

МОЖЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН ПІД ЧАС ЗАТРИМАННЯ ОСОБИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ



О. МОХОНЬКО
*капітан міліції,
кафедра кримінального процесу
(Київський національний університет
внутрішніх справ)*

Стаття 29 Конституції України визначає, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановленому законом. Частина 4 цієї статті закріплює право затриманого у будь-який час оскаржити це затримання до суду. Ця конституційна норма конкретизована у ст. 106 кримінально-процесуального кодексу України, яка тлумачить затримання підозрюваного як тимчасовий запобіжний захід, сутність якого полягає в тому, що підозрюваний на 72 години ізолюється у спеціальному приміщенні — ізоляторі тимчасового тримання.

Незважаючи на обраний законодавцем курс гуманізації суспільних відносин у сфері кримінального судочинства, держава продовжує використовувати одну з найсуворіших примусових заходів — затримання особи за підозрою у вчиненні злочину. У середньому, згідно зі статистичними даними, отриманими при вивченні 187 кримінальних справ, в яких підозрюваними було визнано 264 особи, з них до 182

осіб (що становить 68 % від загальної кількості підозрюваних, тобто частіше, ніж до кожного другого) застосовувалось затримання в порядку, передбаченому статтями 106, 115 КПК України.

Оскільки застосування затримання як примусового заходу обмежує конституційні права і свободи громадян, відповідно кожне його застосування вимагає чітких процесуальних гарантій, які б забезпечували законність і обґрунтованість його застосування.

«Звід принципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню чи арешту в будь-якій формі» трактує «затримання» як стан будь-якої особи, позбавленої особистої свободи без засудження за здійснення правопорушення [6, 208].

У теорії кримінального процесу затримання за своєю процесуальною природою розуміється по-різному. Так, одні вчені розглядають затримання як захід кримінально-процесуального примусу, [11, 162] інші — тільки в рамках слідчих дій [18, 99–103; 1, 17]. Треті називають і заходом процесуального примусу, і слідчою дією одночасно [9, 36].

Припиняючий характер затримання є підґрунтям поглядів науковців, які наполягають на тому, що затримання є запобіжним заходом. Так, О. Білусов характеризує затримання як «запобіжний захід, що має короткочасний характер» [2, 43].

У 2001 р. законодавець визначив затримання як тимчасовий запобіжний захід. Спробуємо дослідити справедливність такого переконання. Розпочнемо розгляд з того, що, по-перше, різними є підстави затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, передбачені ст. 106 КПК, і підстави застосування запобіжних заходів, передбачених ст. 148 КПК. Різняться і суб'єкти, щодо яких застосовуються ці заходи примусу. Якщо в порядку ст. 106 КПК і ст. 115 КПК затримання може бути застосовано лише до особи підозрюваного, то запобіжний захід, відповідно до закону, може бути застосовано як до підозрюваного, так і до обвинуваченого [8, 100].

У частині 1 ст. 43¹ КПК України законодавець виокремив дві самостійні підстави визнання особи підозрюваною: 1) особа, затримана за підозрою у вчиненні злочину; 2) особа, до якої застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого. Але назвавши затримання запобіжним заходом, логічним було б об'єднати затримання з іншими запобіжними заходами, і викласти в одному пункті ч. 1 ст. 43¹ КПК України.

Також згідно з ч. 1 ст. 165² КПК України запобіжні заходи, пов'язані з триманням особи під вартою, обирає лише суд, а затримання в порядку ст. 106, 115 КПК України мають право обирати орган дізнання, слідчий, прокурор.

Слід зазначити, що до внесення змін і доповнень в КПК України Законом України від 21 червня 2001 р., за-

тримання не відносилось законодавцем до запобіжних заходів.

Це, на перший погляд суто теоретичне питання, насправді має велике практичне значення, оскільки вказана суперечність процесуальних норм призводить до неоднозначного їх розуміння, і як наслідок — неправильно застосування. Тому, на нашу думку необхідно чітко визначити у законодавстві те, що затримання є заходом процесуального примусу. Зазначимо, що за проектом КПК, затримання має розуміти саме таким чином [13].

Законодавець, як вже згадувалось, при визначенні поняття «підозрюваний» у ч. 1 ст. 43¹ КПК України зазначив, що таким визнається: 1) особа, затримана за підозрою у вчиненні злочину; 2) особа, до якої застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого.

