

ДИСКРИМІНАЦІЙНА СКЛАДОВА «ЗАОЧНОГО» ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ ЗА КПК УКРАЇНИ

УДК: 343



К. В. ЛЕГКИХ

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики, адвокат, Академія адвокатури України

В статті автор аналізує деякі положення Кримінального процесуального кодексу України, які визначають порядок обрання запобіжного заходу – тримання під вартою – за відсутності особи, щодо якої обирається такий запобіжний захід.

Ключові слова: *запобіжні заходи, заочне обрання запобіжного заходу, заборона дискримінації, практика ЄСПЛ.*



PROHIBITION OF DISCRIMINATION THAT ARE USED IN THE COURSE OF SELECTION OF PREVENTIVE MEASURES (DETENTION), IN THE ABSENCE OF A PERSON WHOM SUCH PREVENTIVE MEASURES ARE APPLIED

Legkikh K.

Received: 31 Oct 2014.

Незважаючи на те, що КПК України повинен застосовуватися з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (як того вимагає ст. 9 КПК України), юристи-практики, судді, прокурори, адвокати не завжди посилаються на відповідну прецедентну практику Суду та, власне, на Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод [2].

Подекуди позиція захисту про необхідність застосування відповідних рішень Суду та Конвенції викликає скепсис у суддів та прокурорів. Проте часто звернення до Конвенції та засад кримінального судочинства, в поєднанні з відповідною прецедентною практикою Суду, дає можливість суду «обійти» ті положення кримінального процесуального законодавства, які суперечать як засадам (принципам) КПК України, так і принципам Конвенції.

Незважаючи на певні тенденції в кримінальному процесуальному законодавстві, які зумовили появу так званого заочного провадження, обрання запобіжного заходу, відповідно до ст. 193 КПК України [2], відбувається за участю прокурора, захисника та підозрюваного, обвинуваченого (або

із застосуванням відеоконференції, яка відтворює «ефект присутності» підозрюваного, обвинуваченого в залі судового засідання). Це узгоджується із положеннями ст. 5 Конвенції, які передбачають, що кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті (законний арешт або забезпечення виконання обов'язку, встановленого законом), має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судові засідання [1].

Єдиним виключенням з даного правила є розгляд клопотання про обрання запобіжного заходу щодо особи, яка оголошена в міжнародний розшук. На практиці таке засідання суду відбувається у звичайному порядку, встановленому для розгляду такого виду клопотань. При цьому винесене судові рішення (ухвала слідчого судді) може бути оскаржене до апеляційного суду. Відмінність від «звичайного» порядку обрання, наприклад, запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою полягає в тому, що слідчий суддя не визначає строк дії такого запобіжного заходу в ухвалі. Проте окремої уваги заслуговує така ухвала слідчого судді, якщо вона використовується стороною обвинувачення в межах міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Зокрема, коли міжнародна правова допомога надається щодо екстрадиції.

Законодавець визначає (в ст. 541 КПК України), що екстрадиція не є одноактною дією, а являє собою процес. Підтримуючи

цю думку, А.В. Підгородинська вважає, що екстрадиція є процесом, який складається із сукупності послідовних процесуальних дій та процедур, регламентованих міжнародно-правовими договорами України та національним законодавством, або реалізується на підставі принципу взаємності, здійснюваних компетентними органами, спрямованих на притягнення підозрюваного, обвинуваченого до кримінальної відповідальності, а засудженої особи – до виконання вироку [3, 119].

Для застосування тимчасового арешту, екстрадиційного арешту обов'язковою умовою є наявність рішення суду запитуючої сторони про взяття особи під варту. Таким чином, екстрадиція як процес починається з оголошення особи в міжнародний розшук та продовжується прийняттям рішення про взяття такої особи заочно під варту. Питання полягає в тому, а чи є процес екстрадиції, в межах якого вищевказані дві стадії вже відбулися, зворотним. Іншими словами, чи існує ефективний процесуальний механізм усунення судової помилки слідчого судді при обранні (для цілей екстрадиції) запобіжного заходу – тримання під вартою?

Норми КПК України надають можливість стороні захисту звернутися з клопотанням про зміну запобіжного заходу в порядку, передбаченому ст. 201 КПК України, не чекаючи закінчення строку дії обраного слідчим суддею запобіжного заходу. Відповідно до ч. 4 ст. 201 КПК України, розгляд такого клопотання проводиться в порядку, передбаченому для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу (ст. 193 КПК України). Таким чином, теоретично можливість змінити запобіжний захід на такий, що не пов'язаний з триманням під вартою, у сторони захисту є [2].

