



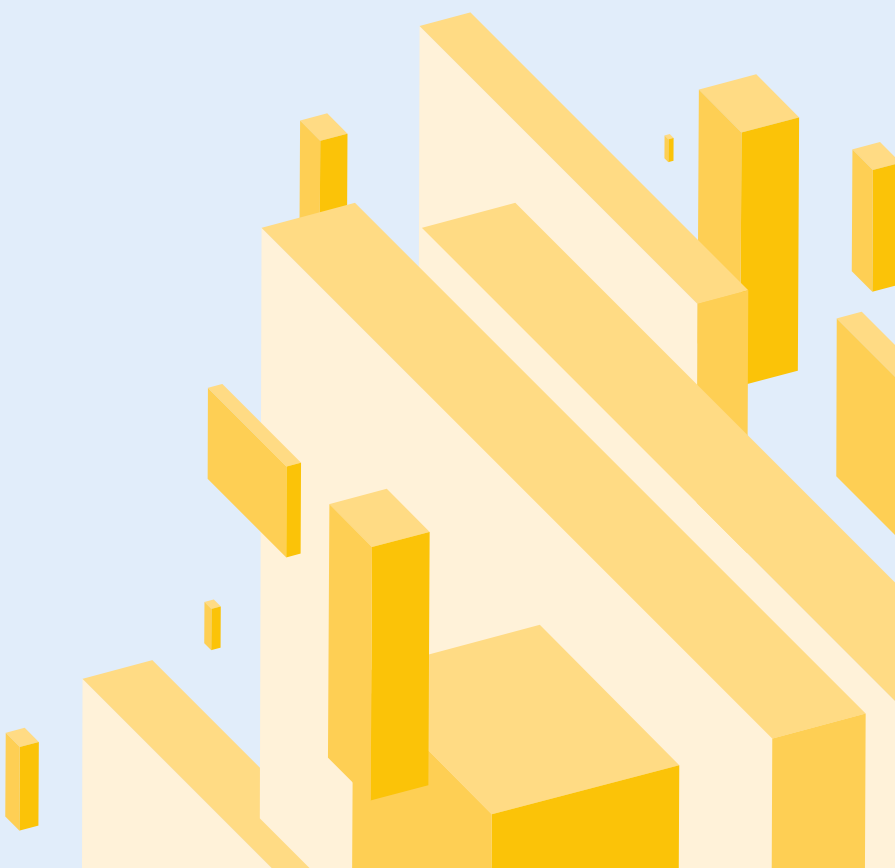
НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ
АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

Науково - практичне дискусійне обговорення ключових питань правозастосування

Гра поза правилами:

проблемні питання пред'явлення підозри спеціальному суб'єкту та її обґрунтованість. Різні підходи до правозастосування.

Виступи учасників



Тема : «Повідомлення про підозру спеціальному суб'єкту»



Сухов Юрій Миколайович
адвокат

Адвокат Сухов Ю.М. разом із завідувачем кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка Андрушко Петром Петровичем дійшли висновку, що за діючим Кримінальним процесуальним кодексом України (далі по тексту: КПК України) стадія притяг-

нення до кримінальної відповідальності розпочинається з моменту повідомлення про підозру, тому початок цієї стадії має наслідком вплив на подальше досудове розслідування у кримінальному провадженні.

Відомо, що сторона обвинувачення спочатку збирає докази для підстав повідомлення про підозру, а після повідомлення про підозру сторона обвинувачення збирає докази винуватості відносно конкретної особи для складання обвинувального акту.

У випадку допущення порушень закону під час проведення самої процедури повідомлення про підозру - фактично не розпочинається кримінальне переслідування особи та як наслідок зібрані після неї всі докази винуватості повинні визнаватися недопустимими: про це сторона обвинувачення має розуміти.

Є кілька проблемних питань повідомлення про підозру спеціальним суб'єктам, яких визначено багато, в тому числі до них входять адвокати. Стаття 481 КПК України визначає особливий статус прокурорів, які мають повідомляти про підозру, але прокуратура вважає вказану статтю спеціальною по відношенню до статей 36 та 37 КПК України, тобто за твердженням обвинувачення спеціальний прокурор, не маючи процесуального статусу у відповідному кримінальному провадженні може повідомити про підозру спеціальному суб'єкту. Таким є некомплексне тлумачення норм кримінального процесуального закону, оскільки п. 15 ст. 1 КПК України визначає, що прокурор — це особа, яка обіймає посаду, передбачену ст. 17 Закону України "Про прокуратуру" та діє в межах своїх повноважень. Для того, щоб прокурор мав повноваження у кримінальному провадженні згідно ч. 1 ст. 37 КПК України керівник прокуратури визначає прокурора, який буде здійснювати процесуальне керівництво, тобто буде мати повноваження у конкретному кримінальному провадженні.

Таким чином, керівник органу прокуратури повинен спочатку визначити конкретного прокурора у кримінальному провадженні. Тільки після призначення такий прокурор набуває процесуального статусу у кримінальному провадженні. Потім не кожний прокурор зі статусом у кримінальному провадженні може повідомити про підозру спеціальному суб'єкту, а тільки визначені посадові особи, але ті що є процесуальними

керівниками у кримінальному провадженні.

Стаття 36 КПК України чітко визначає коло процесуальних дій, які має право виконувати процесуальний керівник у кримінальному провадженні із зазначенням можливості доручення слідчих та процесуальних дій іншій процесуальній особі у справі, окрім тих, які він має виконати особисто, в тому числі особисте виконання вимог ст. 481 КПК України, тобто без можливості передоручення.

Також, звертаю увагу на складний статус такої процесуальної дії, як повідомлення про підозру, оскільки вона має симбіоз: складення самого повідомлення, тобто прийняття рішення та вручення, яке згідно ст. 278 КПК України має чіткий строк, а саме, вручення в день складення. Якщо прокурор не вручив повідомлення про підозру в день складення і не виконав вимоги Глави 6 КПК України, то фактично саме таке повідомлення втрачає свою силу внаслідок втрати прокурором права на вручення, тобто з наступного дня його вже не можна вручити, оскільки це є порушенням вимог ст. 278 КПК України.

Щодо самого факту вручення, то ст. 277 КПК України визначає зміст повідомлення про підозру, першим пунктом якого є особа, яка здійснює повідомлення про підозру, та восьмим пунктом передбачено підпис особи, що знову ж таки здійснює повідомлення про підозру. Оскільки пункт про права підозрюваного є сьомим, то прокурор, який повідомив про підозру, має роз'яснити права підозрюваному та зробити підпис про їх роз'яснення. Тому доручення будь-кому прокурором, який склав повідомлення про підозру, на вручення її спеціальному суб'єкту є порушенням вимог кримінального процесуального закону (статей 36 та 277 КПК України).

Є судова практика з цього приводу та є практика коли Генеральний прокурор України скасував повідомлення про підозру, складене його заступником, так як той доручив його вручення іншій процесуальній особі.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України адвокату може повідомити про підозру Генеральний прокурор України, його заступник або прокурор області і прирівняні до нього, але перший заступник Генерального прокурора України не може здійснити вказану дію — це може бути помилкою у законі, але її повинен виправити законодавець. В пункті 9 ст. 3, частинах 4, 5, 6 ст. 36 КПК України чітко визначена наступна градація: Генеральний прокурор України, перший заступник Генерального прокурора України, заступник Генерального прокурора України, а в п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України зазначено заступник Генерального прокурора України — це зазначається посада, а не перерахування всіх заступників Генерального прокурора України. Тому, якщо перший заступник Генерального прокурора України склав повідомлення про підозру адвокату, то він його склав, не маючи на це повноважень за законом.

Виконуючий обов'язки прокурора області не має права повідомляти про підозру, оскільки така посадова особа не наділена такими повноваженнями згідно

з КПК України. Виконуючий обов'язки Генерального прокурора України в чітко визначених випадках згідно КПК України може провести процесуальну дію — це відповідно до ч. 6 ст. 36 скасувати постанову НАБУ, інших випадків не зазначено, тому не може виконуючий обов'язки складати повідомлення про підозру або вчиняти інші процесуальні дії.

Щодо повідомлення про підозру іншому спеціальному суб'єкту - народному депутату України, то йому має право повідомити про підозру виконуючий обов'язки, але аж ніяк не тимчасово виконуючий обов'язки Генерального прокурора України, оскільки є закон, який регулює питання призначення Генерального прокурора України та інших посадових осіб Президентом України за згодою Верховної Ради України, яким визначено призначення у випадку відсутності Генерального прокурора України тимчасово виконуючого обов'язки. У випадку тимчасової відсутності Генерального прокурора України його обов'язки тимчасово виконує перший заступник або заступник, які не є виконуючими обов'язки. Таким чином, якщо на практиці буде таке, що повідомлення про підозру підпише перший заступник Генерального прокурора України як виконуючий обов'язки, то по-перше він не може бути виконуючим обов'язки, оскільки він є тимчасово виконуючим обов'язки, по-друге в нього немає таких повноважень.

Тема : «Вирішення питання про застосування заходів процесуального примусу. Критерії обґрунтованості підозри»



Дроздов Олександр Михайлович

адвокат, президент Спілки Адвокатів України

На сьогоднішній день Національна асоціація адвокатів України робить все можливе щоб довести до відома адвокатів їх ключові права та гарантії, в тому числі в аспекті новітніх рішень Європейського суду з прав людини та новітніх правових висновків Верховного суду України.

Проте адвокати часто потрапляють в орбіту кримінального судочинства в якості

об'єктів кримінального провадження.

Як стороною обвинувачення, так і представниками суддівського корпусу не дотримуються ті елементарні речі, які пов'язані з положеннями Кримінального процесуального кодексу.

Наприклад положення статті 481 Кримінального процесуального кодексу передбачено, що повідомлення про

підозру адвокату здійснюється виключно Генеральним прокурором України, його заступником, або керівником регіональної прокуратури.

Проте чомусь зазначені положення трактується виключно в контексті того, що хтось з відповідних посадових осіб просто підписує відповідне повідомлення про підозру адвокату, а далі все що пов'язано зі здійсненням цієї підозри виконується або іншими процесуальними прокурорами, або звичайними слідчими органу досудового розслідування. Попри те, що зазначені особи не мають відповідного процесуального статусу.

Стосовно обрання запобіжного заходу стосовно адвоката виключно у вигляді тримання під вартою безальтернативно

За загальним правилом це є неприпустимим. В даний час відбувається стадія комунікації з державою Україна по одній зі справ, що зараз слухається Європейським судом з прав людини, а саме за заявою Олександровська проти України.

Проблема постала з приводу виконання стороною обвинувачення частини 5 статті 176-ї Кримінального процесуального кодексу України. Питання, яке ставиться на комунікацію стосується того, чи взагалі припустимо вирішувати питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою безальтернативно, без можливості обрання, для прикладу, домашнього арешту або ще більш м'якого запобіжного заходу. Чи взагалі в цьому є необхідність.

