноважували б перешкоди, в умовах яких доводилося працювати стороні захисту?

292. У «Настільній книзі судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини» (пп. 1882–1897), у публікації Джеремі Макбрайда про прецедентне право ЄСПЛ (J. McBride, ‘The Case Law of The European Court Of Human Rights on Evidentiary Standards in Criminal Proceedings’, і в роз’ясненнях Ради Європи (пп. 68–85) запропоновано детальний аналіз цього тесту, **зокрема щодо причин неявки**. Особливий інтерес для українського контексту становить те, наскільки вагомою причиною неявки є страх («Аль-Хавая і Тагері проти Сполученого Королівства» (*Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*), пп. 123–134). У кримінальних провадженнях щодо сексуального насильства певні заходи можуть вживатися з метою захисту потерпілого, що може призвести до його неявки. Однак ЄСПЛ ще не ухвалював рішення про те, чи може ризик травмування або повторної віктимізації через кримінальне провадження для дорослих жертв злочинів, не пов’язаних із сексуальним насильством, бути поважною причиною відсутності, анонімності або інших спеціальних заходів (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», пп. 1895).

293. Однак, навіть за вагомих підстав для неявки, **показання відсутнього свідка можуть стати порушенням прав обвинуваченого на справедливий судовий розгляд, якщо вони є єдиною або вирішальною підставою для ухвалення обвинувального вироку.** У контексті частини 2 тесту (про «єдиний або вирішальний» елемент), суди повинні показати, що усвідомлюють, що невивчені у судовому засіданні показання відсутнього свідка мають меншу вагу, а їхня достовірність потрібно докладно аргументувати, беручи до уваги також інші докази.
294. До того ж у контексті частини 3 тесту **судові органи можуть бути зобов'язані вжити заходів, які врівноважували б перешкоди, в умовах яких доводиться працювати захисту** (ЄСПЛ, «Егнер проти Австрії» (*Aigner v. Austria*), п. 37, «С. Н. проти Швеції» (*S.N. v. Sweden*), п. 47). Навіть за відсутності поважних причин для неявки і навіть якщо показання відсутнього свідка є винятковою або вирішальною підставою для обвинувального вироку, право на справедливий судовий розгляд може вважатися не порушеним, якщо є достатні врівноважувальні чинники («Шачашвілі проти Німеччини» (*Schatschaschwili v. Germany*), пп. 125–131). Як приклад, було розглянуто такі гарантії:
- Чи з обачністю суд розглядав показання відсутніх свідків?
 - Чи було продемонстровано відеозаписи допиту відсутнього свідка з метою оцінки особами, присутніми в суді?
 - Чи розглянув суд інші підтверджувальні докази?
 - Чи отримав захист можливість допитати відсутнього свідка під час досудового допиту або на судовому засіданні опосередковано в письмовій формі?
 - Чи було підсудному надано можливість озвучити свою версію подій і поставити під сумнів надійність і достовірність показань відсутнього свідка (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 1893)?
295. **Позасудові показання часто фігурують у справах, що стосуються вразливих жертв і свідків. У таких справах потрібно ретельно шукати рівноваги між захистом прав обвинуваченого і права на повагу до приватного життя потерпілих.** Наприклад, ЄСПЛ встановив, що права жертви сексуального насильства було порушено, коли її піддали інтенсивному перехресному допиту, що передбачав і неналежні запитання з боку відповідача (ЄСПЛ, «Й. проти Словенії» (*Y. v. Slovenia*), пп. 103, 106–109, 114–115). Однак у справі «Бокос-Квеста проти Нідерландів» голландський суд відмовив підсудному в заслуховуванні свідчень неповнолітніх потерпілих. Аргументація суду полягала в тому, що інтерес підсудного в їх заслуховуванні переважають їхні інтереси «не бути змушеними знову переживати, ймовірно, дуже травматичний досвід». Проте ЄСПЛ визнав це порушенням права на справедливий судовий розгляд, оскільки суд не обґрунтував цього рішення належним чином (ЄСПЛ, «Бокос-Квеста проти Нідерландів» (*Bocos-Cuesta v. the Netherlands*), п. 71).
296. Як зазначалося вище, українське законодавство та практика Верховного Суду багато в чому узгоджуються з судовою практикою ЄСПЛ щодо позасудових показань. **Однак задля забезпечення справедливості судового розгляду фахівцям-практикам варто намагатися продемонструвати в аргументації та обґрунтуваннях, що в розгляді позасудових показань у провадженні, пов'язаному з конфліктом, вимог національного, міжнародного і європейського законодавства та судової практики дотримано.**