Аналізуючи п. 1 ч. 1 цієї статті, відразу бачимо внутрішню суперечність норми, оскільки підозрюваний як учасник кримінального процесу може з'явитись лише після факту затримання особи. Але надання особі статусу підозрюваного обумовлено, насамперед, не проведенням щодо нього затримання, а навпаки, необхідність затримання викликана появою підозри, а також наявністю особи, яка підозрюється у скоєнні злочину.

Дуже влучно і правильно зазначено в літературі, що саме поява законної і обґрунтованої підозри прямо обумовлює правомірність застосування усіх процесуально-примусових дій, дозволених законом щодо підозрюваного [10, 42].

З огляду на це, В. Тертишник пропонує внести пропозицію про заміну поняття «підозрюваний» на «підслідний». Таким поняттям би охоплювались і особи, щодо яких порушено

кримінальну справу та здійснюється розслідування [18, 99–100].

З огляду на це, вважаємо не коректною точку зору науковців-процесуалістів [3, 38], які вказують на необхідність надати процесуальний статус підозрюваного й особі, щодо якої порушено кримінальну справу (у ст. 45 проекту КПК це положення є). Оскільки, як правильно зазначив М. Сірий: «Не порушення відносно особи кримінальної справи, не застосування до особи запобіжного заходу є підставами для визнання особи підозрюваною, а навпаки, наявність таких обставин, як: 1) знаходження особи у місці вчинення злочину під час або безпосередньо після його вчинення; 2) вказівка очевидців та потерпілих на певну особу як таку, що вчинила злочин; 3) виявлення слідів злочину в житлі, іншому володінні особи, серед його речей, на йому чи на його одязі — складає об'єктивні підстави для визнання підозри обґрунтованою і такою, що потребує в кримінально-процесуальному порядку невідкладної перевірки, та підстави для тимчасового правомірного обмеження конституційних прав і свобод особи» [16].

Відповідно до ст. 106 КПК України затримання можливе лише у тих випадках, коли особа підозрюється у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише за наявності однієї з таких підстав: 1) коли цю особу застали при вчиненні злочину або безпосередньо після його вчинення; 2) коли очевидці, в тому числі й потерпілі, прямо вкажуть на цю особу, що саме вона вчинила злочин; 3) коли на підозрюваному або на його одязі, при ньому або в його житлі буде виявлено явні сліди злочину.

При наявності інших даних, що дають підстави підозрювати особу у вчи-

ненні злочину, її може бути затримано лише в тому разі, коли ця особа намагалася втекти, або коли вона не має постійного місця проживання, або коли не встановлено особи підозрюваного (частини 1–2 ст. 106 КПК України).

Щодо затримання підозрюваного, обвинуваченого в порядку ст. 165² КПК України, то відповідно до п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» від 25 квітня 2003 р. № 4, воно можливе лише за наявності передбачених ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК України. Тобто за наявності підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Протягом 72 годин після затримання орган дізнання: 1) звільняє затриманого — якщо не підтвердилась підозра у вчиненні злочину, вичерпався встановлений законом строк затримання або затримання було здійснено з порушенням вимог, передбачених частинами першою і другою цієї статті; 2) звільняє затриманого і обирає щодо нього запобіжний захід, не зв'язаний з триманням під вартою; 3) доставляє затриманого до судді з поданням про обрання йому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ч. 6 ст. 106 КПК України)

Згідно з ч. 3 ст. 29 Конституції України, ч. 6 ст. 106, ч. 3 ст. 165² КПК України судові рішення про обрання запобіжного заходу повинно бути оголошено протягом 72 годин з моменту затримання підозрюваного, обвинуваченого. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Норми Конституції є нормами прямої дії. Аналіз судової практики свідчить про незначну кількість випадків порушень строків подачі подань, але якщо порушення строків зустрічається доволі рідко, то переважна більшість таких матеріалів подається в останні години визначеного законом строку, що позбавляє суддю можливості належним чином дослідити матеріали кримінальної справи, а це, у свою чергу, призводить до формального розгляду подань, або стає причиною продовження строку затримання [7]. Сприяє формуванню такої практики роз'яснення постанови Пленуму Верховного Суду від 25 квітня 2003 р., в якому зазначено, що надходження до суду подання про взяття затриманої особи під варту після закінчення 72-годинного строку не є підставою для відмови в його розгляді [5, 57].

