

**НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ  
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО**

**О. І. Тищенко**

**Запобіжний захід у вигляді  
взяття під варту:  
проблеми обрання та оскарження  
в досудовому провадженні  
по кримінальній справі**

Харків  
2008

*Рекомендовано до опублікування вченою радою  
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 7 від 26 березня 2008 р.)*

**Рецензенти:**

**Ю. П. Аленін**, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального процесу Одеської національної юридичної академії;

**Д. П. Письменний**, кандидат юридичних наук, професор кафедри теорії кримінального процесу та судоустрою Київського національного університету внутрішніх справ

**Тищенко О. І.**

Т 47 **Запобіжний захід у вигляді взяття під варту: проблеми обрання та оскарження в досудовому провадженні по кримінальній справі:** Монографія. – Харків: «ФІНН», 2008. – 176 с.  
ISBN 966–8030–20–6

Монографія присвячена дослідженню актуальної проблеми удосконалення законодавчої регламентації та практики застосування і оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні по кримінальній справі. З урахуванням сучасних тенденцій розвитку вітчизняного і зарубіжного кримінально-процесуального права автор визначає підстави і специфіку предмета доказування при вирішенні цього питання. Особливу увагу приділено розгляду судового порядку обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Виявлена правова природа рішень, які приймаються судом у зв'язку з розглядом подання про застосування даного запобіжного заходу. Сформульовані практичні пропозиції щодо вдосконалення чинного процесуального механізму застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження його строку.

Для науковців, викладачів, студентів та аспірантів юридичних навчальних закладів, практичних працівників, а також усіх, хто цікавиться питаннями кримінального процесу.

ISBN 966–8030–20–6

ББК 67.9(4УКР)308

© О. І. Тищенко, 2008

© Видавництво “ФІНН”, оформлення, 2008

## Зміст

<b>Передмова</b>	4
<b>Розділ 1</b>	
<b>Кримінально-процесуальні проблеми обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту</b>	6
§ 1. Підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту	6
§ 2. Процесуальний порядок обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту органами досудового розслідування	53
§ 3. Функція суду по застосуванню запобіжного заходу у вигляді взяття під варту	70
§ 4. Порядок судового засідання при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту	80
§ 5. Процесуальний порядок продовження строків тримання під вартою	117
§ 6. Процесуальний порядок зміни або скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту	138
<b>Розділ 2</b>	
<b>Оскарження рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту</b>	150
§ 1. Підстави та суб'єкти оскарження рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту	150
§ 2. Перевірка правомірності рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту	156
<b>Висновки</b>	171

## Передмова

Суттєвим кроком на шляху становлення демократичних засад кримінального судочинства в Україні стало закріплення на законодавчому рівні нового, наближеного до міжнародних стандартів порядку обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження його строків. Разом з тим статистика свідчить, що цей запобіжний захід не виправдано широко використовується на практиці (близько 40 тисяч). За статистичними даними кількість осіб, щодо яких обирається даний запобіжний захід, порівняно з минулими роками поступово зменшується. Отже, новий механізм обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту забезпечує більш виважений підхід до обмеження прав і свобод осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочину. Водночас застосування даного запобіжного заходу традиційно займає друге місце після підписки про невиїзд, яка, по суті, є єдиною альтернативою взяттю під варту.

Враховуючи, що взяття під варту суттєво обмежує конституційне право кожного на свободу та особисту недоторканність, актуальною є проблема обмеження його застосування виключно випадками, коли іншими запобіжними заходами досягнути завдань кримінального судочинства взагалі неможливо. Вбачається, що ця проблема може бути вирішена як шляхом удосконалення чинного правового механізму застосування даного запобіжного заходу, так і коригуванням з цією метою сучасної правозастосовної практики.

Проблеми застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту були предметом численних наукових досліджень і в останні роки привертають все більшу увагу. Вони досліджувалися у роботах українських та російських вчених: Ю. П. Аленіна, В. Д. Бринцева, Н. В. Буланової, Т. В. Варфоломєєвої, І. М. Гуткіна, Л. М. Давиденка, В. А. Давидова, З. Д. Єнікєєва, В. С. Зеленецького, З. З. Зінатуллїна, П. М. Каркача, В. Г. Клочкова, О. В. Кондратьєва, Ф. М. Кудїна, Ю. Д. Лівшиця, В. Т. Маляренка, В. І. Маринїва, В. О. Михайлова, В. Т. Нора, І. Л. Петрухіна, П. П. Пилипчука, С. М. Стахівського, Ю. І. Стецовського, І. Л. Трунова, Л. К. Трунової, А. Р. Туманянц, О. О. Чувільова, В. П. Шибіко, О. Г. Шило, М. Є. Шумила та інших науковців і практичних працівників.

Незважаючи на велику кількість наукових досліджень, ряд питань, пов'язаних з обранням запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, залишився поза спеціальним дослідженням, інші не одержали в теорії і на практиці однозначного вирішення і мають дискусійний характер. Не підлягала системному вивченню практика вищестоящих судів з перевірки законності та обґрунтованості рішень судів першої інстанції щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

У роботі по-новому, з урахуванням сучасних тенденцій розвитку вітчизняного і зарубіжного кримінально-процесуального права досліджені проблеми застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні по кримінальній справі та процесуальний порядок оскарження рішення суду щодо його обрання, а також продовження строку тримання під вартою.

Автор висловлює щире подяку своєму вчителю Юрію Михайловичу Грошовому – академіку Академії правових наук України, доктору юридичних наук, професору, завідувачу кафедри кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, всьому колективу кафедри кримінального процесу за допомогу в підготовці монографії до видання.

Щира вдячність рецензентам – доктору юридичних наук, професору, завідувачу кафедри кримінального процесу Одеської національної юридичної академії Ю. П. Аленіну, а також професору кафедри теорії кримінального процесу та судоустрою Київського національного університету внутрішніх справ Д. П. Письменному за слушні зауваження та цінні поради.

# КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ

## § 1. Підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

Відповідно до ст. 29 Конституції України кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом<sup>1</sup>. Закріплення на законодавчому рівні можливості обмеження свободи й особистої недоторканності пов'язане з необхідністю вирішення колізії між правом кожного на свободу і обов'язком держави забезпечити захист значущих для суспільства цінностей.

Відповідно до загальних принципів міжнародного права стосовно обмеження волі осіб, які потрапили до сфери кримінального судочинства, для кожного випадку позбавлення волі певної особи повинні бути конкретні підстави. Так, у Загальній декларації прав людини встановлено, що «ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання» (ст. 9)<sup>2</sup>. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права містить таке положення: «Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше як на підставах і відповідно до такої процедури, які встановлено законом»<sup>3</sup> (ч. 1

<sup>1</sup> Конституція України (з предметними матеріалами). – Х.: Інтеллект-Прогрес, 2007. – С. 21.

<sup>2</sup> Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г. // Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. – Харьков, 1998. – С. 10.

<sup>3</sup> Международный пакт о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г. // Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. – Харьков, 1998. – С. 21.

ст. 9). Стаття 5 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини від 4 листопада 1950 р. (далі – Конвенція) обмежує обставини, при яких людина може бути позбавлена волі на законних підставах, і цей перелік є вичерпним. Такими підставами є:

а) законне ув'язнення особи після її засудження компетентним судом;

б) законний арешт або затримання особи за невиконання законної вимоги суду для забезпечення виконання будь-якого обов'язку передбаченого законом;

в) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

г) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою припровадження його до встановленого законом компетентного органу;

д) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;

е) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, чи особи, щодо якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції<sup>1</sup>.

Європейський суд з прав людини у своєму рішенні у справі «Куїн проти Франції» (Case of Quinn v. France) звернув увагу на те, що п. 1 ст. 5 Конвенції обмежує обставини, за яких людина може бути позбавлена волі на законних підставах, проте ці підстави не можна тлумачити розширено, оскільки вони є винятком із цього правила<sup>2</sup>.

Той факт, що застосовується одна підстава, не перешкоджає, однак, одночасному застосуванню іншої підстави; тримання під

<sup>1</sup> Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод от 4 ноября 1950 г. // Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. – Харьков, 1998. – С. 68-69.

<sup>2</sup> Case of Quinn v. France (Application no. 18580/91) Judgment Strasbourg 22 March 1995. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.>>, станом на 8. 02. 2008 р.

вартою може, відповідно до обставин, бути виправданим із точки зору більш ніж однієї підстави<sup>1</sup>. При цьому будь-яке позбавлення волі, зазначає Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Чахла проти Сполученого Королівства» (Case of Chahal v. the United Kingdom), має здійснюватись не лише відповідно до основних процесуальних норм національного права, а й відповідати меті статті 5 Конвенції, тобто захищати людину від свавільного позбавлення волі<sup>2</sup>.

Нікого не може бути позбавлено свободи інакше як відповідно до процедури, встановленої законом. Проте Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Гусинський проти Росії» (Case of Gusinskiy v. Russia) нагадав, що це означає не лише те, що такий закон має реально існувати, але й те, що він повинен характеризуватись належним рівнем якості, зокрема, має бути достатньо доступним для сприйняття і точним, аби відвернути можливість свавільного затримання особи<sup>3</sup>.

На наш погляд, конкретизація у кримінально-процесуальному законодавстві підстав застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є одним із механізмів захисту прав і свобод особи під час розслідування і судового розгляду кримінальної справи.

Питання про підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є актуальним і в той же час складним. Протягом тривалого часу воно було предметом дослідження вчених-процесуалістів, зокрема Н. В. Буланової, І. М. Гуткіна, В. А. Давидова, З. Д. Єнікєєва, Є. Ю. Жоги, В. Г. Золотарьова, Г. П. Івлієва, М. І. Капінуса, М. О. Колоколова, Ю. Д. Лившиця, Т. М. Марітчака,

<sup>1</sup> *De Sальвіа М.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С.189.

<sup>2</sup> Case of Chahal v. the United Kingdom (Application no. 22414/93) Judgment Strasbourg 15 November 1996. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr. coe. int/tkp/197/viewhbk.m>>, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>3</sup> Case of Gusinskiy v. Russia (Application no. 70276/01) Judgment Strasbourg 19 May 2004. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr. coe. int/tkp/197/viewhbk.m>>, станом на 8. 02. 2008 р.

В. І. Мариніва, П. П. Пилипчука, М. Савенка, О. І. Цоколової, О. Г. Шило та ін.<sup>1</sup> Проте аналіз наукових джерел та матеріалів

<sup>1</sup> *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.- метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – 256 с.; *Гуткин И. М.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М., 1963. – 254 с.; *Давыдов В. А.* Заключение под стражу как мера пресечения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1978. – 23 с.; *Жога Е. Ю.* Арест как мера пресечения в уголовном процессе и судебная проверка его законности и обоснованности: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 2001. – 205 с.; *Золотарёв В. Г., Колоколов Н. А.* Порядок рассмотрения судами ходатайств органов предварительного расследования о заключении под стражу подозреваемых, обвиняемых, продлении срока содержания под стражей обвиняемых: Науч.- практ. пособие. – М.: ИГ «Юрист», 2002. – 48 с.; *Золотарёв В. Г., Колоколов Н. А.* Алгоритм ареста: Науч.- практ. пособие. – Курск: Лицензия ГУИПП «Курск», 2002. – 31 с.; *Ивлиев Г. П.* Основания и цели применения мер процессуального принуждения // Гос-во и право. – 1995. – № 11. – С. 71-77; *Капинус Н. И.* Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе: Монография. – М.: Издательский дом «Буквед», 2007. – 416 с.; *Колоколов Н. А.* Судебный контроль в стадии предварительного расследования: Учеб. пособие. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – 303 с.; *Колоколов Н. А.* Методика проведения судебно-следственных действий в стадии предварительного расследования. Науч.- практ. пособие. – М.: Юрлитинформ, 2004. – 192 с.; *Лившиц Ю. Д.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М: Юрид. лит-ра, 1964. – 138 с.; *Марітчак Т. М.* Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами // Вісн. Верхов. Суду України. – 2002. – № 6 (34). – С. 37- 40; *Маринів В. І.* Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 1999. – 196 с.; *Пилипчук П. П.* Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верхов. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 44-49; *Він же.* Коментар до глави 13 “Запобіжні заходи” КПК України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2003. – № 12. – С. 3-13; *Питулько К. В.* Судебный контроль за применением заключения под стражу и реализация права обвиняемого (подозреваемого) на защиту в уголовном процессе РФ. – СПб.: Изд-во «Левша. Санкт-Петербург», 2000. – 215 с.; *Цоколова О. І.* Проблемы совершенствования оснований применения меры пресечения в виде заключения под стражу // Рос. следователь. – 2005. – № 5. – С. 8-13;



практики свідчить про відсутність єдності поглядів щодо визначення поняття підстав застосування цього запобіжного заходу та їх змісту.

Так, Т. М. Марітчак поділяє підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на формальні (пов'язані з визначенням категорії злочину, у зв'язку з обвинуваченням у вчиненні якого особа береться під варту) й фактичні (зазначені у статтях 148, 150 КПК)<sup>1</sup>.

М. Савенко під фактичними підставами обрання цього запобіжного заходу визнає наявність: 1) неспростовних доказів вчинення обвинуваченим (підозрюваним) злочину, за вчинення якого законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі, як правило, понад три роки; 2) достатніх підстав вважати, що обвинувачений (підозрюваний) може ухилитися від слідства та суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню об'єктивної істини у справі, здійсненню правосуддя чи продовжити злочинну діяльність; 3) підстав вважати, що інші, менш суворі запобіжні заходи неспроможні забезпечити виконання обвинуваченим (підозрюваним) процесуальних обов'язків і належної поведінки. Юридичною підставою взяття під варту є постановою судді<sup>2</sup>.

В. Г. Золотарьов та М. О. Колоколов класифікують підстави й умови обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на формально-правові і матеріально-правові. При цьому під формально-правовими умовами автори розуміють таке: 1) взяття під варту можливе тільки в рамках здійснення досудового слідства по кон-

*Шило О. Г., Глинська Н. В.* Обґрунтованість подання слідчого та постанови суду про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту як гарантія дотримання права кожного на свободу та особисту недоторканність // *Юрист України*. – 2003. – № 2. – С. 31-33; *Вони же*. Взяття під варту повинно застосовуватися виключно на підставі обґрунтованих процесуальних рішень // *Право України*. – 2004. – № 10. – С. 91-94.

<sup>1</sup> *Марітчак Т. М.* Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами // *Вісн. Верхов. Суду України*. – 2002. – № 6 (34). – С. 38.

<sup>2</sup> *Савенко М.* Деякі питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового слідства // *Юрид. вісн. України*. – 2004. – № 24. – С. 29-30.

кретній кримінальній справі, що порушена та розслідувана у суворій відповідності із законом; 2) особа, про необхідність арешту якої внесене подання, повинна мати статус або підозрюваного, або обвинуваченого; 3) застосування цього запобіжного заходу можливе тільки щодо підозрюваного або обвинуваченого за вчинення злочину, за який кримінальним законом передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад два роки (ч. 1 ст. 108 КПК Російської Федерації). Матеріально-правовою підставою є сукупність доказів, що: а) викривають підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі на строк більше двох років; б) вказують на необхідність тимчасової ізоляції особи від суспільства в інтересах судочинства<sup>1</sup>.

На думку Н. В. Буланової, умовами застосування запобіжних заходів є такі обставини, які створюють правову ситуацію, тобто допускають можливість застосування запобіжного заходу, у тому числі і взяття під варту. До них належать: 1) наявність порушеної кримінальної справи; 2) притягнення особи як обвинуваченого (підозрюваного). Підставами є обставини, наявністю яких закон обґрунтовує застосування даного запобіжного заходу<sup>2</sup>.

П. П. Пилипчук не вживає терміна «підстави», а лише вказує на існування відповідних «умов» для правомірного обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту: 1) якщо особа підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину, за який Кримінальним кодексом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі (ч. 1 ст. 155 КПК); 2) якщо є достатні підстави вважати, що підозрюваний чи обвинувачений намагатиметься ухилитися від

<sup>1</sup> Адвокат в уголовном процессе: Учеб. пособие для вузов / Под ред. В. И. Сергеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 85-86; *Золотарьов В. Г., Колоколов Н. А.* Порядок рассмотрения судами ходатайств органов предварительного расследования о заключении под стражу подозреваемых, обвиняемых, продлении срока содержания под стражей обвиняемых: Науч.- практ. пособие. – М.: ИГ «Юрист», 2002. – С. 8-9; *Вони же*. Алгоритм ареста: Науч.-практ. пособие. – Курск: Лицензия ГУИПП «Курск», 2002. – С. 7-8.

<sup>2</sup> *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.- метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С.68-69.

слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність (ч. 2 ст. 148 КПК); 3) має бути обґрунтоване переконання судді в тому, що більш м'які запобіжні заходи можуть не забезпечити належну поведінку підозрюваного (обвинуваченого)<sup>1</sup>. Такої точки зору дотримуються й автори науково-практичного коментарю КПК України за редакцією В. Т. Маляренка та В. Г. Гончаренка<sup>2</sup>.

З. Д. Єнікєєв під умовами застосування запобіжних заходів розуміє обставини, що встановлені нормами кримінально-процесуального закону або з очевидністю впливають із них, з наявністю яких пов'язана можливість, доцільність і правильність використання запобіжних заходів. До загальних умов належать ті, які враховуються при обранні будь-якого виду запобіжного заходу. Спеціальними є умови, які в силу закону необхідні для застосування конкретного запобіжного заходу, а також ті, що відображають правові особливості обрання запобіжного заходу щодо певних категорій обвинувачених і підозрюваних. Їх відсутність перешкоджає застосуванню певного запобіжного заходу до конкретного підозрюваного, обвинуваченого<sup>3</sup>.

М. І. Капінус висловив думку, що фактичними підставами для обрання запобіжних заходів є докази, достатні для припущення про протиправну поведінку обвинуваченого. Цільове призначення умов полягає в тому, щоб допомогти уповноваженій обирати запобіжний захід особі зробити правильний вибір на користь конкретного запобіжного заходу<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Пилипчук П. П. Коментар до глави 13 «Запобіжні заходи» КПК України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2003. – № 12. – С. 4.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – 4-те вид., переробл. та допов. – К.: Юрисконсульт, КНТ. – 2007. – С. 372-373.

<sup>3</sup> Єнікєєв З. Д. Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования): Учеб. пособие. – Уфа: Башкир. гос. ун-т, 1988. – С. 34.

<sup>4</sup> Капінус Н. И. Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе. – М.: Издательский дом «Буквовек», 2007. – С. 61-62.

О. Г. Шило і Н. В. Глинська стверджують, що підстава прийняття рішення про застосування будь-якого запобіжного заходу має комплексний характер та складається, з одного боку, з достатніх даних, що свідчать про наявність хоча б однієї з підстав, передбачених ст. 148 КПК, а з другого – з обставин, передбачених ст. 150 КПК<sup>1</sup>.

Аналіз наведених аргументів правників дозволяє констатувати різноманіття поглядів на цю проблему. Разом з тим єдине розуміння сутності підстав застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та кола обставин, що їх становлять, сприятиме прийняттю законного та обґрунтованого рішення щодо обрання даного запобіжного заходу та є важливою гарантією від невинуватого застосування примусу до особи.

Поняття «умови» та «підстави» застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту ми будемо розглядати як аналогічні за смисловим значенням.

Підстави обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, на наш погляд, можуть бути умовно класифіковані на кримінально-правові, кримінально-процесуальні й фактичні. Розглянемо їх.

Кримінально-правові підстави включають: а) вчинення особою, щодо якої вирішується питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, злочину, за який Кримінальним кодексом України передбачено покарання у вигляді позбавлення волі понад три роки; б) у виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано й до тих осіб, які підозрюються (обвинувачуються) у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років (ч. 1 ст. 155 КПК).

Кримінально-процесуальні підстави: а) особа, щодо якої вирішується питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинна мати статус підозрюваного або обвинуваченого (ст. 165<sup>2</sup> КПК); б) обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання даного запобіжного заходу (ч. 2 ст. 148, ст. 150 КПК); в) подання про застосування запобіжного заходу у вигляді

<sup>1</sup> Шило О., Глинська Н. Обґрунтованість подання слідчого та постанови суду про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту як гарантія дотримання права кожного на свободу та особисту недоторканність // Юрист України. – 2003. – № 2. – С. 31-32.

взяття під варту повинно бути складено належним суб'єктом і погоджено з прокурором.

Фактичні підстави – це сукупність доказів, що свідчать: а) про те, що особа вчинила злочин, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки. У виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років; б) про доцільність обрання до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Це докази того, що інші (менш суворі) запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання підозрюваним (обвинуваченим) процесуальних обов'язків, що випливають із ч. 2 ст. 148 КПК, і його правослухняної поведінки.

У контексті розгляду питання про підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту доцільно дослідити питання, що стосується специфіки предмета доказування при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, ступеня доказування обставин, пов'язаних із правомірністю обрання цього запобіжного заходу, і доказів, якими обґрунтовується застосування даного запобіжного заходу.

Слід зазначити, що в юридичній літературі не склалося єдності думок щодо поняття предмета доказування та його структури<sup>1</sup>. Нами не ставиться за мету проведення аналізу наукових поглядів правників щодо предмета доказування, проте вважаємо правомірною точку зору, що предметом доказування є коло обставин, що підлягають дослідженню і встановленню в кримінальній справі з метою правильного її вирішення<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. – С. 69-84; Кудин Ф. М., Костенко Р. В. Достаточность доказательств в уголовном процессе: Монография. – Краснодар: КГАУ, 2000. – С. 27-36; Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном процессе. – К.: Вища шк. Изд-во при Киев. гос. ун-те, 1984. – С. 98-107; Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 139-186.

<sup>2</sup> Кримінальний процес України: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю. М. Groшевий, Т. М. Мірошніченко, Ю. В. Хоматов та ін.; За ред. Ю. М. Groшевого та В. М. Хотенця. – Х.: Право, 2000. – С. 131.

На думку І. Б. Михайловської та І. Л. Петрухіна при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має місце самостійний, автономний предмет доказування, начебто ізольований від загального предмета доказування в кримінальній справі<sup>1</sup>.

Ми вважаємо, що предметом доказування при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є сукупність обставин, установлення яких необхідно для винесення законної й обґрунтованої постанови судді щодо застосування до особи цього запобіжного заходу.

На наш погляд, до структури предмета доказування при обранні цього запобіжного заходу входять:

- 1) дані про злочин, у вчиненні якого підозрюється (обвинувачується) особа;
- 2) дані про особу, щодо якої обирається запобіжний захід у вигляді взяття під варту;
- 3) дані, що свідчать про доцільність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Розглянемо їх.

1. Дані про злочин, у вчиненні якого підозрюється (обвинувачується) особа. Оцінюючи тяжкість вчиненого злочину, орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя керуються положеннями статей 11 і 12 Кримінального кодексу щодо поняття злочину та його класифікації і беруть до уваги ті обставини, які згідно з чинним законодавством впливають на кримінальну відповідальність: ступінь суспільної небезпечності злочину, його кримінально-правова кваліфікація, мета, мотив, форма вини, обставини, що обтяжують чи пом'якшують відповідальність, тощо.

Раніше чинне кримінально-процесуальне законодавство містило вичерпний перелік злочинів (ч. 2 ст. 155 КПК), за обвинуваченням у вчиненні яких було дозволено застосовувати взяття під варту з мотивів самої тільки небезпечності злочину<sup>2</sup>, що викликало правомірну

<sup>1</sup> Михайловская И. Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 77-100; Петрухин И. Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 164.

<sup>2</sup> Михеенко М. М., Шибіко В. П., Дубинський А. Я. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України: за станом законодавства



критику вчених-процесуалістів. Як указував З. З. Зінатуллін, у 50% випадків взяття під варту застосовувалося з мотивів однієї небезпечності злочину<sup>1</sup>. В. М. Корнуков наводив цифру 90%<sup>2</sup>. Ця норма фактично надавала можливість органам дізнання, слідчим, прокурорам обирати цей запобіжний захід і тоді, коли забезпечити належну поведінку підозрюваного (обвинуваченого) та виконання ним процесуальних обов'язків можливо було й за допомогою застосування менш суворих запобіжних заходів. На практиці нерідко взяття під варту як запобіжний захід застосовувалося фактично як кара за злочин, винність у вчиненні якого ще не була доведена, або використовувалося як засіб домогтися від обвинуваченого «потрібних» показань, примусити його не відмовлятися від них чи дати показання про причетність до злочину інших осіб тощо<sup>3</sup>. Сприятливі зміни в інституті запобіжних заходів з точки зору підвищення рівня захисту прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого відбулися після прийняття Закону України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» від 21 червня 2001 р. № 2533-III, згідно з яким зі ст. 155 КПК України було виключено частину другу, яка передбачала застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту з мотивів самої тільки небезпечності вчиненого злочину<sup>4</sup>.

Нині, беручи до уваги, що обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту найбільшим чином обмежує конституційні права і свободи людини, законодавець підвищив мінімальний розмір передбаченого санкцією статті Кримінального кодексу позбавлення волі від одного року до трьох. Враховуючи, що з прийняттям Кримінального кодексу України, який набрав чинності 01.09.2001 р., суттєво змінені лібералі-

і постанов Пленуму Верховного Суду України на 15 серпня 1997 р. / Відп. ред. В. Ф. Бойко, В. Г. Гончаренко. – К.: Юрінком, 1997. – С. 217-218.

<sup>1</sup> *Зінатуллін З. З.* Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность (Вопросы теории и практики). – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1981. – С. 78.

<sup>2</sup> *Корнуков В. М.* Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1978. – С. 81.

<sup>3</sup> *Пилипчук П. П.* Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верхов. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 45.

<sup>4</sup> Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України: Закон України від 21.06.2001 р. № 2533-III // <http://zakon.rada.gov.ua>.

зована система кримінальних покарань, сфера застосування взяття під варту як запобіжного заходу значно звужена<sup>1</sup>. Це свідчить про прагнення законодавця до створення дієвих механізмів захисту прав людини в кримінальному судочинстві, обмеження застосування кримінально-процесуального примусу в тих випадках, коли він не є необхідним.

Частина 1 ст. 155 КПК обмежує можливість застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту справами про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі понад три роки. У виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років (ч. 1 ст. 155 КПК).

Згідно з п. 3 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»<sup>2</sup> від 25 квітня 2003 р. № 4 (далі – постанова Пленуму від 25 квітня 2003 р.) такими є випадки, коли на підставі наявних у справі фактичних даних з певною ймовірністю можна стверджувати, що інші запобіжні заходи не забезпечать належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого. Це можливо, наприклад, коли особа не має постійного місця проживання, зловживає спиртними напоями або вживає наркотичні засоби, продовжує вчиняти злочини, підтримує соціальні зв'язки негативного характеру, порушила умови запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, раніше ухилялася від слідства, суду або виконання судових рішень або коли особу підозрюваного взагалі не встановлено. Винятковість даного випадку має бути обґрунтована у поданні про обрання запобіжного заходу і в постанові судді<sup>3</sup>. Бе-

<sup>1</sup> Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України / За ред. Грошевого Ю. М. – Х.: Право, 2002. – С. 53.

<sup>2</sup> Зауважимо, що, на наш погляд, Пленум Верховного Суду у назві своєї постанови використав не зовсім вірну термінологію, оскільки стадій дізнання і досудового слідства немає, вони є лише формами досудового розслідування.

<sup>3</sup> Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 3 (37). – С. 7.

зумовно, законодавче закріплення можливості обирати запобіжний захід у вигляді взяття під варту у виняткових випадках принаймні повинно орієнтувати правозастосувача на необхідність аргументації такої винятковості<sup>1</sup>.

Вбачається, що наведений перелік виняткових випадків не є вичерпним. У кожній конкретній ситуації питання про його винятковість вирішує орган дізнання, слідчий, прокурор або суд самостійно, виходячи з матеріалів кримінальної справи й особи підозрюваного (обвинуваченого)<sup>2</sup>.

На нашу думку, винятковість випадків, у яких щодо особи може бути застосовано запобіжний захід у вигляді взяття під варту у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років, має бути чітко визначена в законі, що виключить можливість обрання даного запобіжного заходу, ґрунтуючись лише на суб'єктивному розсуді органу дізнання, слідчого, прокурора та суду.

У зв'язку з цим заслуговує на підтримку проект Кримінально-процесуального кодексу України (реєстр. № 1233), який обмежує можливість застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту у справах про злочини, за вчинення яких передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, лише тими випадками, коли підозрюваний, обвинувачений або підсудний переховувався від органів досудового слідства чи суду, не виконав своїх обов'язків у зв'язку із застосуванням до нього іншого запобіжного заходу, або якщо є докази про те, що він вчинив або готується вчинити новий злочин, не має постійного місця проживання на території України, не встановлено його особу (ч. 2 ст. 126)<sup>3</sup>.

При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу відповідно до ст. 150 КПК враховується також тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа. Дане по-

<sup>1</sup> Трунов И. Л., Айвар Л. К. Применение мер пресечения в уголовном судопроизводстве: практическое пособие. – М.: Эксмо, 2007. – С. 193.

<sup>2</sup> Воронцова Н. Основания применения мер пресечения по УПК РФ // Рос. следователь. – 2002. – № 9. – С. 10.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.

ложення було предметом розгляду Конституційного Суду України, який у рішенні у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення статті 150 Кримінально-процесуального кодексу України стосовно тяжкості злочину від 8 липня 2003 р. № 14-рп/2003 зазначив, що тяжкість злочину законом не визначається як підстава для застосування будь-якого виду запобіжного заходу, а не тільки взяття під варту. Системний аналіз статей 148, 149, 150, 155 КПК свідчить про те, що стаття 150 не визначає підстав для застосування запобіжного заходу і стосується виключно обставин (що, зокрема, впливає з самої назви статті), які повинні враховуватись при обранні запобіжного заходу в кожному конкретному випадку незалежно від його виду (підписка про невіїзд, взяття під варту тощо). Перелік цих обставин не є вичерпним і при застосуванні запобіжного заходу враховуються як тяжкість злочину, у вчиненні якого особа підозрюється, обвинувачується, так й інші обставини<sup>1</sup>.

На наш погляд, позиція законодавця щодо врахування тяжкості злочину при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є обґрунтованою<sup>2</sup>. Врахування тяжкості злочину має свій раціональний зміст при формуванні внутрішнього переконання слідчого, прокурора, судді, оскільки вона свідчить про ступінь суспільної небезпечності цієї особи та дозволяє спрогнозувати з достатньо високим ступенем ймовірності її поведінку, беручи до уваги, що майбутнє покарання за тяжкий злочин підвищує ймовірність того, що обвинувачений (підозрюваний) може ухилитися від слідства

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення ст. 150 Кримінально-процесуального кодексу України стосовно тяжкості злочину (справа про врахування тяжкості злочину при застосуванні запобіжного заходу) від 08. 07. 03 р. // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 29. – С. 174-175.

<sup>2</sup> У порядку констатації зазначимо, що тяжкість злочину враховується при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в сукупності з іншими обставинами не тільки згідно з КПК України, але й згідно з законодавством інших держав. Зокрема, це передбачає кримінально-процесуальне законодавство Казахстану (ст. 141 КПК), Російської Федерації (ст. 99 КПК) та ін.

