

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Маркуш М. А.
стосовно Рішення Конституційного Суду України
у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України
щодо відповідності Конституції України (конституційності)
окремих положень статті 263 Кодексу України
про адміністративні правопорушення та пункту 5 частини першої
статті 11 Закону України «Про міліцію»
(справа про строки адміністративного затримання)

На підставі статті 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» висловлюю окрему думку стосовно Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2011 року № 10-рп/2011 (далі — Рішення).

У пункті 1 резолютивної частини Рішення Конституційний Суд України визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення:

— частин другої, третьої статті 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — Кодекс) щодо можливості адміністративного затримання осіб «на строк до десяти діб з санкції прокурора, якщо правопорушники не мають документів, що посвідчують їх особу»;

— частин четвертої, п'ятої статті 263 Кодексу;

— абзацу шостого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 року № 565–XII з наступними змінами (далі — Закон), згідно з яким міліції надається право затримувати і тримати у спеціально відведених для цього приміщеннях «осіб, які виявили непокору законній вимозі працівника міліції, до розгляду справи судом, але не більше ніж на 24 години».

У пункті 2 резолютивної частини Рішення Конституційний Суд України визнав такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), положення:

1) статті 263 Кодексу, зокрема:

— частини першої, згідно з якою у виняткових випадках, у зв'язку з особливою потребою законами України може бути встановлено інші строки адміністративного затримання;

— частини другої стосовно можливості затримання особи в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання;

— частини третьої щодо можливості затримання особи в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обставин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їх дослідження до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання;

2) абзацу четвертого пункту 5 частини першої статті 11 Закону, згідно з яким міліції надається право затримувати і тримати у спеціально відведених для цього приміщеннях осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, у необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання.

Погоджуючись з пунктом 1 резолютивної частини Рішення, вважаю, що положення її пункту 2 не знайшли правового обґрунтування в мотивувальній частині Рішення і є такими, що ґрунтуються на неправильній інтерпретації Конституції України, зокрема її статті 29, з таких міркувань.

Хибний висновок, зроблений у підпункті 3.5 пункту 3 мотивувальної частини Рішення спричинив хибне обґрунтування підпункту 3.7 пункту 3 (крім абзацу шостого) та неправильні, на мій погляд, висновки, яких дійшов Конституційний Суд України у пункті 2 резолютивної частини Рішення.

Так, в підпункті 3.5 пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційний Суд України обґрунтовує висновки про конституційність окремих оспорюваних положень Кодексу та Закону тим, що у частині третій статті 29 Конституції України визначено максимально допустимий строк затримання особи без вмотивованого рішення суду.

Висновки, зроблені в підпункті 3.7 пункту 3 (крім абзацу шостого) про конституційність другого речення частини першої статті 263 Кодексу (за змістом якого у виняткових випадках, у зв'язку з особливою потребою законами України може бути встановлено інші строки адміністративного затримання), підтверджено тим, що «передбачена цією нормою можливість встановлення інших строків не озна-

чає, що вони перевищуватимуть сімдесят дві години», а отже, оспорювані суб'єктом права на конституційне подання положення частини першої статті 263 Кодексу не можуть вважатися такими, що суперечать статті 8, частинам другій, третій статті 29, статті 64 Конституції України.

Щодо положень частин другої, третьої статті 263 Кодексу, визнаних конституційними, то їх конституційність обґрунтовується тим, що «оспорювані положення зазначених норм, якими передбачено можливість затримання правопорушників до трьох діб, є такими, що не перевищують встановленого конституційного максимуму можливої тривалості затримання (сімдесят дві години), отже, вони не суперечать вимогам Основного Закону України». З тих самих підстав Конституційний Суд України вважає, що не суперечать частині першій статті 8, частинам другій, третій статті 29, статті 64 Конституції України оспорювані суб'єктом права на конституційне подання положення абзацу четвертого пункту 5 частини першої статті 11 Закону, згідно з якими міліція має право затримувати і тримати у спеціально відведених для цього приміщеннях осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, у необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання.

Обґрунтування конституційності вказаних положень Кодексу та Закону одним реченням без їх системного аналізу у взаємозв'язку з положеннями Конституції України не може бути підґрунтям для висновку про їх конституційність, оскільки у Рішенні не наведені переконливі аргументи для цього. Вважаю висновки, зроблені в підпунктах 3.5, 3.7 (крім абзацу шостого) пункту 3 мотивувальної частини Рішення та пункті 2 резолютивної частини Рішення, необґрунтованими та хибними з таких мотивів.