Стосовно того, коли обирається щодо адвоката запобіжний захід

В захисника цього адвоката є місяць щоб звернутися із клопотанням про скасування або зміну запобіжного заходу. На практиці відбувається те, що відображено у справ "Ігнатов проти України". Обставини справи полягають в тому, що не було виконане п.4 ст. 5 Конвенції, а саме Полягає в тому що зазначене клопотання не розглядається слідчим суддею після подання захистом протягом 15, 25, а той 35 днів. Тобто спочатку розглядається та задовольняється клопотання сторони обвинувачення про продовження запобіжного заходу, а вже потім слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання сторони захисту про зміну або скасування запобіжного заходу, який було обрано 2 місяці раніше. Це призводить до того, що взагалі втрачається сенс у судовому захисті.

Щодо матеріалів НСРД

Також мають місце випадки, коли закінчується досудове розслідування, де пред'явлене підозра адвокату у різного роду корупційних діяннях, і основними доказами у кримінальному провадженні є результати негласних слідчих (розшукових) дій НСРД.

Лише зараз стала у цій сфері стала змінюватися ситуація у зв'язку з прийняттям правового у висновку Верховного суду України від 16 березня 2017р., де мова йде про те, що абсолютно всі без виключення матеріали мають бути відкриті стороні кримінального провадження під час виконання вимог статті 290 Кримінального процесуального кодексу України. Це стосується ухвали про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, тих матеріалів які надавалися

стороною обвинувачення в обґрунтування клопотання про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Це, в свою чергу, відповідає принципу кримінального процесуального закону щодо рівності сторін.

Ще має місце наступна ситуація: Генеральним прокурором України або його заступниками, або керівниками регіональних прокуратур створюється групи прокурорів по кримінальному провадженні, в якому відбувається повідомлення про підозру адвокату. В кожному разі Генеральний прокурор, або заступник Генерального прокурора, або керівник регіональної прокуратури, які уповноважені повідомляти про підозру адвокату не входять до складу групи процесуальних керівників по кримінальному провадженні, а відтак не мають повноважень на здійснення слідчих або процесуальних дій у рамках даного кримінального провадження, а також на прийняття процесуальних рішень в ньому.

Щодо тримання особи в скляному боксі

Справа “Ярослава Білоусов проти Росії”. Мова йде про те, що людина на яку розповсюджується презумпція невинуватості не може під час судового розгляду знаходитися або в скляній кабіні або взагалі в клітці за ґратами.

Щодо обвинувальних актів.

Сьогоднішня практика полягає в тому, що під видом повернення обвинувального акту прокурору фактично відбувається повернення справи на додаткове розслідування так, як це було передбачено старим Кримінально-процесуальним кодексом. Якщо сторона обвинувачення після повернення обвинувального акту проводить слідчі (розшукові) дії, то це є підставою для визнання відповідних доказів недопустимими, оскільки їх зібрано поза межами відповідної судової процедури.

Щодо недолугості і законодавчого регулювання

За своєю суттю судовий контроль за здійсненням досудового розслідування є першочерговим. Справа “Адвокатська контора Сервуло та партнери проти Португалії”. В даному рішенні мова йде про те, що після проведення обшуку слідчий суддя визначає що є доказом в рамках даного досудового розслідування і має бути вилучено, а що не підпадає під поняття доказів і має бути повернуто. В свою чергу в Україні відбувається те, що про допустимість або недопустимість тих чи інших доказів сторона захисту дізнається лише після проголошення обвинувального вироку суду.

Тема : «Повідомлення про підозру спеціальному суб’єкту»

Відсутність відповідних повноважень на посадах першого заступника та/або виконуючого обов’язки Генерального прокурора України.



Андрушко Петро Петрович
завідувач кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Відповідно до ч.1 ст.481 КПК письмове повідомлення про підозру здійснюється адвокатом, депутатом місцевої ради, депутатом Верховної Ради Автономної Республіки

Крим, сільському, селищному, міському голові - Генеральним прокурором, його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень; народному депутату України, кандидату у Президенти України, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, Голові або іншому члену Рахункової палати, прокурору Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, Директору або іншому працівнику Національного антикорупційного бюро України, заступникам Генерального прокурора, члену Національного агентства з питань запобігання корупції - Генеральним прокурором (виконувачем обов’язків Генерального прокурора); судді, судді Конституційного Суду України, присяжному на час виконання ним обов’язків у суді, Голові, заступнику Голови, члену Вищої ради правосуддя, Голові, заступнику Голови, члену Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, працівникам Національного антикорупційного бюро України - Генеральним прокурором або його заступником; Генеральному прокурору - заступником Генерального прокурора.

За буквального прямого тлумаченням приписів вказаної статті у їх системному взаємозв’язку, перший заступник Генпрокурора, а в деяких випадках – і виконуючий обов’язки Генерального прокурора, не наділений повноваженнями повідомляти про підозру спеціальному суб’єктові. Закон прямо не надав відповідних прав для цієї посади.

Зокрема, за КПК, перший заступник Генпрокурора має самостійний процесуальний статус. Так, п.15 ч.1 ст.3 кодексу встановлює, що перший заступник має відокремлений від Генпрокурора та його заступників персональний процесуальний статус у кримінальному провадженні. За ч.6 ст.36 КПК, він має право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови заступників Генпрокурора, що, безумовно, відрізняє його від останніх.

Частиною 1 статті 481 кодексу визначено перелік осіб, які наділені повноваженнями здійснювати повідомлення про підозру спеціальним суб'єктам, тобто вказані конкретно визначені посади службових осіб, перелік яких є виключним.

Відповідні приписи містяться і у ч.3 ст.49 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів»: слово «заступник» у законі вживається в однині, отже, йдеться саме про заступника (будь-якого, але виключно заступника), тобто про службу особу, яка обіймає конкретно визначену посаду; та у п. 13 ч. 1 ст. 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя.

У ч.4, 5 ст.36 КПК чітко виокремлюються посади першого заступника та заступників Генпрокурора. У кодексі є норми, в яких визначаються права відразу всіх заступників Генерального прокурора (можна припустити, що йдеться також і про першого заступника), незалежно від відмінностей цих посад, але в такому випадку про них говориться в множині й вживається термін «заступники», зокрема, так указано в п.3 ч.2 ст.294 КПК.

Відсутність у Генерального прокурора України, його заступника, прокурора АРК, області, міста Києва та міста Севастополя, керівника регіональної прокуратури належного процесуального статусу у кримінальному провадженні.

Чинний КПК участь прокурора у здійсненні досудового розслідування пов'язує виключно з процесуальним керівництвом таким розслідуванням. Зокрема, згідно з п.11 ч.2 ст.36 КПК повідомляти про підозру у вчиненні кримінального правопорушення уповноважений лише прокурор — процесуальний керівник.

Повноваження повідомляти будь-якій особі про підозру, зокрема й спеціальному суб'єкту, пов'язуються з наявністю права процесуального керівництва досудовим розслідуванням, що є визначальним, а отже, первинним, оскільки впливає з необхідності наглядати за додержанням законів під час проведення досудового розслідування. Службова особа, яка не здійснює прокурорського нагляду в конкретному кримінальному провадженні, не може нести процесуальної відповідальності за наслідки своїх дій. Адже вона не допущена до матеріалів провадження, а тому не в змозі дати оцінку наявності достатніх доказів та їх обґрунтованості для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Відповідно до ч.2 ст.37 КПК прокурор здійснює повноваження в кримінальному провадженні з його початку до завершення. Їх здійснення в цьому самому провадженні іншим прокурором можливе лише у випадках, передбачених чч.4, 5 ст.36, ч.3 ст.313, ч.3 ст.37 КПК. Перелік повноважень прокурора, що не є процесуальним керівником, на прийняття процесуальних рішень та вчинення процесуальних дій визначений у чч.4, 5 ст.36, ч.3 ст.37, ч.3 ст.313 кодексу є виключним і не може тлумачитись розширено. Оскільки серед цих повноважень немає права повідомляти про підозру

особі, зокрема спеціальному суб'єктові, таку процесуальну дію може вчинити лише процесуальний керівник. За ч.1 ст.276 КПК, повідомлення про підозру обов'язково здійснюється в порядку, передбаченому ст.278 цього кодексу. Частина 1 ст.278 КПК визначає суб'єктами, що повноважні повідомляти про підозру, слідчого та прокурора.

Отже, вживається термін «прокурор», перелік процесуальних повноважень якого надано саме у ст.36 КПК, яка пов'язує право на повідомлення про підозру особі лише з процесуальним керівництвом.

Здійснення повідомлення про підозру спеціальному суб'єктові виключно належною процесуальною особою є похідним повноваженням від первинного права, що впливає з процесуального керівництва. Обмеження переліку процесуальних керівників у кримінальному провадженні, що мають право повідомляти про підозру спеціальним суб'єктам, зумовлене особливим статусом останніх та гарантіями їх незалежності у професійній діяльності.

Єдиним підтвердженням повноважень прокурора відповідно до положень КПК, а також пп.2 п.3.1 розд.3 Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, які здійснюються у формі процесуального керівництва, є витяг з ЄРДР. При цьому дані щодо процесуального керівника (прокурора у кримінальному провадженні) відповідно до пп.2 п.3.1 розд.3 зазначеного положення вносяться до ЄРДР невідкладно. Обвинувальний акт, зокрема, обов'язково містить дані щодо процесуальних керівників у кримінальному провадженні, однак при цьому відсутні дані щодо Генерального прокурора та/або його заступників, якими повідомлено про підозру спеціальним суб'єктам, що вказує на вручення повідомлення особою, не наділеною процесуальними повноваженнями.

Аналіз ст.37 КПК свідчить про те, що Генпрокурор або його заступник не можуть виконувати функції процесуального керівництва у кримінальному провадженні на певних його етапах фрагментарно, якщо вони не визначені процесуальними керівниками від початку провадження. Процедура визначення процесуального керівника прописана кодексом достатньо імперативно, чітко регламентована.

Заміна процесуального керівника лише через необхідність повідомлення про підозру особі законом не передбачена. Закон (ч.3 ст.37, ч.3 ст.313 КПК) визначає виключні випадки заміни процесуального керівника, які пов'язує лише з неможливістю виконання останнім своїх повноважень через конкретні, встановлені законом обставини.

Можливість уведення Генпрокурора чи його заступника до складу групи прокурорів (до якої входять прокурори нижчого рівня) — процесуальних керівників, котрих раніше призначено керівником відповідного органу прокуратури, в якому перебуває кримінальне провадження, виключається через керівні повноваження Ген-прокурора та його заступників. Лише керівник такого органу прокуратури має право визначати процесуальних керівників. Згідно з ст.37 КПК він, з урахуванням ч.6 ст.36 кодексу, не може своїм рішенням включати до складу такої групи своє вище керівництво.