Подібна ситуація, що склалась на практиці, суперечить нормам Конституції, порушує права підозрюваного чи обвинуваченого. Голова Білоцерківського міськрайонного суду Київської області В. Санін такий підхід вважає неправильним і, більше того, — антиконституційним. Якщо Конституція України встановлює строк у 72 години і не передбачає жодних винятків — цих положень необхідно дотримуватись, а винні у їх порушенні особи мають нести передбачену законом відповідальність. Неможливо побудувати демократичну країну шляхом порушень Основного Закону [15, 42–43].

Треба зазначити, що законодавствами багатьох держав, з метою дотримання прав затриманої особи, встановлено граничний строк подання матеріалів до суду. Так, нормами КПК РФ (ч. 3 ст. 108) закріплено порядок подання матеріалів до суду не пізніше ніж за вісім годин до спливу строку за-

тримання. Законодавством Швейцарії [17, 98–128] встановлено, що матеріали повинні бути подані до суду не пізніше ніж за 2–5 годин до спливу строку затримання.

Вважаємо, що така норма повинна бути закріплена і законодавством нашої держави. А прийнятним строком подачі подання і матеріалів кримінальної справи до суду вважаємо три години.

Строк затримання без пред'явлення обвинувачення за чинним законодавством становить 72 години. Законодавствами багатьох країн СНД (КПК РФ), а також країн ЄС (законодавство Швейцарії) цей строк становить 48 годин. Подібне реформування обговорювалося і в Україні. Так, Уповноважений Верховної Ради з прав людини Н. Карпачова вважає за необхідне скасувати норму, згідно з якою правоохоронні органи мають право затримувати громадян на три доби, тобто на 72 години, без пред'явлення обвинувачення. За словами Н. Карпачової: «Україна повинна наблизитись до міжнародних стандартів і встановити термін затримання до 48 годин» [14, 39]. Вважаємо, що подібне звуження часових меж насамперед негативно впливатиме на якість обґрунтування і доведеності подань про взяття особи під варту, які за даними судової звітності і так не завжди належним чином обґрунтовуються [7].

Важливим питанням, яке безпосередньо пов'язано з реалізацією принципу змагальності й дотримання права на захист є визначення початкового моменту обчислення строку затримання. Як вже згадувалося, згідно з ч. 10 ст. 106 КПК України, затримання підозрюваного не може тривати більше 72 годин. У процесуальній літературі можна зустріти різні погляди з приводу початкового моменту обчислення строку затримання.

Для визначення вказаного питання звернемось до закону. Аналізуючи ст. 29 Конституції України, можна дійти висновку, що 72 години, на які затримується особа, відраховуються з моменту затримання. У чинному КПК України цей момент чітко не встановлюється. Хоча є дуже важливим, оскільки саме з моменту затримання особа має право захищати себе особисто та користуватись правовою допомогою захисника (п. 5 ст. 5 Закону «Про міліцію»). Тому порядок відраховування часу затримання вимагає уточнення.

Порядок затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, визначається «Положенням про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину» [12]. Згідно з цим положенням строк затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, обчислюється з моменту доставлення цієї особи в орган дізнання чи до слідчого, а якщо затримання зазначеної особи провадиться на підставі постанови про затримання, винесеної органом дізнання або слідчим, то з моменту фактичного її затримання.

У практиці Європейського суду (далі — Суд) зазначається, що час з моменту фактичного затримання до його процесуального закріплення у протоколі затримання визнається як «невизнане затримання». Конвенція ст. 5 вимагає, щоб будь-яке затримання особи було певним чином зафіксовано в офіційних документах. Будь-яке утримання особи під вартою без фіксації є найбільш грубим порушенням ст. 5 Конвенції. І. І. проти Болгарії уряд доводив, що заявник добровільно з'явився для допиту в поліцію і знаходився там, доки проводився допит та інші слідчі дії. Його затримали лише 2 лютого о 15 годин 55 хвилин 31 січня. До складання протоколу заявник перебував у приміщенні поліції.

За цих обставин суд дійшов висновку, що між 11 годиною 55 хвилин 31 січня і 15 годиною 30 хвилин 2 лютого заявник був позбавлений волі [20, 7].