1. В Україні людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; держава відповідає перед людиною за свою діяльність; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (стаття 3 Конституції України). В Україні визнається і діє принцип верховенства права; Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (частини перша, друга статті 8 Конституції України).

В Основному Законі України, зокрема у його розділі II, визначено фундаментальні права, свободи та обов'язки людини і громадянина та гарантії їх дотримання і захисту. Відповідно до статті 64 Конституції України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (частина перша); в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень; не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені, зокрема, статтею 29 Конституції України (частина друга).

У частині першій статті 29 Основного Закону України визначено право кожної людини на свободу та особисту недоторканність, а її частини друга — шос-

та спрямовані на забезпечення цього права та містять гарантії його дотримання.

Так, в частині другій міститься припис, а саме заборона в імперативній формі, за яким ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. За цим приписом виключно суд є конституційно визначеним суб'єктом, правомочним обмежувати право на свободу вмотивованим рішенням і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. Вказана норма є загальним правилом.

Частина третя наведеної статті встановлює, що уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, а також визначає випадки застосування — у разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити. Обґрунтованість застосування такого тимчасового запобіжного заходу уповноваженими на те органами має бути перевірена судом протягом сімдесяти двох годин.

З наведеного аналізу положень статті 29 Конституції України можна зробити висновок, що вказана стаття визначає право кожної особи на свободу та особисту недоторканність, однак допускає можливість обмеження вказаного права шляхом арешту, затримання або тримання під вартою за умови додержання конституційних гарантій, визначених у ній, а саме: обмеження права на свободу здійснюється виключно за вмотивованим рішенням суду; як виняток обмеження вказаного права допускається застосуванням тримання особи під вартою як тимчасового запобіжного заходу уповноваженими на те законом особами у двох випадках: у разі нагальної необхідності запобігти злочині, у разі нагальної необхідності його перепинити. Лише при дотриманні вказаних конституційних гарантій втручання у право на свободу та особисту недоторканність або його обмеження можна вважати правомірним (конституційним), пропорційним, справедливим.

На мою думку, частина третя статті 29 Конституції України містить виняток, за яким уповноважені на те законом органи у виключних випадках, перелік яких є вичерпним, а саме: у разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити, можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Словосполучення «має бути перевірена судом» носить імперативний характер, оскільки дієслова мають наказову форму, що вказує на обов'язковість вчинення дії. Результатом такої перевірки, яка має бути проведена протягом сімдесяти двох годин, повинно бути винесене судом рішення про звільнення особи з-під варти (у разі відсутності обґрунтованих підстав для підозри, яка стала підставою для затримання, законності мети, з якою воно застосовувалося, та чи було необхідним і виправданим) або про тримання особи під вартою. Якщо з моменту затримання протягом цього строку затриманій особі не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою, вона підлягає негайному звільненню.

За правовою позицією Конституційного Суду України затриманий має право на перевірку компетентним судом не лише додержання органами державної влади та їх посадовими особами норм процесуального права, на підставі яких

проводилося затримання, а й обґрунтованості підозри, яка стала підставою для затримання, законності мети, з якою воно застосовувалося та чи було необхідним і виправданим за конкретних обставин (абзаци сьомий, восьмий підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010).

Таким чином, конституційною вимогою щодо правомірності обмеження права на свободу та особисту недоторканність є застосування арешту та тримання під вартою лише за вмотивованим рішенням суду. Це означає, що виключно суд, який наділено незалежною судовою владою, а не інший держаний орган, зокрема прокуратура, міліція чи інший, повноважний прийняти рішення про застосування до особи арешту або затримання більше ніж на три години (утримання під вартою). Аналогічна вимога визначена в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі — Конвенція) (підпункт «с» пункту 1, пункт 3 статті 5). Це правило стосується як кримінальної, так і адміністративної сфери, оскільки право на свободу та особисту недоторканність, як зазначалося, має гарантувати захист особистої свободи у будь-якій сфері правового регулювання. До того ж під терміном «арешт» у законах України розуміється і вид кримінального покарання (пункт 8 статті 51 Кримінального кодексу України), і вид адміністративного стягнення (пункт 7 частини першої статті 24 Кодексу).

2. Змістом конституційного права на свободу та особисту недоторканність, визначеного у статті 29 Конституції України, є забезпечення особистої свободи особи від неправомірного втручання, недопущення необґрунтованого позбавлення волі. Обмеження вказаного права відповідно до наведеної статті можливе лише шляхом арешту, затримання або тримання під вартою за умови додержання ряду вимог. Виключно законами України визначаються права і свободи людини і громадянина та їх гарантії (пункт 1 частини першої статті 92 Конституції України).