і суду. Разом з тим постановою Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами застави як запобіжного заходу» від 26 березня 1999 р. № 6 (зі змінами, внесеними постановою Верховного Суду України від 6 червня 2003 р. № 5) допускає у виняткових випадках можливість застосування застави замість тримання під вартою щодо осіб, які обвинувачуються у вчиненні тяжких насильницьких злочинів чи злочинів у складі організованих груп, а також щодо рецидивістів та осіб, які раніше намагались ухилитися від правосуддя (п. 2)<sup>1</sup>. Така орієнтація законодавчої та правозастосовної практики свідчить про доцільність врахування обставин, передбачених ст. 150 КПК, з метою зменшення кількості осіб, до яких може бути застосований запобіжний захід у вигляді взяття під варту і підвищення рівня правової захищеності їх прав і свобод.

Аналіз практики Європейського суду з прав людини теж свідчить про необхідність врахування тяжкості злочину при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (рішення по справі «Калашников проти Російської Федерації» (Case of Kalashnikov v. Russia)<sup>2</sup>). Разом з тим Європейський суд у рішенні по справі «Мюллер проти Франції» (Case of Muller v. France) підкреслив, що «хоча ризик переховування від правосуддя може існувати, коли очікуваний вирок передбачає довготривале ув'язнення, його не можна оцінювати виключно на підставі суворості очікуваного вироку»<sup>3</sup>. У рішенні по справі «Летельє проти Франції» (Case Letellier v. France) та «Томази проти Франції» (Case Tomasi v. France) Європейський суд з прав людини встановив, що «небезпечність того, що обвинувачений сховається від слідства та суду повинна оцінюватися не лише у світлі тяжкості можливого покарання, а виходячи

<sup>1</sup> Про практику застосування судами застави як запобіжного заходу: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 березня 1999 р. № 6 зі змінами, внесеними постановою Верховного Суду України від 6 червня 2003 р. № 5 / <http://zakon.rada.gov.ua>

<sup>2</sup> Case of Kalashnikov v. Russia (Application no. 47095/99) Judgment Strasbourg 15 July 2002. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.htm>>, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>3</sup> Решение Европейского суда по правам человека «Мюллер против Франции» от 17.03.1997 г. // <http://www.echr.ru/documents/decisions.htm>.

із усіх обставин, які можуть підтвердити наявність такої небезпеки або довести її до такого мінімуму, що попереднє ув'язнення стане невинувачуваним»<sup>1</sup>.

Отже, з урахуванням викладеного вважаємо, що за наявності обставин, зазначених у ст. 148 КПК, врахування тяжкості злочину не лише доцільне, але й обов'язкове в силу вимог ст. 150 КПК.

Враховуючи, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту найбільшою мірою обмежує конституційне право особи на свободу та особисту недоторканність, на нашу думку, має бути дотримана співрозмірність між тяжкістю вчиненого злочину і тяжкістю можливого правообмеження. Слід зауважити, що КПК деякою мірою зберігає співвідношення між тяжкістю вчиненого обвинуваченням злочину і запобіжним заходом, що до нього застосовується. Так, взяття під варту як запобіжний захід може застосовуватися за вчинення злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину. У справах про злочини невеликої тяжкості застосування даного заходу можливе лише у виняткових випадках. Виходячи з цього, О. І. Цоколова стверджує, що встановлення залежності між тяжкістю злочину, у вчиненні якого підозрюється або обвинувачується особа, і запобіжним заходом, який до неї обирається, полегшило б завдання слідчого при виборі виду запобіжного заходу і судді, що приймає рішення щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>2</sup>.

На наш погляд, з метою зниження кількості арештів і гуманізації здійснюваної кримінально-процесуальної діяльності слід закріпити в КПК положення про те, що взяття під варту як запобіжний захід застосовується у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років. У виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано в справах про злочини, за які законом передбачено пока-

<sup>1</sup> Европейский Суд по правам человека. Избр. решения: В 2 т. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 1. – С. 701; Case of Tomasi v. France (Application No. 12850/87) Judgment Strasbourg 27 August 1992. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.htm>>, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>2</sup> Цоколова О. И. Проблемы совершенствования оснований применения меры пресечения в виде заключения под стражу // Рос. следователь. – 2005. – № 5. – С. 11.

рання у вигляді позбавлення волі і на строк не більше п'яти років. Вважаємо, що така норма має бути спрямована на попередження явно не виправданого застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, коли це рішення очевидно не узгоджується з тяжкістю наслідків, які можуть настати для обвинуваченого після його засудження.

2. Дані про особу, щодо якої обирається запобіжний захід у вигляді взяття під варту.

Згідно із ч. 1 ст. 148 КПК запобіжні заходи застосовуються до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого. При застосуванні запобіжного заходу до підозрюваного обвинувачення йому має бути пред'явлене не пізніше десяти діб з моменту застосування запобіжного заходу. Якщо в цей строк обвинувачення не буде пред'явлене, запобіжний захід скасовується (ч. 4 ст. 148 КПК).

З цього приводу З. Д. Єнікеев справедливо зауважує, що ймовірність помилок є більшою при обранні запобіжного заходу до підозрюваного, ніж до обвинуваченого. Причинами цього, на його думку, є відсутність даних про особу, інших обставин вчиненого злочину, у зв'язку з чим слідчий повинен обережно і виважено підходити до обрання запобіжного заходу щодо підозрюваного<sup>1</sup>. У контексті розглядуваної проблеми деякі автори пропонують застосовувати запобіжний захід у вигляді взяття під варту лише щодо обвинуваченого. Так, В. І. Руднев рекомендує позитивний приклад Кримінально-процесуального кодексу Киргизстану, в якому вказано, що взяття під варту може застосовуватися тільки після винесення постанови про притягнення особи як обвинуваченого і пред'явлення обвинувачення. На його думку, це дозволяє більшою мірою захистити права і свободи осіб, що притягуються до кримінальної відповідальності<sup>2</sup>. С. М. Прокоф'єва теж

<sup>1</sup> *Єнікеев З. Д.* Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования): Учеб. пособие. – Уфа: Башкир. гос. ун-т, 1988. – С. 39-40.

<sup>2</sup> *Осмоналиев К. М.* Некоторые проблемы гуманизации уголовно-процессуальной политики: рецензия на социологическое исследование В. И. Руднева «Заключение под стражу и проблемы уменьшения количества лиц, находящихся в следственных изоляторах», 2002 // Рос. следователь. – 2005. – № 8. – С. 60.

висловлюється за скасування обрання даного запобіжного заходу щодо підозрюваного<sup>1</sup>. Проте матеріали узагальнення практики застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні по кримінальних справах дозволяють стверджувати, що найчастіше даний запобіжний захід застосовується саме до підозрюваних (у 65 % випадків). Наявність такої негативної тенденції свідчить про необхідність обмежувати застосування до підозрюваного даного запобіжного заходу лише винятковими випадками.

З огляду на викладене слід зазначити, що притягнути особу як обвинуваченого слідчий вправі, коли ним зібрані і перевірені в установленому законом порядку та оцінені в сукупності докази, яких буде достатньо для сформування внутрішнього переконання, що злочин вчинено саме цією особою<sup>2</sup>. Тому можливість допущення помилок значно зменшується, але повністю не виключається. У зв'язку з цим І. М. Гуткін підкреслює, що законність і обґрунтованість обрання запобіжного заходу безпосередньо залежить від законності й обґрунтованості притягнення особи як обвинуваченого, від правильної кваліфікації його дій<sup>3</sup>. Разом з тим аналіз наукових джерел та матеріалів практики свідчить про те, що іноді слідчі завищують кваліфікацію діяння і на підставі цього вносять подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. На це звертають увагу О. Гуляєв, О. Зайцев, І. Трунов та ін.<sup>4</sup> За даними А. Д. Назарова, більше 70,9% помилок, допущених при кваліфікації злочинів, становить саме «завищення» кваліфікації вчиненого, тобто кваліфікація за більш тяжкою статтею або час-

<sup>1</sup> *Прокоф'єва С. М.* Гуманистические начала уголовного судопроизводства: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – СПб., 1999. – С. 156.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – 4-те вид., переробл. та допов. – К.: Юрисконсульт, КНТ. – 2007. – С. 105.

<sup>3</sup> *Гуткин И. М.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М., 1963. – С. 21.

<sup>4</sup> *Гуляев А., Зайцев О.* Заключение под стражу на предварительном следствии // Законность. – 2003. – № 4. – С. 16; *Трунов И. Л., Айвар Л. К.* Применение мер пресечения в уголовном судопроизводстве: практическое пособие. – М.: Эксмо, 2007. – С. 176.



тиною статті Кримінального кодексу, що передбачає всі кваліфікуючі ознаки діяння і максимальну міру покарання<sup>1</sup>. Проте неточність кримінально-правової оцінки вчиненого діяння впливає на правильність обрання запобіжного заходу<sup>2</sup>. Досліджуючи цю проблему, А. П. Шелепа також наголошує, що органи досудового розслідування з метою обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту використовують такий незаконний метод, як «натягування» обвинувачення на більш тяжкий злочин, ніж фактично вчинений особою. Так, у справі громадянина США Гозмана останній використовував підроблений паспорт громадянина України, за що передбачено максимальне покарання у вигляді обмеження волі на строк до двох років. Гозман був одружений в Україні, мав постійне місце проживання, тому ніяких виняткових обставин для взяття його під варту за вчинений злочин не було. Слідчі органи пред'явили обвинувачення Гозману не у використанні підробленого паспорта, а в його виготовленні при обтяжуючих обставинах, за що передбачено покарання до п'яти років позбавлення волі. Це й дало можливість звернутися з поданням до суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо Гозмана. Суд при вирішенні цього питання не досліджував докази такого надуманого обвинувачення. Надалі згідно з вироком суду дії Гозмана були кваліфіковані як використання підробленого паспорта<sup>3</sup>.

Таким чином, для застосування запобіжного заходу, у тому числі й взяття під варту, особа, по-перше, повинна мати статус підозрюваного або обвинуваченого. По-друге, досліджуються обставини, які відповідно до ст. 150 КПК мають бути враховані при обранні запобіжного заходу: вік підозрюваного, обвинуваченого, стан здоров'я<sup>4</sup>, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності, місце про-

<sup>1</sup> Назаров А. Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. – СПб.: Юрид. центр Пресс. – 2003. – С. 112-113.

<sup>2</sup> Еникеев З. Д. Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования): Учеб. пособие. – Уфа: Башкир. гос. ун-т, 1988. – С. 42.

<sup>3</sup> Шелепа А. П. Порухення конституційного права людини на свободу та особисту недоторканність // Адвокат. – 2005. – № 5. – С. 29.

<sup>4</sup> На думку О. Дроздова, до обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, слід віднести не лише стан здоров'я,

живання та інші обставини, що її характеризують. З'ясовуються дані про попередні судимості, соціальні зв'язки особи, її схильності (чи вживає наркотики, алкогольні напої тощо), спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі (чи не ухилялася раніше особа від слідства, суду або виконання судових рішень, чи не вчинювала злочини проти правосуддя). Дослідженню підлягають і відомості, що вказують на існування факторів, обставин чи моральних цінностей, які можуть свідчити про те, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на волі, не порушуватиме покладених на нього процесуальних обов'язків та не займатиметься злочинною діяльністю (п. 10 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4). У рішенні у справі «Ноймастер проти Австрії» (Case of Neumeister v. Austria) Європейський суд з прав людини зауважив на необхідність урахування характеру обвинуваченого, його моральних якостей, достатку, зв'язків з державою, у якій він переслідується за законом, його міжнародних контактів<sup>1</sup>.

Врачування цих обставин має теоретичне і практичне значення для диференційованого підходу до вибору виду запобіжного заходу. Ю. Д. Лівшиц пише: «Адже цілком зрозуміло, що при вчиненні одного й того ж діяння різними особами щодо них можуть бути обрані різні запобіжні заходи»<sup>2</sup>. З. Д. Єнікеев звертає увагу на те, що до моменту вирішення питання про застосування запобіжного заходу щодо підозрюваного чи обвинуваченого слідчий повинен володіти якомога більш повними відомостями, що характеризують особу<sup>3</sup>.

а й можливість надання необхідної медичної допомоги цій особі в умовах тримання її під вартою – адже задовільний стан здоров'я особи на час обрання такого заходу може в умовах ув'язнення стрімко погіршитися або навіть стати таким, що загрожує життю людини (див.: Дроздов О. Гуманізація кримінального судочинства // Юрид. вісн. України. – 2007. – 13-19 жовт. (№ 41). – С. 18).

<sup>1</sup> Case of Neumeister v. Austria (Application no. 1936/63) Judgment Strasbourg 27 June 1968. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.m> >, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>2</sup> Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 27.

<sup>3</sup> Еникеев З. Д. Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования): Учеб. пособие. – Уфа: Башкир. гос. ун-т, 1988. – С. 44.



Виходячи з того, що дані про особу можуть відігравати різну роль при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, вважаємо доцільним докладно зупинитися на характеристичні її змісту.

1. *Вік особи.* Наприклад, затримання та взяття під варту як запобіжний захід можуть застосовуватися до неповнолітнього лише у виняткових випадках, коли це викликається тяжкістю злочину, у вчиненні якого він обвинувачується, при наявності підстав і в порядку, що встановлені статтями 106, 148, 150, 155, 157 КПК (ч. 1 ст. 434 КПК). І. Л. Петрухін пропонує не застосовувати цей запобіжний захід щодо обвинувачених у віці від 14 до 16 років<sup>1</sup>.

Крім того, за ч. 1 ст. 436 КПК до неповнолітніх обвинувачених, крім запобіжних заходів, передбачених ст. 149 КПК, може застосовуватися передача їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі, – передача їх під нагляд адміністрації цієї установи.

Похилий вік особи може свідчити про недоцільність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

2. *Стан здоров'я.* Якщо підозрюваний (обвинувачений) страждає тяжким захворюванням або має якісь фізичні або психічні вади (німі, глухі, сліпі тощо), то це вказує на меншу (або взагалі виключає) ймовірність того, що він буде намагатися ухилитися від сліdstва і суду, перешкоджати встановленню істини у справі тощо. При обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту необхідно переконатися, що його застосування не призведе до погіршення стану здоров'я особи. З іншого боку, коли підозрюваний, обвинувачений хворий і в умовах СІЗО не має можливості здійснювати необхідне лікування, до нього не можна обирати даний запобіжний захід.

3. *Сімейний стан.* При його з'ясуванні має значення наявність як батьківської, так і власної родини: у підозрюваного (обвинуваченого) можуть бути члени сім'ї, які потребують його догляду: малолітні діти, батьки похилого віку, інваліди.

Разом з тим необхідно встановлювати, чи підтримує підозрюваний (обвинувачений) із родиною позитивний емоційний зв'язок,

<sup>1</sup> Петрухін І. Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989. – С. 182.

чи перебувають діти на його утриманні<sup>1</sup>, тощо. Якщо ж особа, щодо якої вирішується питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, ігнорує родину, відчужена від неї, веде антисоціальний спосіб життя, то таку обставину слід розглядати як відсутність родини<sup>2</sup>.

У кримінально-процесуальній літературі висловлювалися обґрунтовані пропозиції щодо визначення категорій осіб, до яких не може застосовуватися запобіжний захід у вигляді взяття під варту<sup>3</sup>. Слід констатувати, що кримінально-процесуальним законодавством деяких держав така норма передбачена<sup>4</sup>. Проте КПК

<sup>1</sup> До речі, Європейський суд з прав людини у рішенні по справі «Летельє проти Франції» (Case of Letellier v. France) від 26 червня 1991 р. вказав, що протягом чотирьох тижнів, поки заявниця перебувала на волі, вона виконувала всі приписи і не намагалася ухилитися від правосуддя. Це було важко їй зробити з огляду на наявність неповнолітніх дітей і торгового закладу, що був єдиним джерелом її прибутку. Якщо ігнорувати такі обставини, оцінюючи безпеку ухилення від сліdstва, то рішення, які приймаються, ризикують бути недостатньо вмотивованими, такими, що не враховують значущі для справи обставини. Суд нагадує, що подібна безпека має оцінюватися не лише в світлі тяжкості майбутнього покарання, а й виходячи із всіх супутніх обставин, які або можуть підтвердити наявність цієї безпеки, або звести її до такого мінімуму, що попереднє тримання під вартою виявиться невинуватим (див.: Європейський Суд по правам человека. Избр. решения: В 2 т. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 1. – С. 700-701).

<sup>2</sup> Яковець І. С. Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 69.

<sup>3</sup> Онопенко В. Взяття під варту – необхідність чи виняток? // Укр. юрист. – 2003. – № 1. – С. 17; Петрухін І. Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989. – С. 183; Трунов И. Л., Айвар Л. К. Применение мер пресечения в уголовном судопроизводстве: практическое пособие. – М.: Эксмо, 2007. – С. 184.

<sup>4</sup> Так, ст. 60 КПК КНР передбачає, що коли стосовно підозрюваного або обвинуваченого за законом має застосовуватися взяття під варту, проте підозрюваний (обвинувачений) тяжко хворий, підозрювана або обвинувачена вагітна або має грудну дитину, то обирається запобіжний захід у вигляді особистої поруки, застави або домашнього арешту (див.: Юань. Заключение под стажу по УПК КНР // Правоведение. – 2004. – № 6. – С. 108).

України подібної норми не містить. Разом з тим аналіз практики свідчить про те, що запобіжний захід у вигляді взяття під варту до вагітних жінок, матерів, що годують дитину, самотніх матерів, багатодітних батьків, як правило, не застосовується з мотивів гуманності, співчуття, недоцільності їх ізоляції від сім'ї та суспільства.

4. *Матеріальний стан.* Відповідно до п. 10 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 може бути з'ясовано питання про фінансові можливості підозрюваного, обвинуваченого чи інших осіб щодо внесення застави та визначено її розмір, який міг би забезпечити належну поведінку особи, щодо якої вирішується питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

5. *Вид діяльності* даної особи означає з'ясування місця роботи, професії, займаної посади, тривалість роботи в одному місці тощо. Для прогнозування подальшої поведінки має значення факт відсутності постійної зайнятості особи на роботі чи навчанні. При цьому, як зазначає І. С. Яковець, коли є дані про постійну фактичну зайнятість особи, навіть якщо це не підтверджується офіційними документами, таку особу слід вважати постійно зайнятою<sup>1</sup>. Врахування цієї обставини вказує на меншу ймовірність вчинення особою неправомірних дій, напрямки яких передбачені ч. 2 ст. 148 КПК.

6. *Місце проживання.* Місце проживання – це жилий будинок, квартира, інше жиле приміщення, в якому особа постійно або переважно проживає як власник, за договором найму, піднайму, оренди чи з інших підстав, передбачених чинним законодавством<sup>2</sup>. Його встановлення дає можливість слідчому застосувати підписку про невиїзд як запобіжний захід, якщо мета запобіжного заходу може бути досягнута за умови обмеження передбаченого ст. 33 Конституції України права підозрюваного, обвинуваченого на свободу пересування, вільний вибір місця проживання та права вільно залишати територію України. З іншого боку, відсутність у підозрюваного, обвинуваченого місця проживання сама по собі

<sup>1</sup> Яковець І. С. Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавель ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 69.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – 4-те вид. переробл. та допов. – К.: Юрисконсульт, КНТ. – 2007. – С. 361.

ще не свідчить про те, що особа веде негативний спосіб життя. Така інформація має бути врахована лише тією мірою, якою можна спрогнозувати неправомірну поведінку особи, щодо якої обирається запобіжний захід у вигляді взяття під варту. Європейський суд з прав людини у рішенні по справі «Сулаоя проти Естонії» (Case of Sulaoya v. Estonia) зазначив, що сама по собі відсутність у затриманого місця проживання не є приводом для побоювань, що він може зникнути. Так само як і відсутність у особи роботи та сім'ї не є доказом того, що вона схилиться до вчинення нових злочинів<sup>1</sup>.

7. *До інших обставин, які характеризують особу,* можна віднести будь-які обставини, що можуть надати інформацію про особу: відомості, які свідчать, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту може потягнути за собою тяжкі наслідки для нього або його сім'ї (тяжка хвороба або смерть єдиного працездатного члена сім'ї тощо), щире каяття, наявність державних нагород, минула діяльність особи, вчинення нею злочину в минулому (кваліфікація злочину, ступінь тяжкості, форма вини тощо). Разом з тим Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Мюллер проти Франції» (Case of Muller v. France) зазначив, що «посилання на минуле особи не може бути достатнім для виправдання відмови у звільненні»<sup>2</sup>.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що, обираючи запобіжний захід у вигляді взяття під варту, орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя повинні мати таку сукупність відомостей, що характеризують особу, яка б обґрунтовано переконувала в тому, що інші, більш м'які запобіжні заходи можуть не забезпечити належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого. Разом з тим аналіз сучасної правозастосовної практики дозволяє констатувати, що дослідження повних даних про особу перебуває на неналежному рівні. Зокрема, це пояснюється тим, що слідчий при розслідуванні кримінальної

<sup>1</sup> Європейський суд з прав людини: Матеріали практики (2004-2005 рр.). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. – Серія II: Коментарі прав і законодавства. – Вип. 6. – Львів, 2006. – С. 128.

<sup>2</sup> Решение Европейского суда по правам человека «Мюллер против Франции» от 17.03.1997 г. // <http://www.echr.ru/documents/decisions.htm>.

справи основні зусилля зосереджує на встановленні вини особи у вчиненні злочину, обмежуючись 1-2 характеристиками про особу та відомостями про стан її сім'ї. У зв'язку з цим В. М. Санін запропонував покласти відповідні обов'язки на працівників кримінально-виконавчої інспекції Державного департаменту України з питань виконання покарань з метою забезпечення перевірки даних про особу, щодо якої обирається запобіжний захід<sup>1</sup>. В. І. Руднев та І. С. Яковець теж наполягають на необхідності створення окремої служби, яка займалася б перевіркою відомостей про осіб, щодо яких вирішується питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>2</sup>. Позитивні приклади існування таких структур вже є в деяких країнах Заходу<sup>3</sup>. На законодавчому рівні це питання знайшло своє вирішення у Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, яка передбачає створення служби пробації, що забезпечувала б суд інформацією про соціальну характеристику особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, з метою визначення найбільш адекватного для цієї особи запобіжного заходу або виду покарання<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Санін В. М. Досудова підготовка матеріалів щодо соціологічного дослідження особи підсудного // Вісн. Центру суддівськ. студій. – 2004. – № 2-3. – С. 41.

<sup>2</sup> Осмоналиев К. М. Некоторые проблемы гуманизации уголовно-процессуальной политики: рецензия на социологическое исследование В. И. Руднева «Заключение под стражу и проблемы уменьшения количества лиц, находящихся в следственных изоляторах», 2002 // Рос. следователь. – 2005 – № 8. – С. 60; Яковець І. С. Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 71.

<sup>3</sup> Так, 27 вересня 1982 р. Конгрес США прийняв Закон про досудові послуги (Pretrial Services Act), який передбачає створення постійно діючих служб, на які покладаються в основному дві функції: 1) збір відомостей, що характеризують особу, щодо якої вирішується питання про застосування запобіжного заходу і 2) нагляд за поведінкою обвинувачених у випадку залишення їх на свободі під заставу, тощо (див.: Гуценко К. Ф., Головка Л. В., Филлимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. Изд. 2-е, доп. и испр. – Изд-во «Зерцало-М», 2002. – С. 249).

<sup>4</sup> Концепція реформування кримінальної юстиції України (затверджена Указом Президента від 8 квітня 2008 р. № 311/2008) / <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/law/main>.

3. Обставини, що свідчать про доцільність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Згідно з ч. 2 ст. 148 КПК запобіжні заходи застосовуються за наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений буде намагатися ухилитися від слідства й суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність<sup>1</sup>. Як зауважує Л. К. Трунова, категорія «вважати» в даній нормі недоречна, оскільки вона має суб'єктивний характер<sup>2</sup>. При цьому слід враховувати, що ні ця норма КПК, ні інші його норми, які визначають порядок застосування кожного із запобіжних заходів (статті 151, 152, 154, 154<sup>1</sup>, 155 КПК), не розкривають змісту «достатніх підстав» для їх застосування.

Досліджуючи це питання, Г. П. Івлієв, З. Ф. Коврига, В. О. Куликов, В. І. Маринів зазначають, що під «достатніми підставами» слід розуміти фактичні дані, отримані з передбачених законом джерел, які свідчать про неналежну поведінку обвинуваченого, порушення правомірних вимог до нього слідчого, суду<sup>3</sup>. Ми поділяємо

<sup>1</sup> Слід звернути увагу на те, що проект Кримінально-процесуального кодексу України від 21 травня 2007 р., розроблений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, у ч. 1 ст. 159 передбачає, що виключно слідчий суддя або суд можуть застосувати до підозрюваного, обвинуваченого запобіжні заходи, якщо державний обвинувач доведе існування ризику: 1) переховування особи, або 2) знищення, переховування або спотворення будь-якого із предметів чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, або 3) незаконного впливу на потерпілого, свідка, іншого обвинуваченого у цьому ж провадженні, або 4) вчинення подібного або такого ж кримінального правопорушення, або продовження кримінального правопорушення (див.: Кримінально-процесуальний кодекс України: проект від 21 травня 2007 р., розроблений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права / <http://zakon.rada.gov.ua>).

<sup>2</sup> Трунова Л. К. Соблюдение интересов граждан при применении мер уголовно-процессуального пресечения // Право и политика. – 2002. – № 8. – С. 75.

<sup>3</sup> Івлієв Г. П. Основания и цели применения мер процессуального принуждения // Гос-во и право. – 1995. – № 11. – С. 73; Коврига З. Ф. Уголовно-процесуальное принуждение. – Воронеж: ВГУ, 1975. – С. 95; Куликов В. А. Личная неприкосновенность как право человека и принцип российского уголовного про-

позицію більшості вчених-процесуалістів, які одностайні в тому, що висновок про характер неправомірної поведінки підозрюваного, обвинуваченого має базуватися не на інтуїтивних припущеннях, а на підставі доказів, що свідчать про те, що обвинувачений (підозрюваний) може ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність<sup>1</sup>.

Визначаючи зміст підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, слід звернути увагу на те, що в жодній нормі міжнародних правових актів немає вказівки на те, що такими підставами може бути лише сукупність доказів.

Так, наприклад, в п. 1 «с» ст. 5 Конвенції вказується, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (законний арешт чи затримання) можливе лише у випадку обґрунтованої підозри конкретної особи у вчиненні злочину.

Відповідно до правових позицій Європейського суду з прав людини обґрунтованість підозри передбачає «наявність фактів або інформації, які переконують об'єктивного спостерігача, що, можливо, відповідна особа вчинила правопорушення» (Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom)<sup>2</sup>.

процеса: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 2001. – С. 23; *Маринів В. І.* Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 1999. – С. 138.

<sup>1</sup> *Давидов В. А.* Заключение под стражу как мера пресечения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1978. – С. 8; *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989. – С. 170-171; *Рыжаков А. П.* Меры пресечения. – М.: Информ.- издател. дом «Филинь», 1996. – С. 10-11; *Михайлов В. А.* Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве: Учеб. пособие. – М., 1991. – С. 27; *Куликов В. А.* Личная неприкосновенность как право человека и принцип российского уголовного процесса: Автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 2001. – С. 23; *Смирнов В. В.* Арест как мера пресечения, применяемая следователем органов внутренних дел. – Хабаровск, 1987. – С. 24; *Яковець І. С.* Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 8; та ін.

<sup>2</sup> Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom (Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86) Judgment Strasbourg 27 March 1991. The European

Виходячи із порівняльного аналізу наведених положень, у кримінальному процесі одним із дискусійних є питання щодо можливості використання даних ОРД як підстав застосування запобіжних заходів, зокрема взяття під варту. У теорії кримінального процесу щодо цього питання висловлюються різні точки зору, які умовно можна звести до двох груп.

Дослідники першої групи вважають, що змістом підстав для застосування заходів примусу є лише сукупність доказів<sup>1</sup>. Досліджуючи вказану проблему, І. Л. Петрухін зауважує, що фактичні дані, отримані оперативним шляхом, не можуть бути доказами, які підтверджують висновок про те, що обвинувачений може ухилитися від слідства й суду, перешкоджати встановленню істини або продовжувати злочинну діяльність, оскільки їх не можна оцінити і перевірити<sup>2</sup>.

Вчені другої групи доводять, що матеріали ОРД можуть використовуватися для застосування окремих заходів примусу<sup>3</sup>. У цьому контексті Г. П. Івлів і М. А. Погорецький зазначають, що змістом підстав для застосування запобіжних заходів, у тому числі і взяття під варту, якими можна обґрунтувати відповідне процесуальне рішення уповноваженої особи, може бути не лише сукуп-

Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.>>, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>1</sup> *Зеленецький В. С., Глинская Н. В.* Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины. – Харьков: Страйд, 2006. – Сер. «Юрид. радник». – С. 76-77, 85; *Смирнов В. В.* Арест как мера пресечения, применяемая следователем органов внутренних дел. – Хабаровск, 1987. – С. 24; *Петрухин И. Л.* Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 164-165; *Михайлов В. А.* Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве. – М., 1991. – С. 27; *Фомин М.* Оценка адвокатом обоснованности ареста // Рос. юстиция. – 2000. – № 4. – С. 38.

<sup>2</sup> *Петрухин И. Л.* Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 164-165.

<sup>3</sup> Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 290; *Поляков М. П., Попов А. П., Попов Н. М.* Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. Т. Томина. – Пятигорск, 1998. – С. 84.



ність доказів, передбачених ст. 65 КПК, а й матеріали ОРД та інші дані у сукупності з такими доказами<sup>1</sup>.

Така позиція підтверджується і судовою практикою. Так, наприклад, Пленум у постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 у п. 10 звернув увагу судів на те, що «під час судового розгляду подання органу дізнання, слідчого чи прокурора про взяття під варту предметом дослідження є ті обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК України).

Розглядаючи подання, суддя з'ясовує, чи є підозра у вчиненні особою злочину або обвинувачення останньої обґрунтованими, тобто чи є в розпорядженні органу дізнання, слідчого встановлені у визначеному законом порядку достатні дані, що свідчать про наявність ознак злочину, вчиненого саме цією особою (ними можуть бути заяви й повідомлення про злочин, явка з повинною, документи, складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертиз тощо)»<sup>2</sup>.

Висловлюючи свою точку зору з цього приводу, М. А. Погорецький зазначає, що «матеріали ОРД, якщо вони не залучені у визначеному процесуальним законом порядку до кримінальної справи, не можуть бути покладені в обґрунтування рішення про застосування запобіжних заходів. Однак, якщо такі матеріали відповідно до встановленої процесуальної форми залучені до кримінальної справи та набули статусу доказів, вони можуть бути покладені в обґрунтування рішення про застосування будь-якого запобіжного заходу, у тому числі і взяття під варту.