9.6. Оцінка доказів при обґрунтуванні рішення

297. Як зазначалося у наведеному вище аналізі, демонстрація дотримання права на справедливий судовий розгляд у контексті підходів до доказів часто є предметом судового контролю і має відображатися в аргументації суду. Згідно зі статтею 374(3)(2) КПК, мотивувальна частина судового рішення повинна містити виклад оцінки доказів на підтвердження встановлених судом обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів. Це стосується доказів, представлених і обвинуваченням, і захистом.
298. ЄСПЛ постановив, що право на справедливий судовий розгляд вважається порушеним, якщо, наприклад:
- не вдалося пояснити причини недопущення давання показань певними свідками, які, на думку захисту, могли б надати виправдальні показання (ЄСПЛ, «Відал проти Бельгії» (*Vidal v. Belgium*), пп. 52–54);
 - не було надано жодних пояснень щодо обвинувального вироку на основі тих самих доказів, які раніше забезпечили виправдання обвинуваченого (ЄСПЛ, «Салов проти України» (*Salov v. Ukraine*), п. 92);
 - у рішенні, що призвело до засудження обвинуваченого, не розглянуто виправдувальних доказів і недоліків обвинувальних доказів (ЄСПЛ, «Ґрадінар проти Молдови» (*Gradinar v. Moldova*), пп. 111–115);
 - судові рішення не відображали оцінки «очевидних розбіжностей» у показаннях свідків і в речових доказах. Це також може свідчити про порушення вимог доведення справи поза розумним сумнівом та/або презумпції невинуватості (ЄСПЛ, «Нечипорук і Йонкало проти України» (*Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*), п. 280, ЄСПЛ, «Чжан проти України» (*Zhang v. Ukraine*), п. 73, ЄСПЛ, «Аджаріч проти Хорватії» (*Adjaric v. Croatia*), п. 51).
299. Міжнародні кримінальні провадження часто мають справу з тисячами доказів, на відміну від справ, пов'язаних з конфліктом, що перебувають на розгляді в українських судах, оскільки ті зазвичай стосуються окремих випадків. Як наслідок, хоча судді міжнародних кримінальних судів і трибуналів зобов'язані розглянути всю доказову базу, їхні рішення переважно містять мотивацію, що спирається на детальну оцінку основних доказів або груп доказів.
300. Щодо практики українських судів, то, як зазначено в розділі 4, судді, можливо, й оцінюють докази в залі суду, однак їхні рішення не відображають деталей цієї оцінки. Розглянуті докази переважно викладено у формі переліку без всебічного аналізу їхньої належності, допустимості, достовірності або достатності. Єдині докази, про які в судових рішеннях написано детальніше, – це показання потерпілих або свідків. Однак невідповідності в показаннях та/або виправдувальні докази в проаналізованих рішеннях не розглянуто детально (див., наприклад, справу № 243-6186-20 та справу № 734-2129-22). У деяких випадках суди також посилалися на статтю 349 КПК після визнання провини, обмежуючись у розслідуванні обставин провадження допитом обвинуваченого (див., наприклад, справу № 638-1343-23 і справу № 535-2100-22).
301. Проаналізовані рішення також не відображають оцінки доказової ваги кожного з доказів, зокрема того, як ці докази підтверджують наведені стороною обвинувачення обставини, як того вимагає КПК. Це призводить до відсутності в рішеннях ясності, до прикладу, щодо доказової ваги непрямих доказів або того, як різні докази підтверджують один одного. Взаємозв'язок між різними доказами є обов'язковою частиною оцінки доказів відповідно до КПК, а також має важливе значення в роботі з непрямыми доказами або позасудовими показаннями.

Розділ 10

Судове провадження за відсутності обвинуваченого (*in absentia*)

Резюме

- Хоча право на справедливий судовий розгляд зазвичай вимагає присутності на розгляді обвинуваченого, однак за певних умов відповідно до українського, міжнародного та європейського законодавства він може відбуватися за відсутності обвинуваченого (*in absentia*).
- З метою дотримання права на справедливий судовий розгляд для спеціального провадження (*in absentia*) має бути чітко встановлено, що обвинуваченому було повідомлено про провадження і він намагався ухилитися від судового розгляду та/або відмовився від свого права бути присутнім на суді та захищати себе.
- Судова практика ЄСПЛ показує, що простого формального повідомлення може бути недостатньо; потрібні «об'єктивні чинники», що демонструють поінформованість обвинуваченого про провадження, а також можливість повторного судового розгляду на випадок, якщо обвинувачений не ухилився від судового розгляду та/або не відмовлявся від свого права бути присутнім.
- **Українським фахівцям-практикам потрібно намагатися запровадити щодо інформування практику, яка передбачала б не лише офіційне повідомлення, а й додаткові кроки, особливо з огляду на брак чіткої правової основи для повторного розгляду справ в Україні.**
- Верховний Суд може розробити перелік таких мінімальних додаткових кроків (як-от інформування обвинуваченого зрозумілою йому мовою), необхідних для дотримання стандартів ЄСПЛ.
- Варто також додати поправку до законодавства або розробити послідовну практику щодо отримання перед обміном письмової згоди військовополонених на відмову від їхнього права бути присутнім при розгляді справи та захищати себе.
- Брак чіткої правової основи для права на повторний розгляд у спеціальному судовому провадженні (*in absentia*) в Україні є проблематичною. **Це питання найкраще було б розв'язати через внесення змін до законодавства. За відсутності відповідного положення дії фахівців-практиків щодо забезпечення за можливості належного повідомлення обвинуваченого, коли той відмовляється від свого права брати участь у судовому розгляді, набувають особливої ваги.**
- Навіть у спеціальному провадженні (*in absentia*) обвинувачений зберігає право на захист, який повинен бути активним та ефективним; просто факт наявності юридичного представництва не гарантує справедливості.