За загальним правилом, визначеним у частині другій наведеної статті, арешт або тримання під вартою, зокрема в адміністративно-процесуальному порядку, можливий не інакше ніж за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У Кримінально-процесуальному кодексі України та Кодексі встановлені вид, міра та порядок законного обмеження індивідуальної свободи та особистої недоторканності.

Адміністративний процес в Україні, зокрема адміністративна відповідальність, ґрунтуються на низці конституційних принципів, які є керівними, на які він спирається та згідно з якими реалізується. Принципи адміністративного процесу зумовлені верховенством права та визнанням того, що Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти приймаються на її основі та повинні відповідати їй (частини перша, друга статті 8 Основного Закону України).

Одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, за яким обмеження основних прав людини і громадянина та втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які нададуть змогу особі відо-

кремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

У Кодексі визначено низку прав та гарантій їх дотримання щодо особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Вказані права виходячи з конституційного принципу рівності перед законом кожна особа, як притягається до адміністративної відповідальності, повинна мати зі стадії затримання та складення протоколу, оскільки саме тоді проходить процес доказування, який включає в себе виявлення, закріплення (процесуальне оформлення) і дослідження доказів. Конституційний Суд України вважає, що визначені Конституцією України та закріплені Кодексом права і гарантії не можуть тлумачитися як такі, що заперечують можливості судового захисту прав особи при адміністративному затриманні.

Орган (посадова особа), що складає протокол, зобов'язаний з'ясувати такі обставини: чи було вчинено адміністративне правопорушення, чи винна ця особа в його вчиненні, чи підлягає вона адміністративній відповідальності, чи є обставини, що пом'якшують або обтяжують відповідальність, чи заподіяно майнову шкоду, чи є підстави для передачі матеріалів про адміністративне правопорушення на розгляд громадської організації, трудового колективу, а також з'ясувати всі інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. У разі недотримання конституційних вимог та гарантій щодо обмеження свободи, прав затриманої особи, законної мети — складення протоколу про адміністративне правопорушення, під час написання якого з'ясовується особа правопорушника, адміністративне затримання особи не може вважатися законним.

3. Арешт та тримання особи під вартою, як зазначалося, можуть застосовуватися виключно судом на підставах та в порядку, встановлених законом (частина друга статті 29 Конституції України), що за правовою позицією Конституційного Суду України передбачає обов'язок органів державної влади та їх посадових осіб забезпечувати дотримання норм як матеріального, так і процесуального права при затриманні. Наведене означає, що затриманий має право на перевірку компетентним судом не лише додержання органами державної влади та їх посадовими особами норм процесуального права, на підставі яких проводилося затримання, а й обґрунтованості підозри, яка стала підставою для затримання, законності мети, з якою воно застосовувалося та чи було необхідним і виправданим за конкретних обставин (абзац восьмий підпункту 3.2 пункту 3 Рішення Конституційного Суду України від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010).

Законодавець під затриманням розуміє не лише обмеження свободи особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, щодо якої обрано запобіжний захід взяття під варту, обвинуваченої особи (тобто кримінально-процесуальні заходи), але й адміністративне затримання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, як адміністративно-процесуальний захід (пункт 5 частини першої статті 11 Закону). Внаслідок адміністративного затримання відбувається короткострокове позбавлення людини свободи, право на яку передбачено у статті 29 Конституції України (підпункт 3.4 пункту 3 мотивувальної частини Рішення). Такий висновок узгоджується з міжнародними нормативно-правовими актами, які визнають затри-

мання особи обмеженням права індивіда на свободу (за Зводом принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню або ув'язненню у будь-якій формі, ухваленим Резолюцією 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року «затримана особа» — це будь-яка особа, позбавлена особистої свободи не в результаті засудження за вчинення правопорушення»; Правилами Організації Об'єднаних Націй, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, ухваленими Резолюцією 45/113 Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1990 року, визначено, що «позбавлення свободи означає будь-яку форму затримання чи тюремного ув'язнення будь-якої особи чи її поміщення в державну чи приватну виправну установу»; Правила застосування тримання під вартою, умов, у яких воно відбувається, і запровадження гарантій від зловживань, затверджені Рекомендацією REC (2006) 13 Комітету Міністрів Ради Європи від 27 вересня 2006 року, застосовуються до всіх осіб, що підозрюються у вчиненні правопорушення, і в них, зокрема, йдеться, що «тримання під вартою» визначене таким чином, щоб виключити будь-який період утримання під вартою поліції або іншого правоохоронця під час первинного короткого позбавлення свободи ними або будь-ким іншим, уповноваженим застосувати такий захід (наприклад, за правом громадянського арешту) для мети допиту до пред'явлення обвинувачення.