Якщо ж такі матеріали за певних причин не набули статусу доказу, однак у визначеному процесуальним законом порядку залучені до кримінальної справи, вони також можуть бути покладені

<sup>1</sup> *Ивлиев Г. П.* Основания и цели применения мер процессуального принуждения // Гос-во и право. – 1995. – № 11. – С. 75; *Погорецький М. А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія. – Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. – С. 429.

<sup>2</sup> Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства: Постанова Пленуму Верхов. Суду України від 25 квіт. 2003 р. № 4 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 3 (37). – С. 8.

в обґрунтування рішення про застосування будь-якого запобіжного заходу, в тому числі і взяття під варту, проте лише в сукупності з доказами, які є у кримінальній справі»<sup>1</sup>. Автор доводить, що матеріали ОРД, які не підлягають розкриттю, повинні бути легалізованими і придатними, у разі необхідності, для їх перевірки процесуальним шляхом. В іншому разі такі матеріали не можуть бути використані для обґрунтування будь-якого рішення в кримінальному процесі, в тому числі й про обрання запобіжного заходу<sup>2</sup>.

Така позиція узгоджується і з практикою Європейського суду з прав людини, яка свідчить про те, що підхід до доказів (зокрема, до використання свідчень, отриманих негласним шляхом), на підставі яких приймаються рішення про арешт або затримання особи, повинен відрізнятися залежно від характеру злочину<sup>3</sup>. Разом з тим Європейський суд у рішенні у справі Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства (Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom) використав такий спеціальний підхід тільки щодо терористичних злочинів<sup>4</sup>. Поліція в інтересах громадської безпеки може заарештувати підозрюваного в тероризмі на підставі існуючої інформації, яка, втім, не може бути розкрита перед підозрюваним або представлена в суді, аби не наразити на небезпеку інформатора. Проте гостра необхідність боротьби з терористичними злочинами не може виправдати розтягнення поняття «розумності» до такого ступеня, щоб гарантія,

<sup>1</sup> *Погорецький М. А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія. – Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. – С. 431.

<sup>2</sup> Там само. – С. 432.

<sup>3</sup> *Бущенко А. П.* Использование результатов ОРД в доказывании разумного подозрения при задержании и заключении под стражу // Вісн. Луг. акад. внутріш. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України: Наук.-теорет. журн. Спец. вип. У 2 ч. Ч. 2: Нове кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство та завдання юридичної підготовки кадрів ОВС України. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2002. – С. 15.

<sup>4</sup> Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom (Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86) Judgment Strasbourg 27 March 1991. The European Court of Human Rights <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.htm>>, станом на 8.02. 2007 р.



надана п. (с) § 1 статті 5, втратила чинність (Case of O'Hara v. the United Kingdom)<sup>1</sup>.

Суд зазначив складність встановлення стандарту надійності даних, отриманих від негласних інформаторів. Разом з тим він схиляється до рішення, що, навіть коли у держави є вагомі підстави не розкривати джерело своєї інформації, вона повинна надати деякі докази їх надійності, без чого суди не можуть судити ні про те, чи існує розумна підстава підозрювати дану особу у вчиненні злочину, ні про те, що це злочин є терористичним<sup>2</sup>.

Слід зазначити, що відповідно до правових позицій Європейського суду з прав людини, якщо держава не наведе «відповідних і достатніх» підстав для тримання під вартою обвинуваченої в правопорушенні особи, така особа завжди повинна бути звільнена після затримання і перебувати на свободі до початку судового розгляду її справи<sup>3</sup>. У рішенні по справі «Лабіта проти Італії» (Case of Labita v. Italy) Європейський суд вказав, що підстави, на які спиралися органи влади Італії, тобто небезпека вчинення тиску на свідків та ризик фальсифікації доказів, небезпека з боку обвинуваченого, складність справи та вимоги розслідування мають надто загальний характер, хоча, на перший погляд, заслуговують на довіру. Проте судові органи не вказали жодного факту, який міг би довести, що зазначені підстави справді існували<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – Вид. 2-е, випр., доп. – К.: Реферат, 2007. – С. 208.

<sup>2</sup> Бущенко А. П. Использование результатов ОРД в доказывании разумного подозрения при задержании и заключении под стражу // Вісн. Луг. акад. внутріш. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України: Наук.-теорет. журнал. Спец. вип. У 2 ч. Ч. 2: Нове кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство та завдання юридичної підготовки кадрів ОВС України. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2002. – С. 15.

<sup>3</sup> Case of Smirnova v. Russia (Application no. 46133/99 and 48183/99) Judgment Strasbourg 24 July 2003. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.m>>, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>4</sup> Case of Labita v. Italy (Application no. 26772/95) Judgment Strasbourg 6 April 2000. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.m>>, станом на 8. 02. 2008 р.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути встановлена така сукупність доказів, яка б свідчила про те, що інші (менш суворі) запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання підозрюваним (обвинуваченим) процесуальних обов'язків, що випливають із ч. 2 ст. 148 КПК, і його належної поведінки, а також впевнювала б правозастосувача у необхідності обрання саме цього запобіжного заходу.

У контексті розглядуваної проблеми на особливу увагу заслуговує дискусійне питання, пов'язане з визначенням ступеня впевненості (ймовірності або достовірності знання) органу дізнання, слідчого, прокурора, судді у безпеці вчинення протиправних дій, напрямки яких вказані у ч. 2 ст. 148 КПК, з боку підозрюваного, обвинуваченого. З цього приводу в кримінально-процесуальній літературі склалося дві точки зору: одна група вчених вважає, що підстави обрання запобіжного заходу повинні достовірно свідчити про те, що обвинувачений може ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність<sup>1</sup>, інші наполягають на достатності встановлення ймовірного рівня можливої неправомірної поведінки підозрюваного, обвинуваченого<sup>2</sup>.

При аналізі цього питання насамперед слід визначити поняття достовірності і ймовірності. В українській мові «достовірний» означає такий, що не викликає сумніву, цілком вірний, точний<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Давидов В. А. Заключение под стражу как мера пресечения: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1978. – С. 8; Михайлов В. А. Уголовно-процесуальные меры в судопроизводстве Российской Федерации. – М., 1997. – С. 55-56.

<sup>2</sup> Капинус Н. И. Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе: Монография. – М.: Издательский дом «Буквоед», 2007. – С. 59; Корнуков В. М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1978. – С. 46; Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 22; Лушинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. – М.: Юристъ, 2006. – С. 120; Рыжаков А. П. Меры пресечения. – М.: Информ.- издател. дом «Филинь», 1996. – С. 10.

<sup>3</sup> Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. – К.: Аконті, 1998. – Т. 1. – С. 829.

Термін «ймовірний» трактується як можливий, здійснений, правдоподібний<sup>1</sup>.

Достовірність характеризує знання з точки зору його обґрунтованості, доведеності. Це знання, в основі якого лежать обставини, які встановлені і не потребують подальшого обґрунтування (доведення)<sup>2</sup>. «Достовірність характеризується повнотою знань про обставини, які досліджуються, а також можливістю аргументувати за допомогою доказів висновки щодо цих обставин»<sup>3</sup>.

Ймовірність – це міра об'єктивної можливості, ступінь можливої реалізації даної події у певних умовах і при даній закономірності<sup>4</sup>. Ймовірність обумовлена дефіцитом інформаційних даних. Тому правомірною є констатація того, що ймовірні знання – це знання, що характеризуються недостатньою повнотою і обґрунтованістю. Як зазначає Ю. М. Грошевой, «логічне розуміння ймовірності полягає в тому, що вона являє собою ступінь підтвердження висловлювання, тобто є характеристикою співвідношення того чи іншого висловлювання з достовірністю знання»<sup>5</sup>.

Так, В. І. Маринів і В. А. Михайлов вважають, що ставити вирішення питання в залежність не від достовірних, а від ймовірних суджень органів досудового розслідування щодо протидії обвинуваченого розслідуванню і судовому розгляду кримінальної справи, означає грубо порушити конституційні гарантії прав особи<sup>6</sup>. На думку В. В. Смирнова, якщо в основу рішення про застосування

<sup>1</sup> Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. – К.: Аконті, 1998. – Т. 2. – С. 203.

<sup>2</sup> *Лутинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. – М.: Юристъ, 2006. – С. 129.

<sup>3</sup> *Кудин Ф. М., Костенко Р. В.* Достаточность доказательств в уголовном процессе: Монография. – Краснодар: КГАУ. – 2000. – С. 65.

<sup>4</sup> *Спиркин А. Г.* Основы философии: Учеб. пособие. – М.: Политиздат, 1998. – С. 218.

<sup>5</sup> *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. – Харьков: Вища шк. Изд-во при Харьк. гос. ун-те, 1979. – С. 32.

<sup>6</sup> *Маринів В. І.* Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 1999. – С.138-139; *Михайлов В. А.* Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве: Учеб. пособие. – М., 1991. – С. 27.

запобіжного заходу будуть покладені достовірні фактичні дані про неналежну поведінку обвинуваченого, а не суб'єктивна думка про його імовірну поведінку, то й саме рішення буде достовірним<sup>1</sup>. Критично оцінюючи викладені точки зору, вважаємо, що переконливою є позиція Н. І. Капінуса, який вказує, що матеріальним, тобто дійсним, може бути лише те, що реально існує, відбувається в оточуючому нас світі. Навіть при повній впевненості в реалізації можливості вона не перетвориться у дійсність, а тому про неї не можна судити з достовірністю, тобто бути впевненим на сто відсотків<sup>2</sup>.

У свій час П. І. Люблінський сказав: «Прагнення до ухилення, ховаючись у психіці обвинуваченого, заховане серед потаємних його устремлінь, не може бути констатоване безпосередньо. Для визначення його потрібно вдаватися до з'ясування мотивів, що мали змогу сплинути на середню психіку людини, за певних умов, до ухвалення рішення відносно ухилення». П. І. Люблінський вказує, що висновки слідчого або судді, зроблені на підставі оцінки мотивів ухилення, є приблизними, проте все ж таки нормальними для вирішення питання<sup>3</sup>.

В. М. Корнуков також зауважує, що вирішення питання про застосування запобіжних заходів пов'язано з обставинами, які можуть настати у майбутньому. Появу цих обставин можна лише передбачати, а достовірно вони можуть бути встановлені лише при їх виникненні<sup>4</sup>. При цьому автор доводить, що «уявлення про можливість застосування заходів процесуального примусу тільки на підставі достовірності пов'язано з методологічною помилкою змішування характеристики фактичних даних, які лежать в основі висновку, з характеристикою самого висновку. Фактичні дані, на

<sup>1</sup> *Смирнов В. В.* Арест как мера пресечения, применяемая следователем органов внутренних дел. – Хабаровск, 1987. – С. 24.

<sup>2</sup> *Капинус Н. И.* Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе: Монография. – М.: Издательский дом «Буквед», 2007. – С. 59.

<sup>3</sup> *Люблінський П. І.* Свобода личности в уголовном процессе. – СПб.: Сенат. тип., 1906. – С. 427-428.

<sup>4</sup> *Корнуков В. М.* Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1978. – С. 46.

яких базується відповідний висновок, мають бути встановлені достовірно. Проте сам висновок щодо можливості настання певних фактів, з якими закон пов'язує застосування заходів процесуального примусу, при цьому не завжди є достовірним...»<sup>1</sup>. Ю. Д. Лівшиц з цього приводу зазначає, що при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу відповідні органи мають встановлювати максимальний ступінь ймовірності ухилення<sup>2</sup>.

Враховуючи, що існування інституту запобіжних заходів у кримінальному процесі має на меті: 1) запобігти спробам цих осіб ухилитися від дізнання, слідства або суду; 2) не допустити, щоб вказані особи перешкождали встановленню істини у кримінальній справі; 3) запобігти злочинній діяльності; 4) забезпечити можливість виконання процесуальних рішень<sup>3</sup>, їх призначення полягає, насамперед, у попередженні неправомірних дій підозрюваного, обвинуваченого<sup>4</sup>. Тому слід погодитися з позицією Л. В. Брусніцина, З. Д. Єнікеєва, О. О. Чувільова, що запобіжні заходи повинні застосовуватися за наявності можливості вчинення передбачених законом негативних діянь. Рішення про обрання запобіжного заходу буде своєчасним, коли його застосування попередить можливість перешкодження провадженню у справі, а не припинить ті дії, що вже вчинюються<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Там само. – С. 46-47.

<sup>2</sup> Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит.-ра, 1964. – С. 22.

<sup>3</sup> Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України / За ред. Грошевого Ю. М. – Х.: Право, 2002. – С. 52-53.

<sup>4</sup> Цоколова О. И. О понятии и сущности заключения под стражу // Рос. следователь. – 2005. – № 3. – С. 11; Вона же. Проблемы совершенствования оснований применения меры пресечения в виде заключения под стражу // Рос. следователь. – 2005. – № 5. – С. 8.

<sup>5</sup> Брусницин Л. В. Некоторые проблемы обеспечения прав жертв преступлений в российском уголовном процессе // Права человека в России и правозащитная деятельность государства. Сб. материалов Всероссийской научно-практической конференции. – СПб., 2003. – С. 256-257; Єнікеєв З. Д. Проблемы эффективности мер уголовно-процессуального пресечения. – Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1982. – С. 9; Чувілев А. А. Привлечение следователем и органом дознания лица в качестве подозреваемого по уголовному делу: Учеб. пособие. – М.: МВШМ МВД СССР, 1982. – С. 46.

Передбачені кримінально-процесуальним законом підстави застосування запобіжних заходів мають «доказово-прогностичний характер», що дає можливість зробити ймовірний висновок про майбутню поведінку підозрюваного, обвинуваченого<sup>1</sup>. Виходячи зі сказаного, наявність підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути підтверджена доказами, які вказують на високий ступінь ймовірності того, що підозрюваний (обвинувачений) може поводити себе неналежним чином. Поділяючи наведену позицію, правомірно стверджувати, що закон не вимагає, щоб у правозастосувача під час прийняття рішення була сформована тверда впевненість у негативній поведінці підозрюваного (обвинуваченого) за умови залишення його на волі. Аналогічна позиція викладена у проекті Кримінально-процесуального кодексу України від 21 травня 2007 р., розробленого робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, який у ст. 110 зазначає, що прийняття рішення слідчим суддею чи судом про застосування певного заходу процесуального примусу має ґрунтуватися на таких стандартах доказування: 1) розумної підозри; 2) переконання за більшою вірогідністю<sup>2</sup>; 3) вагомим переконанням.

Розумна підозра означає, що наявні відомості створюють таке переконання у вірогідності обґрунтованої обставини або події, яке змушує розважливого та неупередженого спостерігача вдатися до практичних дій щодо перевірки її дійсності.

Переконання за більшою вірогідністю означає, що сукупність досліджених відомостей швидше за все свідчить про відповідність певного твердження дійсності, ніж про його невідповідність.

Вагоме переконання означає, що наявні на момент прийняття рішення докази створюють дуже велику вірогідність того, що твердження відповідає дійсності<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Єнікеєв З. Д. Проблемы эффективности мер уголовно-процессуального пресечения. – Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1982. – С. 8; Петрухин И. Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 164.

<sup>2</sup> У тексті даної роботи для позначення *можливості* дії вживається термін *ймовірність*.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект від 21 травня 2007 р., розроблений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права / <http://zakon.rada.gov.ua>.

Беручи до уваги, що відповідно до ч. 2 ст. 148 КПК запобіжні заходи застосовуються за наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений буде намагатися: а) ухилитися від слідства і суду або б) від виконання процесуальних рішень, в) перешкоджати встановленню істини у справі або г) продовжувати злочинну діяльність, практичного значення набуває аналіз напрямків такої можливої неправомірної поведінки, які охоплюються поняттям протидії розслідуванню. Їх перелік не є вичерпним, враховуючи, що форми протидії розслідуванню можуть бути різноманітними залежно від обставин кримінальної справи. Виходячи з цього, вважаємо доцільним розглянути найбільш розповсюджені форми її прояву.

У процесуальній літературі справедливо наголошується, що тільки незаконні дії обвинуваченого можуть тягти за собою застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>1</sup>. З цього приводу слушно зауважує В. А. Давидов, що такі дії у будь-якому випадку повинні виходити саме від обвинуваченого, а не від його родичів або інших осіб<sup>2</sup>. Враховуючи, що підозрюваний, обвинувачений має право на захист, його правомірні дії, спрямовані на реалізацію права на захист (наприклад, відмова від дачі показань або зміна раніше наданих показань, оскарження дій особи, у провадженні якої перебуває справа) не можна розглядати як перешкоджання встановленню істини у справі у сенсі ч. 2 ст. 148 КПК<sup>3</sup>.

Традиційно правники виділяють дві самостійні групи засобів протидії розслідуванню: 1) дії, що не тягнуть кримінальної відповідальності і пов'язані з розслідуваною справою (наприклад,

<sup>1</sup> *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. – М.: Изд-во Академии наук СССР. – 1958. – С. 156; *Чувилев А. А.* Привлечение следователем и органом дознания лица в качестве подозреваемого по уголовному делу: Учеб. пособие. – М.: МВШМ МВД СССР, 1982. – С. 46.

<sup>2</sup> *Давидов В. А.* Заключение под стражу как мера пресечения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1978. – С. 9.

<sup>3</sup> *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.-метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 72.

знищення доказів по справі, зустріч зі свідком з метою чинення на нього тиску); 2) дії, що утворюють самостійний склад злочину (наприклад, фізичне насильство щодо свідків та потерпілих, погроза вбивством, дача хабара, знищення майна з метою приховування слідів злочину)<sup>1</sup>.

Нині протидія розслідуванню має достатньо поширений характер<sup>2</sup>. В узагальненому вигляді її формами є: погрози свідкам і потерпілим з метою схилення їх до відмови від показань або до дачі завідомо неправдивих показань та інші незаконні дії, що ускладнюють збирання доказів; погрози або фізичне насильство відносно близьких родичів потерпілих, свідків; погрози щодо особи, у провадженні якої перебуває справа, прокурора, судді; знищення і фальсифікація доказів по кримінальній справі; підкуп, обіцянка яких-небудь благ; вчинення протиправних дій відносно співучасників злочину; підкуп посадових осіб, від яких залежить напрямок розслідування та розгляду кримінальної справи; ухилення від явки до органу дізнання, слідчого; інші дії.

Як зазначає Ю. Д. Лівшиц, ухиленням є умисне залишення місця проживання або тимчасового знаходження з метою переховування від слідства і суду<sup>3</sup>. Його форми є різноманітними і можуть проявлятися як шляхом вчинення активних дій (наприклад, зміна місця проживання без повідомлення про це органів, у провадженні яких перебуває справа), так і шляхом бездіяльності (наприклад, неявки підозрюваного, обвинуваченого за викликом до органів досудового розслідування або суду). Обрання даного запобіжного заходу у зв'язку з тим, що обвинувачений буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень,

<sup>1</sup> Там само. – С. 9; *Жога Е. Ю.* Арест как мера пресечения в уголовном процессе и судебная проверка его законности и обоснованности. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 2001. – С. 67.

<sup>2</sup> *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.-метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 71-72; Меры процессуального принуждения в досудебном производстве по уголовным делам / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ. – 2005. – С. 51-52.

<sup>3</sup> *Лившиц Ю. Д.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 21.



може мати місце тоді, коли особа не має постійного місця проживання, раніше ухилялася від слідства, суду або від виконання процесуальних рішень, за наявності даних про те, що вона готує втечу. На можливість такого ухилення може вказувати характер вчиненого злочину, тяжкість майбутнього покарання та інші обставини. І навпаки, активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, щире каяття деякою мірою знижують ймовірність ухилення підозрюваного, обвинуваченого від розслідування і тому мають істотний вплив на обрання виду запобіжного заходу, зокрема, і взяття під варту.

Під перешкоджанням встановленню істини у справі, на нашу думку, слід розуміти будь-які незаконні дії підозрюваного, обвинуваченого, вчинені з метою створення перешкод до встановлення обставин, що підлягають доказуванню у кримінальній справі. Розглянемо їх.

Проведене узагальнення практики дозволяє стверджувати, що найбільш розповсюдженою формою протидії розслідуванню є погроза свідкам, потерпілим, іншим особам. Разом з тим у законодавстві відсутнє поняття погрози, а в юридичній літературі висловлені різні думки щодо її суті.

Так, М. І. Панов вважає, що погроза – це психічне насильство, що виявляється у протиправному впливі на психічну сферу людини, яке є або кінцевою метою дій винного (наприклад, при погрозі вбивством), або «засобом» обмеження чи придушення волі потерпілого та примушення його до певної (пасивної чи активної) поведінки<sup>1</sup>.

М. В. Стерехов пропонує під погрозою розуміти посягання на свободу діяльності громадянина, що виражається у впливі на волю потерпілого за допомогою передачі йому інформації про рішучість заподіяти істотну шкоду його інтересам<sup>2</sup>.

Т. М. Секераж зазначає, що погроза – це вплив на психіку суб'єкта з метою деформації його волі шляхом заяви про спричи-

<sup>1</sup> Панов Н. И. Квалификация насильственных преступлений: Учеб. пособие. – Харьков: Юрид. ин-т, 1986. – С. 27.

<sup>2</sup> Стерехов Н. В. Ответственность за угрозу по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Свердловск, 1972. – С. 27.

нення йому або його близьким шкоди у майбутньому (майнової, фізичної, моральної)<sup>1</sup>.

Автори науково-практичного коментаря Кримінального кодексу України за загальною редакцією В. В. Сташиса та В. Я. Тація визначають погрозу як схилення особи до вчинення певних дій шляхом залякування її заподіянням фізичної шкоди їй чи близькій особі (вбивство, тілесні ушкодження, згвалтування), знищення, пошкодження майна чи вчинення інших протиправних дій, які визнаються злочином<sup>2</sup>.

Погроза являє собою виражений словами, письмово, певними діями чи в інший спосіб намір заподіяти фізичну, матеріальну, моральну шкоду конкретній особі. Погроза може бути висловлена як безпосередньо потерпілому, так і через третіх осіб. Необхідною умовою є те, що вона звернена до конкретної особи<sup>3</sup>, тобто має персоналізований характер<sup>4</sup>.

Практично важливими є такі ознаки погрози, як її наявність і реальність.

Наявність погрози означає, що вона існує в об'єктивній дійсності, а не є наслідком уяви особи. Реальність погрози – це здатність особи переконати інших у можливості її здійснення. При вирішенні цього питання слід урахувувати як суб'єктивний критерій (сприйняття погрози потерпілим), так і об'єктивний (спосіб та інтенсивність її вираження, особу винного, характер стосунків між ним і потерпілим тощо). Для визнання погрози реальною необхідно встановити, що винний вчинив такі дії, які давали потерпілому підстави побоюватися її здійснення, і що поведінка винного, його стосунки з потерпілим об'єктивно свідчили про реальність погрози.

<sup>1</sup> Секераж Т. Н. О теоретических и правовых основах судебно-психологической экспертизы «порока воли» // Теория та практика судової експертизи і криміналістики. Зб. наук.-практ. матеріалів. – Вип. 4. – Х.: Право, 2004. – С. 522-523.

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Балуєв, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-тє вид., переробл. та допов. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. – С. 89.

<sup>3</sup> Там само. – С. 382.

<sup>4</sup> Панов Н. И. Квалификация насильственных преступлений: Учеб. пособие. – Харьков: Юрид. ин-т, 1986. – С. 31.



Про реальність погроз може свідчити конкретний зміст і обставини, що її супроводжують (час, місце, спосіб здійснення та ін.), а також обставини, що впливають із попередніх відносин обвинуваченого (підозрюваного) і потерпілого (наприклад, систематичні переслідування потерпілого, що супроводжуються побоями), або властивості характеру, що характеризують особу обвинуваченого (підозрюваного), щодо якого вирішуються питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, в цілому (ступінь агресивності при вирішенні конфліктів, запальність, конкретний психічний стан і т.п.). Таким чином, реальність погрози повинна встановлюватися в кожному випадку, виходячи з конкретних обставин справи. При цьому необхідно, щоб погроза реально сприймалася особою і дійсно не залишала альтернативи в її діях<sup>1</sup>.

Фактичні дані, що дають підстави сприймати погрозу як реальну, повинні наводитися у процесуальних документах, у яких обґрунтовується необхідність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При цьому має бути встановлено, в яких діях виявляється погроза: вона може виражатися в застосуванні фізичного впливу або в намірі розголошення відомостей про потерпілого або його близьких родичів, що може спричинити негативні наслідки для них. На нашу думку, необхідно допитати осіб, яким погрожують. Установлення таких обставин свідчить про необхідність застосування до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Погроза може бути доведена до потерпілого, свідка в будь-якій формі (усно, письмово, демонстрацією зброї, через інших людей, телефоном і т.п.), у тому числі й анонімно. Погрози можуть мати свій прояв і в діях, які не заборонені законом, проте ефективно застосовуються злочинцями: мовчазне переслідування потерпілих, свідків на вулицях та ін.

Досліджуючи дану проблему, Л. В. Брусніцин зазначає, що у цьому випадку важлива сама по собі можливість здійснення погроз, тобто рішення про застосування запобіжного заходу буде своєчасним, якщо воно попередить саме можливість погроз учасникам процесу, а не припинить погрози, що висловлюються. У зв'язку

<sup>1</sup> Чучаев А., Дворянский И. Ответственность за принуждение к противодействию осуществлению правосудия // Законность. – 2001. – № 4. – С. 12.

з цим, як зауважує правник, слід визнати некоректною практику застосування цього запобіжного заходу лише за наявності здійснюваних, а не можливих погроз до учасників кримінального судочинства<sup>1</sup>. Поділяючи таку позицію, ми вважаємо, що сама можливість погроз на адресу свідків, потерпілих або їх близьких потребує доказування, реальний характер можливих погроз має встановлюватися на підставі сукупності доказів. Водночас, як підкреслює І. Л. Трунов, не можна забувати про те, що потерпілий через психологічне ставлення до обвинуваченого (підозрюваного), не може бути об'єктивним і безстороннім стосовно нього. У цій ситуації необхідно виключити можливі перекоси у бік захисту потерпілих, свідків, що неминуче призведе до обмеження прав і свобод обвинуваченого (підозрюваного)<sup>2</sup>.

Шантаж є однією із форм погрози, що виражається у залякуванні чим-небудь з метою створення у людини стану фрустрації<sup>3</sup>, під впливом якого він примушується до вчинення певних дій.

Формою протидії можна вважати і підкуп. Одне із значень дієслова «підкупити» – схилити кого-небудь до певних учинків у своїх інтересах хабарами, подарунками, грошима<sup>4</sup>, тобто таким способом сформувані рішучість особи дати неправдиві показання, експертний висновок, зробити неправильний переклад.

<sup>1</sup> Брусніцин Л. В. Меры пресечения – меры безопасности для участников уголовного процесса // Рос. юстиция. – 2005. – № 6. – С. 23.

<sup>2</sup> Трунов И. Л. Защита прав личности в уголовном процессе. – М.: Юриспруденция, 2005. – С.116. Автором наведено приклад, коли потерпілий звернувся до прокурора із заявою про чинення на нього тиску з боку обвинуваченого. Потерпілий послався на травму ноги, яку нібито спричинив обвинувачений. Прокурор, не перевіривши фактів, звернувся до суду для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При оскарженні постанови про обрання даного запобіжного заходу захисник звернувся до медичного закладу з метою з'ясувати обставини отримання травми. У результаті було з'ясовано, що потерпілий її отримав на роботі, і це підтверджується відповідними документами, підписаними спеціальною комісією.

<sup>3</sup> Чучаев А., Федоров А. Подкуп или принуждение к даче показаний либо к неправильному переводу // Законность. – 2004. – № 7. – С. 11.

<sup>4</sup> Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. – К.: Аконіт, 1998. – Т. 3. – С. 368.

Підкуп – це схиляння особи до вчинення певних дій шляхом обіцянки надання їй матеріальної чи іншої майнової вигоди у разі вчинення нею відповідних дій (надання грошей, майна, житла, передача чи збереження прав на майно звільнення від майнових зобов'язань тощо)<sup>1</sup>. Підкупити можна й нематеріальними цінностями, які становлять інтерес для особи, що підкуповується. Це можуть бути й обіцянки вчинити певні дії в майбутньому, тобто після виконання обумовлених угодою дій<sup>2</sup>.

У результаті проведеного аналізу судової практики І. С. Яковець були виявлені обставини, які у переважній більшості враховуються органами досудового слідства при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. До них належать такі: можливість того, що обвинувачений (підозрюваний) сховається від слідства і суду (85%), тяжкість пред'явленого обвинувачення (73%), можливість продовження злочинної діяльності (80%), реальність погрози свідку й іншим учасникам кримінального судочинства (55%).

В Україні взяття під варту застосовується частіше порівняно з іншими запобіжними заходами, що викликає занепокоєння міжнародної спільноти<sup>3</sup>. Тому вчені-процесуалісти правомірно звертають увагу на винятковий характер даного запобіжного заходу<sup>4</sup>, засто-

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Балулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-тє вид., переробл. та допов. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. – С. 89.

<sup>2</sup> Чучаєв А., Федоров А. Подкуп или принуждение к даче показаний либо к неправильному переводу // Законность. – 2004. – № 7. – С. 11.

<sup>3</sup> Поліщук Г. Міжнародні стандарти щодо затримання, арешту та взяття під варту // Адвокат. – 2007. – № 4. – С. 28.

<sup>4</sup> Елесин В. И. Избрание меры пресечения – заключение под стражу. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1972. – С. 22; Еникеев З. Д. Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования): Учеб. пособие. – Уфа: Башкир. гос. ун-т, 1988. – С. 21; Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освіт. ініціатив, 2004. – С. 53; Шило О., Глинська Н. Обґрунтованість подання слідчого та постанови суду про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту як гарантія дотримання права кожного на свободу та особисту недоторканність // Юрист України. – 2003. – № 2. – С. 32.

сування якого здійснюється лише в тих випадках, коли неможливо забезпечити досягнення цілей кримінального судочинства іншими заходами.

Саме на такий підхід орієнтують міжнародні стандарти захисту прав людини у сфері кримінального судочинства, які рекомендують під час вибору запобіжного заходу на стадії досудового розслідування кримінальної справи утримуватися від застосування взяття під варту, якщо є така можливість, та використовувати альтернативні запобіжні заходи.

Відповідно до п. 6.1 Токійських правил попереднє ув'язнення застосовується в судочинстві по кримінальних справах як надзвичайний захід за умови належного врахування інтересів розслідування правопорушення та захисту суспільства і жертв злочинів<sup>1</sup>; п. 1 Резолюції (65) 11 Комітету міністрів Ради Європи передбачає, що взяття під варту повинно розглядатися як винятковий захід та застосовуватися і продовжуватися тільки в разі суворої необхідності<sup>2</sup>. Проте чинний КПК України не містить такої норми на відміну від проекту КПК (реєстр. № 1233), який у ч. 1 ст. 126 прямо зазначає, що взяття під варту є винятковим запобіжним заходом, який застосовується слідчим суддею, суддею, судом тільки тоді, коли є підстави вважати, що інші запобіжні заходи можуть не забезпечити належну поведінку підозрюваного, обвинуваченого, підсудного та виконання ним обов'язків, що можуть бути покладені на нього відповідно до вимог ст. 135 цього Кодексу (ч. 1 ст. 126)<sup>3</sup>.