302. Право на справедливий судовий розгляд зазвичай вимагає, щоб обвинувачену особу судили в її присутності. Однак судові провадження за відсутності обвинуваченого (*in absentia*) допустимі відповідно до українського, міжнародного та європейського законодавства та доволі поширені в контексті справ, пов'язаних з конфліктом. Практики повинні знати, що такі судові процеси допустимі лише за певних умов і що українське законодавство щодо цього питання не повністю узгоджене з міжнародними та європейськими стандартами. Ці розбіжності варто усунути через внесення поправок до законодавства, та доти фахівці-практики однаково мають змогу, наскільки це можливо в таких справах, вживати заходів для забезпечення умов, необхідних для дотримання стандартів, встановлених через обов'язкову практику ЄСПЛ.
303. Проведення спеціального судового провадження (*in absentia*) також має практичні наслідки для правників, які беруть у ньому участь, оскільки для дотримання гарантій справедливого судового розгляду їм однаково доведеться забезпечити змагальність провадження (див. розділ 5 вище) і належне вивчення доказів (див. розділ 9 вище), а також не допустити порушення принципу презумпції невинуватості (див. розділ 3 вище). Далі наведено правну базу щодо права обвинуваченого бути присутнім на судовому процесі та судових процесів за відсутності обвинуваченого (*in absentia*).

Таблиця 9. Правна база щодо присутності обвинуваченого на судовому процесі та судовий розгляд за відсутності обвинуваченого (*in absentia*)

Законодавство України	МППЛ	МГП	МКП	Інше
КПК, статті 135, 297 та 323	- ЄКПЛ, стаття 6(3)(d) - МППП, стаття 14(3)(c) Зверніть увагу, що Україна відступила від статей 6 ЄКПЛ та 14 МППП на час воєнного стану, але практичний ефект цього відступу обмежений (див. аналіз вище).	Додатковий протокол I, стаття 75(4)(e)	- Римський статут, статті 63(1), 67(1)(d) та 63(2) про присутність обвинуваченого - Статут МТКЮ, стаття 21(4)(d) про присутність обвинуваченого - Статут Спеціального трибуналу по Лівану, стаття 16(d) про присутність обвинуваченого і Правила процедури та доказування, Правило 106 (про заочний розгляд справи (<i>in absentia</i>))	МКЧХ надав коментар щодо права бути присутнім на суді (зокрема для військово-полонених) у п. 4103 <u>норми 105</u>

304. Спеціальне досудове розслідування або судовий розгляд за відсутності обвинуваченого (*in absentia*) в Україні регулюють статті 297 і 323 КПК, дозволяючи їх, коли підозрюваний (за винятком неповнолітніх) переховується від органів слідства і суду, або слідчого та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук.
305. Відповідно до статті 281 КПК, якщо під час досудового розслідування місцеперебування підозрюваного невідоме, або він виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України чи за межами України та без поважних причин не з'являється на виклик слідчого або прокурора, прокурор оголошує розшук такого підозрюваного. Підозрюваного має бути належним чином повідомлено про виклик. Відповідно до статті 323 КПК, щодо таких обвинувачених суд за клопотанням прокурора може дозволити спеціальне судове провадження. До такого клопотання додаються матеріали, які підтверджують, що обвинувачений знав або повинен був знати про розпочате кримінальне провадження.
306. Право обвинуваченого бути присутнім під час судового розгляду вважається частиною права на справедливий судовий розгляд відповідно до статей 6(3)(d) ЄКПЛ та 14(3)(d) МПГПП, а також відповідно до Додаткового протоколу I, стаття 75(4). Однак за певних умов допускається спеціальне судове провадження (*in absentia*), як детально описано нижче (див., наприклад, (КПЛ, Загальний коментар № 32, п. 36). Варто зазначити, що відповідно до МГП, провадження за відсутності обвинуваченого (*in absentia*) не допускається, якщо обвинувачений є представником влади, оскільки органи влади мають забезпечити його присутність у судовому процесі (МКЧХ, норма 105, п. 4103).