Конституційний Суд України зазначив, що затримання треба розуміти як тимчасовий запобіжний кримінально-процесуальний або адміністративно-процесуальний захід, застосування яких обмежує право на свободу та особисту недоторканність індивіда (абзац п'ятий пункту 6 мотивувальної частини Рішення від 26 червня 2003 року № 12-рп/2003). За загальним правилом адміністративне затримання особи може тривати не більш як три години (частина перша статті 263 Кодексу). Друге речення частини першої статті 263 Кодексу містить виняток із загального правила, встановленого в першому її реченні, за змістом якого «у виняткових випадках, у зв'язку з особливою потребою законами України може бути встановлено інші строки адміністративного затримання». Вказана норма не містить правової визначеності, бо не розкриває понять «виняткові випадки» та «особлива потреба», а також умов, за яких випадки можна вважати винятковими, а потреби особливими, та не містить чітких підстав, за яких можливе адміністративне затримання більше ніж на три години.

Частини друга та третя статті 263 Кодексу містять перелік адміністративних правопорушень, за які особу може бути затримано на строк до трьох годин для складення протоколу, що узгоджується з загальним правилом щодо терміну адміністративного затримання, визначеного у першому реченні частини першої статті 263 Кодексу, та не суперечить, на мою думку, вимогам статті 29 Конституції України, оскільки містить виправдану мету затримання — для складення протоколу про адміністративне правопорушення та виправданий час для досягнення такої мети (цілі) — до трьох годин, який законодавець визначив достатнім. Однак у вказаних частинах статті 263 Кодексу передбачено тримання особи до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання «в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення» (частина друга) та «в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обста-

вин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їх дослідження» (частина третя). Абзац четвертий пункту 5 частини першої статті 11 Закону надає право міліції затримувати і тримати у спеціально відведених для цього приміщеннях осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, у необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання.

Отже, окремі положення статті 263 Кодексу та абзац четвертий пункту 5 частини першої статті 11 Закону допускають можливість адміністративного затримання особи від трьох годин до трьох діб уповноваженими на те законом органами (посадовими особами), зокрема органами внутрішніх справ, міліцією, посадовими особами Державної прикордонної служби та Військової служби правопорядку у Збройних Силах України тощо (стаття 262 Кодексу, абзац четвертий пункту 5 частини першої статті 11 Закону), а не судом та без протоколу про адміністративне правопорушення як підстави для затримання; за відсутності обґрунтованої підозри на підставі припущень; за невизначеної мети затримання, з якою воно застосовувалося; без перевірки необхідності та виправданості такого обмеження свободи, що не відповідає вимогам Конституції України.

Таким чином, словосполучення «в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення — до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання» (частина друга статті 263 Кодексу, абзац четвертий пункту 5 частини першої статті 11 Закону) та «а в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обставин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їх дослідження — до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання» (частина третя статті 263 Кодексу) вважаю такими, що не узгоджуються з положеннями частини першої статті 8, частини другої статті 29, статті 64 Конституції України.

4. У контексті питання, що розглядалося, Конституційний Суд України повинен був врахувати статтю 9 Кодексу, за змістом якої винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність суб'єкта адміністративної відповідальності, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління, за яку законом передбачено адміністративну відповідальність, є необхідною ознакою адміністративного правопорушення (проступку). Склад вказаного правопорушення фіксується в протоколі про адміністративне правопорушення, який згідно зі статтею 254 Кодексу складається одразу ж після виявлення такого правопорушення. Як встановлено у статті 256 Кодексу в цьому протоколі зазначаються відомості про особу порушника; місце, час вчинення і суть правопорушення; нормативний акт, яким передбачено відповідальність за це правопорушення; прізвища, адреси свідків і потерпілих, якщо вони є; пояснення порушника; інші відомості, необхідні для вирішення справи; якщо правопорушником заподіяно матеріальну шкоду, про це також зазначається у протоколі, тобто фіксуються, зокрема, винна дія та умисел щодо її вчинення.