Пункт 15 Рекомендації R (80) 11 Комітету міністрів державам-членам Ради Європи передбачає обов'язок судового органу при вивченні питання щодо доцільності обрання взяття під варту до

<sup>1</sup> Мінімальні стандартні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних із позбавленням волі (Токійські правила), прийняті Резолюцією 45/110 Генеральної Асамблеї ООН від 14.12.1990 р. // <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

<sup>2</sup> Резолюція (65) 11 Комітета міністрів Совета Европы (принята представителями министров 9 апреля 1965 г.) // Рос. юстиция. – 2002. – № 10. – С. 69.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 13 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. / <http://zakon.rada.gov.ua>.

суду розглянути всі можливі альтернативні заходи<sup>1</sup>. У кримінально-процесуальній літературі також правомірно наголошується на необхідності скорочення застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і розширення системи альтернативних запобіжних заходів, які не пов'язані з позбавленням волі<sup>2</sup>.

Окремої уваги заслуговує розгляд питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо неповнолітніх. Аналіз наукових праць з цієї проблеми дає підстави для висновку про існування певних особливостей щодо обрання до неповнолітніх запобіжних заходів<sup>3</sup>.

Відповідно до ч. 1 ст. 434 КПК затримання та взяття під варту як запобіжний захід можуть застосовуватися до неповнолітнього лише у виняткових випадках, коли це викликається тяжкістю злочину, у вчиненні якого він обвинувачується, при наявності підстав і в порядку, що встановлені статтями 106, 148, 150, 155 і 157 цього Кодексу. Саме таку позицію зайняв і Пленум Верховного Суду України, який у постанові «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» від 16 квітня 2004 р. № 5 звернув увагу судів на те, що до обрання неповнолітньому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слід підходити особливо виважено (п. 3)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Рекомендація R (80) 11 Комітета міністрів державам-членам Совета Європи о заключении под стражу (принята представителями министров 27.06.80) // Рос. юстиция. – 2002. – № 10. – С. 70-71.

<sup>2</sup> *Пешков М.* Мера пресечения – залог (правовой опыт судов США) // Законность. – № 12. – С.47-52; *Руднев В.* Залог в России, «бэйл» в США: сравнительный анализ // Рос. юстиция. – 1998. – № 4. – С. 22.

<sup>3</sup> *Карпенко М. О.* Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2004. – 182 с.; *Копетюк М.* Особливості прокурорського нагляду за законністю і обґрунтованістю затримання та взяття під варту неповнолітнього обвинуваченого (підозрюваного): питання удосконалення законодавства // Юрид. Україна. – 2007. – № 4. – С. 78-82; *Макаренко И.* Заключение под стражу и производство некоторых следственных действий с участием несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых // Законность. – 2004. – № 6. – С. 44-46.

<sup>4</sup> Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 5 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 5 (45). – С. 5.

На винятковість цього запобіжного заходу при застосуванні його щодо неповнолітніх правопорушників звернено увагу і в багатьох міжнародних документах: у ст. 37 Конвенції про права дитини, де акцентується увага на тому, щоб жодна дитина не була позбавлена волі незаконним або свавільним чином. Арешт, затримання чи тюремне ув'язнення дитини здійснюється згідно з законом та використовується лише як крайній захід протягом найкоротшого відповідного періоду часу<sup>1</sup>. У статтях 13.1 і 13.2 Мінімальних стандартних правил ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила, 1984), зазначено: «Тримання під вартою до суду застосовується лише як крайній захід та протягом найкоротшого періоду часу. Тримання під вартою до суду по можливості повинно замінюватися іншими альтернативними заходами, такими як постійний нагляд, активна виховна робота або поміщення в сім'ю чи виховний заклад або дім»<sup>2</sup>.

Передбачивши в законі, що взяття під варту як запобіжний захід стосовно неповнолітнього, який вчинив злочин, може застосовуватися лише у виняткових випадках, законодавець чітко їх не визначив. Виходячи з рекомендацій учених, винятковими можна вважати такі обставини: неповнолітній у минулому вчинив злочин; він притягався чи звільнявся від кримінальної відповідальності; особистість неповнолітнього правопорушника потребує його ізоляції від суспільства (він не навчається, не працює, перебуває на обліку в міліції, вчиняє правопорушення тощо); достовірно встановлено, що він перешкоджає встановленню істини, порушує умови, передбачені обраним щодо нього запобіжним заходом, тощо<sup>3</sup>.

Згідно з п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» від 16 квітня 2004 р. № 5, приймаючи рішення з цього питання, суд має дослідити обставини, які

<sup>1</sup> Конвенція про права дитини від 20. 11. 1989 р. / <http://zakon.rada.gov.ua>

<sup>2</sup> Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя відносно неповнолітніх (Пекінські правила), прийняті Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 10. 12. 1985 р. / <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

<sup>3</sup> *Карпенко М. О.* Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2004. – С. 89.

відповідно до ст. 150 КПК враховуються при обранні запобіжного заходу: стан здоров'я неповнолітнього, його сімейне й матеріальне становище, стосунки з батьками, дієвість існуючого контролю за його поведінкою, вид діяльності, місце проживання, дані про попередні судимості, соціальні зв'язки, схильності, спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі, наявність чинників, обставин чи визнання ним моральних цінностей, які дозволяють прогнозувати його поведінку. Зазначені обставини можуть з'ясуватися шляхом опитування батьків, опікунів, піклувальників, представників адміністрації за місцем роботи чи навчання неповнолітнього тощо<sup>1</sup>.

Сказане дозволяє зробити висновок про те, що, по-перше, при застосуванні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту до неповнолітнього обов'язково повинні враховуватися не лише тяжкість злочину, а й особливості його особистості; по-друге, даний запобіжний захід може бути застосовано щодо неповнолітнього лише у випадках, якщо є підстави вважати, що менш суворі запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання ним процесуальних обов'язків, які випливають із ч. 2 ст. 148 КПК, і його належної поведінки.

Останнім часом привертає все більшу увагу проблема розширення спектру альтернативних запобіжних заходів щодо неповнолітнього обвинуваченого. Так, згідно зі ст. 436 КПК до неповнолітніх обвинувачених, крім запобіжних заходів, передбачених ст. 149 КПК, може застосовуватися передача їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі – передача їх під нагляд адміністрації цієї установи. Слушною, на нашу думку, є пропозиція про запровадження нового виду запобіжного заходу щодо цієї категорії правопорушників у вигляді обов'язку періодичного звіту особи, що не досягла вісімнадцяти років, перед компетентним державним органом (кримінальною міліцією або службою у справах неповнолітніх) про її належну поведінку<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 5 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 5 (45). – С. 4.

<sup>2</sup> Карпенко М. О. Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2004. – С. 11.

Підводячи підсумок розгляду питання щодо підстав обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, зауважимо, що необхідно суворо дотримуватися вимог кримінально-процесуального закону, оцінюючи у сукупності всі обставини, які можуть вплинути на прийняття законного та обґрунтованого рішення. Це призведе до зменшення загальної кількості осіб, щодо яких обирається даний запобіжний захід, та суттєво вплине на традиційну судову практику у бік її гуманізації.

## § 2. Процесуальний порядок обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту органами досудового розслідування

Відповідно до ч. 2 ст. 165<sup>2</sup> КПК обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на стадії досудового розслідування ініціює погоджене з прокурором подання органу дізнання, слідчого або прокурора. Враховуючи значення цього процесуального документа, залишається незрозумілим відсутність у законі нормативної регламентації вимог щодо його форми та змісту<sup>1</sup>, що часто спричиняє направлення слідчим до суду необґрунтованих подань. Тому практичного значення набуває питання щодо форми і змісту подання органів досудового розслідування про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, адже правомірність рішення, що виноситься судом при розгляді даного питання, значною мірою залежить від якості та обґрунтованості подання<sup>2</sup>.

Пленум у постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 зазначає, що подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинно містити необхідні реквізити (найменування органу, який вносить подання; дані про погодження подання з прокурором

<sup>1</sup> Шило О. Г., Маринів В. І. Проблеми підвищення ефективності судового контролю за обмеженням конституційних прав людини в кримінальному судочинстві // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: матеріали НПК, 18 – 19 квіт. 2002. – К.; Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 232.

<sup>2</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 69.



(у разі внесення його органом дізнання чи слідчим); прізвище, ім'я та по батькові особи, щодо якої вноситься подання; дата й місце її народження); посилання на обставини, зазначені у ст. 150 КПК; дані про злочин, у вчиненні якого особа підозрюється, обвинувачується, та його кримінально-правову кваліфікацію; підстави для обрання запобіжного заходу (п. 4).

До речі, проект КПК (реєстр. № 1233) у ч. 1 ст. 133 передбачає структуру подання про застосування до обвинуваченого, підозрюваного запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Так, у поданні зазначаються: місце і час його складання; посада і прізвище особи, що склала подання, та прокурора, з яким його погоджено; дані про особу обвинуваченого, підозрюваного; обставини злочину, у якому підозрюється (обвинувачується) особа; дані, які підтверджують, що саме затримана особа вчинила цей злочин; чому до неї повинен бути застосований саме цей запобіжний захід<sup>1</sup>.

Ми погоджуємося з пропозицією О. Г. Шило та Н. В. Глинської, які вважають, що таке подання має бути викладене у формі постанови<sup>2</sup>. Враховуючи, що даний документ ініціює процес застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, його форма і зміст мають бути детально регламентовані кримінально-процесуальним законодавством України.

Подання про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути законним, мотивованим і обґрунтованим. Законність подання про обрання щодо підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту передбачає сувору відповідність форми і змісту цього процесуального акта нормам чинного кримінального і кримінально-процесуального законодавства. Під обґрунтованістю процесуального рішення необхідно розуміти підтвердження усіх висновків, що містяться в конкретному акті, посиланнями на відповідні норми права, сукупністю доказів і взаємопов'язаних з ними переконли-

<sup>1</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 13 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. / <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>2</sup> Шило О., Глинська Н. Взяття під варту повинно застосовуватися виключно на підставі обґрунтованих процесуальних рішень // Право України. – 2004. – № 10. – С. 92.

вих доводів правозастосувача. З цього приводу В. С. Зеленецький пише: «Тільки належним чином обґрунтований процесуальний акт може виконати своє функціональне призначення»<sup>1</sup>. О. Г. Шило і Н. В. Глинська зазначають, що обґрунтованість подання має велике значення для прийняття судом законного рішення, яке повинно містити всебічну оцінку доводів подання органу досудового слідства<sup>2</sup>. Проте проведеним узагальненням практики застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту встановлено, що основним недоліком подань є недостатня їх обґрунтованість з точки зору доцільності застосування даного запобіжного заходу. У більшості випадків у цих документах органи досудового слідства обмежуються невмотивованою констатацією обставин, зазначених у ст. 148 КПК, або ж їх перерахуванням. Досить поширеними є посилання на те, що особа, щодо якої порушується питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, вчинила тяжкий злочин або злочин, за який покарання перевищує три роки, але не завжди належним чином обґрунтовуються припущення, що підозрюваний (обвинувачений) може ухилитися від слідства й суду, перешкодити встановленню істини у справі<sup>3</sup>. У зв'язку з цим не можна погодитися з думкою В. Назаренка, що до суду надходять «майже безперечні подання про тримання під вартою»<sup>4</sup>.

Вчені-процесуалісти правомірно звертають увагу на те, що рішення слідчого про обрання даного запобіжного заходу має бути мотивованим<sup>5</sup>. П. А. Лупинська пише: «Через мотивування рішен-

<sup>1</sup> Зеленецький В. С. Возбуждение уголовного дела. – Харьков: КримАрт, 1998. – С.191-192.

<sup>2</sup> Шило О. Г., Глинська Н. В. Обґрунтованість подання слідчого та постанови суду про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту як гарантія дотримання права кожного на свободу та особисту недоторканність // Юрист України. – 2003. – № 2. – С. 32.

<sup>3</sup> Мищенко С. М., Солоткий С. А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 5. – С. 44.

<sup>4</sup> Назаренко В. Судебный контроль при расследовании преступлений // Законность. – 2003. – № 6. – С. 6.

<sup>5</sup> Савгирова Н. М. Меры пресечения и иные меры процессуального принуждения. – М.: Изд-во Московск. ун-та, 1960. – С. 14, 16; Давыдов П. М.,



ня об'єктивізується його відповідність вимогам закону, обґрунтовується, що рішення продиктоване не особистими мотивами, не суб'єктивним бажанням, а приписами закону і пояснюється вибір рішення у рамках цього закону»<sup>1</sup>. Так, П. М. Давидов та П. П. Якимов вважають, що складання вмотивованої постанови сприяє продуманому підходу відповідних органів до обрання запобіжного заходу, а з іншого боку, обвинувачений має можливість з'ясувати: навіщо і за яких причин щодо нього обраний даний запобіжний захід і в разі необхідності оскаржити його<sup>2</sup>.

Таким чином, у поданні слідчого має бути наведена певна система необхідних і достатніх доводів, які б вичерпно пояснювали значення фактичних даних та обставин для обрання саме запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У поданні мають бути викладені мотиви й підстави, що обґрунтовують необхідність взяття обвинуваченого (підозрюваного) під варту, доведені обставини, в силу яких неможливо обрати більш м'який запобіжний захід. Тільки при дотриманні зазначених вимог рішення слідчого чи прокурора буде обґрунтованим і вмотивованим, а тому і законним.

Окремої уваги заслуговує питання щодо надання згоди прокурора на внесення подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Згідно із ч. 2 ст. 165<sup>2</sup> КПК, якщо орган дізнання, слідчий вважає, що є підстави для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, він вносить за згодою прокурора подання до суду. Пленум

*Якимов П. П.* Применение мер процессуального принуждения по основам уголовного судопроизводства союза ССР и союзных республик (учебное и практическое пособие). – Свердловск: Юрид. ин-т, 1961. – С. 19, 42; *Еникеев З. Д.* Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования): Учеб. пособие. – Уфа: Башкир. гос. ун-т, 1988. – С. 55; *Лившиц Ю. Д.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 86; *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989. – С. 173.

<sup>1</sup> *Лутинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. – М.: Юристъ, 2006. – С. 154.

<sup>2</sup> *Давыдов П. М., Якимов П. П.* Применение мер процессуального принуждения по основам уголовного судопроизводства союза ССР и союзных республик (учебное и практическое пособие). – Свердловск: Юрид. ин-т, 1961. – С. 42.

у постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 роз'яснив, що суди не повинні брати до провадження подання, внесені відповідно до ст. 165<sup>2</sup> КПК, якщо на порушення ч. 2 цієї статті вони не були погоджені з прокурором, або той з ними не погодився, або із подання не зрозуміло, який саме прокурор (його посада і прізвище) дав згоду (п. 4).

Разом з тим питання про необхідність та доцільність отримання такої згоди прокурора є предметом багатьох дискусій як вчених процесуалістів, так і практичних працівників. При цьому одні вважають отримання такої згоди додатковою гарантією від незаконного взяття особи під варту, інші наполягають на недоцільності її отримання.

Переконливою є позиція Є. І. Конач і М. В. Парфенової, які зазначають, що завдання прокурора – виключити факти направлення до суду незаконних та необґрунтованих подань, попередити такі випадки обмеження прав і свобод підозрюваних, що не викликані об'єктивними обставинами справи. Разом з тим прокурор має виключити і факти необґрунтованого залишення на волі осіб, які, виходячи із обставин справи, повинні бути взяті під варту<sup>1</sup>. Поділяючи цю точку зору, О. В. Хімичева пише, що «введення подвійного контролю за арештом – згода прокурора і рішення суду – покликані стати перепорою проти необґрунтованого застосування даного запобіжного заходу у кожному конкретному випадку, забезпечити економію у використанні арешту органами розслідування»<sup>2</sup>. Є. Мізуліна також вважає, що прокурор виконує роль додаткового «запобіжника» проти незаконного взяття під варту<sup>3</sup>. «Подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, не погоджене з прокурором, є таким, що не відповідає вимогам кримінально-процесуального закону і не може бути прийнято суддею до про-

<sup>1</sup> *Конач Е. И., Парфенова М. В.* Процессуальный статус и обеспечение прав подозреваемого. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 81.

<sup>2</sup> *Химичева О. В.* Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Монография. – М.: ЮНИТИ - ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 233.

<sup>3</sup> *Мизулина Е.* Новый порядок ареста и задержания соответствует Конституции РФ и международным правовым стандартам // Рос. юстиция. – 2002. – № 6. – С.15.

вадження. У такому випадку вважається, що відсутній сам суб'єкт процесуального звернення»<sup>1</sup>.

З іншого боку, висловлюється думка про те, що варто відмовитися від подібної «проміжної» ролі прокурора<sup>2</sup>. «Попереднє узгодження з прокурором подань у суд, - вважає І. Кожевников, - ущемляє процесуальну самостійність слідчого і призведе до невинувачених витрат часу, бюрократичної тяганини і зниження ефективності судочинства»<sup>3</sup>. Л. Черечукина наводить такі статистичні дані: 92% опитаних слідчих висловились за необхідність надання їм реальної можливості звертатися безпосередньо до суду з поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, 6 % – утрималися від висловлення своєї позиції і лише 2 % слідчих влаштовує існуючий порядок<sup>4</sup>.

Ми поділяємо точку зору авторів, які вважають згоду прокурора з поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту обвинуваченого (підозрюваного) додатковою суттєвою гарантією дотримання прав і законних інтересів особи<sup>5</sup>. Повноваження владно-розпорядчого характеру, надані прокуроріві, дозволяють йому швидко виявляти, попереджати й усувати порушення законів при застосуванні цього запобіжного заходу і, як зазначає

<sup>1</sup> Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (Методичні рекомендації). – К.: Атіка, 2004. – С.8; *Иващенко С.* Проблемы заключения под стражу // Юрид. практика. – 2005. – № 16 (382) – С. 22.

<sup>2</sup> *Мацьків Г.* Дотримання процесуальних строків при обранні та продовженні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту підозрюваного та обвинуваченого // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6. – С. 140; *Мельник М. І.* Законодавчі пропозиції щодо вдосконалення системи запобіжних заходів у кримінальному судочинстві // Законодавство України. – 2002. - № 6. – С. 11-12; *Черечукина Л.* Арестовать или помиловать: кому решать? // Зеркало недели. – 2004. – № 42 (517). – С. 7.

<sup>3</sup> *Кожевников И.* Упорядочить полномочия следователя // Рос. юстиция. – 1997. – № 12. – С. 23.

<sup>4</sup> *Черечукина Л.* Арестовать или помиловать: кому решать? // Зеркало недели. – 2004. – № 42 (517). – С. 7.

<sup>5</sup> *Ключков В.* Прокурорський нагляд за законністю та обґрунтованістю обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 6. – С. 42.

Є. Мізуліна, виконувати правозахисну функцію в механізмі прийняття рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>1</sup>.

Деякі науковці висловлюються за необхідність надання права на внесення вказаного подання до суду тільки прокурору<sup>2</sup>. На думку тих, хто поділяє цю точку зору, такий порядок виключить прояви формалізму в роботі прокурора зі здійснення нагляду при прийнятті ним рішення щодо надання згоди на арешт підозрюваного, обвинуваченого, підвищить відповідальність прокурора за прийняте рішення та зекономить органам досудового розслідування час для активного виявлення й закріплення слідів злочину<sup>3</sup>.

Окремої уваги заслуговує питання щодо форми надання прокурором такої згоди. Чинний КПК не встановлює відповідних вимог. У кримінально-процесуальній літературі висловлені думки з приводу того, що відмова прокурора у наданні такої згоди повинна бути письмовою і мотивованою<sup>4</sup>. Як слушно зазначають П. М. Давидов і П. П. Якимов, такі вказівки надаються у формі резолюції, яка не дозволяє з'ясувати, чому саме прокурор не погодився з поданням слідчого, якими матеріалами він обґрунтовує свій висновок<sup>5</sup>.

Ми вважаємо, що прокурор за результатами розгляду матеріалів, зібраних органами досудового розслідування щодо необхідності

<sup>1</sup> *Мизулина Е.* Новый порядок ареста и задержания соответствует Конституции РФ и международным правовым стандартам // Рос. юстиция. – 2002. – № 6. – С.15.

<sup>2</sup> *Копетюк М.* Особливості прокурорського нагляду за законністю і обґрунтованістю затримання та взяття під варту неповнолітнього обвинуваченого (підозрюваного): питання удосконалення чинного законодавства // Юрид. Україна. – 2007. – № 4. – С. 82.

<sup>3</sup> *Болташев Е. Д.* Функции прокуратуры в досудебных стадиях уголовного процесса: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2002. – С. 124.

<sup>4</sup> *Павлицев О.* Не кожного підозрюваного можна і треба брати під варту: порядок застосування, скасування і зміни запобіжного заходу // Закон і бізнес. – 2005. – № 30. – С. 11; *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989. – С. 198.

<sup>5</sup> *Давыдов П. М., Якимов П. П.* Применение мер процессуального принуждения по основам уголовного судопроизводства союза ССР и союзных республик (учебное и практическое пособие). – Свердловск: Юрид. ин-т, 1961. – С. 55.

обрання обвинуваченому (підозрюваному) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, повинен виносити відповідну постанову. Таким чином, прокурор буде не лише констатувати факт застосування до особи даного запобіжного заходу, а й наводити правові мотиви та фактичні підстави прийнятого ним рішення. Це має бути гарантією правомірного застосування до особи вказаного запобіжного заходу.

Чинним кримінально-процесуальним законодавством передбачено, що прокурор зобов'язаний ознайомитися з усіма матеріалами справи, що дають підстави для взяття під варту, перевірити законність одержання доказів, їх достатність для обвинувачення (ч. 2 ст. 165<sup>2</sup> КПК) і тільки після цього дати згоду (або не погодитися зі слідчим) на внесення відповідного подання до суду<sup>1</sup>. З цією метою він повинен з'ясувати, чи є достатніми дані, які свідчать про наявність ознак злочину, має перевірити наявність у справі обґрунтованої підозри або обвинувачення, дотримання органом досудового розслідування вимог КПК у частині правової регламентації порядку порушення кримінальної справи, затримання підозрюваного, пред'явлення обвинувачення.

У кримінально-процесуальній літературі висловлюються пропозиції вчених-процесуалістів щодо необхідності закріпити на законодавчому рівні обов'язок прокурора особисто допитувати підозрюваного, обвинуваченого при наданні згоди на застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>2</sup>. Так, В. А.

<sup>1</sup> Разом з тим, матеріали узагальнення практики свідчать, що іноді прокурори підходять формально до надання згоди на відповідне подання слідчого. Так, у 2005 р. місцевими судами м. Харкова було відмовлено в задоволенні 357 подань органів досудового слідства про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У 2006 р. цей показник збільшився до 369, а в 2007 р. – до 375 подань. Між тим, всі матеріали проходили прокурорську перевірку, подання були погоджені з прокурором.

<sup>2</sup> Багаутдинов Ф. Н. Обеспечение публичных и личных интересов при расследовании преступлений. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 514; Буланова Н. В. Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.- метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 169; Назаров А. Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. – СПб.: Юрид. центр Пресс. – 2003. – С. 169; Парфенова М. В. Охра-

Давидов і М. П. Парфенова вказують на важність такого допиту у кожному випадку, бо це дозволяє прокурору скласти більш повне і правильне уявлення про суспільну небезпечність особи підозрюваного (обвинуваченого), а також уникнути помилок, особливо у випадках, коли підозрюваний (обвинувачений) відмовляється від своїх початкових показань, робить заяви про застосування до нього незаконних методів ведення слідства, заявляє, що йому не було роз'яснено та забезпечено передбачені законом права, тощо<sup>1</sup>.

Як зазначає Ю. Д. Лівшиц, така необхідність має виникати у всіх випадках, коли є сумніви у правильності висновків органів досудового розслідування. Крім того, допит прокурором особи, щодо якої вирішується питання про взяття під варту, враження, отримані у ході такого допиту, створять живу уяву про особу обвинуваченого; безумовно, це вплине на правильність рішення прокурора щодо обрання даного запобіжного заходу<sup>2</sup>.

«Саме особистий допит особи, щодо якої ініціюється питання про застосування арешту, дає можливість прокуророві сформулювати тверде внутрішнє переконання про наявність підстав для застосування щодо конкретної особи названого запобіжного заходу, що є необхідною психологічною й гносеологічною підставою для прийняття ним правильного рішення по суті»<sup>3</sup>.

На жаль, з чинного КПК була виключена ст. 157, яка містила положення про те, що прокурор, вирішуючи питання про дачу

на конституционных прав подозреваемого и обвиняемого в досудебных стадиях уголовного процесса России: Науч.-метод. пособие / Под ред. А. Б. Соловьева. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 95; Петрова О. В. Защита прав и свобод личности в уголовном процессе Республики Беларусь: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Минск, 2003. – С. 12.

<sup>1</sup> Давыдов В. А. Заключение под стражу как мера пресечения: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1978. – С.13; Парфёнова М. В. Охрана конституционных прав подозреваемого и обвиняемого в досудебных стадиях уголовного процесса России. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 95.

<sup>2</sup> Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 79.

<sup>3</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 69.

санкції на арешт, у необхідних випадках зобов'язаний особисто допитати підозрюваного або обвинуваченого, а неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого – у всіх випадках<sup>1</sup>. Слід зазначити, що у той час, коли саме прокурор давав санкцію на арешт та безпосередньо допитував неповнолітнього обвинуваченого або підозрюваного, було накопичено величезний досвід, завдяки якому майже до мінімуму зводилися випадки незаконного арешту підлітків. Враховуючи це, як справедливо зазначає М. О. Карпенко, «є доцільним використати цей позитивний досвід і залишити за прокурором право у необхідних випадках особисто допитувати підозрюваного або обвинуваченого, а неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого – у всіх випадках. Такий подвійний контроль стане суттєвою гарантією захисту прав і свобод неповнолітнього, перешкоджатиме випадкам незаконного позбавлення волі осіб, які не досягли вісімнадцяти років»<sup>2</sup>.

Враховуючи, що суб'єктами звернення до суду з поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є лише орган дізнання, слідчий за згодою прокурора або прокурор (ч. 2 ст. 165<sup>2</sup> КПК), окремої уваги заслуговує питання щодо надання потерпілому права ініціювати процес обрання вказаного запобіжного заходу.

Передусім слід наголосити, що у підпункті «б» п. 6 Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою від 29 листопада 1985 р.<sup>3</sup>, ч. 3 ст. 25 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р.) зазначено, що кожна Держава-учасниця, за умови дотримання свого внутрішнього законодавства, створює можливості для викладу і розгляду думок і побоювань потерпілих на відповідних стадіях кримінального провадження щодо осіб, які вчинили злочини, так, щоб це не

<sup>1</sup> Михесенко М. М., Шибіко В. П., Дубинський А. Я. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України / Відп. ред. В. Ф. Бойко, В. Г. Гончаренко. – К.: Юринком, 1997. – С. 222.

<sup>2</sup> Карпенко М. О. Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2004. – С. 90-91.

<sup>3</sup> Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою від 29 лист. 1985 р. / <http://zakon.rada.gov.ua>.

завдавало шкоди правам захисту<sup>1</sup>. Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи від 6 жовтня 2000 р. N R (2000) 19 «Комітет міністрів – державам-членам Ради Європи про роль прокуратури в системі кримінального судочинства» у п. 33 проголошує: «Прокурори мають також брати до уваги думки, стурбованість потерпілих від злочинів, коли зачіпаються їх особисті інтереси, і вживати заходів, які б забезпечили інформованість потерпілих від злочинів щодо їх прав і ходу справи»<sup>2</sup>.

Аналіз вказаних міжнародно-правових актів дозволяє констатувати наявність тенденції щодо необхідності врахування думки потерпілих при обранні запобіжних заходів.

З урахуванням цього Л. В. Брусніцин справедливо зазначає, що потерпілий може висловити, наприклад, у ході допиту думку про необхідність того чи іншого запобіжного заходу (наприклад, внаслідок побоювання обвинуваченого або вважаючи, що той сховатиметься від слідства й суду, що, у свою чергу, унеможливить відшкодування спричиненої шкоди)<sup>3</sup>. Серед обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу, поряд з тяжкістю злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, її віком тощо, така думка має враховуватися як інші обставини, що характеризують цю особу<sup>4</sup>.

Ми вважаємо, що має існувати кримінально-процесуальний механізм захисту інтересів потерпілого у разі відмови прокурора дати згоду на подання органу дізнання, слідчого про застосування

<sup>1</sup> Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 лист. 2000 р. / <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>2</sup> Рекомендація Комітету міністрів Совета Европы от 6 октября 2000 г. N R (2000)19 “Комитет министров – государствам-членам о роли прокуратуры в системе уголовного правосудия” (принята Комитетом Министров Совета Европы 6 октября 2000 г. на 724-м заседании представителей Министров) / <http://www.pravoteka.ru/pst/103/51288.html>.

<sup>3</sup> Брусніцин Л. К. Обеспечению прав жертв преступлений в досудебных стадиях // Уголовное право. – 2004. – № 1. – С. 59.

<sup>4</sup> Брусніцин Л. В. Некоторые проблемы обеспечения прав жертв преступлений в российском уголовном процессе // Права человека в России и правозащитная деятельность государства: Сб. материалов Всероссийской научно-практической конференции. – СПб., 2003. – С. 22.



до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У такому випадку потерпілому доцільно надати право звертатися до суду з питанням про обрання вказаного запобіжного заходу.

Не менш актуальним є питання, пов'язане з переліком матеріалів, що направляються судді. За ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК після одержання подання суддя вивчає матеріали кримінальної справи, представлені органами дізнання, слідчим, прокурором. Тобто тільки ті матеріали кримінальної справи, які були надані зазначеними суб'єктами на підтвердження викладених у поданні доводів. Пленум Верховного Суду України, роз'яснюючи дане питання, у постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 зазначив, що матеріали кримінальної справи надають судді для вивчення безпосередньо орган дізнання, слідчий, прокурор. Ці матеріали в суді не реєструються, а вивчатися суддею вони мають у режимі, що забезпечує нерозголошення даних досудового слідства.

У разі відмови органом дізнання, слідчим, прокурором у наданні матеріалів кримінальної справи або надання тільки копій окремих процесуальних документів суддя повертає подання прокуророві без розгляду (п. 6).

У зв'язку з цим привертають увагу відповідні положення постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації «Про застосування судами норм кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації» від 5 березня 2004 р. № 1, у п. 4 якого вказано, що до подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слід долучати: копії постанов про порушення кримінальної справи і притягнення особи як обвинуваченого, копії протоколів затримання, допитів підозрюваного, обвинуваченого, а також докази, що свідчать про необхідність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (дані про особу підозрюваного, обвинуваченого, довідки про судимість, дані щодо можливості особи ухилитися від слідства, погрози на адресу потерпілих, свідків тощо)<sup>1</sup>.

На думку В. Золотарьова, М. Колоколова, А. Кітури, до подання додаються ксерокопії: постанови про порушення кримінальної справи, протоколу затримання підозрюваного, протоколу допиту

<sup>1</sup> О применении судами норм уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. № 1 // Законность. – 2004. – № 5. – С. 58.