Разом з тим, якщо кримінальне провадження не

здійснюється слідчим слідчого підрозділу ГПУ, то Генпрокурор, його заступники не мають права визначати процесуальних керівників у ньому з числа прокурорів, які не працюють у Генпрокуратурі. Такий висновок випливає з аналізу чч.4—6 ст.36 та ст.37 КПК. Отже, повідомити про підозру спеціальному суб'єктові може лише Генпрокурор чи його заступник, які є процесуальними керівниками в конкретному кримінальному провадженні від самого його початку. Якщо створено групу процесуальних керівників, то відповідно до ч.6 ст.36 КПК вони обов'язково мають бути в ній старшими.

Заміна процесуального керівника можлива лише за умови здійснення провадження ГПУ шляхом заміни Генпрокурора на його заступника чи навпаки або одного заступника на іншого. Це можливо лише у випадках, указаних у ч.3 ст.37, ч.3 ст.313 кодексу.

Таким чином, системний аналіз норм КПК дозволяє дійти висновку, що кримінальне провадження стосовно спеціального суб'єкта може здійснюватися лише за умови процесуального керівництва в ньому Генпрокурора чи його заступника.

Повідомлення про підозру – процесуальне рішення і процесуальна дія.

Поняття «повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення» у КПК вживається у двох значеннях:

- для позначення відповідного процесуального акту, складеного прокурором — процесуальним керівником або слідчим, який визначений (призначений) керівником органу досудового розслідування для здійснення досудового розслідування у кримінальному провадженні. Повідомлення про підозру як процесуальний акт має містити відомості, вичерпний перелік яких наведено у ст.277 КПК;
- для позначення відповідної процесуальної дії стосовно складення та вручення повідомлення особі про підозру у вчиненні нею кримінального правопорушення.

Принципово важливим є те, що відповідно до положень КПК і складання зазначеного процесуального акту, і його вручення має здійснюватися однією і тією ж особою — слідчим або прокурором — процесуальним керівником. При цьому слідчий чи прокурор, які не склали повідомлення про підозру, не наділені КПК правом вручати його.

Так, згідно з ст.277 КПК повідомлення про підозру має містити, зокрема, такі відомості:

- прізвище та посаду слідчого, прокурора, який здійснює повідомлення (п.1 абз.2 ч.1);
- підпис слідчого, прокурора, який здійснив повідомлення (п.8 абз.2 ч.1).

Отже, в обох випадках ідеться про одну й ту саму особу прокурора. Більше того, за структурою повідомлення про підозру, визначеною в кодексі й навіть розбитою на пункти, підпис прокурора, який здійснив повідомлення про підозру, ставиться після роз'яснення прав підозрюваного (п.7 абз.2 ч.1). Тому роз'яснити права підозрюваного має виключно слідчий, прокурор, який

прийняв процесуальне рішення, — склав, тобто здійснив, повідомлення.

Вручення повідомлення про підозру як процесуальну дію не може вчиняти особа, яка не складала цей документ. Це також випливає із ч.2 ст.276 КПК, за якою до осіб, котрі не наділені правом повідомляти про підозру, але мають право повідомляти права затриманій особі — підозрюваному, віднесені лише службові особи, які згідно із законом затримали таку особу. Інші випадки роз'яснення прав підозрюваного особою, котра не здійснює повідомлення, законом не передбачені.

Пряма вимога закону щодо складення та здійснення повідомлення про підозру однією належною процесуальною особою.

Законодавство визначає слова «здійснення» та «реалізація» як синоніми. За буквального тлумачення норми, здійснення повідомлення про підозру — це втілення цього повідомлення в життя, коли воно стає дійсним, а це можливо лише шляхом його вручення підозрюваній особі. Де-факто повідомлення про підозру є комплексним нерозривним поєднанням процесуального рішення у вигляді письмового повідомлення та процесуальної дії у формі власне здійснення повідомлення шляхом його вручення.

З аналізу змісту стст.42, 277 КПК випливає, що процесуального статусу підозрюваного (крім випадку затримання) особа набуває не після складання тексту, а лише після вручення повідомлення. Саме із цим моментом пов'язується набуття особою відповідних процесуальних прав після їх роз'яснення слідчим, прокурором. Виходячи зі змісту ст.277 кодексу, процесуальні дії щодо складення і вручення повідомлення про підозру може вчинити виключно одна й та сама службова особа, котра має відповідні процесуальні повноваження.

Так, повідомлення про підозру спеціальному суб'єктові може здійснити виключно Генпрокурор або його заступник, визначений тільки Генеральним прокурором (як керівником органу прокуратури — п.9 ч.1 ст.3 КПК) процесуальним керівником у кримінальному провадженні від самого його початку чи замінений виключно Генпрокурором у випадках, передбачених ч.3 ст.37, ч.3 ст.313 КПК, шляхом заміни прокурора — процесуального керівника — Генпрокурора чи його заступника, який раніше здійснював процесуальне керівництво.

Вимога щодо додержання строків, визначених для здійснення повідомлення про підозру.

Відповідно до ч.1 ст.278 КПК письмове повідомлення про підозру вручається в день його складення слідчим або прокурором особисто.

З комплексного аналізу приписів стст.42 та 278 КПК випливає, що вручення повідомлення про підозру в спосіб, передбачений для вручення повідомлень, може здійснюватися виключно у випадку не встановлення місцезнаходження особи, тобто переховування її від слідчого. Відповідно до ч.1 ст.281 кодексу, якщо під час досудового розслідування місцезнаходження підозрюваного невідоме, то слідчий, прокурор оголошують його в розшук.

У стст.42 та 281 КПК застосовуються однакові за змістом словосполучення «не встановлення місцезна-

ходження особи». Очевидно, повідомлення особи, місцезнаходження якої не встановлено, про підозру шляхом вручення повідомлення поштою можливе лише у випадку наявності підстав для подальшого розшуку такої особи.

Пропущення строків, визначених ч. 1 ст. 278 КПК має наслідком втрачання права належної процесуальної особи здійснити таке повідомлення про підозру, а також відсутність права в подальшому використовувати складене повідомлення про підозру.

Отже, повідомлення про підозру має бути вручене особисто або (у випадку неможливості такого вручення — у спосіб, передбачений КПК для вручення повідомлень) відправлене для вручення в порядку, визначеному ст. 135 КПК, виключно в день його складення.

Якщо у цей строк воно не вручене або не відправлене для вручення, повідомлення про підозру втрачає чинність і прокурор втрачає право на його вручення.

Законом визначений конкретний строк для чинності повноважень на вчинення процесуальної дії.

Отже, сплив такого строку припиняє відповідні повноваження, а тому втрачає чинність процесуальне рішення у вигляді письмового повідомлення про підозру.

Відсутність прямо передбаченого порядку передоручення повноважень щодо здійснення повідомлення про підозру спеціальному суб'єктові особам, що прямо не визначені у вичерпному переліку належних для цього процесуальних осіб.

Глава 22 КПКУ визначає вимоги щодо здійснення повідомлення про підозру. Зокрема, ст. 27 КПК передбачено, що повідомлення про підозру обов'язково здійснюється в порядку, передбаченому статтею 278 цього Кодексу, у випадках: затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; обрання до особи одного з передбачених цим Кодексом запобіжних заходів; наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Особливості повідомлення про підозру окремій категорії осіб визначаються главою 37 цього Кодексу.

Відповідно до ст. 481 КПК письмове повідомлення про підозру здійснюється:

1) адвокату, депутату місцевої ради, депутату Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільському, селищному, міському голові - Генеральним прокурором, його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень;

2) народному депутату України, кандидату у Президенти України, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, Голові або іншому члену Рахункової палати, прокурору Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, Директору або іншому працівнику Національного антикорупційного бюро України, заступникам Генерального прокурора, члену Національного агентства з питань запобігання корупції - Генеральним прокурором (виконувачем обов'язків Генерального прокурора);

3) судді, судді Конституційного Суду України, присяж-

ному на час виконання ним обов'язків у суді, Голові, заступнику Голови, члену Вищої ради правосуддя, Голові, заступнику Голови, члену Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, працівникам Національного антикорупційного бюро України - Генеральним прокурором або його заступником;

4) Генеральному прокурору - заступником Генерального прокурора.

Про застосування запобіжного заходу, згідно ч. 1 ст. 483 КПК, ухвалення вироку повідомляються: щодо адвокатів - відповідні органи адвокатського самоврядування; щодо інших категорій осіб, передбачених статтею 480 цього Кодексу, - органи і службові особи, які їх обрали або призначили чи відповідають за заміщення їхніх посад.

Тема : «Слідчий суддя в контексті практики ЄСПЛ. Вмотивованість ухвали слідчого судді»

На сьогодні питання здійснення кримінального провадження щодо спеціальних суб'єктів — адвокатів, суддів, депутатів стало нагальним.

Дуже добре, що адвокатська спільнота виявилась згуртованою в питанні захисту своїх прав, і гарантії адвокатської діяльності, визначені законом, не залишились простою формальністю.

Широко обговорюється питання про надання дозволу на проведення обшуку в приміщенні адвоката. Яким чином повинен діяти слідчий суддя у випадку, якщо в клопотанні слідчий (прокурор) не зазначив про те, що приміщення належить адвокату або ним використовується?

Лунають пропозиції про те, що слідчий суддя має перевіряти кожне клопотання, та звіряти з реєстром адвокатів чи зареєстрована адвокатом та особа, у якій збираються провести обшук. Мусимо визнати, що законодавством такий обов'язок слідчого судді не передбачений. Це питання відноситься до сфери відповідальності слідчого та прокурора.

Щодо вмотивованості ухвал слідчого судді

Однозначно будь-яке судове рішення має бути вмотивованим. Окремо слід зазначити, що у разі складання та оголошення резолютивної частини ухвали, повний



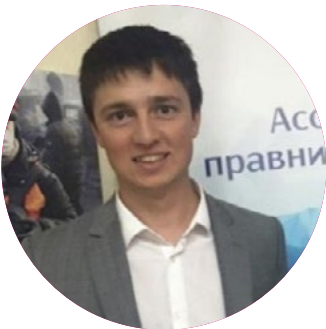
Антонюк Марина Станіславівна
суддя Шевченківського районного суду м. Києва

текст такої ухвали має бути оголошений в найкоротший термін та наданий сторонам для реалізації права на оскарження.

Про застосування практики ЄСПЛ в практиці суддів

Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Водночас, на мою думку, практику ЄСПЛ найбільш доцільно застосовувати у тих випадках, коли питання не вирішується на рівні національних нормативно-правових актів або суперечить їм. Для прикладу, питання обґрунтованості підозри нашим законодавством не визначено, тому судді застосовують практику Європейського суду. Натомість питання допустимості доказів достатньо врегульовано Кримінальним процесуальним кодексом України, і лише в разі крайньої потреби, мотивацію судового рішення у цьому контексті варто підсилювати відповідною практикою Європейського суду з прав людини.»

Тема : «Вмотивованість ухвали слідчого судді»



**Гладкий Дмитро
Вікторович**

адвокат, партнер АО «Гладкий, Яценко та Партнери»

Незважаючи на те, що слідчі судді судів першої інстанції здійснюють судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час досудового розслідування, деякі питання все ще потребують як уточнення з боку законодавства, так і належної процесуальної поведінки з боку усіх учасників процесу.