10.1. Повідомлення про виклик і відмова від права бути присутнім на розгляді

307. Для судового розгляду за відсутності обвинуваченого з метою дотримання його права на справедливий судовий розгляд необхідно чітко встановити, що обвинуваченого було поінформовано про судовий розгляд та він намагався ухилитися від розгляду та/або відмовився від свого права бути присутнім у суді та захищати себе (стаття 281 КПК, ЄСПЛ, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*), п. 86). Рада Європи зазначає, що норми щодо повідомлення також пов'язані з правом особи, обвинуваченої у вчиненні злочину відповідно до статті 6(3)(а) ЄКПЛ, бути негайно і детально поінформованою зрозумілою для неї мовою про характер і причини висунутого проти неї обвинувачення, і це право є чинним, навіть якщо особа не присутня на судовому розгляді (див. Рада Європи, Overview of the European standards regarding criminal proceedings held in absentia, п. 66).
308. Українські норми щодо повідомлення регулюються статтями 135 та 297 КПК, згідно з якими особу викликають до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду через вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, виклик телефоном або телеграмою. У разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому членові сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи. Повістка про виклик особи, яка проживає за кордоном, вручається згідно з міжнародним договором про правничу допомогу, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, а за відсутності такого – з допомогою дипломатичного (консульського) представництва.

309. Згідно зі статтями 135(8) та 297(5) КПК, у разі обґрунтованої неможливості вручення повістки про виклик особі, щодо якої є достатні підстави вважати, що вона виїхала з України та/або проживає на тимчасово окупованій території України, або території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, і таким чином не може бути обґрунтовано вручений їй за вказаними вище правилами, відповідна інформація оприлюднюється у ЗМІ загальнодержавного поширення та на офіційному вебсайті Генеральної прокуратури.
310. ЄСПЛ постановив, що якщо обвинувачений не був особисто повідомлений про кримінальне провадження проти нього, його відмова не повинна презюмуватися на підставі того, що органи влади виконали вимоги щодо офіційного повідомлення (ЄСПЛ, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*) [ВП], п. 87; ЄСПЛ, «Колоцца проти Італії» (*Colozza v. Italy*), п. 28). Ні МПГПП, ні ЄКПЛ не визнають за обвинуваченим права отримувати повідомлення в якійсь конкретній формі, але ЄСПЛ шукає «**об'єктивні чинники**», які демонструють, що обвинувачений був достатньо обізнаний про провадження проти нього, щоб можна було стверджувати, що він відмовився від свого права бути присутнім (ЄСПЛ, «Єгер проти Туреччини» (*Yeger v. Turkey*), п. 33; ЄСПЛ, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*) [ВП], п. 100). Приклади визнання ЄСПЛ повідомлення достатнім і недостатнім див. у справах «Коніак проти Румунії» (*Coniac v. Romania*), пп. 53–55, «М. Т. Б.» (*M.T.B. v. Turkey*), пп. 51–53, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*) [ВП], пп. 96–100 (описи див. у «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», пп. 1676–1678).
311. У Спеціальному трибуналі по Лівану (СТЛ), єдиному після Нюрнберзького міжнародному кримінальному трибуналі, який допускав заочний судовий розгляд, палати встановили, що було докладено «всіх розумних зусиль», щоб вручити підсудним обвинувальний акт або іншим чином повідомити їх, а також забезпечити їхню явку в СТЛ, але підсудні переховувалися від правосуддя (Статут СТЛ, стаття 22, Правила процедури та доказування, правило 106). Судова палата постановила, що було вжито «розумних зусиль», оскільки суд намагався повідомити підсудних про розгляд справи та забезпечити їхню присутність за допомогою таких заходів, як передача обвинувального акта відповідним органам влади, забезпечення його публікації в медіа, пресрелізи та заяви представників СТЛ, зокрема прямі звернення Голови СТЛ, а також видача національних і міжнародних ордерів на арешт. Судова палата також посилялася на чималі зусилля ліванської влади, зокрема численні спроби вручити підсудним повістки за останнім відомим місцем проживання, місцем проживання сім'ї та місцем роботи, публікацію обвинувальних актів у координації зі СТЛ, розміщення обвинувальних актів і фотографій підсудних у відкритому доступі, а також надання цих документів місцевим чиновникам у відповідних районах (СТЛ, «Прокурор проти Айяша та ін.» (*Prosecutor v. Ayyash et al.*), Рішення про проведення заочного розгляду справи, пп. 5–13, 23, 25–28, 30, 32, 33–34, 44, 46, 47–111); СТЛ, «Прокурор проти Мерхі», (*Prosecutor v. Merhi*), Рішення про проведення заочного розгляду справи, пп. 7–62, 81–82, 84–111).
312. Дотримання українськими практиками вимог щодо офіційного повідомлення про виклик відповідно до КПК не завжди достатнє для дотримання практики ЄСПЛ. Аналіз справ за статтею 438 КК України показує, що українські суди та адвокати часто посиляються на справи ЄСПЛ «Сомогій проти Італії» (*Somogyi v. Italy*) та «Колоцца проти Італії» (*Colozza v. Italy*) щодо достатності повідомлення, але ця практика не послідовна, зокрема й щодо застосування міжнародних і європейських стандартів