Отже, якщо з плином часу обставини, які були підставою для застосування запобіжного заходу, змінилися, захист має право клопотати про зміну такого запобіжного заходу. З практики, слідчий та прокурор, при зверненні з клопотанням про обрання запобіжного заходу, знаходяться на крок попереду захисту: слідчий може протягом достатнього часу збирати докази, які підтверджують обґрунтованість підозри та відповідного клопотання про обрання запобіжного заходу. При цьому захист отримує клопотання про обрання запобіжного заходу та доданих до нього документів в кращому випадку за 24 години до початку розгляду такого клопотання слідчим суддею (хоча, якщо дотримуватися норм КПК України, то у захисника є три години до початку розгляду клопотання для опрацювання останнього та формування власної позиції).

Таким чином, захисник із застосуванням інструментів, передбачених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та КПК України, може отримати докази, які спростовують висновок слідчого судді про обґрунтованість підозри та, як наслідок, про необхідність обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, значно пізніше.

За логікою законодавця, отримавши такі докази, сторона захисту має право звернутися з клопотанням про зміну запобіжного заходу та виправлення помилки слідчого судді. Якщо розглядати такий запобіжний захід в контексті міжнародної правової допомоги, захист може «зруйнувати» конструкцію, побудовану обвинуваченням: якщо екстрадиція – це процес, то зміна обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на інший захід означає, що для доведення процесу до завершення бракує однієї складової.

Проте фактично особа, яка оголошена в міжнародний розшук та щодо якої обрано запобіжний захід – тримання під вартою, позбавлена ефективного механізму відновлення свого порушеного права (а отже позбавлена можливості виправити помилку слідчого судді). Така особа не може впливати на процес екстрадиції, незважаючи на докази, які можуть бути підставою для зміни запобіжного заходу.

Проблема криється у формулюванні ч. 1 ст. 201 КПК України. Відповідно до даної норми, підозрюваний, обвинувачений, до якого застосовано запобіжний захід, його захисник, має право подати до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, клопотання про зміну запобіжного заходу, в тому числі про скасування чи зміну додаткових обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 цього Кодексу та покладених на нього слідчим суддею, судом, чи про зміну способу їх виконання [2].

Таким чином, клопотати про зміну запобіжного заходу може лише особа, щодо якої запобіжний захід не просто обрано, а й застосовано. Захисник особи, яка перебуває за межами України (незважаючи на те, що така особа може бути тимчасово арештована, або до неї може бути застосовано екстрадиційний арешт), фактично позбавлений права клопотати про зміну щодо такої особи запобіжного заходу. Звичайно, суд не відмовить в прийнятті такого клопотання (тому що процесуально така відмова не передбачена). Проте в будь-якому випадку слідчий суддя відмовить в задоволенні такого клопотання через неможливість зміни запобіжного заходу відносно особи, щодо якої запобіжний захід був обраний, проте не був застосований. Таким чином, існує

неоднакове ставлення законодавця до двох груп осіб: 1) осіб, щодо яких запобіжний захід обрано; 2) осіб, щодо яких запобіжний захід обрано та застосовано.

Відповідно до ст. 14 Конвенції про захист прав і основоположних свобод, користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою [1]. Проте для того, щоб визначити порушення норм, передбачених даною статтею Конвенції, недостатньо просто констатувати неоднаковість поводження.

Потрібно відповісти на низку питань, а саме: 1) чи є порушення відповідної матеріальної норми Конвенції (тому що ст. 14 Конвенції має субстантивний, «додатковий» характер)? 2) чи наявна різниця у ставленні (відношенні)? 3) чи є об'єктивне та достатнє обґрунтування такої різниці у ставленні (відношенні)? 4) чи переслідує така різниця законну мету? 5) чи є пропорційними заходи (різниця у ставленні (відношенні) по відношенню до такої законної мети)? 5) чи не виходить така різниця за межі свободи розсуду держави?

Для цілей застосування ст. 14 Конвенції не обов'язково, щоб в діях держави-відповідача були наявні ознаки порушення права, гарантованого Конвенцією. Достатньо довести лише втручання в коло праводносин, що регулюються тією чи іншою статтею Конвенції. На думку автора, такою нормою є ст. 5 Конвенції, яка визначає, що кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання

під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним [1]. Так, в Конвенції та КПК України йдеться саме про осіб, до яких запобіжний захід обрано та застосовано. Проте відповідно до КПК України, клопотання про зміну запобіжного заходу може бути подано такою особою наступного дня від моменту застосування до такої особи запобіжного заходу. Натомість особа, до якої застосовано екстрадиційний арешт, може перебувати під екстрадиційним арештом протягом значного часу без можливості ініціювання провадження щодо перевірки обґрунтованості обрання щодо неї «заочного» судового рішення про взяття під варту, з огляду на нові докази, зібрані стороною захисту.