підозрюваного; постанови про притягнення особи як обвинуваченого, протоколу допиту обвинуваченого<sup>1</sup>. Крім того, особа, яка внесла подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, за своїм розсудом додає ксерокопії матеріалів справи, що закріплюють підстави застосування цього запобіжного заходу (заява потерпілого або інші документи, що є приводом до порушення кримінальної справи, а також протоколи допитів потерпілих, свідків, очних ставок, висновків експертиз та ін.). Додаються також документи, які посвідчують особу підозрюваного (обвинуваченого), – паспорт, військовий квиток, права водія тощо, можуть додаватися характеристики з місця служби та місця проживання; службові картки; довідки про судимість; довідки з медичних диспансерів тощо<sup>2</sup>.

У цьому контексті заслуговує на увагу положення проекту Кримінально-процесуального кодексу України від 21 травня 2007 р., розробленого робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, який у ч. 2 ст. 160 зазначає, що до клопотання мають бути додані: копії засвідчених матеріалів, якими державний обвинувач обґрунтовує доводи клопотання; перелік свідків, яких державний обвинувач вважає за необхідне допитати під час судового розгляду щодо запобіжного заходу; підтвердження того, що підозрюваній особі надані копії клопотання та матеріали, зазначені у пунктах 3 та 5 частини першої цієї статті<sup>3</sup>.

Вважаємо, що документи, які додаються до подання, повинні бути достатніми для підтвердження наявності підстав для обрання

<sup>1</sup> Золотарёв В. Г., Колоколов Н. А. Алгоритм ареста: Науч.-практ. пособие. – Курск: Лицензия ГУИПП «Курск», 2002. – С. 15.

<sup>2</sup> Золотарёв В. Г., Колоколов Н. А. Порядок рассмотрения судами ходатайств органов предварительного расследования о заключении под стражу подозреваемых, обвиняемых, продлении срока содержания под стражей обвиняемых: Науч.-практ. пособие. – М.: ИГ «Юрист», 2002. – С. 16-17; Кітура А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою // Вісн. прокуратури. – 2002. – № 5 (17). – С. 61.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект від 21 травня 2007 р., розроблений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права / <http://zakon.rada.gov.ua>.



даного запобіжного заходу. Пропонуємо закріпити на законодавчому рівні перелік обов'язкових додатків до подання органу дізнання, слідчого, прокурора про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. На нашу думку, це сприятиме винесенню судом законного і обґрунтованого рішення щодо застосування даного запобіжного заходу.

Привертає увагу й очевидна недосконалість сучасного правового механізму регулювання строків вирішення питання про обрання запобіжного заходу взяття під варту. Слід зазначити, що в цій частині закон є непослідовним. Так, за п. 3 ч. 6 ст. 106 КПК протягом 72 годин після затримання орган дізнання доставляє затриманого до судді з поданням про обрання йому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У свою чергу, ч. 3 ст. 165<sup>2</sup> КПК зобов'язує суд розглянути це подання впродовж 72 годин з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого<sup>1</sup>. У такому разі суд може бути поставлений в умови, коли подання про обрання такого запобіжного заходу буде надано йому для розгляду наприкінці 72-годинного строку, що може призвести до поверхового вивчення справи і прийняття невваженого рішення.

У зв'язку з цим набуває практичного значення вирішення питання щодо раціонального розподілу 72-годинного строку з моменту затримання особи. Аналіз висловлених пропозицій свідчить про різноманітність поглядів на цю проблему. Так, на думку С. Б. Фоміна, слід надати 24 години – органу дізнання або слідчому для складання вмотивованого подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; по-друге, прокурору

<sup>1</sup> Наприклад, за КПК ФРН (§ 115) затриманого негайно повинні доставити до компетентного судді, який зобов'язаний невідкладно, і в усякому разі, не пізніше наступного дня, допитати обвинуваченого про обґрунтованість затримання // Уголовно-процесуальный кодекс ФРГ / [http:// www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltxt/vstgblbruss.pdf](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltxt/vstgblbruss.pdf), станом на 07. 02. 2007 р.

Для порівняння зазначимо, що ст. 69 КПК КНР передбачає таке: 1) орган міліції порушує клопотання перед прокуратурою протягом трьох діб з моменту затримання; 2) щодо осіб, підозрюваних або обвинувачених у вчиненні злочину у співучасті, строк на порушення подання може бути продовжений до 30 діб (див.: *И Юань. Задержание подозреваемого по УПК КНР // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 136).*

в такий же строк ознайомитися з усіма матеріалами, що дають підстави для взяття під варту, перевірити законність одержання доказів, їх достатність для обвинувачення і вирішити питання про дачу згоди на подання про обрання запобіжного заходу; і, по-третє, судді вивчити матеріали кримінальної справи і прийняти відповідне рішення, при цьому підозрюваний повинен бути доставлений до судді не пізніше 48 годин з моменту фактичного затримання<sup>1</sup>.

П. П. Пилипчук, А. В. Шилов і Є. З. Трошкін вважають, що буде достатньо 24 годин для розгляду суддею подання<sup>2</sup>. В. Санін вважає достатнім строком – дві години до закінчення строку тимчасового затримання<sup>3</sup>. На думку О. Головкина, подання повинно бути внесено не пізніше трьох годин до закінчення 72-годинного строку<sup>4</sup>.

У порядку констатації зазначимо: КПК Російської Федерації передбачає, що постанова про застосування даного запобіжного заходу та інші матеріали мають бути надані судді не пізніше як за 8 годин до закінчення строку затримання (ч. 3 ст. 108)<sup>5</sup>. На наш погляд, цей строк є оптимальним для ретельного вивчення суддею подання і матеріалів, які до нього додаються. Тому ми пропонуємо закріпити в ст. 165<sup>2</sup> КПК строк надання подання до

<sup>1</sup> *Фомін С. Б.* Строки у кримінальному судочинстві: поняття, класифікація та функціональне призначення: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2003. – С.142-143.

<sup>2</sup> *Пилипчук П. П.* Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верхов. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 45; *Шилов А. В., Трошкін Е. З.* Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Минск: Тесей, 2004. – С.76.

<sup>3</sup> *Санін В.* Взяття під варту: спірні питання // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 20. – С. 9; Санін В. Спірні питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Юрид. журнал. – 2004. – № 4 (22). – С. 122.

<sup>4</sup> *Головкін О.* Взяття під варту: проблеми залишаються // Вісн. прокуратури. – 2007. – № 6 (72). – С. 94.

<sup>5</sup> Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С. 244.

суду за 8 годин до закінчення строку затримання. Інший час має бути розподілений між слідчим (органом дізнання) та прокурором залежно від процесуальної ситуації, конкретних обставин справи, тощо.

Матеріали узагальнення практики свідчать про те, що мають місце надходження подання до суду з порушенням 72-годинного строку (у 15% кримінальних справ). У зв'язку з цим практичними працівниками, правниками обговорюється питання про можливість розгляду наданих матеріалів і прийняття судом рішення за його результатами. Одні вважають, що у такому випадку необхідно виносити постанову про відмову в обранні запобіжного заходу, посилаючись на те, що підозрюваний (обвинувачений) незаконно тримався під вартою більше 72 годин<sup>1</sup>. Інші припускають варіант позитивного рішення<sup>2</sup>. При цьому практичні працівники посилаються на досить суперечливе положення, закріплене в п. 5 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4: «Судам необхідно мати на увазі, що відповідно до п. 3 ч. 6. ст. 106, частин 3 і 4 ст. 165<sup>2</sup> КПК питання про обрання зазначеного запобіжного заходу має бути вирішено протягом 72 годин з моменту затримання підозрюваного, обвинуваченого, а в разі перебування особи за межами населеного пункту, в якому діє суд, – не пізніше 48 годин з моменту доставки затриманого в цей пункт. Разом з тим надходження до суду подання про взяття затриманої особи під варту після закінчення цих строків не є підставою для відмови в його розгляді. На таке порушення суддя згідно зі ст. 23<sup>2</sup> КПК зобов'язаний реагувати окремою постановою».

На нашу думку, якщо строк затримання особи перевищив 72 години, слідчий не може звертатися з поданням до суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а повинен негайно вжити заходів для звільнення такої особи з-під варту. Це цілком

<sup>1</sup> Санін В. Взяття під варту: спірні питання // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 20. – С. 9.

<sup>2</sup> Озерський І. В. Судовий контроль за рішенням щодо затримання та арешту особи // Економіка, фінанси, право. – 2007. – № 2. – С. 39; Яковець І. С. Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 25.

відповідає ст. 29 Конституції України, яка не передбачає жодних винятків з правила про негайне звільнення особи, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Разом з тим у Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, зазначено, що відповідно до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод необхідно внести зміни до Конституції України, зменшивши до 48 годин граничний строк тримання особи без рішення суду. На період до внесення змін до Конституції України вважати визначений нею 72-годинний строк допустимим лише у виняткових випадках, у всіх інших – застосовувати 48-годинний строк<sup>1</sup>.

Потребує однозначного вирішення й така процесуальна ситуація. Згідно із ч. 4 ст. 89 КПК, якщо закінчення строку припадає на неробочий день, то останнім днем строку вважається наступний робочий день. Будь-яких винятків з цього правила в чинному законодавстві не передбачено. Отже, якщо закінчення 72-годинного строку тимчасового затримання припадає на неробочий день, то слідчий, згідно з КПК, повинен всі питання, пов'язані з направленням до суду подання та матеріалів, які його обґрунтовують, перенести на наступний робочий день, тобто «санкціоновано» порушити 72-годинний строк. Цю практику, на наш погляд, слід визнати такою, що не відповідає не лише Конституції України, але й європейським стандартам. Ми вважаємо, що правомірним рішенням слідчого має бути звільнення затриманої особи напередодні вихідних днів з метою дотримання 72-годинного строку тимчасового затримання і забезпечення прав і свобод особи. У зв'язку з цим заслуговує на увагу вирішення даного питання в КПК Російської Федерації, відповідно до ч. 2 ст. 128 якого якщо закінчення строку припадає на неробочий день, то останнім днем строку вважається перший наступний за ним робочий день, за винятком випадків обчислення строків при затриманні, триманні під вартою,

<sup>1</sup> Концепція реформування кримінальної юстиції України (затверджена Указом Президента від 8 квітня 2008 р. № 311/2008) / [http:// zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/law/main](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/law/main).

домашньому арешті та знаходженні у медичному або психіатричному стаціонарі<sup>1</sup>.

Інший варіант вирішення означеної проблеми окремі правники бачать у введенні чергового судді. Так, на думку А. В. Шилова і Є. З. Трошкіна, це відповідатиме вимогам п. 3 ст. 5 Конвенції про те, що особа має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу<sup>2</sup>.

Враховуючи, що обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту суттєво обмежує конституційне право кожного на свободу та особисту недоторканність, зауважуємо на необхідність удосконалення чинного правового механізму його застосування і коригування з цією метою сучасної правозастосовної практики.

### § 3. Функція суду по застосуванню запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

Віднесення до юрисдикції суду прийняття рішення про обмеження права кожного на свободу й особисту недоторканність відповідає ст. 5 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р., у ч. 3 якої говориться, що кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» п.1 цієї статті, має право постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд упродовж розумного строку або на звільнення до початку судового розгляду<sup>3</sup>. Європейський суд з прав людини у рішенні по справі «Броуган проти Сполученого Королівства» (Case of Brogan v. the United Kingdom) вказав, що стаття 5 «за-

<sup>1</sup> Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С. 279.

<sup>2</sup> Шилов А. В., Трошкин Е. З. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Минск: Тесей, 2004. – С. 76.

<sup>3</sup> Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод от 4 ноября 1950 г. // Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. – Харьков, 1998. – С. 68.

кріплює одне з основних прав людини, а саме захист кожної особи від свавільних посягань Держави на її свободу (...). Судовий контроль за таким втручанням виконавчої влади є важливим елементом гарантії, що міститься у п. 3 статті 5, яка покликана звести до мінімуму небезпеку свавілля»<sup>1</sup>.

Поширення юрисдикції суду на стадію досудового розслідування пов'язано з розширенням змагальних начал у досудових стадіях кримінального процесу і приведенням КПК у відповідність з нормами Конституції України та міжнародними стандартами. Здійснення правової реформи, зміцнення самостійності й незалежності судової влади в Україні спричинили значне розширення сфери судового контролю, у тому числі в досудовому провадженні.

Предметом широкої наукової дискусії на сторінках спеціальних періодичних видань є функції і нові повноваження суду на стадії досудового розслідування. Якщо при визначенні в цілому функції суду в кримінальному судочинстві ніхто не заперечує, що суд здійснює тут функцію вирішення кримінальних справ, то стосовно досудового розслідування єдності в розумінні місця і ролі суду ще немає. Йдеться про ідею судового контролю. Ще в умовах феодалізму, на етапі становлення монархії, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії першим із сучасних демократичних держав поставило застосування запобіжних заходів під судовий контроль. «...В Англії вже у першій чверті XIII століття не лише визнавалось право особистої свободи, але й надавався їй судовий захист» - так охарактеризував ситуацію із захистом прав особи в цілому дореволюційний російський юрист М. М. Полянський<sup>2</sup>.

Судовий контроль у кримінальному судочинстві постійно перебуває у центрі уваги вчених-процесуалістів. Разом з тим у теорії кримінального процесу не існує єдиного підходу щодо визначення суті судового контролю у ході досудового провадження. Так, на

<sup>1</sup> Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 232.

<sup>2</sup> Цит. за: Попов К. Применение мер пресечения судом по законодательству Королевства Великобритания и Северной Ирландии // Рос. юстиция. – 2005. – № 1-2. – С. 92.

думку В. М. Галузо, судовий контроль полягає у перевірці законності та обґрунтованості рішень про затримання, арешт і продовження строків тримання під вартою та застосуванні заходів щодо усунення неправомірного позбавлення свободи підозрюваних і обвинувачених<sup>1</sup>. М. О. Колоколов вважає, що за своєю суттю судовий контроль на досудовому провадженні – це судовий порядок захисту прав і законних інтересів громадян, який є можливим у будь-якому випадку, хоч які б органи його порушували<sup>2</sup>.

О. С. Барабаш зауважує, що існування судового контролю не відповідає призначенню кримінального процесу і вказує на небезпечність того, що здійснення такого контролю втягне суддів у розслідування, породить обвинувальний ухил<sup>3</sup>.

Серед правників немає єдності у питанні щодо процесуальної природи судового контролю. Дослідження цієї проблеми не є метою даного дослідження, проте вважаємо необхідним виділити основні точки зору вчених-процесуалістів щодо означеного питання.

Одні науковці розглядають інститут судового контролю як елемент правосуддя. Такої точки зору дотримуються М. М. Ковтун, В. О. Лазарева, І. Л. Петрухін та ін..<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Галузо В. Н. Судебный контроль за законностью и обоснованностью содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых на стадии предварительного расследования: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 1995. – С. 15.

<sup>2</sup> Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: Учеб. пособие. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – С.50.

<sup>3</sup> Барабаш А. С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 39.

<sup>4</sup> Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России. – Н. Новгород: Нижегородская правовая академия, 2002. – С.53; Лазарева В. А. Судебная власть и её реализация в уголовном процессе. – Самара: Самарский ун-т, 1999. – С. 40; Вона же: Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. – Самара: Самарский ун-т, – 2000. – С. 53; Вона же: Судебная власть и уголовное судопроизводство. – Гос-во и право. – 2001. – № 5. – С. 56; Петрухин И. Л. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием // Рос. юстиция. – 1998. – № 9. – С. 13; Він же: Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 32.

Так, В. О. Лазарева розглядає судовий контроль як універсальний спосіб реалізації судом функції забезпечення прав і свобод особи та особливий спосіб здійснення правосуддя<sup>1</sup>. А. Р. Туманянц вважає діяльність суду щодо захисту прав і законних інтересів громадян правосуддям, яке здійснюється судом шляхом розгляду й вирішення конкретних кримінальних справ, а також застосування у разі необхідності передбачених законом заходів примусу<sup>2</sup>. Л. С. Мірза відстоює позицію, що діяльність із судового контролю охоплюється поняттям правосуддя, оскільки спір сторін є обов'язковим атрибутом судово-контрольної діяльності. Автор аргументує власну точку зору тим, що процедура прийняття суддею рішення проводиться у рамках судового засідання, у якому беруть участь сторони; за результатами розгляду спору судом виноситься відповідне рішення<sup>3</sup>. В. Півненко зазначає, що суд, приймаючи рішення про застосування до особи заходів примусового характеру, діє у межах функції правосуддя, оскільки реалізація вказаних повноважень спрямована на забезпечення якісної підготовки справи до судового розгляду, що є однією із складових цієї функції<sup>4</sup>. А. П. Гуськова і В. О. Ємельянов також вважають, що «контроль за законністю правозастосовних актів є однією із функцій судової влади, а методом є правосуддя, яке у даному випадку не призначено для вирішення справи по суті, а лише фрагментарно на певному етапі провадження по справі (в досудовому провадженні) перевіряє законність і обґрунтованість їх виконання з боку дізнавача, слідчого, прокурора»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство. – Гос-во и право. – 2001. – № 5. – С. 56.

<sup>2</sup> Туманянц А. Р. Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства. – Х.: Основа, 2000. – С. 9.

<sup>3</sup> Мирза Л. С. Соотношение правосудия и судебного контроля // Дайджест официальных материалов и публикаций периодической печати конституционного правосудия в странах СНГ и Балтии. – 2004. – № 5. – Часть 1. – С. 88.

<sup>4</sup> Пивненко В. Судовий контроль. Чи може він бути самостійною функцією органів судової влади у кримінальному судочинстві? // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 3 (33). – С. 106.

<sup>5</sup> Гуськова А. П., Емельянов В. А. О практике судебного контроля за законностью и обоснованностью применения заключения под стражу в предварительном расследовании // Рос. судья. – 2004. – №. 4. – С. 12.



Прибічники іншої точки зору вважають, що судовий контроль являє собою специфічну, самостійну функцію судової влади. На думку М. О. Колоколова, судово-контрольна діяльність на досудовому розслідуванні щодо останнього має правозабезпечувальний характер, а щодо правосуддя – допоміжний<sup>1</sup>. Л. Ф. Мартиняхін наголошує на тому, що контрольно-перевірочна діяльність суду у досудовому провадженні не може розглядатися як діяльність по відправленню правосуддя<sup>2</sup>. На думку В. А. Азарова і І. Ю. Тарічка, судовий контроль не охоплюється поняттям правосуддя. Свою позицію автори аргументували таким: при вирішенні спору в порядку судового контролю суд не торкається доказовості обвинувачення, правильності кваліфікації і т.п., а вирішує питання обмеження (або можливого обмеження) конституційних прав громадян. Крім того, рішення, прийняті у порядку судового контролю, мають допоміжне навантаження, забезпечують можливість винесення правосудного вироку<sup>3</sup>.

Існує декілька позицій щодо питання про те, яку функцію виконує суд при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Ми поділяємо точку зору тих правників, які вважають, що у даному випадку суд виконує функцію судового контролю. Таку позицію підтримують В. Д. Бринцев, В. В. Зезянов, З. З. Зінатулін, В. Г. Клочков, М. М. Ковтун, М. О. Колоколов, А. П. Кузнецов, В. Л. Лазарева, Н. Лопаткіна, В. Т. Маляренко, В. І. Маринів, М. А. Маркуш, Н. Г. Муратова, В. Назаренко, І. Л. Петрухін, К. В. Питулько, М. І. Сірий, І. Ю. Стецовський, Є. З. Трошкін, А. Р. Туманянц, А. Халіулін, О. В. Хімичева, Л. Д. Чулюкін, А. В. Шілов та ін. Судовий контроль за обранням запобіжного заходу у вигляді взяття під варту з моменту введення в національне законодавство знайшов широке застосування на практиці, ставши гарантом захисту інтересів підозрюваних (обвинувачених), забезпечення особистої недоторканості і законності у кримінальному судочинстві.

<sup>1</sup> Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: Учеб. пособие. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – С.50

<sup>2</sup> Мартиняхин Л. Ф. О функциях и полномочиях суда в досудебном производстве // Рос. судья. – 2004. – № 8. – С. 13.

<sup>3</sup> Азаров В. А, Таричко И. Ю. Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. – Омск: Омск. гос. ун-т, 2004. – С. 136.

Судовий контроль передбачений законодавством багатьох держав. У державах англосаксонської системи права (Англія, США) він виступає єдиною можливою формою контролю за законністю арешту особи. У державах континентальної Європи (Франція) судовий контроль застосовується паралельно з наглядом прокуратури. Як зазначає І. Л. Петрухін, перевага судового порядку санкціонування арештів полягає в тому, що рішення слідчого або прокурора про арешт перевіряється органом, що не залежить від слідства і прокурорського нагляду. Суддя не відповідає за розкриття злочинів і якість слідства, він не пов'язаний обвинувальною установкою та вузьковідомчими інтересами і тому здатний щонайкраще захистити права громадян<sup>1</sup>. Автор поділяє судовий контроль на три різновиди: попередній (дозвільний), подальший у межах стадії досудового розслідування, подальший у судових стадіях процесу. При цьому І. Л. Петрухін вказує на те, що попередній контроль суду передбачає розгляд та прийняття рішень за поданнями слідчих, прокурорів, органів дізнання по проведенню процесуальних та оперативних дій, пов'язаних з обмеженням конституційних прав громадян (обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, його продовження, накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку тощо)<sup>2</sup>. «Судовий контроль, дійсно, пов'язаний з посиленням змагального начала на досудовому слідстві, що робить кримінальний процес більш ефективним, таким, що забезпечує надійний захист прав його учасників»<sup>3</sup>.

Проте С. Никифоров вважає невдалим термін «судовий контроль», бо, на його думку, він неправильно відбиває сутність судових повноважень при провадженні досудового слідства. Автор аргументує це тим, що суд не здійснює поточного нагляду і втручання у процесуальну діяльність органів досудового розслідування. Діяльність на стадії досудового розслідування має бути ініційо-

<sup>1</sup> Петрухин И. Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С.162-163.

<sup>2</sup> Судебная власть / Под ред. И. Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2003. – С. 162.

<sup>3</sup> Петрухин И. Л. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием // Рос. юстиция. – 1998. – № 9. – С. 12.



вана шляхом внесення відповідного подання слідчим, погодженого з прокурором<sup>1</sup>.

М. І. Сірий зазначає, що за українською моделлю судовий контроль на досудових стадіях втілюється у формі фрагментарних, усічених повноважень суду, повноважень «стороннього спостереження» за процесом розслідування справи, за процесом доказування. При цьому основним суб'єктом процесу на стадії досудового слідства залишається орган кримінального переслідування, а суду відводиться лише фрагментарна «разова» роль щодо здійснення цього контролю<sup>2</sup>.

Деякі наковці стверджують, що діяльність суду по застосуванню запобіжного заходу у вигляді взяття під варту не є за своєю правовою природою судовим контролем<sup>3</sup>.

Так, Д. В. Філін вважає, що дача санкцій судом на провадження деяких слідчих дій, що обмежують конституційні права громадян, за своєю правовою природою не є контролем. «Очевидно, перевірка законності постанов про порушення кримінальної справи щодо конкретної особи, відмову в порушенні справи, її закриття відрізняється по суті від прийняття судом рішення про провадження слідчих дій, які обмежують конституційні права особи, а також обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Тому судовий контроль у стадії досудового розслідування не тотожний функції забезпечення судом законності обмеження конституційних прав громадян. Судовий контроль є ініційованою учасником процесу перевіркою судом законності та обґрунтованості прийнятого органами, що здійснюють досудове провадження у справі, процесуального рішення. Тоді як функція забезпечення судом законності

<sup>1</sup> *Никифоров С.* Полномочия суда в стадии досудебного производства // Законность. – 2003. – № 5. – С. 44.

<sup>2</sup> *Сірий М. І.* Українська модель здійснення судового контролю на досудових стадіях кримінального процесу // Адвокат. – 2005. – № 9. – С. 6.

<sup>3</sup> *Філін Д. В.* Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу // Право України. – 2005. – № 2. – С. 64-65; *Жеребят'єв И., Шамардин А.* Некоторые вопросы реализации правосудия в уголовном судопроизводстве // Уголов. право. – 2004. – № 3. – С. 83; *Рябцева Е. В.* Деятельность и положение суда в состязательном уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Воронеж, 2005. – С.15.

обмеження конституційних прав громадян полягає у прийнятті судом у результаті розгляду подання органу дізнання, слідчого або прокурора, а також аналізу зібраних у справі доказів власного (судового) рішення про провадження відповідних слідчих дій, які обмежують конституційні права громадян»<sup>1</sup>.

На думку Є. В. Рябцевої і В. А. Яблокова, судова діяльність за розглядом подання про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є судовим санкціонуванням. Судове санкціонування – це розгляд судом подань на провадження відповідних процесуальних дій і дача згоди (санкції) на їх здійснення або відмова в цьому. Основними ознаками судового санкціонування є такі положення: отримання дозволу або відмова в цьому; отримання дозволу як вихідний момент для провадження окремих слідчих дій; цей вид діяльності здійснюється шляхом розгляду судом відповідних подань<sup>2</sup>.

Ми вважаємо, що судовий контроль – це перевірка, яка здійснюється судом для встановлення законності і обґрунтованості діяння (бездіяльності) і рішень органу дізнання, дізнавача, слідчого, прокурора, нижчестоячого суду, що можуть завдати шкоду конституційним правам і свободам учасників кримінального судочинства або ускладнити доступ громадян до правосуддя. Така діяльність здійснюється в установленому законом порядку та ініціюється учасниками кримінального процесу. Судовий контроль включає в себе систему перевірочних дій попереджувального та правопоновлюючого характеру. Метою даного процесуального інституту є забезпечення законності і обґрунтованості рішень і дій органів досудового розслідування, які обмежують права та свободи особи. Сутністю контрольної функції суду є здійснення ним перевірочних дій, які мають оцінний характер діяльності органів розслідування на предмет її законності та обґрунтованості.

<sup>1</sup> *Філін Д. В.* Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу // Право України. – 2005. – № 2. – С. 64-65.

<sup>2</sup> *Рябцева Е. В.* Деятельность и положение суда в состязательном уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Воронеж, 2005. – С. 9, 15; *Яблоков В. А.* Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Самара, 2001. – С. 107-108.

Тобто, вирішуючи питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту суд має перевірити наявність підстав для його застосування, обґрунтованість подання органів досудового розслідування. Тому, на нашу думку, суд у даному випадку виконує функцію судового контролю.

Виходячи з особливої важливості прав і свобод, що гарантуються Конституцією, які в ході кримінального судочинства з неминучістю ущемляються тією чи іншою мірою, законодавець абсолютно обґрунтовано поставив можливість їх обмеження під судовий контроль. У зв'язку із цим виникла дискусія вчених: чи може суддя, який досліджував законність та обґрунтованість обмеження конституційних прав громадян у ході досудового слідства, розглядати кримінальну справу по суті, не втративши при цьому неупередженості.

Як справедливо зазначає І. Л. Петрухін, суддя, який виніс рішення про арешт, обшук і т.п., не повинен розглядати кримінальну справу по суті. Ця справа розглядатиметься іншим суддею<sup>1</sup>. Аналогічна точка зору висловлена В. А. Азаровим і І. Ю. Тарічко<sup>2</sup>. Вирішення проблеми неупередженості суду ряд авторів бачить шляхом введення інституту слідчих суддів у судовому відомстві. Такої точки зору дотримуються В. Д. Бринцев, А. П. Гуськова, Ю. В. Деришев, В. О. Ємельянов, М. А. Маркуш, Л. С. Мірза, А. П. Фоков та ін<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Петрухін І. Л.* Прокурорський надзор и судебный контроль за следствием // Рос. юстиция. – 1998. – № 9. – С. 13; *Він же:* Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 33.

<sup>2</sup> *Азаров В. А., Таричко И. Ю.* Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. – Омск: Омск. гос. ун-т, 2004. – С. 67.

<sup>3</sup> *Бринцев В. Д.* Судебная власть (правосудие). Итоги реформ 1992-2003 гг. в Украине. – Харьков: Ксилон, 2004. – С. 65; *Гуськова А. П., Емельянов В. А.* О практике судебного контроля за законностью и обоснованностью применения заключения под стражу в предварительном расследовании // Рос. судья. – 2004. – № 4. – С. 14; *Деришев Ю.* Следственный судья в досудебном производстве // Уголовное право. – 2004. – № 3. – С. 79-81; *Маркуш М. А.* Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 94; *Мірза Л. С.* Доступ к правосудию в процессе обжалования в суд действий и решений органов, ведущих расследование // Рос. судья. – 2004. – № 2. – С. 24; *Фоков А.* Судебный контроль в проекте УПК РФ // Рос. юстиция. – 2000. – № 9. – С. 44.

Різні аспекти інституту слідчого судді висвітлені в наукових працях О. В. Верещагіної, Л. В. Головка, А. І. Макаркина, Н. Г. Муратової, О. В. Смирнова, Л. Д. Чулюкіна<sup>1</sup>; окремі питання його процесуального статусу розглянуті В. Д. Бринцевим та Ю. М. Грошевим<sup>2</sup>. Науковці досліджували історію виникнення й розвитку у кримінальному процесі цього інституту, його місце й роль у забезпеченні обвинуваченому права на захист на досудових стадіях, а також деякі інші питання. Ми підтримуємо процесуалістів, які вважають за необхідне закріпити у КПК України процесуальну фігуру слідчого судді, який у силу своїх повноважень зобов'язаний розглядати всі питання, пов'язані із реалізацією норм, що регламентують інститут судового контролю на стадії досудового розслідування. Л. С. Мірза вказує, що можливо запровадити навіть судовий орган, подібний слідчій палаті у Франції<sup>3</sup>. Законодавче закріплення даного інституту у КПК Франції позитивно впливає на досудові стадії процесу і дозволяє підсилити роль судової влади у захисті прав і свобод громадян від будь-яких посягань з боку органів досудового розслідування<sup>4</sup>.

За проектом КПК (реєстр. № 1233) функцію судового контролю здійснюватиме слідчий суддя. Пункт 47 ст. 6 законопроекту передбачає, що це суддя місцевого загального суду, призначений його головою для забезпечення додержання конституційних прав і свобод громадян

<sup>1</sup> *Верещагина А. В.* Обеспечение права обвиняемого на защиту на досудебных стадиях (по российскому дореволюционному законодательству) // Гос-во и право. – 2002. – № 5. – С. 79-84; *Головка Л. В.* Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. – М.: Спарк, 1995. – 130 с.; *Макаркин А. И.* Состязательность на предварительном следствии / Науч. ред. доктор юрид. наук, проф. В.В. Вандышев. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 175 с.; *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. – СПб.: Наука, 2000. – 224 с.

<sup>2</sup> *Бринцев В. Д.* Судебная власть (правосудие). Итоги реформ 1992-2003 гг. в Украине. – Харьков: Ксилон, 2004. – С. 64-66; *Грошевой Ю. М.* Проблема удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2 (33) –3 (34). – С. 686-698.

<sup>3</sup> *Мірза Л. С.* Доступ к правосудию в процессе обжалования в суд действий и решений органов, ведущих расследование // Рос. судья. – 2004. – № 2. – С. 24.