Права одного учасника процесу мають знайти своє відображення в обов'язках іншого учасника процесу. Такий порядок забезпечує ефективну реалізацію прав.

Згідно з частиною першою статті 220 КПК України, клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, про виконання будь-яких процесуальних дій слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав. Відповідно до частини другої статті 113 КПК України, будь-яка процесуальна дія або сукупність дій під час кримінального провадження мають бути виконані без невиправданої затримки і в будь-якому разі не пізніше граничного строку, визначеного відповідним положенням цього Кодексу.

Таким чином, за наявності мотивованого та обґрун-

тованого клопотання сторони захисту слідчий, прокурор зобов'язаний не лише розглянути таке клопотання, а й задовольнити його у встановлений триденний строк.

У випадку бездіяльності слідчого, прокурора, сторона захисту має право звернутися до слідчого судді за скаргою на таку бездіяльність, а слідчий суддя, відповідно до пункту 1 частини першої статті 303 КПК України, зобов'язаний розглянути таку скаргу та задовольнити її за наявності відповідних підстав.

Слід виокремити випадки, коли сторона захисту звертається до прокурора з клопотанням про закриття кримінального провадження на підставі статей 283, 284 КПК України. Найпоширенішими серед них є клопотання про закриття кримінального провадження у зв'язку з порушенням розумних строків досудового розслідування, поєднаним з вичерпанням законних можливостей отримання додаткових доказів та явна відсутність складу злочину, така як відсутність суб'єкту складу злочину.

Як у першому так і у другому випадку, сторона обвинувачення, отримавши відповідне клопотання про закриття кримінального провадження має можливість надати мотивовану відповідь про неможливість прийняття такого процесуального рішення. Очевидними мотивами відмови у задоволенні клопотання сторони захисту є перелік слідчих дій, які мають бути виконані та можуть бути виконані для збирання достатніх доказів про прийняття прокурором рішення за статтею 283 КПК України. У випадку наявних очевидних ознак відсутності суб'єкту кримінального правопорушення, прокурор також не позбавлений можливості надати обґрунтовану відповідь на клопотання, у якому зазначаються підстави хибності доводів сторони захисту.

Як бути у випадку отримання необґрунтованої, формальної відповіді прокурора на клопотання? Адже з моменту притягнення особи до кримінальної відповідальності, її права та свободи можуть бути суттєво обмежені заходами забезпечення кримінального провадження. Окрім того, витрачаються бюджетні кошти та людські ресурси для підтримання кримінального провадження, «приреченого на виправдувальний вирок».

За будь-яких обставин, на момент розгляду слідчим суддею скарги на бездіяльність прокурора, сторони вже мають цілком сформовану позицію та докази її обґрунтованості. Слідчий суддя на цій стадії може перевірити докази на предмет допустимості, належності, достовірності.

Крім того, сторона обвинувачення має право обґрунтовано послатися саме на передчасність прийняття рішення про закриття кримінального провадження чи прийняття інших рішень, передбачених статтею 283 КПК України.

Цілком очевидно, що за відсутності обґрунтованих заперечень проти скарги сторони захисту до слідчого судді про бездіяльність прокурора, яка полягає у невиконанні ним обов'язку прийняти рішення за статтями 283, 284 КПК України, слідчий суддя зобов'язаний скаргу задовольнити.

У такому випадку слідчий суддя постановляє ухвалу, якою зобов'язує уповноваженого прокурора у кримінальному провадженні вчинити дії, визначені відповідними пунктами та частинами статей 283, 284 КПК

України, розглянути і за наявності відповідних підстав прийняти постанову про закриття кримінального провадження.

Можна зробити цілком обґрунтований висновок, що судовий контроль слідчим суддею під час досудового розслідування, направлений на дотриманням прав, свобод та інтересів осіб є також ефективним інструментом збереження бюджетних коштів держави та розвантаження правоохоронних органів від витрачання часу на кримінальні провадження, що помилково продовжують розслідуватися.

Тема : «Спеціальний суб'єкт. Пред'явлення підозри спеціальному суб'єкту: судді, адвокату, народному депутату»



**Кравець Ілля
Олександрович**

заступник начальника шосто-го відділу з розслідування кримінальних проваджень управління з розслідування особливо важливих справ Головного слідчого управління Генеральної прокуратури України

В мене є всі підстави погодитись із адвокатом Суховим Ю.М. Так, в кримінальному законодавстві є неточності, на які слід звернути увагу. До цих неточностей, я б відніс перелік повноважень прокурора, хто є заступником Генерального прокурора України. Не було б зайвим уточнити дані норми закону.

Є позиція, з якою часто стикаюся в роботі, якщо в кримінальному законі є визначена посада для пред'явлення підозри спеціальному суб'єкту, то, на мою думку, це має бути

тільки ця особа. І органи прокуратури неухильно дотримуються цих норм.

Стосовно повідомлення про підозру - проблема в тому, що якщо ж порівнювати із старим КПК України то аналогом повідомлення про підозру, є постановою про звинувачення, де зазначені підстави такого звинувачення, хто прийняв рішення про таке звинувачення та яким чином повинна здійснюватися ця процедура. В новому ж КПК України ця процедура віднесення до процесуальних повідомлень. В КПК не регламентовано яким чином повинно здійснюватися таке повідомлення, бо є деякі проблеми стосовно повідомлення спеціального суб'єкта про підозру.

Також хочу зазначити, що є норми, які передбача-

ють порядок повідомлення про підозру, якщо немає можливості вручити таке повідомлення особисто. Таким чином, існує дилема, чи може листиноша, в разі надіслання підозри поштою, вручити особі повідомлення про підозру, чи достатньо в нього повноважень для такої дії.

В доповнення до позицій моїх колег, хочу сказати, що я повністю згоден із адвокатом Суховим Ю.М. Так, на сьогодні в КПК України існують проблеми щодо визначення статусу першого заступника прокурора. Глава 37 КПК України дійсно не передбачає те, що він має право здійснювати повідомлення про підозру спеціальному суб'єкту, а саме, судді, народному депутату та адвокату.

Але, в свою чергу, ст.36 КПК визначені повноваження першого заступника ГПУ, в тому числі в нього є процесуальне право скасовувати постанови заступників прокурора, і це процесуальне повноваження дещо вище ніж повноваження заступників Генерального прокурора. Але, все ж таки, я вважаю, що в гл. 37 КПК, це скоріш за все, помилка законотворця, щодо не включення першого заступника до цієї глави. Бо, як на мене, його посада дещо вища ніж посада заступника генерального прокурора і він нічим не відрізняється. Але, якщо ж дивись з букви закону, то якщо будуть випадки порушення норм кримінального законодавства, то це стане можливістю для адвокатів оскаржувати повідомлення про підозру спеціальному суб'єкту.



**Ясир Олександр
Миколайович**

заступник начальника Третього відділу з розслідування кримінальних проваджень управління з розслідування особливо важливих справ Головного слідчого управління Генеральної прокуратури України

Тема : «Спеціальний суб'єкт. Пред'явлення підозри спеціальному суб'єкту: судді, адвокату, народному депутату»



**Гладун Олександр
Зіновійович**

начальник відділу науково-методичного забезпечення участі прокурорів у кримінальному провадженні Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

Варто погодитися, що найбільш конструктивним підходом є розгляд певної правової норми з точки зору не лише її змісту, а й призначення (мети). Видається, що особливий порядок кримінального переслідування чи початку притягнення спеціального суб'єкта до кримінальної відповідальності обумовлений певними об'єктивними обставинами. Зокрема, Лідія Ізовітова переконана, що такий порядок стосовно адвоката обумовлений тим, що його діяльність пов'язана з ризиком. Звичайно, це складно заперечити, тим не менше, хочу нагадати, що діяльність прокурора теж пов'язана з ризиком, але він не має таких спеціальних гарантій.

Отже, щодо повідомлення про підозру адвокату. Слід зауважити, що різні закони по-різному регулюють це питання. При цьому треба враховувати дуалізм правової природи повідомлення про підозру, який не дає нам можливості однозначно відповісти, що ж дійсно мав на увазі законодавець закріплюючи ту чи іншу конкретну правову норму. Наприклад, у статті 481 КПК України йдеться про письмове повідомлення про підозру. У цьому випадку не виникає сумніву, що йдеться саме про повідомлення про підозру як певне процесуальне рішення.

Тим не менше, КПК України не визначає його процесуальним рішенням, про що свідчать положення статті 110 КПК України, де визначено, що процесуальним рішенням слідчого чи прокурора є постанова, а також обвинувальний акт – спеціальне процесуальне рішення, яким закінчується досудове розслідування. Якщо ж звернутися до Закону України «Про судоустрій», то побачимо, що судді може бути повідомлено про підозру лише Генеральним прокурором або його заступником. У цій частині йдеться про вчинення процесуальної дії – повідомлення про підозру. Отже, висловлюючись приблизно однаково, законодавець має на увазі різні речі.

Водночас, навряд хтось заперечуватиме тезу про те, що оскільки законом визначено того, хто складає

письмове повідомлення про підозру, остільки має бути й визначено й того, хто повинен його вручити. І особа може вважатися підозрюваним лише з того моменту, коли їй таке повідомлення вручено, а не тоді, коли воно складено. Єдиним винятком є ситуація, коли невідоме місцезнаходження такої особи. Лише тоді особа визнається підозрюваним без особистого вручення повідомлення про підозру.

Отже, якщо Закон визначає конкретного суб'єкта, який має право скласти «письмове повідомлення про підозру», то й відповідно мав би визначати того, хто може його вручити. На жаль, чітко це не врегульовано. Ми можемо дискутувати на цю тему досить довго, але однозначної відповіді в законодавстві немає. Проте, незважаючи на вказане, я твердо переконаний, що в будь-якому випадку вручити таке повідомлення теж має лише уповноважений суб'єкт. Адже порушення цього правила призведе до визнання здобутих у подальшому доказів недопустимими, скасування юридичного факту визнання особи підозрюваною.

У цьому контексті складається й відповідна практика. Якщо розглядати процедуру повідомлення про підозру як гарантію адвокатської діяльності з точки зору існування двох складових – складання (підписання) і відповідно вручення повідомлення про підозру, важливо відповісти, в чому ж полягає зміст порушення процесуальної гарантії захисту від незаконного початку переслідування адвоката? Невже у порушенні власне самої процедури вручення такого повідомлення про підозру, яке підписано і складено належним суб'єктом? Адже вручення повідомлення про підозру спеціальному суб'єкту виключно Генеральним прокурором чи його заступниками не завжди можливе з огляду на об'єктивні обставини – треба розуміти, скільки правопорушень за участі таких суб'єктів відбувається в країні протягом хоча-би одного дня. Натомість формальне виконання цих вимог заступником Генерального прокурора теж не буде належною правовою гарантією дотримання прав підозрюваного, з чим погоджуються й адвокати. Тобто, знову ж таки, абсолютизація цієї процедури і визначення такого повноваження лише за Генеральним прокурором чи його заступником, не забезпечує тих реальних гарантій, які потрібні власне в цьому випадку.