(див. «Strategic Recommendations for the Judiciary»). Однак багато судів першої інстанції, а також Верховний Суд у своїх рішеннях наголошують на додаткових кроках, вжитих прокурором щодо повідомлення про виклик при вирішенні питання про заочне проведення судового розгляду (наприклад, Верховний Суд, справа № 242/3982/16-к, де повідомлення було надано російською мовою, та ухвала Солом'янського районного суду міста Києва від 12 вересня 2022 року у справі № 760/6081/22). **Фахівці-практики в Україні повинні докладати зусиль для розробки послідовної практики повідомлення про виклик у справах, пов'язаних з конфліктом, яка мала б передбачати додаткові кроки, що виходять за рамки формальних вимог до такого повідомлення. Верховний Суд може розробити перелік мінімальних додаткових кроків (як-от повідомлення про виклик зрозумілою обвинуваченому мовою), необхідних для дотримання стандартів ЄСПЛ.**

313. Одним з додаткових міркувань є узгодженість між КПК і законом, що регулює процедуру обміну військовополонених в Україні (Закон України № 2472-IX від 28 липня 2022 року). Якщо ухвалено рішення передати обвинуваченого для обміну як військовополоненого, кримінальне провадження проти цієї особи буде зупинено до моменту проведення обміну, а після обміну провадження може продовжуватися заочно, про що має бути офіційно повідомлено шляхом публікації повістки в українських медіа та на вебсайті Офісу Генерального прокурора. Однак у справі «Посдер проти Хорватії» (*Posder v Croatia*), що стосувалася подібного провадження проти військовополоненого, якого було обміняно, ЄСПЛ встановив, що влада не змогла б донести повідомлення до обвинуваченого, тому не можна було вважати, що обвинувачений відмовився від права на присутність і відповідно має право на повторний судовий розгляд. **Отож варто було б внести до законодавства поправку або розвинути послідовну практику, що передбачала б отримання від військовополонених до обміну письмової відмови від права бути присутнім на розгляді та захищати себе** (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», п. 1644).

10.2. Право на повторний розгляд

314. Прямої згадки про право на повторний розгляд у спеціальному судовому провадженні (*in absentia*) в Україні немає. ЄСПЛ постановив, що обвинуваченому, засудженому заочно потрібно надати можливість ініціювати новий судовий розгляд або перегляд по суті справи щодо питань, пов'язаних із юридичними та фактичними аспектами, якщо не було встановлено, що він відмовився від свого права бути присутнім і захищатися або що він мав намір уникнути судового розгляду (ЄСПЛ, «Коніак проти Румунії» (*Coniac v. Romania*), п. 49; ЄСПЛ, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*), п. 82. Ненадання такої можливості було визнано «обурливою відмовою у правосудді», через яку провадження «явно суперечило б положенням статті 6 або принципам, що містяться в ній» (ЄСПЛ, «Санадер проти Хорватії» (*Sanader v. Croatia*), п. 71).

315. Особливо актуальним для України прикладом є справа Санадер проти Хорватії» (*Sanader v. Croatia*), яку розглядав ЄСПЛ. Вона стосувалася заявника, якого заочно засудили за воєнні злочини, пов'язані з конфліктами після розпаду колишньої Югославії. Заявник перебував поза межами досяжності хорватських судів, оскільки на момент пред'явлення йому обвинувачення та судового розгляду проживав на окупованій території, непідконтрольній хорватській державі (п. 75). Суд постановив що «з огляду на

конкретні обставини цієї справи [...], зважаючи на тяжкість злочину, про який йдеться, і який, хоч на нього й не поширюються встановлені законом строки позовної давності, викликає великий суспільний інтерес і зацікавленість потерпілих у здійсненні правосуддя, Суд визнає, що проведення слухання за відсутності заявника саме собою не суперечить статті 6» (п. 77). Однак, оскільки не було доведено, що обвинуваченому було відомо про його кримінальне переслідування й обвинувачення проти нього, або що він прагнув ухилитися від судового розгляду чи однозначно відмовився від свого права бути присутнім на розгляді, Суд дійшов висновку, що за таких обставин заявникові потрібно надати можливість бути заслуханим у провадженні, що передбачає нове визначення юридичних і фактичних обставин справи проти нього (пп. 77–78).