<sup>4</sup> *Фоков А.* Судебный контроль в проекте УПК РФ // Рос. юстиция. – 2000. – № 9. – С. 44.

у стадії досудового провадження<sup>1</sup>. Така функція передбачає винесення ним рішень при обранні запобіжних заходів при досудовому розслідуванні справи, при розгляді скарг на дії й рішення особи, яка здійснює дізнання, слідчого та прокурора при проведенні оперативно-розшукових заходів, що обмежують конституційні права людини і громадянина. Таким чином, можна визначити процесуальний статус слідчого судді як суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності, до виключної компетенції якого належить здійснення превентивного й подальшого судового контролю за діями й рішеннями органів дізнання, досудового слідства й органів, що виконують оперативно-розшукову діяльність під час досудового провадження по кримінальній справі з метою захисту конституційних прав і свобод людини.

#### § 4. Порядок судового засідання при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

Чинний КПК (статті 165 – 165<sup>3</sup>) передбачає детальний процесуальний порядок застосування щодо обвинуваченого (підозрюваного) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі. Разом з тим його окремі аспекти залишаються недостатньо розробленими на законодавчому рівні, що неминує призводити до різного тлумачення та застосування таких норм на практиці. Тому, на нашу думку, виникає необхідність звернення до означеної проблеми.

У судовому розгляді подання про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту діють принципи кримінального судочинства<sup>2</sup>. Європейський суд з прав людини у справі «Недбала проти Польщі» (Case of Niedbala v. Poland) вказав, що цей

<sup>1</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>2</sup> *Золотых В.* Заключение под стражу по решению суда. Обобщение практики применения ст. 108 УПК РФ // Рос. юстиция. – 2002. – № 11. – С. 11; *Колоколов Н. А.* Арест в суде: проблемы правового регулирования и практической реализации // Законность. – 1998. – № 5. – С. 24; *Назаренко В.* Судебный контроль при расследовании преступлений // Законность. – 2003. – № 6. – С. 6.

розгляд повинен мати судовий характер і забезпечувати необхідні гарантії особі, щодо якої вирішується питання про взяття під варту. У випадку коли має місце взяття під варту особи відповідно до п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції, проведення судового слухання є обов'язковим<sup>1</sup>.

Чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачено, в якому режимі має розглядатися подання органу дізнання, слідчого, прокурора про обрання до обвинуваченого (підозрюваного) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту: у відкритому чи закритому судовому засіданні. Пленум у постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 зазначив: «За змістом ст. 165<sup>2</sup> КПК матеріали кримінальної справи надають судді для вивчення безпосередньо органу дізнання, слідчий, прокурор. Ці матеріали в суді не реєструються, а вивчатися суддею вони мають у режимі, що забезпечує нерозголошення даних досудового слідства» (п. 6). Більшість вчених-процесуалістів вважають, що подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту підлягає розгляду у закритому судовому засіданні. Такої точки зору дотримуються А. Богдановський, Н. Буланова, В. Золотарьов, М. Колоколов, О. Цоколова та ін<sup>2</sup>. Беручи до уваги, що таке подання розглядається судом по кримінальній справі, де провадиться досудове слідство, вважаємо доцільним проводити закриті судові засідання, оскільки це сприятиме зберіганню таємниці досудового слідства. На нашу думку, ст. 165<sup>2</sup> КПК необхідно доповнити положенням про те, що подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має розглядатися у закритому судовому засіданні, в якому повинна брати участь як сторона обвинувачення, так і сторона захисту.

<sup>1</sup> Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Недбала проти Польщі» від 4 липня 2000 р. // Юрид. вісн. України. – 2001. – № 16 (304). – С. 16-17.

<sup>2</sup> *Богдановский А.* Избрание и продление срока заключения под стражу судом // Законность. – 2005. – № 2. – С. 29; *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.-метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 97-99; *Золотарёв В. Г., Колоколов Н. А.* Алгоритм ареста: Науч.-практ. пособие. – Курск: Лицензия ГУИПП «Курск», 2002. – С. 14; *Цоколова О. И.* Теория и практика задержания, ареста и содержания под стражей в уголовном процессе: Автореф. ... доктора юрид. наук: 12.00.09. – М., 2007. – С. 17, 43.

Проблеми визначення й удосконалення процесуального положення учасників судового розгляду при обранні до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на сьогоднішній день недостатньо досліджені у вітчизняній кримінально-процесуальній науці. До того ж непорозуміння зумовлює ще й нечіткість законодавства у цій сфері. Окремі аспекти цього питання були предметом розгляду багатьох науковців-процесуалістів. Разом з тим продовжують точитися дискусії щодо кола осіб, які обов'язково повинні брати участь у судовому засіданні, осіб, участь яких є факультативною, а також їх процесуального положення. Вважаємо, що вирішення цих питань має не лише теоретичне, а й практичне значення. Розглянемо їх.

У чинному КПК не вирішено питання про те, який суб'єкт кримінального процесу повинен забезпечувати явку учасників даного судового розгляду. Так, М. О. Колоколов зазначає, що суддя має вжити всіх необхідних заходів, спрямованих на своєчасне повідомлення учасників процесу про майбутнє судове засідання<sup>1</sup>. На погляд М. М. Ковтуна і О. В. Хімичевої, слідчий одночасно з наданням подання до суду повинен повідомляти заінтересованих осіб про час і місце розгляду подання<sup>2</sup>. В. Д. Горобець наголошує на тому, що обов'язок своєчасного повідомлення сторін лежить на посадовій особі органів прокуратури, яка звертається з поданням<sup>3</sup>. Ми підтримуємо таку точку зору і вважаємо, що своєчасно повідомляти про розгляд подання учасників судового засідання має особа, яка надає подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту до суду.

Особи, які беруть участь у даному судовому засіданні, мають специфічне процесуальне положення, що зумовлює необхідність його

<sup>1</sup> Адвокат в уголовном процессе: Учеб. пособие для вузов / Под ред. В.И. Сергеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 90.

<sup>2</sup> Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России. – Н. Новгород: Нижегородская правовая академия, 2002. – С. 155; Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Монография. – М.: ЮНИТИ - ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 238.

<sup>3</sup> Горобець В. Принятие судебных решений о заключении под стражу // Рос. юстиция. – 2002. – № 6. – С. 17.

дослідження. За чинним кримінально-процесуальним законодавством після одержання подання суддя вивчає матеріали кримінальної справи, представлені органами дізнання, слідчим, прокурором, допитує підозрюваного чи обвинуваченого, а при необхідності бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, і виносить постанову (ч. 5 ст. 165<sup>2</sup>). На це звертає увагу й постанова Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, яка зазначає, що у розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту участь прокурора, а також підозрюваного, обвинуваченого, щодо якого надійшло подання, є обов'язковою. Неявка захисника чи законного представника підозрюваного, обвинуваченого не перешкоджає розгляду подання, якщо їм було повідомлено про його час і місце (п. 8).

Таким чином, участь прокурора у такому судовому засіданні є обов'язковою. Проте деякі науковці дотримуються іншої точки зору. Так, на думку В. Саніна, у цьому немає практичної необхідності, оскільки прокурор перед направленням подання до суду надає письмову згоду<sup>1</sup>. До речі, проект КПК (реєстр. № 1233) теж закріплює норму про обов'язкову участь прокурора у такому судовому розгляді (ч. 2 ст. 136)<sup>2</sup>.

Ми вважаємо, що відсутність прокурора неминуче призведе до порушення принципу змагальності у судовому засіданні при розгляді даного подання. У ході судового розгляду прокурор зобов'язаний обґрунтувати необхідність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту шляхом наведення відповідних доказів того, що інші (менш суворі) запобіжні заходи, передбачені ст. 149 КПК, можуть не забезпечити виконання підозрюваним, обвинуваченим, процесуальних обов'язків, що впливають із ч. 2 ст. 148 КПК, і його належної поведінки.

В цьому зв'язку викликає інтерес питання про те, як має вчиняти суддя, коли прокурор, який дав згоду на подання, під час судово-

<sup>1</sup> Санін В. Взяття під варту: спірні питання // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 20. – С. 9. *Він же*. Спірні питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Юрид. журнал. – 2004. – № 4 (22). – С. 122.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.



го розгляду при встановленні відповідних обставин відмовляється від його підтримання. З точки зору В. Саніна, подання слід залишати без розгляду, оскільки відсутня згода прокурора, проте на практиці судді розглядають подання по суті і виносять постанову про відмову в задоволенні подання<sup>1</sup>.

Ми вважаємо, що у таких випадках прокурор має діяти за аналогією з вимогами ч. 3 ст. 264 КПК: коли в результаті судового розгляду він дійде переконання, що в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту немає необхідності, прокурор повинен відмовитися від підтримання подання і в своїй постанові мотивувати це рішення. Суд же має винести постанову про відмову в обранні запобіжного заходу.

Аналогічно має вирішуватися і процесуальна ситуація, коли згоду на подання надає один прокурор, а у судовому засіданні бере участь інший. З одного боку, останній «зв'язаний» підписом прокурора, який надав згоду на застосування до обвинуваченого (підозрюваного) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. З другого боку, якщо прокурор, який бере участь у даному судовому засіданні, дійде висновку, що підстави, закріплені у поданні, не підтверджуються і обставини справи свідчать про можливість обрання до підозрюваного (обвинуваченого) більш м'якого запобіжного заходу або взагалі немає підстав для його застосування, він зобов'язаний відмовитися від його підтримання. У зв'язку з цим критичної оцінки заслуговує позиція М. С. Шалумова, який вважає доцільним зберегти за судом право не погодитися з думкою прокурора, який бере участь у судовому засіданні, і всупереч йому задовольнити подання слідчого (разом з тим, якщо таку думку висловлює сам слідчий або прокурор, що затвердив подання, суд зобов'язаний закрити провадження)<sup>2</sup>.

Регламентуючи порядок судового розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, КПК не вимагає обов'язкової участі особи, у провадженні якої перебуває справа. Зобов'язати особу, яка провадить дізнання, слідчого з'явитися до

<sup>1</sup> Санін В. Спірні питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Юрид. журнал. – 2004. – № 4 (22). – С. 122.

<sup>2</sup> Шалумов М. Согласие прокурора на арест – бюрократическая проволочка или осознанная необходимость? // Рос. юстиция. – 1999. – № 2. – С. 43.

суду з метою більш детального обґрунтування заявленого подання вправі суддя, який згідно з ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК при необхідності бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа.

На практиці мають місце процесуальні ситуації, у яких слідчий відмовляється від підтримання заявленого подання, а прокурор наполягає на його подальшому розгляді. Тому питання про те, яке рішення судді буде правомірним у даному випадку, є актуальним і дискусійним. Це дозволяє деяким практичним працівникам стверджувати, що прокурор не вправі наполягати на подальшому розгляді подання, оскільки не він є його ініціатором (на практиці у більшості випадків саме особи, у провадженні яких перебуває справа, ініціюють розгляд подання). Інші вважають, що слідчий не має права взагалі відмовлятися від підтримання подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а тому при відсутності підстав суд повинен виносити рішення про відмову в його обранні.

Спробуємо проаналізувати ці дві позиції. За ч. 1 ст. 114 КПК при провадженні досудового слідства всі рішення про спрямування слідства і про провадження слідчих дій слідчий приймає самостійно, за винятком випадків, коли законом передбачено одержання згоди від суду (судді) або прокурора, і несе повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення. На нашу думку, слідчий «зв'язаний» підписом прокурора і тому не може самостійно прийняти рішення про відмову від подання. У протилежному випадку ставиться під сумнів необхідність одержання згоди прокурора перед направленням подання до суду. Тому, на нашу думку, рішення про відмову від підтримання подання вправі приймати лише прокурор. І хоча це прямо не передбачено КПК, але за аналогією з ч. 3 ст. 264 КПК можна вважати, що в нього таке право є. Суддя повинен винести постанову про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

За змістом ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК, розглядаючи подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, суддя обов'язково допитує підозрюваного (обвинуваченого), тому розгляд цього подання за його відсутності є суттєвим порушенням вимог кримінально-процесуального закону. Така вимога законодавця є міжнародним стандартом, який закріплено у Конвенції, п. 3 ст. 5 якої передбачає, що кожен, кого заарештовано або затримано згідно

з положенням п. «с» цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу<sup>1</sup>. Проте в теорії кримінального процесу немає єдності думок щодо цього питання.

Як справедливо зазначають В. І. Маринів та О. Г. Шилов, «вимога особистої присутності підозрюваного, обвинуваченого при вирішенні суддею цього питання має на меті забезпечення можливості надання судді особистих пояснень та здійснення таким чином свого захисту»<sup>2</sup>. Аналогічної точки зору дотримуються А. Кругликов, І. Дикарьов і А. Плотницький<sup>3</sup>. Ми погоджуємося з авторами, які вважають забезпечення особистої присутності підозрюваного (обвинуваченого) обов'язком органів досудового розслідування і прокурора, як ініціаторів розгляду відповідного подання<sup>4</sup>. Проте узагальнення матеріалів практики свідчить, що іноді зустрічаються випадки недовставлення до суду обвинувачених, щодо яких внесено подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Конвенція о защите прав человека и основоположных свобод от 4 ноября 1950 г. // Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буруменский. – Харьков, 1998. – С. 68.

<sup>2</sup> *Маринів В., Шилов О.* Застосування щодо підсудного запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та його оскарження // Прокуратура, людина, держава. – 2005. – № 12. – С. 94-95.

<sup>3</sup> *Кругликов А., Дикарев И.* О сущности и проблемах избрания судьей меры пресечения в виде заключения под стражу в отсутствие обвиняемого // Уголовное право. – 2006. – № 1. – С. 89; *Плотницкий А. В.* Применение меры пресечения в виде заключения под стражу к лицу, находящемуся в розыске // Рос. следователь. – 2005. – № 3. – С. 9.

<sup>4</sup> *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.-метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 92.

<sup>5</sup> Наприклад, до Червонозаводського районного суду м. Харкова у першому півріччі 2006 р. неодноразово не доставлялися два обвинувачених, щодо яких слідчим були надані подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Слідчий не лише не забезпечив явку обвинувачених, але й не з'являвся сам до суду на вимоги судді і не міг пояснити, з якої причини не доставляються обвинувачені до суду, і не звертався за дозволом на їх затримання і доставку до суду під вартою. У зв'язку з цим суддя повернув без розгляду подання слідчого.

У зв'язку з цим критичної оцінки заслуговує висловлена в процесуальній літературі точка зору про необов'язкову участь підозрюваного (обвинуваченого) у даному судовому засіданні. Так, на думку О. І. Цоколової, «неявка без поважних причин інших учасників, включаючи підозрюваного (за винятком затриманого за підозрою у вчиненні злочину), які своєчасно повідомлені про час судового засідання, не перешкоджає розгляду подання»<sup>1</sup>. А. П. Коротков і А. В. Тимофєєв вважають, що обов'язок присутності обвинуваченого в суді при вирішенні питання про взяття під варту поширюється тільки на випадки, коли немає з цього приводу волевиявлення обвинуваченого<sup>2</sup>. І. В. Круглов і Х. В. Бопхоев наголошують на необхідності відмінити норму про обов'язкову участь обвинуваченого у розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, коли з об'єктивних причин його неможливо доставити (коли затриманого поранено під час затримання, або він хворіє, або коли він заявив клопотання у присутності свого захисника про те, що не бажає брати участі у судовому засіданні)<sup>3</sup>. Критично оцінюючи викладену точку зору, слід зазначити, що особиста присутність підозрюваного (обвинуваченого) у даному судовому засіданні є його обов'язком, а тому він не вправі заявляти таке клопотання. В. Назаренко вказує, що суддя залежно від процесуальної ситуації міг би самостійно вирішувати питання у частині необхідності доставки до суду підозрюваного або обвинуваченого. Потрібна не абстрактна гуманність, а така, яка б забезпечувала «суд скорий, милостивий та справедливий», втілювала б у життя превентивну складову кримінального закону<sup>4</sup>.

Проведення аналізу наведених позицій дозволяє стверджувати, що

<sup>1</sup> *Цоколова О. И.* Заключение под стражу подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления: Монография. – М.: ВНИИ МВД России, 2000. – С. 51.

<sup>2</sup> *Коротков А. П., Тимофеев А. В.* 900 ответов на вопросы прокурорско-следственных работников по применению УПК РФ: Комментарий. – М.: Экзамен, 2004. – С. 191.

<sup>3</sup> *Круглов И. В., Бопхоев Х. В.* Фактическое задержание и доставление лица, задержанного по подозрению в совершении преступления // Рос. следователь. – 2005. – № 5. – С. 4.

<sup>4</sup> *Назаренко В.* Судебный контроль при расследовании преступлений // Законность. – 2003. – № 6. – С. 6.

автори намагалися запропонувати винятки з правила про обов'язкову участь підозрюваного (обвинуваченого) у судовому розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У контексті розглядуваного питання заслуговує на увагу ч. 5 ст. 108 КПК РФ: «Прийняття судового рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту у відсутності обвинуваченого допускається тільки у випадку оголошення обвинуваченого у міжнародний розшук». У зв'язку з цим переконливою є позиція А. Кругликова та І. Дикарьова, які вважають, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинно допускатися й при оголошенні обвинуваченого у місцевий розшук<sup>1</sup>. Поділяючи наведені погляди, А. Плотницький і О. І. Цоколова пропонують закріпити на законодавчому рівні норму, згідно з якою розгляд подання можливий за відсутності обвинуваченого лише за наявності у судовому засіданні адвоката<sup>2</sup>.

Автор цього дослідження теж вважає доцільним передбачити в КПК України можливість обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо обвинуваченого, коли він оголошений у місцевий або міжнародний розшук. У зв'язку з цим пропонуємо внести відповідні зміни до ст. 165<sup>2</sup> КПК.

У теорії кримінального процесу проблемним є питання щодо участі захисника в судовому розгляді подання про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Виходячи зі змісту ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК, участь захисника у судовому засіданні при розгляді подання органу дізнання, слідчого про застосування щодо підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, не є обов'язковою. На жаль, така позиція залишилася і у ч. 2 ст. 136 проекту КПК (реєстр. № 1233)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Кругликов А. Дикарев И. О сущности и проблемах избрания судьёй меры пресечения в виде заключения под стражу в отсутствие обвиняемого // Уголовное право. – 2006. – №1. – С. 90;

<sup>2</sup> Плотницький А. В. Применение меры пресечения в виде заключения под стражу к лицу, находящемуся в розыске // Рос. следователь. – 2005. – № 3. – С. 10; Цоколова О. И. Теория и практика задержания, ареста и содержания под стражей в уголовном процессе: Автореф. ... доктора юрид. наук: 12.00.09. – М., 2007. – С. 18-19.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р.,

Аналіз наукових праць з цієї проблеми дає підстави для висновку, що більшість правників відстоюють точку зору про обов'язкову участь захисника в даному судовому розгляді.

Так, І. Ю. Гловацький, І. Л. Трунов, Л. К. Трунова, М. А. Маркуш слушно зазначають, що з метою забезпечення дії принципу змагальності, враховуючи, що у даному судовому засіданні бере участь прокурор, в ньому в обов'язковому порядку повинен брати участь і захисник<sup>1</sup>. Поділяючи цю точку зору, М. О. Колоколов висловив думку, що коли захисник не бере участі у справі або його своєчасна явка неможлива, то до суду повинна бути забезпечена явка чергового адвоката<sup>2</sup>.

Але така позиція викликає деякі зауваження. Конституція України і КПК України наділяють підозрюваного (обвинуваченого) правом користуватися допомогою захисника, у тому числі безкоштовно, у випадках, передбачених законом (ст. 59 Конституції, ч. 4 ст. 47 КПК). Вибір захисника підозрюваним (обвинуваченим) – важлива гарантія забезпечення цим учасникам права на захист. Проте це не лише юридично значущий акт. У ньому присутнє й етичне начало, що виражається у наявності взаємодовіри сторін, які укладають договір на ведення справ. Довіра є обставиною, яка значною мірою визначає розвиток відносин захисника і підзахисного у ході кримінального судочинства. Перетворення цього права на обов'язок спотворює, на наш погляд, саму сутність довірчих взаємовідносин захисника і підзахисного.

Вважаємо, що у тих випадках, коли при розгляді подання про обрання підозрюваному (обвинуваченому) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту явка в судове засідання запрошеного захисника неможлива, а від призначеного у порядку ст. 47 КПК

Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>1</sup> Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2003. – С. 154; Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 89; Трунов І. Л., Трунова Л. К. Мери пресечения в уголовном процессе. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 142.

<sup>2</sup> Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: Учеб. пособие. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 192.

захисника підозрюваний (обвинувачений) відмовився, суддя, роз'яснивши наслідки такої відмови, може розглянути це подання без участі захисника. Виняток становить ст. 45 КПК, яка передбачає випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному процесі. Зрозуміло, що у таких випадках навіть при відмові підозрюваного (обвинуваченого) від захисника подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту не може розглядатися судом без його участі. Справедливе вирішення такого питання викладене у постанові Пленуму Верховного Суду Російської Федерації від 05. 03. 2004 р. № 1 «Про застосування судами норм кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації», у п. 7 якої передбачено: «якщо ж участь захисника в судовому засіданні відповідно до вимог ст. 51 КПК РФ є обов'язковою, а запрошений підозрюваним або обвинуваченим захисник, будучи належним чином повідомленим про місце і час судового засідання про розгляд клопотання у порядку статті 108 КПК РФ, у суд не з'явився, дізнавач, слідчий або прокурор в силу ч. 4 ст. 50 КПК вживає заходів до призначення захисника. У такому разі суд виносить постанову про продовження строку затримання відповідно до п. 3 ч. 7 ст. 108 КПК РФ. Після призначення захисника до вказаного у постанові судді строку суд за участю сторін розглядає клопотання по суті»<sup>1</sup>.

У кримінально-процесуальній літературі розглядалося питання про те, як бути, коли підозрюваний бажає запросити декількох захисників, але через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин не може цього зробити. Виходячи зі змісту ч. 4 ст. 47 КПК, відповідний суб'єкт, який веде кримінальний процес, має призначити лише одного захисника. На думку О. Дроздова, якщо особа вчинила декілька злочинів і бажає запросити захисників, які спеціалізуються у здійсненні захисту по справах про ці злочини, але не може це зробити через відсутність коштів, їй слід призначити декількох захисників. Але підозрюваний, який звернувся до слідчого з клопотанням про призначення йому декількох захисників, повинен обґрунтувати не лише необхідність диференційованого захисту, а й те, що у нього відсутні кошти оплатити їх роботу. У такому випад-

<sup>1</sup> О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. № 1 // Законность. – 2004. – № 5. – С. 58-59.

ку, на думку О. М. Дроздова, слідчий призначає захисника (захисників), яких підозрюваний бажає запросити, але через відсутність коштів цього зробити не може. Доцільно надати право підозрюваному визначати тих із захисників, які можуть бути призначені<sup>1</sup>.

У ході проведеного узагальнення практики встановлено, що при розгляді судом питання про обрання даного запобіжного заходу із 300 вивчених справ захисник брав участь лише у 27 випадках (9% від загальної кількості). Така ситуація має пояснення. По-перше, у деяких випадках підозрюваний (обвинувачений) не має можливості сплачувати допомогу захисника. По-друге, органи дізнання або досудового слідства іноді нечітко роз'яснюють або навіть умовчують про наявність такого права. «Практика свідчить, що нерідко особа, яка здійснює дізнання, слідчий, запевняють підозрюваного, обвинуваченого про відсутність необхідності отримання кваліфікованої юридичної допомоги на стадії розслідування, у більшій доцільності його запрошення на стадії судового розгляду. Результатом цього є отримання відмови підозрюваного, обвинуваченого від захисника. У деяких випадках виникає більш складна і конфліктна ситуація, коли близькі родичі підозрюваного, обвинуваченого уклали угоду із захисником, проте особа, яка провадить дізнання, слідчий не допускають його до участі у справі, оскільки від підозрюваного, обвинуваченого вже отримано відмову від захисника. Така практика суперечить ст. 53 КПК, яка покладає обов'язок на суд, прокурора, слідчого та особу, яка провадить дізнання, не тільки роз'яснити особам, що беруть участь у справі, їх права, але і забезпечити можливість їх здійснення в будь-який момент провадження по справі»<sup>2</sup>.

Слід наголосити, що захисник може підготувати підозрюваного (обвинуваченого) до правильного розуміння самої суті процесу розгляду суддею подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Зрозуміло, що його участь у таких справах є значущою у разі його активної поведінки, що проявляється у витребуванні різноманітних довідок, характеристик та інших доку-

<sup>1</sup> Дроздов О. Право підозрюваного на захист при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Юрид. вісн. України. – 2005. – № 29. – С. 7.

<sup>2</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н.В. Глинська, В.С. Зеленецький, О.Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 108.



ментів, виявленні шляхом опитування свідків, що його цікавлять, чим забезпечується отримання органами розслідування важливих відомостей. Завдяки цьому в одних випадках попереджається прийняття слідчим рішення про внесення подання до суду для вирішення питання про застосування вказаного запобіжного заходу, в інших – ставляться під сумнів законність та обґрунтованість обраного запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Предметом діяльності захисника у таких справах, на думку А. М. Резникова, є спростування та захист від незаконного та необґрунтованого застосування затримання та взяття під варту. Законність означає у даному випадку дотримання всіх норм кримінально-процесуального законодавства, що регламентує умови, мотиви та порядок застосування затримання та взяття під варту, а обґрунтованість – наявність достатніх даних або відомостей, які підтверджують необхідність приведення цих заходів у дію<sup>1</sup>. Однак, як свідчить практика, іноді участь захисника у даному судовому засіданні обмежується лише проханням до суду не застосовувати цей запобіжний захід. Як вважають А. В. Шилов і Є. З. Трошкін, частково причиною цього є те, що адвокат призначається не для захисту по кримінальній справі, а лише для розгляду конкретного подання про запобіжний захід. «Виняток становлять випадки, коли підозрюваний (обвинувачений) має свого, а не «призначеного» адвоката. Таким чином, можна констатувати соціальну нерівність: якщо підозрюваний (обвинувачений) має кошти, щоб оплатити роботу адвоката, то останній буде проявляти максимальну активність у суді при розгляді подання по застосуванню взяття під варту як запобіжного заходу з наданням суду різних матеріалів, таких як характеристики з місця роботи і місця проживання, поруки колективів за місцем роботи особи, довідки про стан здоров'я, наявність утриманців, неповнолітніх дітей, подання про визнання незаконними і необґрунтованими дій слідчого, дізнавача, порушення процесуальних строків і багато іншого»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Резников А. Н. Деятельность защитника при применении задержания и заключения под стражу в российском уголовном процессе: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Краснодар, 2003. – С.11.

<sup>2</sup> Шилов А. В., Трошкин Е. З. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Минск: Тесей, 2004. – С. 75.

Досить проблематичним є питання щодо права ознайомлення захисника з матеріалами, якими обґрунтовується подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Таке право передбачено п. 3 ч. 2 ст. 48 КПК. Проте у п. 6 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 зазначається, що ознайомлення в цьому випадку з кримінальною справою підозрюваного, обвинуваченого, їхніх захисників чи законних представників у суді законом не передбачено. Але в чинному кримінально-процесуальному законодавстві не визначено, де захисник може реалізувати це право. Беручи до уваги стислість строку (72 години), за який приймається рішення про направлення подання до суду для вирішення питання про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, і відсутність обов'язку слідчого (дізнавача) повідомляти про це захисника, виникає процесуальна ситуація, як зазначає С. Б. Фомін, у якій захисник має реальну можливість ознайомлюватися з матеріалами справи тільки в суді<sup>1</sup>.

За анкетними даними, наведеними А. М. Резниковим, на запитання про те, чи знайомляться захисники з цими матеріалами, 2% відповіли, що знайомляться у слідчого, дізнавача; 3% - знайомляться у суді; 95% - не знайомляться. При цьому серед тих, хто знайомиться з вказаними матеріалами, 40% заявили, що роблять це за декілька годин до розгляду подання; 10% - безпосередньо у ході розгляду подання; 50% - після винесення суддею рішення за розглянутим поданням<sup>2</sup>.

Аналіз наведених статистичних даних дозволяє констатувати тенденцію до переважання практики неналежного ознайомлення захисника з вказаними матеріалами, що, безумовно, не сприяє захисту прав і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого). Вирішення цієї проблеми, на наш погляд, має не лише теоретичне, а й практичне значення. Як справедливо підкреслює А. П. Фо-

<sup>1</sup> Фомін С. Б. Ознакомления обвинуваченного (подсудного) з матеріалами кримінальної справи як гарантія забезпечення права на захист // Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, 1-2 груд. 2005 р.; м. Харків / Редкол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – Х.: К.: ЦНТ «Гопак», 2006. – С. 146.

<sup>2</sup> Резников А. Н. Деятельность защитника при применении задержания и заключения под стражу в российском уголовном процессе: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Краснодар, 2003. – С. 17-18.

ков, неознайомлення з даними матеріалами захисника призводить до негативних наслідків, які проявляються в тому, що у результаті цього суд може не отримати всіх необхідних документів, які характеризують особистість підозрюваного (обвинуваченого), медичних документів про стан його здоров'я тощо<sup>1</sup>. О. В. Хімичева зазначає, що «забезпечення змагальності сторін вимагає, щоб ознайомлення з матеріалами, що підтверджують обґрунтованість або необґрунтованість застосування арешту, було для сторін обопільним»<sup>2</sup>. Б. Грузд і Л. Сайкін стверджують, що ознайомлення з цими матеріалами є гарантією судового захисту й справедливого розгляду справи<sup>3</sup>.

Європейський суд з прав людини визнає порушенням п. 4 ст. 5 Конвенції відсутність можливості ознайомлення захисника з матеріалами справи, якими органи досудового слідства обґрунтовують подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Так, у рішенні по справі «Кехайов проти Болгарії» (Case of Kechayov v. Bulgaria) захиснику заявника тричі не було надано можливості ознайомитися з матеріалами кримінальної справи щодо його підзахисного. Тому адвокат п. Кехайова був цілковито позбавлений можливості з'ясувати, чи були у справі ті документи, які б могли підтвердити законність затримання його підзахисного. З іншого боку, прокурор, який здійснював нагляд за розслідуванням цієї справи і 27 грудня 1997 р. санкціонував тримання заявника під вартою, мав таку перевагу, як безперешкодний доступ до усіх матеріалів справи. Така ситуація є несумісною з вимогою рівності процесуальних засобів, що закладена у ч. 4 ст. 5 Конвенції<sup>4</sup>. У рішенні по справі «Недбала проти Польщі» (Case of Niedbala v. Poland) Суд зазначив, що відповідно до польського законодавства ознайомлення заявника чи його адвоката зі змістом матеріалів, які

<sup>1</sup> Фоков А. Участие защитника в стадии судебного контроля // Рос. юстиция. – 2000. – № 2. – С. 38

<sup>2</sup> Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Монография. – М.: ЮНИТИ - ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 329.

<sup>3</sup> Грузд Б., Сайкин Л. При решении вопроса об аресте должно быть гарантировано “равенство возможностей” // Рос. юстиция. – 2003. – № 6. – С. 59.