Виходячи з наведеного, я також не можу погодитися з тією тезою, що у вказаний спосіб прокурори намагаються зняти з себе відповідальність за незаконне притягнення адвоката чи іншого спеціального суб'єкта до кримінальної відповідальності. Абсолютно не ці мотиви переслідуються в таких випадках, оскільки всі прекрасно розуміють, що саме той, хто підписав повідомлення про підозру й несе юридичну відповідальність за відповідне рішення (за умови визнання його процесуальним рішенням).

Що ж стосується другої складової розглядуваного питання – поняття уповноваженого суб'єкта. Отже, чи повинен заступник або керівник регіональної прокуратури бути включеним до складу групи прокурорів у відповідному кримінальному провадженні? Із цим не можна погодитися з огляду на положення КПК України, які передбачають існування трьох різних категорій прокурорів у кримінальному провадженні. Наприклад, прокурор вищого рівня згідно з ч. 6 ст. 36 КПК Украї-

ни уповноважений скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих та прокурорів нижчого рівня, про що він повідомляє прокурора, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення відповідного досудового розслідування.

Тобто керівник органу прокуратури, прокурор вищого рівня і прокурор–процесуальний керівник – це різні суб'єкти. Зокрема, у статті 3 КПК України чітко розмежовано поняття «прокурор» і «керівник органу прокуратури». Кожен із них має свої власні повноваження й своє призначення. До речі, в статті 3 КПК України зазначено, що прокурором є особа, яка обіймає посаду, передбачену в статті 17 Закону України «Про прокуратуру», та діє у межах своїх повноважень. Насправді ж слід вести мову про статтю 15, де міститься перелік посад прокурорів, а не статтю 17, в якій визначено підпорядкування прокурорів. Щодо прокурора-процесуального керівника, то його повноваження дійсно виникають лише з моменту включення до групи прокурорів або призначення його прокурором-процесуальним керівником у конкретному кримінальному провадженні, що здійснюється на підставі постанови керівника відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. При цьому керівник органу прокуратури має доступ до ЄРДР і самостійно приймає рішення про визначення або конкретного процесуального керівника, або групи прокурорів – у разі необхідності. Отже, відмінність у їх процесуальних статусах, насамперед, полягає в тому, що керівник органу прокуратури фактично здійснює організаційні повноваження у кримінальному провадженні призначаючи, здійснюючи заміну відповідного прокурора-процесуального керівника.

В свою чергу, повноваження прокурора вищого рівня визначені не лише у частинах 5, 6 ст. 36 КПК України, а й в окремих спеціальних статтях цього Кодексу, наприклад, 341, 481 та ін. Тож, чому він повинен входити до групи прокурорів, якщо в законі чітко передбачено його повноваження, у т.ч. повідомляти про підозру спеціального суб'єкта?

Повертаючись до подвійної правової природи повідомлення про підозру. Існують підстави розглядати його як процесуальне рішення (процесуальний акт), хоча в КПК України це не передбачено, але підтверджується досить успішною практикою оскарження таких повідомлень. Очевидно, що таке повідомлення як процесуальне рішення щодо спеціального суб'єкта (адвоката, депутата місцевої ради, депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільського, селищного, міського голови) може бути прийняте лише уповноваженою особою, перелік яких визначено в статті 481 КПК України. Щодо ж стосується здійснення самого повідомлення, тобто процесуальної дії, то, як вже наголошувалося, це є компетенцією уповноваженого суб'єкта, яким може бути прокурор, що здійснює повноваження процесуального керівника у конкретному кримінальному провадженні.

Звичайно, мають бути дотримані й інші правові гарантії цієї процесуальної дії, зокрема вручення повідомлення має відбуватися в день його складення (ч. 1 ст. 278 КПК України), супроводжуватися повідомленням про права та обов'язки підозрюваного (ч. 8 ст. 42 КПК України) і т.д. Тим не менше, як уже наголошувалося, у

Законі чітко не передбачено вручення повідомлення про підозру виключно тим, хто склав це повідомлення. Однак, вручати таке повідомлення, без сумніву, повинен лише уповноважений суб'єкт. І ним є або прокурор-процесуальний керівник у кримінальному провадженні, або прокурор, який склав (підписав) це повідомлення.

Тема : «Особливий порядок кримінального провадження: позиції в рішеннях Європейського суду з прав людини»

Слід розуміти, що особлива процедура розслідування у даному випадку – не питання «in absentio», тобто заочного розгляду, а питання особливих процедур стосовно специфічної категорії суб'єктів.

Недосконалість закону, яка є предметом обговорення, насправді, було визнано ще у 2012 році, коли положення нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) піддавалися експертизі Ради Європи.¹ Зокрема, висновок, наданий 10 травня 2012 року Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності Генерального Директорату з питань прав людини та верховенства права Ради Європи, містив зауваження саме щодо статей 481-482 КПК України та вказівку – ретельно ставитися до їх застосування, адже невідповідність процедур та можливість внесення хаотичних змін до пов'язаних норм призведе до відсутності процедурних та процесуальних гарантій для сторін, а від так, може спричинити порушення права на справедливий судовий розгляд. Крім того, слід мати на увазі, що мова іде не лише про спеціальні категорії суб'єктів, не лише про адвоката, суддю, народного депутата. Мова іде так само про осіб, яких зачепили дії, у тих випадках, коли така поведінка була пов'язана з виконанням адвокатами, суддями, депутатами своїх професійних обов'язків².



**Плотнікова Вероніка
Петрівна**

начальник відділу дослідження проблем впровадження практики Європейського суду з прав людини в прокурорську діяльність Національної академії прокуратури України, кандидат юридичних наук

¹ Аналіз відповідності Кримінального процесуального кодексу України, прийнятого Верховною Радою України та поданого на затвердження Президенту України, наведеним у експертній оцінці рекомендаціям та подальшим пропозиціям, проведений такими експертами: Джереми Макбрайд, Лорена Бахмаєр Вінтер, Ерік Свандіє.

² Слід зважати, що застосування ч.2-3 статті 482 КПК може призводити до відмови у реалізації права на суд згідно статті 6 Європейської Конвенції, якщо з огляду на недоторканість народного депутата особи, яких зачепили його дії, не мають засобів правового захисту у тих випадках, коли така поведінка не була пов'язана з виконанням ним (нею) своїх депутатських функцій (Ернст та інші проти Бельгії, № 33400/96, 15 липня 2003 р. та Кордова проти Італії (№ 2), № 45649/99, 30 січня 2003) - п. 165 вказаного вище Висновку

Для розуміння витоків таких проблем варто звернутися до рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, ЄСПЛ не надає єдину та непорушну оцінку особливому порядку кримінального провадження, однак вказує на точкові проблеми в певних випадках. Видається цікавим рішення ЄСПЛ «Німієц проти Німеччини» (Niemietz v. Germany) від 16 грудня 1992 року, в якому висловлено наступне: не завжди можливо чітко розмежувати, яка діяльність людини становить частину її професійної або ділового життя. Таким чином, особливо в разі, коли людина має гуманітарну професію, її робота в такому контексті може стати невід’ємною частиною її життя до такої міри, що стає неможливим визначити, в якості кого вона діє в даний момент часу. Позбавлення людини захисту за статтею 8 (Конвенції) на тій підставі, що міра, на яку подано скаргу, відноситься до професійної діяльності, може призвести до нерівності, оскільки такий захист залишився б доступним лише для тих, чия професійна і непрофесійна діяльність настільки тісно переплетені, що немає ніякої можливості їх розмежувати. Втім, професійна діяльність адвоката дуже схожа з його приватним життям і втручання у професійну діяльність, частково завжди тягне і втручання у приватне життя. Тому все ж має відбуватися таке відмежування між сферами життя (п.29). Така позиція визначає, що у переліку вказаних в статті 480 КПК посад мають бути чітко визначені розмежування, коли справа стосується професійної діяльності, а коли – приватного життя.

Варто зауважити, що ряд нюансів здійснення особливого порядку кримінального провадження розкрито в інших рішеннях ЄСПЛ. Зокрема, ЄСПЛ в рішенні «Бак проти Німеччини» встановив, що «поняття «житло» у пункті 1 ст. 8 Конвенції з прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) охоплює не лише приватне житло особи. Він наголошує, що слово *domicile* у французькій версії ст. 8 Конвенції має ширшу конотацію, ніж слово «житло», і може поширюватися, наприклад, на приміщення, в якому особа займається професійною діяльністю». В тому числі, ст. 8 Конвенції поширюється і на офіс адвоката. В справі «Ромен і Шміт проти Люксембургу» ЄСПЛ встановив, що при здійсненні обшуку офісу адвоката з метою викриття джерел інформації його клієнта-журналіста було не лише порушено право адвоката на приватне життя в розумінні ст. 8 Конвенції, але й право, гарантоване ст. 10 Конвенції (свобода вираження поглядів), щодо його клієнта. Окрім того, в даному Рішенні суд вказав, що постанова про проведення обшуку була сформульована з використанням загальних понять, а тому надавала широкі повноважень особам, котрі проводили обшук. Зазначене формулювання червоною ниткою проходить через всі рішення ЄСПЛ щодо здійснення обшуку приміщень адвокатів та є головною підставою для визнання порушеним право адвоката, гарантоване ст. 8 Конвенції (рішення в справах «Смирнов проти Російської Федерації», «Андре і інший проти Франції», «Манчевські проти Молдови»).

Окрім того, ЄСПЛ в п. 47 рішення по справі «Андре і інший проти Франції» зауважив, що, Конвенція також не забороняє накладати на адвокатів певну кількість зобов’язань, які можуть стосуватись взаємовідносин з їхніми клієнтами. Йдеться, зокрема, про випадки, коли

встановлено наявність ознак, що дозволяють припускати залучення адвоката до скоєння правопорушення чи в контексті боротьби з окремими видами практики. У кожному випадку заходи з боку правоохоронних органів щодо адвокатів мають бути чітко обмеженими, оскільки адвокати посідають центральне місце в здійсненні правосуддя, і їхній статус посередників між підсудними та судами дозволяє кваліфікувати їх як помічників правосуддя».

В питаннях особливих порядків провадження щодо народних депутатів варто згадувати про рішення ЄСПЛ «Крат проти Туреччини», яким наголошується на необхідності гармонії між можливістю політичного впливу, стабільністю політичного органу, яким є парламент та безпосередньою діяльністю народного депутата, який може бути злочинцем.

Комплексне розуміння позицій ЄСПЛ з питань застосування особливих процедур та порядків притягнення до відповідальності до визначеної категорії суб’єктів вказує на такі акценти, як співмірність засобів і цілі, дотримання прав всіх учасників такого процесу та справедливий баланс між інтересами конкретної особи і суспільства.