316. У справі Санадера Суд постановив, що положення хорватського законодавства, яке дозволяє повторний судовий розгляд за умови присутності обвинуваченого на судовому процесі, та інше, яке дозволяло обвинуваченому оскаржувати рішення лише за умови подання нових доказів або фактів, було непропорційним і недостатнім для дотримання ЄСПЛ (пп. 79–94). Дійсно, від обвинуваченого не слід вимагати здачі для здійснення його права на повторний судовий розгляд (п. 77). Однак ЄСПЛ постановив, що відновлення строку для оскарження заочного засудження, коли відповідач мав право бути присутнім на слуханні в апеляційному суді та просити про допуск нових доказів, дозволило дати нове фактичне і юридичне визначення кримінального обвинувачення, так що провадження загалом можна назвати справедливим (ЄСПЛ, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*) [ВП], п. 85)

317. Право на повторний розгляд було чітко зазначено в положенні Статуту СТЛ про заочне судово провадження (*in absentia*) (стаття 22). **Чи будуть інші наявні законодавчі підстави для оскарження в Україні достатніми для дотримання вимог ЄКПЛ – це питання, яке ще не було перевірено на національному рівні або в ЄСПЛ (див. «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», пп. 1659–1667). Цю проблему найкраще було б розв'язати за допомогою змін до законодавства. За відсутності відповідних положень ще більшої ваги набувають дії фахівців-практиків щодо забезпечення того, щоб обвинувачений відмовився від свого права бути присутнім після належного повідомлення, де це можливо за даних обставин.**

10.3. Право на захист

318. Якщо обвинувачений не присутній на судовому засіданні особисто, він не втрачає права на захист, (ЄСПЛ, «Сейдовіч проти Італії» (*Sejdovic v. Italy*), п. 91). У статті 52(8)(2) КПК зазначено, що участь захисника для осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судово провадження, є обов'язковою з моменту ухвалення відповідного процесуального рішення. Однак, як постановив ЄСПЛ, наявність юридичного представництва сама по собі не забезпечує справедливості. Захист повинен бути активним та ефективним, а провадження – загалом справедливим, навіть за відсутності обвинуваченого (див. ЄСПЛ, «Ермі проти Італії» (*Hermi v. Italy*) [ВП]).

319. Існує кілька доступних ресурсів, що містять додаткову інформацію для фахівців-практиків щодо заочних судових процесів, серед яких «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини», пп. 1627–1690, «Посібник для адвокатів», п. 4.2, і «Стратегічні рекомендації для судової влади» («Strategic Recommendations for the Judiciary»).

Висновки та рекомендації

Українським законодавцям варто внести зміни до законодавства, що регулює справедливість судового розгляду і кримінальний процес, щоб увідповіднити його міжнародним і європейським стандартам, продемонструвати відданість критеріям вступу до ЄС, імплементувати та виконувати рішення ЄСПЛ і показати готовність справедливо розглядати справи, пов'язані з конфліктом, на національному рівні. Однак, як зазначено у цьому «Посібнику», залучені до провадження фахівці-практики, зокрема поліція, слідчі, прокурори, захисники та судді, можуть, а в деяких випадках зобов'язані, вживати заходів для забезпечення справедливості провадження, спираючись на чинні законодавчі рамки (а також застосовне міжнародне і європейське право). **Основні рекомендації, викладені в «Посібнику», можна підсумувати так:**

- Практики в Україні повинні добре знатися і на національному, і на міжнародному та європейському законодавстві, яке регулює справедливість судових процесів. Це знання є засадничим для побудови обґрунтованих юридичних аргументів і доводів.

Про застосування матеріального права щодо злочинів, пов'язаних з конфліктом, відповідно до принципу законності:

- Статтю 58 Конституції України практики повинні тлумачити відповідно до статті 7 ЄКПЛ, застосовуючи міжнародне право у тлумаченні норм, що криміналізують поведінку.
- Судова практика ЄСПЛ свідчить про підтримку практиків, які застосовують міжнародне право для підвищення правної визначеності, за умови, що його доступності та передбачуваності.
- Українські фахівці-практики можуть посилатися на звичаєві норми міжнародного права (та договори або статuti, що його відображають), визначаючи елементи злочинів, види відповідальності (такі як відповідальність командира або спільна злочинна діяльність) чи обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання.
- Такі джерела міжнародного права також можуть застосовуватися практиками ретроактивно за умови, що таке застосування не є несприятливим для обвинуваченого (відповідно до судової практики ЄСПЛ).
- Фахівці-практики також можуть звернутися до практики інших національних юрисдикцій, які мали справу з подібними проблемами та визнають обов'язковість положень ЄКПЛ, наприклад, у Балканському регіоні, Косові та Вірменії.