<sup>4</sup> Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Кехайов проти Болгарії» від 18 січня 2005 р. // Юрид. вісн. України. – 2005. – № 28 (524). – С. 32.

подавалися прокурором для обґрунтування рішення про взяття під варту, не було обов'язковим. У кінцевому підсумку заявник не мав жодної можливості піддавати сумніву аргументи прокурора на користь застосування такого запобіжного заходу, як взяття під варту. Отже, Суд дійшов висновку, що мало місце порушення ч. 4 ст. 5 Конвенції<sup>1</sup>.

Аналіз наведених поглядів науковців і практики Європейського суду з прав людини дозволяє стверджувати, що захисникові в обов'язковому порядку має бути надана можливість ознайомлюватися з матеріалами справи, якими обґрунтовується подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Підводячи підсумок розгляду цього питання, зазначимо, що Концепція реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, передбачає: «Питання застосування заходів процесуального примусу має вирішуватися на судовому засіданні з дотриманням принципів рівності та змагальності за обов'язкової участі сторін обвинувачення і захисту»<sup>2</sup> (п. 2). Вважаємо, що безумовно сприяло б забезпеченню права кожного на свободу й особисту недоторканність формування практики обов'язкової участі захисника у судовому розгляді подання про обрання до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Виходячи з принципу змагальності кримінального процесу та рівності сторін (ст. 16<sup>1</sup> КПК України), оскільки законодавець визнає участь прокурора при розгляді судом вказаного подання обов'язковою, то й участь захисника повинна бути обов'язковою.

Чинним КПК також не передбачено право потерпілого (або його представника) на ознайомлення з матеріалами справи при направленні подання до суду для вирішення питання про застосування до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Ми пропонуємо надати потерпілому таке право за його клопотанням. У свою чергу, органи дізнання, слідчий, про-

<sup>1</sup> Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Недбала проти Польщі» від 4 липня 2000 р. // Юрид. вісн. України. – 2001. – № 16 (304). – С. 17.

<sup>2</sup> Концепція реформування кримінальної юстиції України (затверджена Указом Президента від 8 квітня 2008 р. № 311/2008) / <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/law/main>.

курор повинні мати кореспондуючий обов'язок надати відповідні матеріали для ознайомлення.

Важливе значення також має вирішення питання участі потерпілого у процесі судового розгляду подання щодо застосування до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачена його участь у такому розгляді, що викликає справедливі нарікання з боку науковців. За розширення прав цього учасника кримінального процесу висловлювались такі вчені-процесуалісти, як А. Абабков, А. Безнасюк, Л. Брусніцин, М. Савенко, О. Хімичева та ін. При цьому вони справедливо, на наш погляд, посилалися на те, що розвиток законодавства у даному напрямку обумовлений принципами змагальності та рівноправності сторін у кримінальному судочинстві, доступу потерпілого до правосуддя<sup>1</sup>.

У зв'язку з цим слід звернути увагу на доцільність надання права потерпілому брати участь у судовому засіданні при розгляді питання про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При цьому участь потерпілого може мати прояв у доказуванні факту реальності загрози його життю, здоров'ю тощо, яка надходить від підозрюваного (обвинуваченого). Тому деякі вчені слушно пропонують передбачити потерпілому такі права: а) висловлювати думку щодо необхідності обрання запобіжного заходу обвинуваченому; б) знати причини, з яких вони не обрані; в) брати участь у розгляді суддею скарг про затримання підозрюваного, взяття під варту і продовження строків тримання; г) висловлювати думку щодо можливості звільнення з-під варті; д) оскаржувати постанову

<sup>1</sup> *Абабков А.* Защитить права потерпевшего // Рос. юстиция. – 1997. – № 3. – С. 16; *Він же.* Право потерпевшего на судебную защиту // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 1996. – № 3. – С. 85; *Безнасюк А., Абабков А.* Государственная защита лиц, содействующих уголовному судопроизводству // Рос. юстиция. – 1997. – № 8. – С. 39; *Брусніцын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). – М.: Юрлитинформ, 2001. – С. 173; *Савенко М.* Деякі питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового слідства // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 24. – С. 30; *Хімичева О. В.* Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Монография. – М.: ЮНИТИ - ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 240.

судді про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>1</sup>. Наділення потерпілих переліченими правами є актуальним у зв'язку з тим, що потерпілі часом відмовляються давати які-небудь показання, поки до підозрюваного (обвинуваченого) не застосують взяття під варту. На обов'язковість врахування думки потерпілих при прийнятті таких рішень вказує Л. В. Брусніцин<sup>2</sup>.

Вважаємо, що потерпілий (його законний представник) за власною ініціативою може брати участь у даному судовому засіданні, тому його участь є факультативною. Проте зазначимо, що суддя може визнати його участь обов'язковою (наприклад, для з'ясування взаємовідносин з особою, щодо якої обирається запобіжний захід у вигляді взяття під варту, доказування факту реальності загрози його життю, здоров'ю тощо, яка надходить від підозрюваного (обвинуваченого))<sup>3</sup>. З метою доказування необхідності застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту потерпілому доцільно надати право наводити докази в обґрунтування наявності підстав для застосування даного запобіжного заходу. Слід зазначити, що потерпілий для активної участі у цьому розгляді справи повинен мати право висловлювати власну думку з приводу розглядуваного питання, доводити наявність у діях підозрюваного, обвинуваченого іншого складу злочину, іншої кваліфікації цього діяння, а також те, що злочин вчинено іншою особою, тощо. При цьому позиція потерпілого має бути обґрунтованою представленими доказами.

Окремої уваги заслуговує питання про те, чи вправі потерпілий підтримувати подання про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту у разі відмови прокурора від його підтримання. Згідно з ч. 2 ст. 267 КПК, у разі відмови прокурора від обвинувачення потерпілий вправі вимагати продовження розгляду справи. У цьому випадку він підтримує обвинувачення.

<sup>1</sup> *Савенко М.* Деякі питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового слідства // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 24. – С. 30.

<sup>2</sup> *Брусніцын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). – М.: Юрлитинформ, 2001. – С. 173.

<sup>3</sup> *Давиденко С. В.* Потерпілий як суб'єкт доказування // Вісн. Хмельн. ін.-ту регіон. упр. і права. – 2004. – № 2. – С. 224.

Поділяючи пропозицію про розширення прав вказаного учасника процесу, вважаємо, що у разі відмови прокурора від подання правом його підтримувати має бути наділений потерпілий. На наш погляд, він може брати активну участь у процесі доказування обставин, які мають значення для правомірного вирішення питання щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту шляхом збирання і представлення матеріалів, які містять фактичні дані про наявність підстав для застосування даного запобіжного заходу (фактичні дані, що викривають підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні злочину, за яке може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки; доведення обставин, у силу яких неможливо обрати більш м'який запобіжний захід або які підтверджують необхідність ізоляції конкретної особи від суспільства та переконують суд у неможливості забезпечення її належної поведінки у разі залишення на волі, тощо).

У цьому аспекті особливе значення має вирішення питання про те, чи вправі у судовому розгляді подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту брати участь інші особи.

На законодавчому рівні воно не знайшло свого вирішення. Разом з тим слід зауважити, що відповідно до правових позицій Європейського суду з прав людини «у випадку (...) коли може бути призначений довгий період ув'язнення або коли обставини, що стосуються особистості або ступеня зрілості взятої під варту особи, важливі для вирішення питання про її безпеку, п. 4 ст. 5 Конвенції вимагає змагального судового процесу, який забезпечує присутність захисника і можливість викликати до суду і допитати свідків»<sup>1</sup>. На нашу думку, у цьому судовому розгляді є доцільною участь свідків з огляду на те, що вони можуть повідомити про факти, які мають значення для правомірного вирішення питання про обрання до особи даного запобіжного заходу. У випадках затримання підозрюваного, у якого є неповнолітні діти, можуть брати участь представники органів опіки й піклування. У разі затримання неповнолітнього підозрюваного можуть брати участь його

<sup>1</sup> *Де Сальвіа М.* Прецеденти Європейського Суду по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 267.

батьки чи законні представники. Якщо затримана особа не володіє мовою, якою провадиться судочинство, то згідно з ч. 2 ст. 19 КПК їй забезпечується право виступати в суді рідною мовою й користуватися послугами перекладача і в судовому засіданні може брати участь перекладач. Вважаємо доцільною участь у судовому засіданні особи, яка провадила затримання, наприклад, коли скарга на незаконність затримання розглядається разом із поданням про обрання вказаного запобіжного заходу. А. В. Шилов і Є. З. Трошкін теж акцентують увагу на тому, що у такому судовому розгляді можуть брати участь будь-які особи (свідки, експерти та ін.), показання яких можуть сприяти винесенню суддею правильного рішення<sup>1</sup>. На думку І. Л. Петрухіна, «у судові засідання можуть бути викликані свідки та потерпілі, показання яких здатні внести ясність у вирішення питання щодо обрання запобіжного заходу» (наприклад, повідомити про факти підмови, залякування тощо)»<sup>2</sup>.

Підводячи підсумок викладеного, пропонуємо класифікувати учасників судового розгляду при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на обов'язкових (прокурор, особа, щодо якої обирається цей запобіжний захід, захисник), факультативних – участь яких може бути необхідною для дослідження обставин, які мають значення для вирішення питання про застосування даного запобіжного заходу (особа, у провадженні якої перебуває справа, особа, яка здійснювала затримання, потерпілий, свідок), і ситуативних учасників – участь яких обумовлена особливостями суб'єкта злочину (перекладач, представники органів опіки й піклування, батьки та ін.).

Згідно з п. 8 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, коли в поданні порушується питання про взяття під варту особи, яка перебуває на волі, і ця особа до суду не з'явилась або орган дізнання, слідчий не змогли її туди доставити, суддя відповідно до ч. 4 ст. 165<sup>2</sup> КПК вправі розглянути подання за правилами, встановленими ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> (за винятком допиту підозрюваного, обвинуваченого).

<sup>1</sup> *Шилов А. В., Трошкін Е. З.* Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Минск: Тесей, 2004. – С. 85-86.

<sup>2</sup> *Петрухин И. Л.* Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 176.



ного), і мотивованою постановою дати дозвіл на затримання зазначеної особи й доставку в суд під вартою. Таке затримання можливе лише за наявності передбачених ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Як зазначає О. Дроздов, суд практично за відсутності підозрюваного розглядає питання про обрання стосовно останнього запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. На його думку, «суд, встановивши на початку судового засідання неявку підозрюваного, повинен з'ясувати причини такої неявки. Це він може зробити, зокрема, вислухавши пояснення слідчого, прокурора, захисника. Якщо буде встановлено, що підозрюваний ухиляється від явки до суду, тоді останній, не розглядаючи подання по суті, вправі дати дозвіл на затримання підозрюваного й доставку його до суду під вартою та відкласти розгляд подання до явки підозрюваного до суду»<sup>1</sup>.

Після затримання підозрюваного, обвинуваченого і доставки його в суд подання розглядається ще раз (п.8 постанови Пленуму від 25 квітня 2004 р. № 4). Беручи до уваги, що слідчий, прокурор за цей час можуть отримати додаткові дані, що свідчать на користь обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, постає правомірне питання щодо необхідності внесення повторного подання. Слід приєднатися до точки зору І. Приміча про недоцільність внесення повторного подання, оскільки попереднє подання по суті не розглянуте. У такому випадку прокурор має право заявити клопотання про долучення додаткових матеріалів до подання до початку судового розгляду<sup>2</sup>.

Постанова Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 у п. 9 зазначає, що подання щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту розглядається за процедурою, встановленою ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК. У судовому засіданні суддя оголошує, яке подання розглядатиметься; з'ясовує, хто з учасників розгляду з'явився, необхідні дані про них та роз'яснює їм права (заявляти відводи і клопотання в межах предмета судового дослідження, давати пояснення, висловлювати свою думку щодо клопотань і пояснень інших учас-

<sup>1</sup> Дроздов О. Право підозрюваного на захист при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Юрид. вісн. України. – 2005. – № 29. – С. 7.

<sup>2</sup> Приміч І. Запобіжний захід – взяття під варту // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 6 (36). – С. 69.

ників розгляду, оскаржувати постанову судді); повідомляє своє прізвище, прізвище прокурора і секретаря судового засідання, захисника й законного представника (якщо вони з'явилися); з'ясовує наявність відводів та клопотань і вирішує їх; допитує підозрюваного, обвинуваченого; у разі потреби бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа; заслуховує думку прокурора, захисника, законного представника й ухвалює постанову.

Оскільки ст. 84 КПК передбачено обов'язкове ведення протоколу в судових засіданнях суду першої інстанції, він ведеться і під час розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

У контексті розглядуваної проблеми потребує уточнення й предмет судового розгляду при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У постанові Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 в п. 10 звернуто увагу судів на те, що під час судового розгляду подання органу дізнання, слідчого чи прокурора про взяття під варту предметом дослідження є ті обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК). Як зазначають А. В. Шилов і Є. З. Трошкін, суддю повинні цікавити, насамперед, питання щодо можливості досягнути бажаного результату без обмеження прав і свобод особи<sup>1</sup>.

Враховуючи, що у п. 1(с) ст. 5 Конвенції вказується, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (законний арешт чи затримання) можливе лише у випадку обґрунтованої підозри конкретної особи у вчиненні злочину, це положення закріплено і в національному законодавстві. Так, згідно з п. 10 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, розглядаючи подання, суддя з'ясовує, чи є підозра у вчиненні особою злочину або обвинувачення останньої обґрунтованими, тобто чи є в розпорядженні органу дізнання, слідчого встановлені у визначеному законом порядку достатні дані, що свідчать про наявність ознак злочину, вчиненого саме цією особою (ними можуть бути заяви й повідомлення про злочин, явка з повинною, документи, складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертиз тощо).

<sup>1</sup> Шилов А. В., Трошкін Е. З. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Минск: Тесей, 2004. – С. 39.

Слід зазначити, що поняття «обґрунтованість підозри» є оцінним. Як зазначається у судовій практиці Європейського суду з прав людини, обґрунтованість підозри передбачає «наявність фактів або інформації, які переконують об'єктивного спостерігача, що, можливо, відповідна особа вчинила правопорушення. Проте те, що може вважатися «обґрунтованим», залежить, від сукупності обставин» (Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom)<sup>1</sup>.

У рішенні по справі «Летельє проти Франції» (Case of Letellier v. France) Європейський суд вказав, що наявність вагомих підстав підозрювати затриманого у вчиненні злочину є неодмінною умовою правомірності тримання під вартою<sup>2</sup>.

Європейський суд з прав людини, розглядаючи скаргу по справі «Мюррей проти Сполученого Королівства» (Case of Murrey v. United Kingdom) підкреслив, що при визначенні «ступеня підозри» підставою для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту може бути «більш низький поріг обґрунтованості підозри» при вчиненні особливої категорії злочинів<sup>3</sup>. Враховуючи дану правову позицію Європейського суду, видається можливим обирати до підозрюваного запобіжний захід у вигляді взяття під варту по справах про особливо тяжкі злочини при більш низькому ступені обґрунтованості підозри<sup>4</sup>.

Виходячи із порівняльного аналізу зазначених правових позицій Європейського суду з прав людини при розгляді подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту суд у кожному випадку повинен принципово і критично ставитись до доводів органів кримінального переслідування, якими обґрунто-

<sup>1</sup> Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom (Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86) Judgment Strasbourg 27 March 1991. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.>>, станом на 8. 02. 2008 р.

<sup>2</sup> Европейский Суд по правам человека. Избр. решения: В 2 т. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 1. – С. 698-704.

<sup>3</sup> Европейский Суд по правам человека. Избр. решения: В 2 т. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 2. – С. 35-36.

<sup>4</sup> Золотых В. Заключение под стражу по решению суда. Обобщение практики применения ст. 108 УПК РФ // Рос. юстиция. – 2002. – № 11. – С. 10.

ується необхідність застосування саме цього запобіжного заходу, об'єктивно оцінюючи їх переконливість.

Більшість вчених-процесуалістів вважають, що суд при розгляді подання повинен досліджувати питання доведеності причетності особи до вчинення злочину. Такої думки дотримуються В. Воронін, Б. Грузд, І. Маслов, А. Савченко, Л. Сайкін, Є. Трошкін, А. Шилов<sup>1</sup>.

Викликає багато дискусій й положення п. 10 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, згідно з яким при розгляді подання про взяття під варту суддя не вправі досліджувати докази, давати їм оцінку, в інший спосіб перевіряти доведеність вини підозрюваного, обвинуваченого, розглядати й вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінальної справи по суті. Вбачається, що заборону обговорення питання про винність особи, щодо якої вирішується питання про взяття під варту, слід розуміти буквально як недопустимість постановки такого питання перед суддею. Проте у процесі обговорення цієї проблеми у кримінально-процесуальній теорії та правозастосовній практиці склалися різні підходи до її вирішення.

Так, на думку С. Міщенка, І. Приміча, А. Савченка, С. Солоткого суддя не вправі оцінювати докази винності особи<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Воронин В. Порядок действий судьи при решении вопроса о заключении под стражу // Рос. юстиция. – 2002. – № 12. – С. 45; Грузд Б., Сайкин Л. И законность, и обоснованность ареста // Рос. юстиция. – 1999. – № 12. – С. 44; Маслов И. Судебный порядок заключения под стражу // Законность. – 2005. – № 3. – С. 29; Савченко А. Применение норм уголовно-процессуального закона при рассмотрении ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу // Рос. судья. – 2005. – № 10. – С. 19; Шилов А. В., Трошкин Е. Э. Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Минск: Тесей, 2004. – С. 42.

<sup>2</sup> Міщенко С. М., Солоткий С. А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 5. – С. 46; Приміч І. Запобіжний захід – взяття під варту // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 6 (36). – С. 69; Савченко А. Применение норм уголовно-процессуального закона при рассмотрении ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу // Рос. судья. – 2005. – № 10. – С. 18.

Є. Рябцева дотримується протилежної точки зору, вважаючи, що суд повинен встановлювати наявність допустимих доказів, які підтверджують вину даної особи, але не входить в обговорення питання про їх достатність, оскільки це – прерогатива суду при здійсненні правосуддя<sup>1</sup>.

А. Шелепа вказує на необхідність покладення на суд обов'язку перевіряти достатність та допустимість доказів обвинувачення особи при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>2</sup>.

А. Богдановський вважає, що суддя повинен виносити постанову про обрання підозрюваному (обвинуваченому) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту тільки при твердому переконанні у винності підозрюваного (обвинуваченого) у вчиненні злочину. Це переконання повинне базуватися на достатніх доказах його винності, наведених у матеріалах, наданих безпосередньо судді органами дізнання, слідчим<sup>3</sup>. М. Колоколов категорично стверджує, що в основі взяття особи під варту завжди має бути доведеність її вини у вчиненні злочину на момент розгляду суддею подання<sup>4</sup>. Л. Мартинякін зазначає, що ефективний контроль за обранням запобіжного заходу у вигляді взяття під варту неможливий без перевірки доведеності вчинення злочину, за який згідно із законом може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки<sup>5</sup>.

В. Жагловський вважає, що суди повинні мати можливість давати попередню оцінку доказам, поданим до суду для вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під вар-

<sup>1</sup> Рябцева Е. В. Деятельность и положение суда в состязательном уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Воронеж, 2005. – С.17.

<sup>2</sup> Шелепа А. П. Порухення конституційного права людини на свободу та особисту недоторканність // Адвокат. – 2005. – № 5. – С. 29.

<sup>3</sup> Богдановський А. Избрание и продление срока заключения под стражу судом // Законность. – 2005. – № 2. – С. 31.

<sup>4</sup> Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: Учеб. пособие. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – С.8.

<sup>5</sup> Мартинякин Л. Ф. О функциях и полномочиях суда в досудебном производстве // Рос. судья. – 2004. – № 8. – С. 13.

ту, у тій частині, в якій необхідно упевнитися в достатності даних, що свідчать про наявність самої події злочину й можливу причетність до даного діяння підозрюваного (обвинуваченого)<sup>1</sup>. До речі, в ухвалі Конституційного Суду Російської Федерації про відмову в прийнятті до розгляду запиту Березовського міського суду Свердловської області про перевірку конституційності ч. 2 ст. 91, ч. 3 і п. 3 ч. 7 ст. 108 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації від 4 грудня 2003р. наголошується, що саме на судді, який виносить рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, лежить обов'язок оцінки достатності наданих сторонами матеріалів для прийняття законного та обґрунтованого рішення<sup>2</sup>.

На нашу думку, предметом судового розгляду при вирішенні питання щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є наявність зазначених у поданні підстав (кримінально-правових, кримінально-процесуальних і фактичних) для застосування до особи цього запобіжного заходу.

Здається справедливою позиція Н. Глинської, В. Жагловського, В. Жуковського, В. Золотих, О. Шило, які вважають, що суд «пов'язаний» підставами обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, які зазначені у поданні, і не вправі вийти за їх межі<sup>3</sup>. На думку В. І. Мариніва, обґрунтування постанови суду про

<sup>1</sup> Жагловский В. Некоторые вопросы практики применения судами мер процессуального принуждения // Уголов. право. – 2004. – № 1. – С. 64-65.

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда Российской Федерации об отказе в принятии к рассмотрению запроса Березовского городского суда Свердловской области о проверке конституционности части второй статьи 91, части третьей и пункта 3 части седьмой статьи 108 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации от 04 декабря 2003 г. // Дайджест официальных материалов и публикаций периодической печати конституционного правосудия в странах СНГ и Балтии. – 2004. – № 2 (2). – С. 16.

<sup>3</sup> Жагловский В. Некоторые вопросы практики применения судами мер процессуального принуждения // Уголов. право. – 2004. – № 1. – С. 65; Жуковский В. Связан ли судья доводами обвинения при решении вопроса об аресте? // Рос. юстиция. – 2003. – № 4. – С. 43-44; Золотых В. Заключение под стражу по решению суда. Обобщение практики применения ст. 108 УПК РФ // Рос. юстиция. – 2002. – № 11. – С. 12; Шило О., Глинська Н. Обґрунтованість подання слідчого

застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту не може включати дані, не зазначені у відповідному поданні, адже в іншому випадку суд виконуватиме не властиву йому функцію<sup>1</sup>. «У такому разі суд, виправляючи можливі похибки органу кримінального переслідування, погіршує становище обвинуваченого (підозрюваного) за власною ініціативою... і сторона захисту, діючи виключно у межах заявлених підстав для обрання даного запобіжного заходу, не орієнтована на можливий вихід за його межі»<sup>2</sup>.

У цьому зв'язку викликає інтерес ч. 2 ст. 162 проекту Кримінально-процесуального кодексу України від 21 травня 2007 р., розробленого робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, яка передбачає: якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу державному обвинувачу стали відомі інші обставини, що можуть вплинути на вирішення судом питання про застосування запобіжного заходу, він зобов'язаний доповнити або змінити клопотання або замінити його новим клопотанням. Якщо у зв'язку із попереднім клопотанням був виданий дозвіл на затримання, суддя має переглянути своє рішення щодо надання дозволу на затримання особи<sup>3</sup>.

Перш ніж звернутися до аналізу проблемних питань, які виникають у процесі прийняття судом рішення за результатами розгляду подання органу дізнання, слідчого про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, зупинимося на деяких аспектах загального характеру, які мають значення в контексті розглядуваної проблеми.

---

та постанови суду про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту як гарантія дотримання права кожного на свободу та особисту недоторканність // Юрист України. – 2003. – № 2. – С. 32.

<sup>1</sup> Маринів В. Конституційні гарантії забезпечення права людини на свободу та особисту недоторканність та їх реалізація в кримінально-процесуальному законодавстві України // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 1. – С. 170.

<sup>2</sup> Жуковський В. Связан ли судья доводами обвинения при решении вопроса об аресте? // Рос. юстиция. – 2003. – № 4. – С. 43-44.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект від 21 травня 2007 р., розроблений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права / <http://zakon.rada.gov.ua>.

Відповідно до ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК суд у результаті розгляду зазначеного подання приймає одне з таких рішень: 1) про відмову в обранні запобіжного заходу, якщо для його обрання немає підстав; 2) про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Узагальнення практики застосування судами Харківської області запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на стадії досудового розслідування дозволяє стверджувати, що цей запобіжний захід невинувато широко використовується на практиці. Так, наприклад, у 2004 р. було розглянуто 3 419 подань про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, задоволено судами 90%. Протягом 2005 р. у провадженні місцевих судів м. Харкова і Харківської області знаходилось 3 116 подань слідчих та органів дізнання про обрання підозрюваним (обвинуваченим) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. З них задоволено 87%. За 2006 р. до судів надійшло 2642 подання, з яких задоволено 85%.

Аналіз наведених статистичних даних дозволяє констатувати тенденцію до зниження кількості осіб, щодо яких обирається даний запобіжний захід, порівняно з минулими роками. Разом з тим більшість із названих подань задовольняються і суд виносить постанову про обрання до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У цій постанові з урахуванням загальних вимог ч. 2 ст. 165<sup>1</sup> КПК зазначається прізвище, ім'я та по батькові, вік, місце народження особи, щодо якої застосовується запобіжний захід, вчинений особою злочин, відповідна стаття Кримінального кодексу України, обраний запобіжний захід і підстави його обрання, а також визначається особа чи орган, які повинні здійснювати контроль за виконанням постанови.

У цьому зв'язку критичної оцінки заслуговує позиція законодавця про те, що в постанові про обрання запобіжного заходу необхідно вказувати вчинений особою злочин. Приймаючи рішення про обрання запобіжного заходу, суд може лише вказати на те, що особа підозрюється або обвинувачується у вчиненні того чи іншого злочину. Інше призводить до того, що на практиці слідчі та судді у своїх рішеннях про обрання запобіжного заходу як один з аргументів на користь прийняття даного рішення констатують



факт вчинення підозрюваним, обвинуваченим тяжкого або особливо тяжкого злочину. Тому переконливою є позиція авторів, які вважають, що подібні формулювання на даному етапі провадження по кримінальній справі для процесуальних документів, що виносяться слідчим і судом, є неприпустимими, оскільки суперечать конституційному принципу презумпції невинуватості<sup>1</sup>.

Рішення суду щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, як справедливо зазначають В. Борисов, Н. Глинська, В. Горобець, В. Жуковський, В. Зеленецький, В. Золотих, М. Савенко, О. Шило, повинно бути обґрунтованим й мотивованим<sup>2</sup>. Вмотивованість судового рішення як зовнішній прояв його обґрунтованості означає підтвердження висновків належними, допустимими, достовірними, достатніми доказами. Обґрунтованість постанови суду передбачає підтвердження правильності висновків щодо застосування конкретного запобіжного заходу посиланнями на відповідні норми права, сукупність доказів і взаємопов'язаних з ними переконливих доводів.

Разом з тим узагальнення матеріалів практики дозволяє стверджувати, що деякі подання слідчого і постанови суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є тотожними по фор-

<sup>1</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 90.

<sup>2</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 73-75; *Горобець В.* Принятие судебных решений о заключении под стражу // Рос. юстиция. – 2002. – № 6. – С. 16; *Золотых В.* Заключение под стражу по решению суда. Обобщение практики применения ст. 108 УПК РФ // Рос. юстиция. – 2002. – № 11. – С. 12-13; *Савенко М.* Деякі питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового слідства // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 24. – С. 32; *Шило О., Глинська Н.* Обґрунтованість подання слідчого та постанови суду про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту як гарантія дотримання права кожного на свободу та особисту недоторканність // Юрист України. – 2003. – № 2. – С. 32-33; *Вони же.* Взяття під варту повинно застосовуватися виключно на підставі обґрунтованих процесуальних рішень // Право України. – 2004. – № 10. – С. 92-94.

мі та змісту в тій частині, що мотиви прийнятого рішення є однаково непереконливими<sup>1</sup>.

Актуальним є питання щодо визначення правової природи судових рішень за результатами розгляду подання про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Згідно з ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> після розгляду суддя виносить постанову: (1) про відмову в обранні запобіжного заходу, якщо для його обрання немає підстав; (2) про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. (3). Згідно з ч. 6 ст. 165<sup>2</sup> КПК, відмовивши в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, суд вправі обрати підозрюваному (обвинуваченому) запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою. При цьому суд вільний у виборі виду запобіжного заходу, але має обрати такий, що забезпечить належну процесуальну поведінку підозрюваного, обвинуваченого та виконання ним процесуальних обов'язків (п. 13 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4). Необхідно зазначити, що характерною є тенденція, коли судді при відмові в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на практиці рідко використовують своє право на обрання підозрюваному (обвинуваченому) запобіжного заходу, не пов'язаного із взяттям під варту. Між тим вивчення конкретних справ свідчить, що для прийняття такого рішення були достатні підстави. Однак деякі автори вказують на те, що це порушує принцип змагальності сторін, оскільки покладає на суд не притаманний йому обов'язок прийняття рішення по кримінальних справах, які перебувають у провадженні органів дізнання і досудового слідства, за власною ініціативою<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Так, Червонозаводським районним судом м. Харкова була винесена постанова про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо гр. Л., який обвинувачувався у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 396 та ст. 198 Кримінального кодексу України, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі до 3 років. При цьому обвинувачений раніше засуджений не був, мав постійне місце проживання, навчався. Разом із тим у постанові суд вказав, що гр. Л. може ухилитися від слідства або суду, не підтверджуючи це відповідними доказами. Це не було зроблено і в поданні слідчого, яке надійшло без обґрунтування впевненості в тому, що більш м'які запобіжні заходи можуть не забезпечити належної поведінки обвинуваченого.

<sup>2</sup> *Колоколов Н. А.* Судебний контроль в стадії попереднього розслідування: Учеб. пособие. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 197.

Так, на думку Н. В. Буланової, більш вірним було б надання судові такого права у випадках, коли є клопотання сторони захисту і реальна можливість для виконання такого запобіжного заходу. При цьому прийняттю такого рішення має передувати обговорення у судовому засіданні клопотання і заслуховування думки прокурора і інших учасників процесу з цього питання<sup>1</sup>.

(4). Згідно з п. 12 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, якщо після закінчення строків тимчасового затримання орган дізнання, слідчий, прокурор не порушили питання про розгляд подання по суті, провадження за ним має бути закрито.

(5). Частина 4 ст. 165<sup>2</sup> КПК передбачає, що коли в поданні ставиться питання про взяття під варту особи, яка перебуває на волі, суддя вправі своєю постановою дати дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого на затримання і доставку його в суд під вартою.

(6). Процесуальний порядок продовження судом строку затримання передбачений ч. 8 ст. 165<sup>2</sup> КПК. На нашу думку, ця норма КПК суперечить ст. 29 Конституції України, яка зазначає, що затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин їй не вручено вмотивованої постанови суду про взяття під варту.

За ч. 8 ст. 165<sup>2</sup> КПК якщо для обрання затриманому запобіжного заходу необхідно додатково вивчити дані про особу затриманого чи з'ясувати інші обставини, які мають значення для прийняття рішення з цього питання, то суддя вправі продовжити затримання до 10, а за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого – до 15 діб, про що виноситься постанова<sup>2</sup>. Згідно з постановою Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, таке затримання може застосовуватися в разі, коли є сумніви щодо необхідності обрання особі запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або з метою надання підозрюваному, обвинуваченому, іншим особам можливості внести визначену судом заставу (п. 12). Ми акцентуємо увагу на тому, що чинна

<sup>1</sup> Буланова Н. В. Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.- метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 106-107.