Вивчення кримінальних справ, а також власний досвід роботи у слідчому відділі ОВС показали, що строк затримання найчастіше вираховується не з моменту доставлення особи до органів внутрішніх справ, а з моменту складання протоколу затримання.

Такий підхід суперечить реалізації застосування принципу змагальності на цьому етапі провадження по кримінальній справі, і тому вимагає гарантій, якими має бути захищена будь-яка затримана особа. Зокрема Суд зазначав, що для того «щоб визначитись, чи був хто-небудь позбавлений волі, в розумінні ст. 5 Конвенції, слід керуватися конкретною ситуацією. Незважаючи на видимість, вивчити реальну ситуацію і взяти до уваги ряд чинників, таких як: тип, тривалість, наслідки і спосіб виконання цього заходу» [19, 9].

Коли саме підозрюваний буде доставлений в ОВС і чи буде він поміщений в ІТТ, від нього не залежить, для нього затримання почалось з моменту обмеження пересування і спілкування [4, 27]. А оскільки згідно з Законом України «Про міліцію» (п. 5 ст. 5) та ч. 2 ст. 21 КПК України саме з моменту затримання особа має право захищати себе особисто та користуватись правовою допомогою захисника, то саме з моменту фактичного затримання вона має право на захисника і це право повинно їй бути роз'яснено.

Також досить дискусійним залишається питання щодо самої особи захисника.

Як зазначено в «Узагальненні практики застосування органами досудового слідства законодавства, яке забез-

печує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному та засудженому право на захист, проведеному апеляційним судом м. Києва, за 2000–2002 роки» [7], практика допуску близьких родичів як захисників у кримінальних справах стала дуже поширеною, що пов'язано з можливістю цих осіб отримувати дозвіл на конфіденційне побачення з підсудним, якого утримують під вартою. Без обмеження їх кількості та тривалості. Це, у свою чергу, ускладнює роботу слідчого ізолятора, в якому немає належних умов для надання такої кількості конфіденційних побачень. Ми переконані, що захист у кримінальному судочинстві мають здійснювати лише професійні захисники і якщо вирішити питання про належну оплату праці адвокатів за призначенням, то потреби в допуску близьких родичів до участі у справі як захисників не буде.

На підтвердження нашого переконання, маємо позитивний державний досвід. Так, у м. Біла Церква Київської області за сприяння міжнародного фонду «Відродження» створено Білоцерківську міську організацію «Громадський комітет сприяння реалізації права людини на правовий захист». До складу цієї організації входять п'ять досвідчених адвокатів, які надають правову допомогу підозрюваним (обвинуваченим) по кримінальних справах. Вони представляють інтереси тих осіб, які бажають користуватись послугами захисника, але через мате-

ріальне становище не можуть реалізувати своє право на захист. Показовим є те, що за рік існування цієї організації можна відмітити активну участь адвокатів офісу, щодо надання правової, безкоштовної допомоги громадянам. Так, згідно з проведеним дослідженням, майже у половині затримань, що застосовувались слідчими й органами дізнання у м. Біла Церква, брали участь саме адвокати офісу.

Поява такої організації в місті позитивно відобразилась на роботі слідчих. Як встановлено при особистому спілкуванні з працівниками слідчих підрозділів, було вирішено дуже актуальне і наболіле питання про залучення захисника в порядку, передбаченому ст. 47 КПК України, тобто у випадках: 1) коли участь захисника є обов'язковою, але підозрюваний, обвинувачений, підсудний не бажає або не може запросити захисника; 2) коли підозрюваний, обвинувачений, підсудний бажає запросити захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може цього зробити.

На жаль, ця позитивна практика існує лише в кількох містах України, тому вирішення цього питання в межах держави залишається нагальним й до сьогодні. Сподіваємось, що держава сприятиме ініціюванню подібних програм, закріпить їх діяльність на законодавчому рівні та сприятиме поширенню на всій території України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Бабурин В. В.* Незаконное задержание : уголовно-правовой и уголовно-процессуальный аспекты : моногр. / В. В. Бабурин. — Красноярск, 2004. — 196 с.
2. *Білоусов О. І.* Затримання підозрюваного у кримінальному процесі України : моногр. / О. І. Білоусов, С. М. Смоков. — О., 2009. — 112 с.
3. *Ваняручак В. В.* Кримінальний процес України (в схемах і таблицях) : навч. посіб. : вид. 2-ге, переробл. і допов. — Х., 2005. — 212 с.
4. *Жураускас А. И.* Совершенствование института уголовно-процессуального задержания / А. И. Жураускас // Совершенствование правовой основы расследования преступлений органами внутренних дел : сб. науч. тр. — М., 1991. — С. 25–31.
5. *Затримання та взяття під варту : рекомендації, практика застосування та досвід / за заг. ред. Н. О. Верещінської, А. Г. Алексеева.* — К., 2007. — 216 с.