Про забезпечення дотримання презумпції невинуватості:

- Тягар доказування вини поза розумним сумнівом покладається на обвинувачення.
- Державним органам влади варто утримуватися від публічних заяв, що підтверджують винуватість обвинуваченого, а медіа потрібно уникати висвітлення новин до оголошення вироку, оскільки це може підважити принцип презумпції невинуватості.
- Уважне ставлення до формулювань з метою уникнення порушень принципу презумпції невинуватості є особливо важливим, коли українська влада повідомляє про виклик підозрюваним у рамках спеціальних проваджень (*in absentia*).
- Непрофесійна поведінка захисника, відсутність ефективного захисту або проблеми з рівністю сторін у провадженні можуть свідчити про порушення принципу презумпції невинуватості.

- Судді також повинні демонструвати незалежність і безсторонність і забезпечити, щоб їхні рішення були обґрунтованими та надійними, показуючи, що не вважають обвинуваченого винним ще до засудження.

Про суди, суддів і судові рішення:

- Фахівці-практики в Україні повинні забезпечити дотримання права обвинуваченого на публічний розгляд компетентним, незалежним і безстороннім судом протягом усього процесу судового розгляду. Дотримання цього права має бути забезпечене не тільки через практику судів на інституційному рівні, а й самими суддями, які мають діяти незалежно від обвинувачення і без упереджень.
- Якщо принципів публічності та прозорості провадження або аргументації не дотримано, суди повинні надати цьому належне обґрунтування.
- Судді також повинні надати вмотивовані висновки.

Про змагальність провадження:

- Правоохоронці в Україні повинні надавати обвинуваченому доступ до адвоката з моменту допиту для забезпечення дотримання права на захист, права не свідчити проти себе і справедливого судового розгляду. Якщо адвокат призначається після первинного допиту, а обвинувачений заявляє, що докази було отримано без доступу до адвоката, такі твердження потрібно озвучити в контексті провадження.
- Слідчі судді також повинні здійснювати контроль за доступом обвинуваченого до адвоката на досудових стадіях у рамках перевірки законності та/або свавілля затримання.
- Якщо на стадіях судового розгляду представлено докази з ранніх етапів допиту, щодо яких є скарги про відсутність доступу до адвоката, судді повинні забезпечити, щоб визнання таких доказів не ставило під загрозу загальну справедливість судового розгляду.
- Не можна, щоб адвокати зазнавали неналежних обмежень або втручання, вони зобов'язані старанно представляти обвинуваченого.
- Адвокат повинен активно обстоювати право своїх клієнтів на переклад, подаючи запит на відповідні послуги на ранній стадії, перевіряючи, чи розуміє клієнт, що відбувається, протягом усього провадження і негайно висуваючи заперечення, якщо якість перекладу неналежна. А адміністрація суду повинна організувати залучення кваліфікованих перекладачів.
- В Україні основну відповідальність за забезпечення доступності послуг письмового або усного перекладу для обвинуваченого, який не розуміє мови ведення судового розгляду, несуть судді.
- Дії щодо допиту свідків становлять частину ефективної стратегії захисника. Баланс між забезпеченням права обвинуваченого на допит свідків у провадженні та запобіганням повторній травматизації потерпілих та/або свідків є предметом судового контролю.
- Захисник повинен вживати заходів для оскарження провадження від імені свого клієнта у справах, пов'язаних з конфліктом, зокрема на підставах, пов'язаних зі справедливістю провадження. Відсутність вмотивованого висновку суду першої інстанції як така може бути підставою для оскарження.

Про забезпечення конкретності підстав для арешту та/або обвинувачення:

- Українська влада повинна забезпечити, щоб будь-яка особа, позбавлена волі, була негайно поінформована про юридичні та фактичні підстави для арешту та обвинувачення зрозумілою їй мовою.

- Прокурори в обвинуваченнях повинні посилалися не тільки на норми МГП, але й на джерела міжнародного кримінального права (з дотриманням принципу законності), які деталізують злочин та його контекстуальні, об'єктивні й суб'єктивні елементи, а також рівень відповідальності обвинуваченого.
- Судовий контроль законності арешту та/або затримання повинен здійснюватися автоматично та невідкладно.
- Отож суди мають можливість (та обов'язок) брати до уваги конкретність обвинувачень на досудових стадіях, але відповідно до законодавства України додаткові можливості вимагати зміни, зняття обвинувачень або перекваліфікації існують протягом усього судового процесу.
- Українські судді повинні усвідомлювати, що той факт, що за конкретність обвинувачень відповідає сторона обвинувачення, не звільняє їх від обов'язку забезпечувати, щоб засудження відповідало принципам законності та презумпції невинуватості. Оцінку того, чи виконало обвинувачення тягар доказування, продемонструвавши, що обвинувачений скоїв злочин, передбачений законом, певний і передбачуваний для обвинуваченого, все-таки мають здійснювати суди. Якщо з цього приводу не надано достатньої аргументації, це може бути підставою для оскарження захисником.
- Прокурорам в Україні варто прагнути надавати детальнішу інформацію про рівень причетності обвинуваченого до злочину в обвинувальному акті, а судам потрібно давати оцінку цієї причетності у своїх висновках.