Коли ЄСПЛ приймає рішення про порушення державою в особі своїх представників Конвенції, він приймає це рішення стосовно всієї держави, і дані наслідки мають відлуння для всіх громадян, в решті решт не вигідно це все виходить для усіх. Адекватним та змістовним полілогом, стосовно того, як саме виходити з ситуації, коли законодавець не в змозі деталізувати окремі процедурні питання, можна допомогти як дотриманню інтересів суспільства, так і захисту прав і свобод людини в цілому.

Тема : «Спеціальний суб'єкт. Пред'явлення підозри спеціальному суб'єкту: судді, адвокату, народному депутату»



Боряк Ганна Леонідівна
Голова Комітету НААУ
Захисту прав та гарантій
адвокатської
діяльності, адвокат.

У нас в країні започаткована ганебна практика пред'явлення у кримінальних провадженнях необґрунтованих підозр. Особливо це стосується громадян із спеціальним статусом – суддів та адвокатів.

Власне, така практика є наслідком відсутності судового контролю за слідством, і великого масиву матеріалів, які отримують на вирішення слідчі судді. Однак, це зовсім не означає, що державні гарантії можна із такою легкістю нехтувати.

У якості прикладу приведу одну Одеську справу.

Отже, адвокату Ч. Одеським обласним прокурором проголошено про підозру. Сам документ складається із викладу обставин вчинення кримінального правопорушення групою осіб, далі – підпис прокурора, та процитовані статті кримінального процесуального закону, які, на думку прокурора, очевидно, і є роз'ясненням прав. Знову підпис. І далі допис: проголошення підозри доручити прокурору місцевої прокуратури З. - без підпису. На вручення підозри прибув слідчий Національної поліції К. без будь-якого доручення. Слід зауважити, що прокурор Одеської області, який ймовірно, склав цей документ, не входить до групи процесуальних керівників, хоча це прямо визначено кримінальним процесуальним законом.

Питання риторичне: чи вручена підозра адвокату Ч., а якщо ні – то куди дивились судді Приморського суду Одеси та колегія Апеляційного суду Одеської області, зважаючи на те, що про обставини неналежного проголошення підозри адвокати колеги Ч. хіба що не кричали у рупор на усю Одесу.

У адвокатському середовищі проблема необґрунтованості підозри є найбільш дискусійною. З цього приводу Національною Асоціацією адвокатів України проводились численні дискусійні круглі столи. І ніби, усі учасники розуміють про що мова, та висловлюють доволі аналітичні та досконалі пропозиції. Прийшли до того, що обґрунтована підозра – це документ, у якому містяться посилання на обставини, які вказують на склад

кримінального правопорушення у межах інкримінованої статті кримінального закону.

Однак, коли доходить справа до практики...

Що стосується обґрунтованості підозри адвокату Ч. – то у мене є великі сумніви, що документ складав прокурор Одеської області, бо у ній відсутній основний елемент об'єктивної сторони злочину – протиправне діяння, яке вчинив адвокат Ч. У підозрі є усе що завгодно – і обставини знайомства адвоката Ч. із іншими підозрюваними (як потім виявилось, це його клієнти), і обставини придбання мобільних телефонів, і інші дії, які вчиняє кожна адекватна людина у побуті – та ніяк не протиправні дії. Із цього масиву інформації прокурор (а за його спиною слідчий К., бо рівень написаної нісенітничі просто не може виходити з-під прокурорського пера) робить висновки, що адвокат Ч. вчинив протиправні діяння. Тобто, у документі відсутній факт, а наявний висновок – чудова правова логіка!

Тут слід зауважити, що досудовим слідством, як це визначено ст.9 КПК, тобто, слідчим та прокурором повинні досліджуватись обставини кримінального провадження. До них ст. 91 КПК відносить подію кримінального правопорушення (час, місце, спосіб, та інше...), винуватість обвинуваченого у вчиненні правопорушення, та інше.

Ці обставини мають узагальнюючий, орієнтуючий характер, і розраховані на компетентність представника органу досудового розслідування, бо його іще з курсу юридичного факультету навчили, що таке склад кримінального правопорушення. Але не у випадку з адвокатом Ч. Слідчий Національної поліції компенсував відсутність доказів показами співучасника, який є також підозрюваним у даному кримінальному провадженні, як мені підказали колеги, у обмін на більш м'який запобіжний захід. Слід застерегти від необдуманих кроків слідчого К., бо показання підозрюваного підлягають перевірці та підтвердження доказами, а до принципу презумпції невинуватості та свободи від самовикриття (ст. 17, 18 КПК) відноситься пряма заборона примушувати давати пояснення, які можуть бути покладені у основу підозри, а сама підозра не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Тобто, слідчі судді просто-таки зобов'язані перевіряти, чи докази, покладені у основу підозри, є належними та допустимими, що, у принципі, не робиться ніколи!

А тепер питання: який статус адвоката Ч., що утримується під вартою більше 4-х місяців на підставі підозри, обґрунтованість якої сумнівна, що складена прокурором Одещини, який «доручив» без письмового доручення проголосити її прокурору місцевої прокуратури З., але вручив її слідчий Національної поліції К. ? Питання риторичне: на підставі кримінального процесуального кодексу міста Одеси – адвокат Ч. набув такого статусу. А на підставі кримінального процесуального кодексу України – поряд на лаві підсудних повинні сидіти і прокурор, і слідчий К., і слідчий суддя Приморського районного суду міста Одеси, і колегія суддів Апеляційного суду у повному складі.

Отже, кримінальний процесуальний закон побудований по принципу обмеження на обмеження прав людини, оскільки у його основу нормотворення покладена преюдиція права. У особливу категорію законодавець

виділяє адвокатів і суддів, на яких розповсюджуються державні гарантії, які задекларовані у спеціальних законах (наприклад «Закон України про адвокатуру та адвокатську діяльність», тощо), та до яких застосовується спеціальна процедура пред'явлення підозри.

Тобто, коли слідчі судді нехтують цією процедурою, то вони по суті пилять гілку, на якій сидять, бо, не приведи Господи, завтра до них у кабінет вломиться слідчий Національної поліції К. з якимось клаптиком паперу.... а потім так складно довести, що ти не гіпопотам....

Бо коли ти зневажаєш закон, то руйнуєш основи державності, і це слід усвідомити, насамперед тому, хто ставить підпис від імені цієї багато страждальної держави на документі, що обмежує права її громадян.

У прокурора згідно вимог КПК України є дві функції: процесуальна участь та процесуальний контроль. У першому випадку це нагляд за дотриманням законів під час досудового розслідування у формі процесуального керівництва яке включає у себе і підтримання державного обвинувачення, та у другому - контроль прокурора вищого рівня, в тому числі, і за дотримання розумних строків, та продовженням строків досудового розслідування.

Преюдиція права, яка покладена у основу процесуального закону, включає у себе і преюдицію права спеціального суб'єкта, визначеного ст.. 480 КПК, яке полягає у окремо визначеному процесуальному порядку по притягненню до відповідальності спеціального суб'єкта у кримінальному провадженні.

Згідно ст.. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» до державних гарантій віднесено, зокрема, що повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя.

Право повідомляти особі про підозру безпосередньо пов'язане із функцією процесуального керівництва, та визначено п.11, ч.2 ст.. 36 КПК України, а не процесуального нагляду за прокурорами нижчого рівня, як помилково вважають деякі представники сторони обвинувачення.

Такі повноваження не можуть бути передані прокурором іншому прокурору, КПК такого просто не допускає, бо ст.. 40 КПК дає право прокурору доручати проведення окремих процесуальних дій лише слідчому відповідно до його процесуального статусу відносно його процесуального керівника. При цьому, слід зауважити, що на процесуального керівника покладені персональні обов'язки здійснення повноважень у кримінальному провадженні від початку до завершення, та випадки їх здійснення іншим прокурором виключні, визначені ч. 4,5 ст. 36, ч.3 ст.. 313, ч. 3, ст. 37 КПК.

Однак, прокурор Одеської області, попри вимоги КПК, вважає, що передав повноваження іншому прокурору щодо проголошення підозри адвокату Ч, який утримується у СІЗО навіть без письмового доручення, та без вчинення ним процесуальної дії.

Слід зауважити, що за ч.1 ст.276 КПК, повідомлення про підозру обов'язково здійснюється в порядку, передбаченому ст.278 цього кодексу. Частина 1 ст.278 КПК визначає суб'єктами, що повноважні повідомляти

про підозру, слідчого та прокурора. Отже, вживається термін «прокурор», перелік процесуальних повноважень якого надано саме у ст.36 КПК, яка пов'язує право на повідомлення про підозру особі лише з процесуальним керівництвом.

Таким чином, системний аналіз п.15 ч.1 ст.3, ст.36, ч.1 ст.276 та п.2 ч.1 ст.481 КПК свідчить про те, що процесуальну дію у вигляді повідомлення про підозру адвокату може вчинити лише прокурор — процесуальний керівник, котрим має бути не будь-який прокурор, визначений у п.15 ч.1 ст.3 КПК, а тільки прокурор області.

Правове поняття «проголошення про підозру» включає у себе як прийняття процесуального рішення, так і вчинення процесуальної дії — процесуальне рішення оформлюється у вигляді письмового документу, а процесуальні дії — у вигляді його проголошення, вручення у день складення, роз'яснення та реалізацію вран особи, якій підозру проголошено (ст.ст. 276-278 КПК). У контексті п. 13 ч. 1 ст.. 23 Закону України «про адвокатуру та адвокатську діяльність» вживається термін «здійснення» повідомлення про підозру конкретним процесуальним суб'єктом. Правомірність процесуальних дій, пов'язаних із врученням підозри, на пряму пов'язана і з процесуальним керівництвом прокурора, і з його безпосередньою участю. Бо і загальний, і спеціальний закон на це прямо вказує - виключно Генеральний прокурор, його заступник, прокурор Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя — який має статус процесуального керівника, може на підставі аналізу доказів скласти процесуальний документ — письмову підозру, у той же день проголосити її усно та надати у письмовому вигляді за власним підписом, роз'яснити права, та отримати письмові пояснення з приводу проголошення.

Право адвоката на здійснення повідомлення про підозру спеціальним процесуальним суб'єктом є преюдиційне з огляду на державні гарантії його професійної діяльності. Не дотримання процедури — прямий шлях до статті 397 КК України.

Тобто, прокурор Одеської області повинен нести відповідальність за вчинення кримінального правопорушення — порушення гарантій адвокатської діяльності, а адвокат Ч — повинен бути визнаний потерпілим!?

Виходить так, що слідство вийшло на самих себе. Але чи готова Феміда до критичного підходу до своїх рішень? Бо, як же інакше можна сказати про повагу до правосуддя в Україні?