Адміністративне затримання, про яке йдеться у статті 263 Кодексу та абзаці четвертому пункту 5 частини першої статті 11 Закону, — це не одномоментний акт, а обмеження права особи на свободу та особисту недоторканність, зокрема свободу пересування, утримання особи проти її волі в спеціально відведеному місці тощо, а тому підставою для його застосування повинна бути винна, умисна дія, визначена Кодексом як адміністративне правопорушення, а не інше. При цьому випадки застосування адміністративного затримання не судом, а уповноваженими на те законом особами, повинні відповідати Конституції України, зокрема частині другій її статті 29, де визначено вичерпний перелік підстав, за яких уповноважені на те законом органи можуть застосувати тимчасовий запобіжний захід — тримання особи під вартою, обґрунтованість якого має бути перевірена судом, серед яких немає таких, як «у виняткових випадках, у зв'язку з особливою потребою законами України може бути встановлено інші строки адміністративного затримання», «в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення», «в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обставин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їх дослідження». Тому адміністративне затримання особи, передбачене у статті 263 Кодексу (за винятком затримання до трьох годин) та абзаці четвертому пункту 5 частини першої статті 11 Закону повинне відбуватися за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом з метою дотримання принципів правової визначеності та захисту від свавілля, передбачених пунктом 1 статті 5 Конвенції.

Вказане узгоджується із висновком Конституційного Суду України, за яким із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005).

Європейський суд з прав людини у Рішенні від 18 лютого 2010 року у справі «Гарькавий проти України» зазначив, що особа не може бути позбавлена свободи, крім випадків, встановлених у пункті 1 статті 5 Конвенції. Цей перелік винятків є вичерпним і лише вузьке тлумачення відповідає цілям цього положення, а саме — гарантувати, що нікого не буде свавільно позбавлено свободи (пункт 63 наведеного рішення). За правовими позиціями Європейського суду з прав людини практика тримання під вартою без конкретного юридичного підґрунтя або за відсутності чітких правил, які б регулювали такі питання, внаслідок чого такі особи можуть бути позбавленими свободи протягом тривалого строку без відповідного дозволу суду, несумісна з принципом юридичної визначеності та принципом захисту від свавілля, які червоною ниткою проходять через Конвенцію і принцип верховенства права (рішення Європейського Суду з прав людини у справах «Слоєв проти України», «Микола Кучеренко проти України», «Доронін проти України»). У Рішенні від 18 грудня 2008 року у справі «Новік проти України» Європейський суд з прав людини зазначив, що «коли йдеться про поз-

бавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Вимога «якості закону» у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля» (пункт 19 вказаного рішення).

Затримання у будь-якому випадку не може бути визнане обґрунтованим, якщо діяння, які інкримінуються затриманому, на час їх вчинення не могли розцінюватися або не визнавалися законом як правопорушення. Тримання особи як затриманої до трьох діб без права постати перед судом, закладене в наведених положеннях статті 263 Кодексу унеможлиблює право затриманої особи на перевірку компетентним судом не лише додержання органами державної влади та їх посадовими особами норм процесуального та матеріального права, на підставі яких проводилося затримання, а й обґрунтованості підозри, яка стала підставою для затримання, законності мети, з якою воно застосовувалося, та чи було необхідним і виправданим за конкретних обставин. Затримана на строк від трьох годин до трьох діб особа знаходиться поза законом і не спроможна належним чином захистити свої права.

Такий висновок узгоджується і з практикою Європейського суду з прав людини, який неодноразово у своїх рішеннях вказував, що «коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності» (рішення у справах «Новік проти України» від 18 грудня 2008 року, «Барановський проти Польщі» від 28 березня 2000 року). У Рішенні від 23 жовтня 2008 року у справі «Солдатенко проти України» Європейський суд з прав людини зазначив: «Встановлюючи, що будь-яке позбавлення свободи має здійснюватися «відповідно до процедури, встановленої законом» пункт 1 статті 5 не просто відсилає до національного закону ... він також стосується «якості закону», вимагаючи від закону відповідності принципів верховенства права ... При цьому «якість закону» означає, що у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні — для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля» (пункт 111 вказаного рішення). У Рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Де Вільда, Оомса і Версипа» від 18 червня 1971 року вказано, що Конвенція використовує слово «суд» у кількох статтях. Отже, вона позначає один зі складових елементів гарантії, яку надає особі зазначене положення. У всіх цих різних випадках такий елемент означає органи, які демонструють не лише спільні фундаментальні ознаки, найважливіша з яких — незалежність від виконавчої влади та від сторін у справі (Рішення Європейського суду з прав людини у справі Ньюмейстера від 27 червня 1968 року), а й гарантують судовий розгляд.

Суддя Конституційного Суду України

М. Маркуш