Щодо аспектів розслідування і тримання під вартою:

- Практикам, особливо прокурорам і слідчим суддям, рекомендовано здійснювати ретельне правниче оцінювання втручання у приватне і сімейне життя обвинуваченого під час розслідування відповідно до практики ЄСПЛ, надавати вмотивовані рішення, що обґрунтовують такі заходи, та забезпечувати невідкладний і належний судовий дозвіл на проведення обшуку *ex post facto*.
- Фахівці-практики повинні відстоювати право обвинуваченого зберігати мовчання і не свідчити проти себе. Адвокати мають оскаржувати будь-які докази, отримані внаслідок примусу або обману, а судді – не допускати долучення таких доказів, якщо вони призводять до порушення принципу справедливості судового розгляду. Зокрема, рекомендується, щоб зізнання, особливо військовополонених, не розглядалися як передумова до звільнення через обмін, а суди повинні забезпечити, щоб визнання провини оцінювалося з повним урахуванням процесуальних гарантій.
- Правоохоронні органи повинні утримуватися від катувань і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, а Державному бюро розслідувань потрібно проводити оперативні та неупереджені розслідування заяв про таке поводження. У контексті поточного кримінального провадження проти обвинуваченого, який стверджує, що зазнав катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження, захисник повинен активно переглядати записи про затримання і представляти всі такі заяви слідчим суддям. Судді на всіх стадіях зобов'язані надавати детальне обґрунтування щодо таких заяв, зокрема оцінюючи, чи відповідає зазначена поведінка пороговим показникам для катувань, нелюдського або такого, що принижує гідність поводження, як визначено в ЄСПЛ та міжнародному праві.

Про запобігання надмірній тривалості судового провадження:

- Фахівці-практики повинні забезпечити, щоб тривалість провадження у кримінальних справах, пов'язаних з конфліктом, не була надмірною. Судді всіх інстанцій мають протидіяти усім невинуватим затримкам під час розслідування та/або судо-

вого розгляду, так само як захисники, які повинні висувати відповідні аргументи від імені обвинуваченого.

Про підходи до доказування:

- Фахівці-практики повинні забезпечити те, щоб докази були прийнятними, надійними та достатніми відповідно до обов'язкової судової практики ЄСПЛ, демонструючи аналіз цих аспектів у своїй аргументації та своїх доводах.
- У справах, пов'язаних з конфліктом, дедалі частіше використовуються новітні форми доказів, зокрема цифрові (електронні) докази, які суди повинні належно оцінювати щодо достовірності та достатності, причому ця оцінка має відображатися в аргументації.
- Аргументація суддів у судових рішеннях повинна відображати їхню оцінку всіх доказів, зокрема й причин нерозгляду певних доказів, не оминаючи увагою невідповідностей або виправдувальних доказів.

Про спеціальне судове провадження (*in absentia*):

- Українським фахівцям-практикам потрібно намагатися запровадити щодо інформування практику, яка передбачала б не лише офіційне повідомлення, а й додаткові кроки особливо з огляду на брак чіткої правової основи для повторного розгляду справи в Україні.
- Верховний Суд може розробити перелік таких мінімальних додаткових кроків (як-от інформування обвинуваченого зрозумілою йому мовою), необхідних для дотримання стандартів ЄСПЛ.
- Варто також зробити поправку до законодавства або розробити послідовну практику щодо отримання перед обміном письмової згоди військовополонених на відмову від права бути присутнім на розгляді справи та захищати себе.
- За відсутності в Україні чіткої правової основи для права на повторний розгляд у спеціальному судовому провадженні (*in absentia*) дії фахівців-практиків щодо забезпечення за можливості належного повідомлення обвинуваченого, коли той відмовляється від свого права брати участь у судовому розгляді, набувають особливої ваги.

Науково-популярне видання

ПОСІБНИК ДЛЯ ЮРИСТІВ В УКРАЇНІ

*Забезпечення справедливого судового розгляду справ,
пов'язаних із конфліктом*

Переклала з англійської
Галина Сташків

Літературна редакторка
Мирослава Прихода

Коректорка
Оксана Красненко

Художня редакторка
Анна Гіренко

Комп'ютерна верстка
Ольги Куземко

Видавництво «Літопис»
вул. Костюшка, 2
79007 м. Львів
тел. +38 (063) 948-62-57, litopys@ukr.net
<https://litopys.lviv.ua/>
<http://facebook.com/litopys.lviv>
<https://www.instagram.com/litopys.lviv/>

Свідоцтво про державну реєстрацію: серія ДК № 7763 від 30.03.2023

Формат А4
Гарнітура Minion Pro
Офсетний друк
Тираж 100 прим.