Тема : «Вмотивованість ухвали слідчого судді»



Коротких Олександр Антонович

викладач відділу підготовки викладачів (тренерів), суддя Верховного суду України у відставці, заслужений юрист України

З метою удосконалення знань з питань захисту прав людини на досудовому розслідуванні, в тому числі, щодо застосування ст. 206 КПК, забезпечення правильного розуміння слідчими суддями змісту права особи на свободу та особисту недоторканість, визначення ролі слідчого судді як гаранта дотримання і захисту прав та свобод підозрюваних осіб на стадії досудового розслідування, незалежного та неупередженого суб'єкта процесуальних

правовідносин. Визначення особливостей оцінки доказів, наданих на стадії досудового розслідування, та застосування принципу змагальності - Національною школою суддів України розроблено тренінг для суддів «ДОТРИМАННЯ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ: ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНИСТЬ».

Судовий контроль у кримінальному провадженні являє собою окремий напрям діяльності суду, який здійснюється під час досудового розслідування слідчим суддею, сутність якого полягає у контролі за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб при проведенні слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій, застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження, проведенні інших процесуальних дій та прийнятті процесуальних рішень.

Значення судового контролю полягає у тому, що завдяки діяльності слідчого судді забезпечуються невідкладним судовим захистом права, свободи та інтереси учасників кримінального провадження, а також створюються належні умови для реалізації засад змагальності під час досудового розслідування.

Відповідно до статті 370 КПК ухвала слідчого судді як вид судового рішення має відповідати вимогам законності, обґрунтованості і вмотивованості.

Кримінальний процесуальний закон дає слідчому судді можливість обирати різні рішення, які найбільш доцільні в конкретній ситуації. При цьому слідчий суддя керується не лише вимогами закону, а й своїм внутрішнім переконанням.

Так, відповідно до ст. 94 КПК України слідчий суддя за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних до-

казів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Рішення слідчого судді мають відповідати не лише процесуальній формі, а й бути зрозумілими і переконливими для сторін кримінального провадження.

Таким чином, вони мають бути обґрунтованими і вмотивованими. У зв'язку з цим в ухвалі слідчого судді можуть бути наведені факти, які суддя вважає встановленими, і доводи, які пояснюють причини, за яких не прийнято до уваги доводи іншої сторони або чому докази визнано достовірними, або недостовірними.

В мотивувальній частині ухвали наводяться доведені прокурором в судовому засіданні: 1) кримінальне правопорушення (його суть і правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність), у якому підозрюється, обвинувачується особа; 2) обставини, які свідчать про існування ризиків, передбачених ст. 177 Кодексу; 3) обставини, які свідчать про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризикам, передбаченим ст. 177, посилання на докази, які обґрунтовують ці обставини, і до наведення мотивів неврахування інших доказів.

У резолютивній частині ухвали в усіх випадках зазначається: 1) запобіжний захід, який застосовується; 2) в ухвалі про застосування запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, додатково зазначаються конкретні обов'язки, передбачені ч. 5 ст. 194, що покладаються на підозрюваного, обвинуваченого, та у випадках, встановлених Кодексом, строк, на який їх покладено; 3) в ухвалі про застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту додатково зазначається точна адреса житла, яке підозрюваному, обвинуваченому забороняється залишати, а також орган внутрішніх справ, якому ухвала про обрання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту передається для виконання (ч. 3 ст. 181); 4) в ухвалі про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або домашнього арешту додатково зазначається дата закінчення її дії у межах передбачених Кодексом строків.

У розумінні статті 177 Кодексу запобіжний захід має обиратися виключно з метою забезпечення належної процесуальної поведінки підозрюваного, обвинуваченого, зокрема, для забезпечення виконання покладених на нього процесуальних обов'язків, передбачених ч. 7 ст. 42 та іншими нормами КПК, а також щоб запобігти спробам переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи предметів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, в якому підозрюється, обвинувачується.

Застосування запобіжного заходу з будь-якою іншою метою, наприклад, з метою покарання особи за кримінальне правопорушення, з метою добитися показань стосовно її причетності до кримінального правопорушення тощо неприпустиме. Його застосування

в жодному разі не повинно залежати від того, визнає підозрюваний, обвинувачений свою вину у вчиненні кримінального правопорушення чи не визнає.

Наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення як загальної складової підстави застосування запобіжного заходу слід розуміти як наявність «розумної підозри», тобто добросовісного, ґрунтованого на сукупності наявних на даний момент доказів припущення про вчинення цієї особою кримінального правопорушення. Ступінь доведеності підозри, обвинувачення на цьому етапі провадження не є обставиною, що впливає на обрання запобіжного заходу, оскільки встановлення того, вчинила чи не вчинила особа кримінальне правопорушення, є завданням подальшого провадження, сприяти якому й покликаний запобіжний захід, що обирається.

Наявність же ризиків, які дають підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений може здійснити одну чи кілька із наведених дій як другу складову підстави обрання запобіжного заходу означає наявність даних, які свідчать про обґрунтовану ймовірність вчинення ним таких дій.

Вкрай важливим є питання, пов'язане із необхідністю зазначення у описовій частині ухвали обставин, які свідчать про доведеність існування ризиків, передбачених статтею 177 Кодексу.

Так, відповідно до вимог статей 184 та 194 КПК України вже у клопотанні слідчого, прокурора про застосування запобіжного заходу повинні міститися посилання на один або кілька ризиків, зазначених у статті 177 КПК України, а у судовому засіданні слідчий, прокурор зобов'язані довести обставини, які свідчать про наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із зазначених ризиків. Таким чином, саме на сторону обвинувачення покладено обов'язок доведення існування вищезазначених ризиків.

В описовій частині ухвали слідчий суддя повинен зазначити обставини, які свідчать про існування ризиків – необхідно зазначити позицію кожної із сторін, яка була проголошена у судовому засіданні – прокурором про існування ризиків та обґрунтування а сторона захисту – контрдоводи, якими вона спростовує доводи сторони обвинувачення.

У мотивувальній частині ухвали слідчий суддя з урахуванням наданих сторонами доказів, мотивує свою згоду з доведеністю наявності всіх або частки ризиків, та обґрунтовує неврахування інших доказів, або навпаки обґрунтовує спростування доводів про наявність заявлених ризиків.

Також необхідно звернути увагу на той факт, що у Кодексі відсутні будь-які посилання на можливість слідчому судді самостійно з'ясувати наявність ризиків, про які не було заявлено стороною обвинувачення.

Слідчий суддя повинен не лише зазначити окремо кожний ризик, існування якого розглядалось у судовому засіданні і обґрунтування кожної сторони стосовно вказаного ризику, а й всі оглянуті докази, якими сторони підтверджують або спростовують наявність зазначених ризиків.

В ухвалі не може бути зазначене єдиною підставою застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, наявність обґрунтованої підозри.

Судове рішення стосовно обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або продовження його застосування має містити як чітке визначення законодавчих підстав для його обрання (продовження), так і дослідження та обґрунтування достовірності обраних підстав у контексті конкретних фактичних обставин вчинення злочину, врахування особи винного та інших обставин (ризиків, наведених у ч. 1 ст. 177 КПК). Слідчому судді, суду необхідно враховувати, що обмеження розгляду клопотання про обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою лише переліком законодавчих (стандартних) підстав для його застосування без встановлення їх наявності та обґрунтованості до конкретної особи є порушенням вимог п. 4 ст. 5 Конвенції (правова позиція Європейського суду у справі «Белевитський проти Росії», пункти 111 - 112 рішення від 1 березня 2007 року; п. 85 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 року).

Також слід зазначити, що зміст ухвали повинен бути чітким і зрозумілим, без ускладнення зайвими посиланнями, переобтяженням непотрібними зворотами і таке інше.

Як свідчить судова практика, в окремих випадках суди без жодної мотивації в ухвалі на підставі ч. 3 ст. 315 КПК продовжують застосування тримання під вартою «автоматично», що прямо суперечить практиці Європейського суду з прав людини. Крім цього, відсутність розгляду цих питань порушує вимоги глави 18 КПК. Необхідно зазначити про відповідні правові позиції Європейського суду щодо мотивування судових рішень. Зокрема у п. 33 рішення Європейського суду з прав людини від 11.04.2013 у справі «Веренцов проти України» зазначено, що відповідно до усталеної практики Європейського суду, яка відображає принцип, пов'язаний з належним відправленням правосуддя, у рішенні судів мають адекватно зазначитися підстави, на яких вони ґрунтуються. Ступінь застосування цього обов'язку наводити підстави може змінюватися залежно від характеру рішення та повинен визначатися з огляду на обставини справи (див. п. 26 рішення ЄСПЛ у справі «Гарсія Руїс проти Іспанії»).

Необхідно враховувати рішення Європейського суду, зокрема у справі «Калашников проти Росії» від 15 липня 2002 року, які зводяться до того, що небезпека можливості переховування від правосуддя не може вимірюватися виключно на підставі суворості можливого вироку. Наявність сильної підозри в тому, що особа вчинила тяжкий злочин, є, звичайно, таким чинником, що належить до суті питання, однак сама по собі така підозра не може бути виправданням довготривалого тримання особи під вартою.

Відповідно до правової позиції Європейського суду відсутність в особи роботи та сім'ї не є доказом того, що вона може схилитися до вчинення нових злочинів. Так само як і сама по собі відсутність постійного місця роботи не є доказом того, що особа зникне (Пшевечерський проти Росії від 24 травня 2003 року).

Тема: «Залучення адвоката БВПД на окрему процесуальну дію. Процедура залучення»



**Вилков Сергій
Валентинович**

адвокат, Голова Адвокатського об'єднання «InHelp», Голова Комітету НААУ з питань безоплатної правової допомоги

Важливою складовою права на захист у кримінальному провадженні є забезпечення ефективності захисту та створення умов для вільного вибору захисника. Стаття 59 Конституції України проголошує право кожного на професійну правничу допомогу та закріплює, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно.

Сьогодні все частіше у кримінальному провадженні стає залучення, відповідно до статті 53 КПК України, захисника для проведення окремої процесуальної дії з числа адвокатів, які внесені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, що відбувається на підставі постанови слідчого/прокурора чи ухвали слідчого судді/суду. При цьому, за таких обставин, під питанням залишається дотримання права особи на вільний вибір захисника своїх прав, яке гарантовано Конституцією, та неприпустимість нав'язування особі захисника. Незважаючи на статтю 59 Конституції України, маємо норму, що викладена в статті 53 КПК України «Залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії», а тому під час її застосування варто пам'ятати, що відносини між адвокатами, незалежно від того яким чином вони залучаються до справи («оплатні» чи «безоплатні» адвокати), повинні будуватися на засадах взаємної поваги, дотримання професійних прав адвокатів та гарантій професійної діяльності, слідування принципам адвокатської діяльності, передбаченим Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Правилами адвокатської етики, рішеннями З'їзду, актами РАУ, НААУ.