Отже, наявне втручання в сферу гарантованого Конвенцією права. Аналіз положень ст. 201 КПК України дає підстави вважати, що в даному випадку є різниця у ставленні, бо особа, щодо якої запобіжний захід обрано та застосовано, має право ініціювати судовий розгляд щодо законності та необхідності тримання такої особи під вартою, на відміну від особи, щодо якої запобіжний захід обраний, але не застосований. В даному випадку складно виокремити законну мету, яку переслідував законодавець, встановлюючи такі обмеження щодо осіб, до яких запобіжний захід обраний, але не застосований. При цьому слід враховувати, що ухвала слідчого судді про «заочне» взяття під варту може бути оскаржена захистом до суду апеляційної інстанції. Таким чином, законодавець не надає спеціального, «іншого» статусу таким ухвалям слідчого судді з точки зору можливості їх

перевірки. Отже, існують «дві форми сумніву» в правильності судового рішення про обрання запобіжного заходу – тримання під вартою та необхідності застосування такого запобіжного заходу: 1) оскарження в апеляційному порядку ухвали слідчого судді; 2) звернення з клопотанням про зміну запобіжного заходу та обрання іншого запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою. Проте такі «форми сумніву» доступні лише особі, щодо якої запобіжний захід обрано та застосовано.

Отже, існує необхідність внесення змін до ст. 201 КПК України шляхом викладення ч. 1 ст. 201 КПК України в наступній редакції: «1. Підозрюваний, обвинувачений, до якого застосовано запобіжний захід або обрано запобіжний захід на підставі та в порядку, передбаченому ч. 6 ст. 193 цього Кодексу, його

захисник, має право подати до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, клопотання про зміну запобіжного заходу, в тому числі про скасування чи зміну додаткових обов'язків, передбачених я. 5 ст. 194 цього Кодексу та покладених на нього слідчим суддею, судом, чи про зміну способу їх виконання.»

До моменту внесення відповідних змін до КПК України, на думку автора, слідчі судді вправі розглядати клопотання про зміну запобіжного заходу щодо осіб, до яких обраний запобіжний захід не застосований, з огляду на ст.ст. 9, 193 КПК України та ст.ст. 5 та 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, з винесенням відповідних процесуальних рішень, в тому числі й ухвал про зміну запобіжного заходу.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Європейська конвенція з прав людини* (Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини від 4 листопада 1950 р.) // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій. – Амстердам. – Київ, 1996. – С. 12–17.
2. *Кримінальний процесуальний кодекс України*. Кодекс кримінальний процесуальний від 13 квітня 2012 року // *Голос України*. – 2012. – № 90–91.
3. *Підгородинська А. В.* Використання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів у кримінальному процесі України : монографія / А. В. Підгородинська. – Одеса : Юрид. літ., 2013. – 184 с.

Стаття надійшла до редакції: 31.10.2014.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

PROHIBITION OF DISCRIMINATION THAT ARE USED IN THE COURSE OF SELECTION OF PREVENTIVE MEASURES (DETENTION), IN THE ABSENCE OF A PERSON WHOM SUCH PREVENTIVE MEASURES ARE APPLIED

Legkikh K.

Abstract: This article deals with some provisions of the Criminal judicial code of Ukraine, that are used in the course of selection of preventive measures (detention), in the absence of a person whom such preventive measures are applied. The problem of limitation of rights to initiate judicial trial is defined by the author with the aim to change the selected preventive measures to a person who is in an international search and whom that extradition arrest is applied. The analysis of Articles 5 and 14 to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is made, with the purpose of their application (as a source of law) at solution to such problem by national courts. A main conclusion is an idea that a person, for whom national courts applied preventive measures in form of detention, has a right to initiate a judicial trial in the national courts of the state inquiring extradition with the purpose of change of preventive measures unconnected with detention.

Keywords: preventive measures, the distance selection of preventive measures, the prohibition of discrimination, ECtHR practice.

ResearcherID: F-6206–2014



ДИСКРИМИНАЦИОННАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ «ЗАОЧНОГО» ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ СОГЛАСНО УПК УКРАИНЫ

Legkikh K. B.

Резюме: В статье автор анализирует некоторые положения Уголовного процессуального кодекса Украины, которые применяются при избрании меры пресечения – содержание под стражей, в отсутствие лица, к которому применяется такая мера пресечения. Автором сформулирована проблема ограничения права на инициирование судебного разбирательства с целью изменить избранную меру пресечения лицом, которое находится в международном розыске и к которому применен экстрадиционный арест. При этом проведен анализ статей 5 и 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основоположных свобод, с целью их применения (как источника права) при разрешении такой проблемы национальными судами. Основным выводом является идея о том, что лицо, к которому национальными судами применена мера пресечения – взятие под стражу, вправе инициировать в национальных судах запрашивающего экстрадицию государства судебное разбирательство, с целью изменения меры пресечения, не связанную с содержанием под стражей.

Ключевые слова: меры пресечения, заочное избрание меры пресечения, запрет дискриминации, практика ЕСПЧ.

Идентификационный номер исследователя (ResearcherID): F-6206–2014