6. Звід принципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню чи арешту в будь якій формі / Міжнародные акты о правах человека. : сборник документов. — М., 1999. — С. 208.
7. Зубар В. В. Узагальнення судової практики застосування судами Київської області запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства / В. В. Зубар // Судова апеляція. — 2006. — № 3 // <http://www.gov.ua>
8. Кримінально-процесуальний кодекс України. — Х., 2007. — 256 с.
9. Кудин Ф. М. Об основаниях задержания и его производстве до возбуждения уголовного дела : сборник ученых трудов. [«Проблемы уголовно-процессуального права»] / Ф. М. Кудин. — Свердловский юридический институт. — Свердловськ, 1971. — Вып. 15. — С. 36.
10. Кудин Ф. М. Подозрение как условие применения мер процессуального принуждения. Уголовно-процессуальное принуждение и ответственность, их место в решении задач предварительного расследования / Ф. М. Кудин // Сборник научных трудов. — Волгоград, 1987. — С. 39–42.
11. Михеєнко М. М. Кримінальний процес України / М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко. — К., 1999. — 534 с.
12. Про затвердження Положення про порядок короточасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину : Указ президії Верховної Ради СРСР від 13 липня 1976 р. // <http://zakon.rada.gov.ua>
13. Проект Кримінально-процесуального кодексу України від 25 грудня 2007 р. — реєстраційний номер 1233. — К., 2007.
14. Проти катувань. Огляд повідомлень про жорстоке поводження і застосування катувань / Харківська правозахисна група. — Х., 2004. — С. 368 с.
15. Санін В. Спірні питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту / В. Санін // Юридичний журнал. — 2004. — № 4 — С. 42–45.
16. Сірий М. Експертний висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України / М. Сірий // <http://www.helsinki.org.ua>
17. Стефансон Д. Швейцарський досвід вирішення питання щодо затримання та взяття під варту / Д. Стефансон / Затримання та взяття під варту : рекомендації, практика застосування та досвід. — К., 2007 — С. 98–128.
18. Тертишник В. Проблеми процесуальної форми затримання особи у кримінальному процесі / В. Тертишник // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 8. — С. 99–103.
19. Riera Blume and Others v. Spain judgment of 12 October 1999, reports of Judgments and Decisions 1999, р. 28 : Застосування статей 3 та 5 Європейської конвенції з прав людини в національній судовій практиці / Харківська правозахисна група. — Х., 2007. — 216 с.
20. I.I. v. Bulgaria judgment of 9 June 2005 : Застосування статей 3 та 5 Європейської конвенції з прав людини в національній судовій практиці / Харківська правозахисна група. — Х., 2007. — 216 с.

Рекомендовано до друку кафедрою кримінального процесу Київського національного університету внутрішніх справ.

Вийшов друком навчальний посібник:

Нор В. Т.

Кримінальний процес України : практикум : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / В. Т. Нор, Н. Р. Бобечко, В. П. Бойко та ін. / за ред. В. Т. Нора. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. — 232 с.

Навчальний посібник побудований відповідно до навчальної програми з курсу «Кримінально-процесуальне право України», який вивчається студентами вищих юридичних навчальних закладів України, зокрема на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, та з урахуванням положень Болонської декларації, до якої приєдналася Україна. Він охоплює плани практичних занять, контрольні запитання, нормативні матеріали та додаткову спеціальну літературу, засвоєння якої дає можливість успішно опанувати програму курсу.

Для студентів та викладачів вищих навчальних закладів. Він буде також корисним для практичних працівників правоохоронних органів та суддів.

Замовляйте видання за телефонами: (44) 537-51-20, 537-51-21

або електронною поштою sales@inyure.kiev.ua

<http://shop.inyure.kiev.ua>