Частиною 1 статті 53 Кримінального процесуального кодексу України закріплено можливість слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду залучити захисника для проведення окремої процесуальної дії в порядку, передбаченому статтею 49 цього Кодексу, якою врегульовано залучення захисника для здійснення захисту за призначенням. При цьому залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії здійснюється виключно у невідкладних випадках, коли є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участю захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прийти для участі у проведенні процесуальної дії чи забезпечити участь іншого захисника або якщо підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг

залучити захисника або прибуття обраного захисника неможливе. Окрім того, в частині 2 ст. 53 КПК України визначено, що запросити захисника до участі в окремій процесуальній дії має право і сам підозрюваний, обвинувачений. Якщо потреби у проведенні невідкладних процесуальних дій за участю захисника немає і коли неможливе прибуття захисника, обраного підозрюваним, обвинуваченим, протягом двадцяти чотирьох годин, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право запропонувати підозрюваному, обвинуваченому залучити іншого захисника. В такому разі залучається адвокат, який внесений до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, та надає безоплатну вторинну правову допомогу на підставі договору (контракту), укладеного з органом (установою) з надання безоплатної вторинної правової допомоги. Слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя та суд постановляє ухвалу, якою доручає відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням та забезпечити його прибуття у зазначені у постанові (ухвалі) час і місце для участі у кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 49 КПК України). Станом на сьогоднішній день, органи досудового розслідування та суд активно застосовують норму статті 53 КПК України, та залучають адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, для проведення окремої процесуальної дії навіть тоді, коли у підозрюваного/обвинуваченого вже є захисник, проте його завчасно не повідомили про проведення процесуальної дії, або ж коли немає доказів «невідкладності» процесуальних дій, які проводять без захисника, якого обрав сам підозрюваний/обвинувачений.

У таких випадках, адвокат, який залучається на окрему процесуальну дію, та прибуває на слідчу дію чи у судові засідання за дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, тобто за дорученням відповідного центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги, повинен діяти відповідно до вимог Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та слідувати Правилам адвокатської етики.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає дотримання Правил адвокатської етики як одного з основних професійних обов'язків адвоката, в Преамбулі яких закріплено, що вони слугують обов'язковою для використання адвокатами системою орієнтирів при збалансуванні, практичному узгодженні своїх багатоманітних, іноді суперечливих професійних прав та обов'язків відповідно до статусу, основних завдань адвокатури і принципів її діяльності, визначених Конституцією України, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та іншими законодавчими актами, а також закріплюють єдину систему критеріїв оцінки етичних аспектів поведінки адвоката.

В статті 23 Правил адвокатської етики закріплено,

що адвокат, залучений до участі в окремій процесуальній дії, повинен невідкладно після отримання доручення вжити всіх можливих заходів щодо з'ясування, який саме адвокат (адвокати) представляє інтереси клієнта у цій справі, негайно зв'язатися з цим адвокатом (адвокатами), з'ясувати причини його (їх) відсутності, а також особливості позиції надання професійної правничої (правової) допомоги адвокатом (адвокатами) у цій справі. Адвокат під час участі в окремій процесуальній дії не має права відступати від позиції клієнта та основного адвоката (адвокатів) у цій справі.

Тобто, адвокат з системи БВПД, якого залучають на окрему процесуальну дію, виконуючи свій професійний обов'язок, з метою недопущення порушення прав підозрюваного/обвинуваченого, слідуючи Правилам адвокатської етики, обов'язково повинен:

з'ясувати, чи є у справі інший адвокат;

зв'язатися з таким адвокатом, щоб з'ясувати причини його відсутності та переконатися, що він був завчасно належним чином повідомлений про проведення процесуальної дії;

з'ясувати правову позицію надання професійної правничої (правової) допомоги адвокатом у цій справі;

з'ясувати чи є така процесуальна дія невідкладною, що її неможна провести за участі адвоката, який є захисником у справі, якого обрав підозрюваний/обвинувачений.

Також адвокат з системи БВПД, залучений на окрему процесуальну дію, повинен пам'ятати, що:

під час проведення окремої процесуальної дії він має ті ж самі права й обов'язки, що й захисник, який здійснює захист протягом кримінального провадження, оскільки не може бути ніяких розбіжностей у визначенні обсягу його процесуальних прав залежно від того, чи постійно він бере участь у кримінальному провадженні, чи його роль є епізодичною;

як до процесуальної дії, так і після неї він має право зустрічатися з підозрюваним/обвинуваченим для підготовки до проведення процесуальної дії або обговорення її результатів.

З огляду на зазначене, логічним є те, що для того щоб надати особі кваліфіковану професійну правничу (правову) допомогу такий адвокат як мінімум повинен ознайомитися з матеріалами провадження та провести конфіденційне спілкування з підзахисним. Адвокат повинен вимагати від органу досудового розслідування чи суду забезпечення йому такої можливості, адже в іншому випадку можуть бути наслідки грубого порушення забезпечення права на захист.

Захищаючи права підзахисного/обвинуваченого адвокат не повинен нехтувати своїми правами захисника.

В абзаці 2 статті 41 Правил адвокатської етики закріплено, що адвокат зобов'язаний відмовитися від здійснення захисту за дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, або в разі залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії, в порядку, передбаченому чинним кримінальним процесуальним законодавством, а також законодавством про надання безоплатної правової допомоги у випадку, коли прийняття доручення або залучення для проведення окремої процесуальної дії через конкретні об'єктивні причи-

ни може потягнути порушення прав і законних інтересів цієї особи чи зашкодити її позиції захисту.

В першу чергу, адвокат повинен виходити з пріоритетності інтересів клієнта та бути наполегливим і принциповим у відстоюванні інтересів клієнта як на стадії досудового розслідування так і під час судового розгляду, не поступатися своєю незалежністю у захисті прав та інтересів клієнта з метою не погіршити стосунків з суддями чи службовими особами органів, що здійснюють правоохоронну діяльність, та не йти на з ними на компроміси, що суперечать охоронюваним законом інтересам клієнта.

Саме тому, адвокат з системи БВПД повинен займати активну позицію, та з'ясувати всі вищезазначені обставини справи, які передували його залученню для проведення окремої процесуальної дії, а у разі виявлення зловживань нормою статті 53 КПК України чи її порушення з боку органу досудового розслідування чи суду, реагувати на це у формах, передбачених чинним законодавством та/або актами РАУ, НААУ.

Адвокат з системи БВПД повинен пам'ятати, що він не повинен допустити, щоб орган досудового розслідування чи суд, при залученні його до проведення окремої процесуальної дії, зробив з нього пасивного спостерігача. Адвокат зобов'язаний відстоювати права та інтереси підзахисного, виходячи з їх пріоритетності.

РІШЕННЯ № 222

Про затвердження роз'яснення пункту 13 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»

«23» вересня 2017 року м. Львів

Рада адвокатів України, керуючись статтею 55 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Розділом II Положення про Раду адвокатів України, **вирішила:**

1. Затвердити роз'яснення положення пункту 13 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в частині підписання, повідомлення та/або вручення повідомлення про підозру адвокату, як спеціально визначеному суб'єкту кримінального провадження, що кореспондується із окремими положеннями Кримінального процесуального кодексу України (додається).

2. Секретарю Ради адвокатів України про прийняте рішення повідомити адвокатів, органи адвокатського самоврядування та Комітет законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності на офіційному веб-сайті Національної асоціації адвокатів України.

Голова Ради адвокатів України

Л.П. Ізовітова

Секретар Ради адвокатів України

П.М. Гречківський

Додаток 1

до рішення Ради адвокатів України від «23» вересня 2017 року № 222

Про роз'яснення пункту 13 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»

Рада адвокатів України, розглянувши та обговоривши звернення Голови Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності Національної асоціації адвокатів України, адвоката Боряк Ганни Леонідівни від 23 вересня 2017 року, врахувавши пропозиції, зауваження та доповнення членів Ради адвокатів України, Голови Комітету Національної асоціації адвокатів України з питань безоплатної правової допомоги Вилкова Сергія Валентиновича, у межах повноважень роз'яснює наступне.

Правовою основою діяльності адвокатури України є Конституція України, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 5076- VI від 05.07.2012 року та інші законодавчі акти України.

Спеціальний Закон № 5076-VI від 05.07.2012 року визначає правові засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні.

Норми чинного законодавства під терміном «адвокат» визначають фізичну особу, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені законом. Натомість, адвокатська діяльність – це незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту.

Частина третя статті 2 Закону визначає, що з метою забезпечення належного здійснення адвокатської діяльності, дотримання гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних прав адвокатів, забезпечення високого професійного рівня адвокатів та вирішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів в Україні діє адвокатське самоврядування.

Відповідно до положень статті 23 Закону професійні права, честь і гідність адвоката гарантується та охороняються Конституцією України, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та іншими законами.

Стаття 23 Закону закріпила в своєму змісті гарантії адвокатської діяльності, зокрема пунктом 13 передбачено, що «повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення **може бути здійснене виключно** Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя».

Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи у відносинах з адвокатами зобов'язані дотримуватись вимог Конституції України та законів України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та протоколів до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, практики Європейського суду з прав людини.

Статус адвоката відносить особу до окремої категорії осіб, стосовно яких існує **спеціальний порядок**

кримінального провадження.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) в чинній редакції викладеному питанню присвячує окремо Главу 37, яка має назву «Кримінальне провадження щодо окремих категорії осіб».

Відповідно до положень статей 276, 278 КПК України «здійснення повідомлення про підозру» пов'язується у тому числі і з обов'язковим елементом процесуальної дії - «вручення», яке повинно відбуватися в день його складення, слідчим або прокурором, а у випадках неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень.

Вище вказана правова норма є обов'язковою відповідно до змісту частини першої статті 276 КПК України.

Особливості повідомлення про підозру окремій категорії осіб визначаються саме главою 37 КПК України.

Приписами статті 481 КПК України регламентовано, **що письмове повідомлення про підозру адвокату здійснюється – Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міст Києва або Севастополя в межах його повноважень.**

З означеного слідує, що термін «здійснюється» у контексті гарантій адвокатської діяльності в обов'язковому порядку включає в себе підписання повідомлення про підозру, **вручення повідомлення про підозру та роз'яснення процесуальних прав підозрюваному.**

Натомість, надання доручення про повідомлення/вручення повідомлення про підозру іншій службовій особі є наслідком порушення гарантій адвокатської діяльності, оскільки така дія сама по собі нівелює визначений статус адвоката, послаблює гарантії професійної недоторканості.

Таким чином, положення статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в розрізі статей 276-278, 480-481 Кримінального процесуального кодексу України, вживаючи термін «здійснення», не передбачає процесуальне право спеціально визначеному процесуальному суб'єкту надавати доручення іншій службовій/посадовій особі щодо вчинення дій у вигляді вручення повідомлення про підозру адвокату, оскільки така особа, не є спеціально уповноваженою на вчинення процесуальних дій у контексті норм профільного закону.

Термін **«виключно»**, який вживається в пункті 13 частині першій статті 23 Закону, свідчить про відсутність процесуальних повноважень у прокурора на надання доручень, передбачених статтею 36, 40 КПК України.