<sup>2</sup> Зауважимо, що при вивченні 300 матеріалів практики судами строк затримання продовжувався у 32 випадках, а за клопотанням підозрюваного (обвинуваченого) – у 3 випадках.

правова модель продовження строку затримання не пов'язує прийняття рішення судом про продовження строку затримання до 10 діб з клопотанням сторони, що надає підстави суду ініціювати рішення, яке не є іманентним для судової діяльності. Тому продовження строку затримання повинно допускатися лише за клопотанням однієї з сторін<sup>1</sup>.

Беручи до уваги, що продовження строку затримання іноді пов'язано з необхідністю додаткового вивчення даних про особу, це обумовлює доцільність їх конкретизації. Такими даними можуть бути: її характеристики з місця роботи, за місцем проживання, дані про попередні судимості, стан здоров'я, сімейний та матеріальний стан, соціальні зв'язки особи, її схильності (чи вживає наркотики, алкогольні напої тощо), спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі (чи не ухилялася раніше особа від слідства, суду або виконання судових рішень, чи не вчинювала злочини проти правосуддя). Можуть з'ясуватися питання про фінансові можливості підозрюваного, обвинуваченого чи інших осіб щодо внесення застави.

У випадку продовження строку затримання до 10 (15) діб доцільно повідомляти про прийняте рішення осіб, інтересів яких воно стосується (близьких родичів, потерпілого та ін.).

(7). У разі відмови органом дізнання, слідчим, прокурором у наданні матеріалів кримінальної справи або надання тільки копій окремих процесуальних документів суддя повертає подання прокуророві без розгляду.

(8). Згідно з п. 5 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути вирішене протягом 72 годин з моменту затримання підозрюваного, обвинуваченого, а в разі перебування особи за межами населеного пункту, у якому діє суд, - не пізніше 48 годин з моменту доставки затриманого в цей пункт. Разом з тим надходження до суду подання про взяття затриманої особи під варту після закінчен-

<sup>1</sup> До речі, ч. 6 ст. 108 КПК РФ допускає продовження строку затримання при умові визнання судом затримання законним і обґрунтованим на строк не більше 72 годин з моменту винесення судового рішення за клопотанням однієї із сторін для надання нею додаткових доказів обґрунтованості або необґрунтованості обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

ня цих строків не є підставою для відмови в його розгляді. На таке порушення суддя відповідно до ст. 23<sup>2</sup> КПК зобов'язаний реагувати окремою постановою.

(9). За ч. 8 ст. 165<sup>2</sup> КПК, якщо для обрання запобіжного заходу необхідно додатково вивчити дані про особу, яка не затримувалася, чи з'ясувати інші обставини, які мають значення для прийняття рішення з цього питання, суддя вправі відкласти його розгляд на строк до десяти діб і вжити заходів, спроможних забезпечити на цей період її належну поведінку.

Окремої уваги заслуговують процесуальні ситуації, що потребують свого вирішення: до суду внесено подання про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У процесі його розгляду суддя доходить висновку, що є неправильною кримінально-правова кваліфікація злочину. Наприклад, особа обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом не передбачено покарання у вигляді позбавлення волі або взагалі відсутній склад злочину.

На нашу думку, при встановленні суддею підстав для зміни кримінально-правової кваліфікації злочину на статтю Кримінального кодексу України (або іншу частину статті), яка передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років, йому слід надати право приймати рішення про зміну кваліфікації злочину і відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При встановленні судом відсутності ознак складу злочину в діях підозрюваного, обвинуваченого судді доцільно надати право виносити постанову про закриття провадження по кримінальній справі і відмову в обранні даного запобіжного заходу.

Підсумовуючи розгляд питання про правову природу рішень, які виносяться судом у зв'язку з наданням подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, зазначимо, що такими рішеннями є постанови про 1) обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; 2) відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; 3) обрання запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою; 4) закриття провадження за поданням, коли після закінчення строків тимчасового затримання орган дізнання, слідчий або прокурор не порушили питання про розгляд подання по суті; 5) надання дозволу на затримання підозрюваного, обвинуваченого і доставку його в суд під вартою;

6) продовження строку затримання; 7) повернення подання прокуророві без розгляду; 8) окрема постанова в порядку ст. 23<sup>2</sup> КПК; 9) відкладення розгляду подання. Крім того, виходячи з наведеної пропозиції щодо доцільності надання судді права при наявності відповідних підстав змінювати кваліфікацію злочину та закривати провадження по кримінальній справі, суддя прийматиме також рішення 1) про зміну кваліфікації злочину і відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; 2) про закриття провадження по кримінальній справі і відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

У судовій практиці є дискусійним питання про те, чи є незаконне затримання особи достатньою підставою для відмови в застосуванні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. На думку Я. Зейкана, при розгляді подання суд повинен вирішувати питання: а) про законність затримання особи; б) про наявність достатніх підстав для застосування запобіжного заходу – взяття під варту. «І може статися так, що затримання було незаконним, але є достатні підстави для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. І тоді настає конкуренція наслідків, яка вирішується на користь взяття під варту»<sup>1</sup>. Згідно з ч. 8 ст. 106 КПК скарга на затримання розглядається з додержанням вимог, передбачених ст. 165<sup>2</sup> КПК. За результатами розгляду суддя виносить постанову про законність затримання чи про задоволення скарги і визнання затримання незаконним. При цьому закон не вимагає, щоб таке визнання обов'язково тягло за собою звільнення з-під варті<sup>2</sup>.

Саме таку позицію зайняв і Пленум Верховного Суду, який у постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 звернув увагу на те, що якщо особа, стосовно якої вирішується питання про взяття під варту, була затримана в порядку, передбаченому ст. 106 КПК, і оскаржила своє затримання до суду, її скарга розглядається разом із поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту з додержанням правил, передбачених частинами 7 і 8 зазначеної статті. Визнання затримання незаконним не є підставою для відмови

<sup>1</sup> Зейкан Я. Права особи і затримання // Адвокат. – 2005. – № 8. – С. 45.

<sup>2</sup> Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верхов. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 48.

в задоволенні подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (п. 11).

Таким чином, Верховний Суд України визнав правильною практику, коли один і той же суд може розглянути скаргу на затримання, визнати його незаконним і одночасно розглянути подання про обрання запобіжного заходу і прийняти рішення про взяття під варту.

У зв'язку з цим непереконливим є твердження В. Єфименка, що метою визнання судом затримання незаконним, у випадку його оскарження, є невідкладне звільнення затриманого і визнання незаконним внесеного подання до суду щодо обрання до цієї особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачено вручення копії рішення суду щодо застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а лише передбачено обов'язок суду негайно оголосити цю постанову особі, щодо якої вона винесена, під розписку<sup>2</sup>, та роз'яснити порядок і строки її оскарження (ч. 3 ст. 165<sup>1</sup> КПК). «Це є прогалиною правового регулювання, оскільки йдеться про застосування найбільш суворого запобіжного заходу щодо особи, винність якої у вчиненні злочину ще не встановлена вироком суду»<sup>3</sup>. Конституція України передбачає, що затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою (ч. 2 ст. 29). З огляду на те, що «норми Конституції України є нормами прямої дії, суддя зобов'язаний вру-

<sup>1</sup> *Єфименко В.* Актуальные проблемы задержания и взятия под стражу на Украине // Юрид. практика. – 2005. – № 20 (386). – С. 21.

<sup>2</sup> *Дуванський О.* Законність затримання особи // Прокуратура, людина, держава. – 2005. – № 3 (45). – С. 44; *Він же:* Затримання особи та обрання їй запобіжного заходу у вигляді взяття під варту: у чинному КПК України та у його проекті // Право України. – 2006. – № 6. – С. 62.

<sup>3</sup> *Шило О. Г.* Право обвинуваченого (підсудного) на оскарження до суду процесуальних дій та рішень як гарантія його захисту // Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення: Матеріали міжнар. наук.- практич. семінару, 1-2 груд. 2005 р.; м. Харків / Редкол.: В. В. Сташис (голов. ред.) та ін. – Х.: К.: ЦНТ «Гопак», 2006. – С. 110.

чити затриманому копію цієї постанови, а в останнього, в свою чергу, виникає кореспондуюче право вимагати дотримання суддею вимог Основного Закону»<sup>1</sup>. В. В. Рожнова вважає необхідним встановлення єдиного порядку роз'яснення особі прав у зв'язку з застосуванням щодо неї заходів процесуального примусу, пов'язаних з її ізоляцією, у формі вручення такого переліку їй «на руки»<sup>2</sup>. Заслуговує на підтримку позиція розробників проекту КПК України (реєстр. № 1233), який у ч. 3 ст. 134 закріплює, що копія постанови про застосування запобіжного заходу вручається особі, щодо якої вона винесена, та її захиснику, якщо він бере участь у справі<sup>3</sup>.

Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту обмежує не тільки права і законні інтереси підозрюваних (обвинувачених), щодо яких він обраний, але й осіб, які пов'язані з ними родинними, сімейними відносинами. Іноді ці особи страждають значно більше, ніж сам підозрюваний (обвинувачений). У зв'язку з цим мають бути передбачені гарантії конституційних прав і свобод родичів та інших близьких обвинуваченому осіб, у зв'язку із застосуванням до нього запобіжного заходу.

Згідно з ч. 1 ст. 161 КПК про арешт підозрюваного або обвинуваченого і його місце перебування слідчий зобов'язаний повідомити його дружину або іншого родича, а також сповістити за місцем його роботи. Разом з тим О. Е. Попова наводить такі статистичні дані опитування родичів підозрюваних (обвинувачених): 69,2% відповіли, що були повідомлені про арешт свого родича, а 30,8 респондентів відповіли, що не повідомлялись про це. При цьому 46,4% опитаних родичів отримали інформацію протягом першої доби, а 22,8% були повідомлені значно пізніше. О. Е. Попова пропонує передбачити у КПК обов'язок особи, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, негайно повідомляти одного із близьких родичів підозрюва-

<sup>1</sup> Конституція України. Науково-практичний коментар / Ред. кол. Тацій В. Я., Битяк Ю. П., Грошевий Ю. М. та ін.. – Х.: Право; К.: Концерн видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 155.

<sup>2</sup> *Рожнова В. В.* Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – К., 2003. – С. 10.

<sup>3</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.



ного, обвинуваченого. На її думку, неповідомлення або несвоєчасне повідомлення родичів про затримання або арешт підозрюваного (обвинуваченого) є порушенням права на повагу сімейного життя та права на доступ до інформації, яке передбачене ст. 29 Конституції України і ст. 10 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини<sup>1</sup>. Разом з тим Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 р. «Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином» у п. 1 принципу 16 передбачає: «Незбаром після арешту і після кожного переводу із одного місця затримання чи ув'язнення до іншого затримана або ув'язнена особа має право звернутися до компетентного органу з проханням повідомити членів її сім'ї або інших відповідних осіб на її вибір про її арешт, затримання, або ув'язнення, або ж переведення, і про місце, в якому вона тримається».

«Будь-яке повідомлення, згадане у цьому принципі, має надсилатися чи вирішуватися компетентним органом без затримки. Компетентний орган може, однак, відстрочити повідомлення на розумний період, якщо того вимагають виняткові обставини розслідування»<sup>2</sup> (п. 4 принцип 16).

Аналіз наведеної норми права дозволяє констатувати, що обов'язок з повідомлення виникає лише в тому випадку, коли затриманий або заарештований звернеться з відповідним поданням до компетентного органу. Лише за умови, що затриманий або заарештований є неповнолітнім або нездатним усвідомлювати свої права, відповідний компетентний орган за власною ініціативою бере на себе зобов'язання по повідомленню (п. 3 принцип 16). Також обвинувачений (підозрюваний) вправі самостійно визначити особу, якій необхідно направити відповідне повідомлення. Таке правило, безумовно, є більш сприятливим для обвинуваченого (підозрюваного), який взагалі може не мати родичів, а жити сумісно з іншими близькими йому особами, для яких його доля небайдужа.

<sup>1</sup> Попова Е. Э. Организация совершенствования уведомления родственников о задержании подозреваемого и обвиняемого и применении к нему меры пресечения в виде заключения под стражу // Рос. следователь. – 2006. – № 12. – С. 7-8.

<sup>2</sup> Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином: Резолюція 43/173 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 р. // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main>.

Аналізуючи практику застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, слід зазначити, що спостерігається стійка тенденція до зменшення кількості осіб, щодо яких він обирається<sup>1</sup>. Узагальнення показало, що суди Харківської області в цілому ретельно і виважено підходять до вирішення питань, пов'язаних з обранням даного запобіжного заходу. Про законність та якість винесених судами рішень про взяття під варту свідчить незначна кількість скасованих і змінених апеляційним судом постанов місцевих судів. Так, за 2005 р. було скасовано 28 постанов з 194 про взяття під варту, що складає 14 %, за перше півріччя 2006 р. – 9 постанов з 97, що складає 9%, а також значна кількість перевірених апеляційним судом постанов місцевих судів залишена без змін.

## § 5. Процесуальний порядок продовження строків тримання під вартою

П. І. Люблинський зауважував: «Тривалість ув'язнення – подвійне випробування. Короткочасність вселяє і підтримує в ув'язнених (серед яких є, на жаль, немало невинних), надію на скору зміну, тривалість же породжує відчай, що значно посилює тяжкість позбавлення волі»<sup>2</sup>.

Конституційні гарантії прав особи на свободу і особисту недоторканність та ефективність кримінального судочинства вимагають суворого дотримання встановлених законом строків тримання обвинувачених під вартою та порядку їх продовження. Дана процедура має збалансовано забезпечувати як інтереси досудового слідства, так і права, свободи і законні інтереси особи, яка перебуває під вартою.

Проблеми процесуального порядку продовження строків тримання під вартою на сьогоднішній день недостатньо досліджені у вітчизняній кримінально-процесуальній науці, хоча окремі ас-

<sup>1</sup> Захарчук Г. Діяльність правоохоронних органів спрямована на виконання зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи // Вісн. прокуратури. – 2006. – № 6 (60). – С. 8-18.

<sup>2</sup> Люблинський П. И. Свобода личности в уголовном процессе. Меры, обеспечивающие неуклонение от правосудия. – СПб.: Сенат. тип., 1906. – С. 555-556.

пекти цього питання були предметом розгляду багатьох науковців-процесуалістів<sup>1</sup>. Беручи до уваги, що тримання під вартою під час досудового розслідування кримінальної справи застосовується до особи, яка відповідно до принципу презумпції невинуватості ще не визнана винною у вчиненні злочину, воно повинно бути якомога коротшим і скасовуватися одразу ж, як тільки в ньому відпадає потреба. Як справедливо зазначив В.Т. Маляренко, кожне продовження строку тримання особи під вартою повинно бути виваженим і обережним. Повинні бути враховані всі необхідні фактори і обставини, оскільки незаконне тримання під вартою в період досудового слідства – це велика трагедія для неї та її родини...<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Гуляев А., Зайцев О. Как сократить время содержания под стражей? // Рос. юстиция. – 2002. – 7. – С.43-45; Кітура А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою // Вісник прокуратури. – 2002. – № 5 (17). – С. 59-61; Клочков В. Г. Прокурорський нагляд за законністю і обґрунтованістю обрання та продовження строків тримання під вартою: Навч. посіб. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 64 с.; Курило О. Особливості розгляду справ про взяття особи під варту та продовження строків тримання під вартою // Юридична Україна. – 2005. – № 8. – С. 64-67; Маляренко В. Т. Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибрані наукові праці. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – С. 183-188; Мацьків Г. Дотримання процесуальних строків при обранні та продовженні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту підозрюваного та обвинуваченого // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6. – С. 139-143; Мельников В. Ю. Сроки содержания под стражей // Рос. судья. – 2007. – № 9. – С. 31-35; Міщенко С. М., Солоткий С. А. Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 5 (39). – С. 43-48; Шпоцька В. П., Шило О. Г. Взяття під варту та продовження строків на стадії досудового розслідування кримінальної справи: проблеми правозастосування // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 8 (48). – С. 45-47; Шиян А. Г. Проблеми продовження строків тримання під вартою обвинуваченого ще залишаються невирішеними // Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ України. – 2007. – № 2 (33). – Дніпропетровськ: Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2007. – С. 293-298.

<sup>2</sup> Маляренко В. Т. Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибр. наук. праці. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – С. 184-185.

Європейський суд з прав людини у рішенні по справі «Смирнова проти Росії» (Case of Smirnova v. Russia) вказав на те, що особа, обвинувачена у правопорушенні, повинна завжди звільнитися до суду, крім випадків, коли держава може пред'явити «відповідні та достатні» підстави у виправданні продовженого тримання під вартою<sup>1</sup>.

Відповідно до ч. 4 ст. 156 КПК строк тримання під вартою обчислюється з моменту взяття під варту, а якщо взяттю під варту передувало затримання підозрюваного, - з моменту затримання. У строк тримання під вартою включається час перебування особи на стаціонарному експертному дослідженні у психіатричній медичній установі будь-якого типу. У разі повторного взяття під варту особи у тій самій справі, а також по приєднаній до неї або виділеній з неї справі або пред'явлення нового обвинувачення строк тримання під вартою обчислюється з урахуванням часу тримання під вартою раніше. Строки тримання під вартою під час досудового слідства закінчуються в день надходження справи до суду (ч. 5 ст. 156 КПК).

Згідно з ч. 1 ст. 156 КПК тримання під вартою під час досудового слідства не повинно тривати більше двох місяців.

У випадках, коли у цей строк розслідування справи закінчити неможливо, а підстав для скасування чи зміни запобіжного заходу на більш м'який немає, він може бути продовжений:

1) до чотирьох місяців – за поданням, погодженим з прокурором, який здійснює нагляд за додержанням законів органами дізнання і досудового слідства, або самим цим прокурором, суддею того суду, який виніс постанову про застосування запобіжного заходу;

2) до дев'яти місяців – за поданням, погодженим з заступником Генерального прокурора України, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міст Києва і Севастополя та прирівняних до них прокурорів, або самим цим прокурором у справах про тяжкі і особливо тяжкі злочини, суддею апеляційного суду;

3) до вісімнадцяти місяців – за поданням, погодженим з Генеральним прокурором України, його заступником, або самим цим прокурором в особливо складних справах про особливо тяжкі злочини, суддею Верховного Суду України.

<sup>1</sup> Case of Smirnova v. Russia (Application no. 46133/99 and 48183/99) Judgment Strasbourg 24 July 2003. The European Court of Human Rights < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.htm> >, станом на 8. 02. 2008 р.

Для порівняння зазначимо, що згідно з КПК Республіки Молдова (ч. 3 ст. 186), КПК Республіки Казахстан (ст. 153), КПК Республіки Узбекистан (ст. 245) максимальний строк взяття під варту на стадії досудового провадження кримінальної справи становить 12 місяців<sup>1</sup>.

У Шотландії з 1701 р. існує знамените правило «110 днів»: якщо справа по обвинуваченню особи, яка знаходиться під вартою, направлена до суду, то судовий розгляд має початися не пізніше вказаного строку. У противному випадку кримінальне переслідування анулюється, і особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за даний злочин<sup>2</sup>. У Нідерландах справа може бути розглянута судом, якщо прокурор направить її до суду протягом 100 днів з моменту арешту. У США згідно акту «Про скорі судочинство» (§ 3161-3174 розділу 18 Зводу законів США) обвинувальний акт має бути пред'явлений обвинуваченому протягом 30 днів з дня його арешту або першого виклику повісткою – у противному випадку справа підлягає закриттю<sup>3</sup>.

Максимальний строк тримання під вартою, на наш погляд, повинен забезпечувати баланс інтересів правосуддя і прав громадян на свободу та особисту недоторканність. На думку деяких правників, строк тримання під вартою має дорівнювати дев'яти місяцям<sup>4</sup>. В. Руднев пропонує зменшити граничний строк тримання під вартою до одного року, а щодо неповнолітніх – до шести місяців<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова. Закон Республіки Молдова № 122-XV от 14 марта 2003 г. с изменениями и дополнениями на 19 февраля 2007 г. – Chişinău, 2007. – 234 с.; Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Казахстан // <http://lawlib.freenet.uz/laws/kazah/kazlaws.html>, станом на 23.01. 2007 р.; Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Узбекистан // <http://www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=889>.

<sup>2</sup> Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. Изд. 2-е, доп. и испр. – Изд-во «Зерцало-М», 2002. – С. 110.

<sup>3</sup> Цит. за ст. *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Комментарий к УПК Российской Федерации. СПб., 2003. – С. 80.

<sup>4</sup> *Бойков А., Крючкова Е., Тропин С.* Ещё один шаг судебной реформы // Рос. юстиция. – 1995. – № 4. – С. 19.

<sup>5</sup> *Руднев В.* Как нам сократить число арестованных? // Рос. юстиция. – 2000. – № 6. – С. 4.

Разом із тим згідно з ч. 1 ст. 156 КПК продовження строку тримання під вартою до вісімнадцяти місяців можливе лише в особливо складних справах про особливо тяжкі злочини. Проте законодавець не визначає поняття «особливо складна справа». У кримінально-процесуальній науці особливо складними справами визнаються кримінальні справи, в яких значна кількість обвинувачених, свідків, необхідно провести велику кількість складних судових експертиз, опрацювати багато епізодів злочинної діяльності<sup>1</sup>; справи про злочини, вчинені організованими злочинними угрупованнями; по обвинуваченню багатьох осіб; відносно осіб, що вчинили серію тяжких та особливо тяжких злочинів (вбивства, статеві злочини) на території декількох областей; пов'язаних з висуненням багаточисельних слідчих версій, перевірка яких вимагає значного часу; пов'язаних з екстрадицією обвинувачених, отриманням результатів окремих доручень, надісланих за кордон, тощо<sup>2</sup>. Однак, виходячи зі змісту п. 3 ч. 2 ст. 156 КПК, таке продовження може здійснюватися в особливо складних справах про особливо тяжкі злочини, тобто злочини, за які Кримінальним кодексом України передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі<sup>3</sup>. Аналіз цієї правової норми дозволяє стверджувати, що звернення слідчого до Верховного Суду України з поданням про продовження строку тримання під вартою є правомірним лише тоді, коли обвинуваченому пред'явлено обвинувачення за вчинення особливо тяжкого злочину.

Зазначимо, що ч. 2 ст. 127 проекту КПК України (реєстр. № 1233) встановлює більш детальну диференціацію продовження

<sup>1</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України. Наук.-практ. коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – К.: Юрисконсульт, КНТ. – 2003. – С. 313.

<sup>2</sup> Уголовно-процесуальний кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Под общей редакцией В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленына. – Х., 2003. – С. 400.

<sup>3</sup> Кримінальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-тє вид., переробл. та допов. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. – С. 35.

строків тримання під вартою: до 4, 6, 9 та 18 місяців<sup>1</sup>. Проте ця стаття проекту КПК надає можливість продовжити строк тримання під вартою обвинуваченого до 18 місяців не лише по справах про особливо тяжкі злочини (як це передбачено чинним законодавством), а й про тяжкі злочини, що суттєво розширює коло осіб, щодо яких стає можливим тримання під вартою до суду протягом тривалого часу. Ми підтримуємо позицію авторів, які вважають, що «...такий підхід не можна визнати соціально виправданим і він з точки зору захисту прав людини є своєрідним кроком назад, оскільки знижує рівень гарантованості прав обвинуваченого в кримінальному процесі»<sup>2</sup>.

Процедура та порядок продовження строків тримання під вартою передбачені статтями 156 та 165<sup>3</sup> КПК. Спробуємо проаналізувати положення цих статей, зупиняючись на тих проблемних питаннях, що виникають як у теорії, так і на практиці, і тому потребують негайного вирішення.

За змістом закону (ч. 1 ст. 165<sup>3</sup> КПК) слідчий за погодженням з відповідним прокурором або прокурор звертається до суду з поданням про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою. Саме таку позицію зайняв Пленум Верховного Суду України, вказавши у п. 19 постанови від 25 квітня 2003 р. № 4, що це подання підлягає розгляду лише за умови, що воно згідно з ч. 1 ст. 165<sup>3</sup> КПК погоджене з відповідним прокурором, та що строки проведення досудового слідства продовжено відповідно до ст. 120 КПК.

При наданні слідчим подання про продовження строку тримання під вартою прокурор має можливість вивчити матеріали справи, заслухати доклад слідчого, дати письмові вказівки тощо. На нашу думку, слідчий повинен знайомити прокурора з планом подальшого розслідування справи. Це має свій сенс, адже прокурор, ознайомившись із планом розслідування, може не погодитись на продов-

<sup>1</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 13 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. / <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>2</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 100.

ження строку тримання під вартою при відсутності необхідності у цьому. Або може погодитися з продовженням строку тримання під вартою до трьох місяців, а не до чотирьох, тощо.

А. Д. Назаров справедливо зауважує, що прокурор, вирішуючи питання про продовження строків тримання під вартою, повинен особисто допитувати обвинувачених з питань визнання вини, заявлення клопотань, незаконних методів ведення слідства, забезпечення права на захист тощо. Це дозволить уникнути порушень конституційних прав особи та інших слідчих помилок<sup>1</sup>.

Тому критичної оцінки заслуговує позиція І. Петрухіна і А. Рогаткіна, що процесуальна самостійність дозволяє слідчому звертатися з поданням до суду без згоди прокурора. Як зазначають автори, це призведе до спрощення процесуальної форми і скорочення часу, який витрачає слідчий<sup>2</sup>. Ми вважаємо, що згода прокурора є додатковою гарантією дотримання закону і прав громадян при продовженні строків тримання під вартою.

Таким, що заслуговує на увагу, є питання щодо архітекtonіки подання про продовження строку тримання під вартою. Згідно з ч. 1 ст. 165<sup>3</sup> КПК у поданні зазначаються причини, у зв'язку з якими необхідно продовжити строк, обставини та факти, що належить дослідити, докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою, яка тримається під вартою, і обґрунтування необхідності збереження цього запобіжного заходу<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Назаров А. Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. – СПб.: Юрид. центр Пресс. – 2003. – С. 174-175.

<sup>2</sup> Петрухин И., Рогаткин А. О реформе уголовно-процессуального права // Законность. – 1996. – № 2. – С. 39.

<sup>3</sup> У рішенні Європейського суду з прав людини «Ткачов проти України» (Case of Tkachov v. Ukraine) Суд визнав порушення п. 3 ст. 5 Конвенції (хоча заявника було визнано винним та засуджено до довічного ув'язнення). Обставини справи: 11 грудня 1999 р. прокурором Черкаської обласної прокуратури було обрано заявнику запобіжний захід у вигляді взяття під варту. Обґрунтуванням обрання такого запобіжного заходу було наступне: «...заявник скоїв тяжкий злочин, може переховуватися від слідства та суду, а також перешкоджати об'єктивному встановленню обставин справи». З 11 до 17 грудня 1999 р. заявнику та трьом його співучасникам було пред'явлене обвинувачення у вчиненні вбивства, розбою з використанням зброї, підпалу та участь в злочинній групі.



На нашу думку, у поданні доцільно вказувати підстави застосування і причини збереження даного запобіжного заходу, докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою, яка тримається під вартою, виконані у зв'язку з розслідуванням по справі слідчі дії, а також ті дії, які ще необхідно виконати для встановлення обставин, що мають значення по справі.

31 січня 2000 р. прокурором області було продовжено строк тримання заявника під вартою до п'яти місяців у зв'язку з обвинуваченням його у вчиненні кількох тяжких злочинів. З цих же причин 28 квітня 2000 р. прокурором області було продовжено строк тримання під вартою до шести місяців.

Заявник стверджував про порушення про порушення п. 3 ст. 5 Конвенції у зв'язку з тим, що загальна тривалість його тримання під вартою була надмірною. На думку Суду, для цілей п. 3 ст. 5 Конвенції, має братись до уваги весь період, протягом якого заявник залишався під вартою «з метою припровадження його до компетентного судового органу за наявності обгрунтованої підозри у вчиненні правопорушення». Він також включає період тримання заявника під вартою, протягом якого йому було надано доступ до матеріалів справи в ході досудового провадження. Таким чином, строк тримання заявника під вартою склав 2 роки та 16 днів.

Суд погодився, що факт того, що заявник був підозрюваним у вчиненні тяжких злочинів на початку виправдовувало тримання заявника під вартою. Суд зазначив, що на додаток до серйозної підозри у постанові прокурора про взяття заявника під варту також містилось посилення на наявність ризику втечі заявника та його переховування від правосуддя у разі його звільнення. Проте прокурор обмежився повторюванням формальних підстав для взяття під варту, зазначених у ст. 148 КПК. Ці підстави були викладені без будь-якої спроби продемонструвати, яким чином вони застосовуються по відношенню до справи заявника.

Крім того, ні можливість втечі, ні можливість чинити перепони слідству не були зазначені у постановках від 31 січня та 28 квітня 2000, відповідно до яких заявнику було продовжено строк тримання під вартою під час досудового слідства до шести місяців. Більш того, ухвала обласного суду від 2 жовтня 2000 р. – єдине судові рішення щодо тримання заявника під вартою, на яке сторони посилалися у своїх зауваженнях, – не містила жодної підстави продовження строку тримання заявника під вартою під час досудового слідства.

Таким чином, навіть якщо такі ризики містилися у першій постанові про взяття під варту, Суд не може оцінити, чи продовжували вони виправдовувати позбавлення заявника свободи протягом усього періоду, що розглядається. Таким чином, Суд визнав порушення п. 3 ст. 5 Конвенції (див.: Рішення Європейського суду з прав людини «Ткачов проти України» від 13 грудня 2007 р. // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 31. – С. 289-294).

Матеріали узагальнення практики свідчать, що у більшості випадків зазначались такі причини і обставини для продовження строку тримання під вартою: проведення слідчих дій, витребування документів, кримінальних справ, отримання відповіді на запити, необхідність з'ясувати додаткові дані про обвинувачених, проведення оперативно-розшукових заходів, встановлення кола осіб, причетних до вчинення злочину, кола обвинувачених тощо.

Чинним кримінально-процесуальним законодавством України не передбачено обов'язку слідчого чи прокурора, які звертаються з поданням до суду про продовження строку тримання під вартою, ознайомлювати з ним обвинуваченого чи його захисника.

Разом з тим відповідно до ст. 32 Конституції України кожний громадянин має право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею.

Правові позиції Європейського суду з прав людини свідчать про те, що частина інформації, зібраної в ході слідства, не повинна розкриватися, щоб не дати можливості підозрюваному знищити докази чи підірвати судовий розгляд. Проте Суд констатував, що ця виправдана мета не може досягатися за рахунок суттєвих обмежень права захисту<sup>1</sup>. Таким чином, обвинувачений має право знати, які підстави покладені органами досудового слідства в обгрунтування подання про продовження строків тримання під вартою до розгляду цього питання в суді. Як справедливо зазначає А. Г. Шиян, обвинуваченому та його захиснику має бути вручена копія даного подання слідчого негайно після направлення його до суду<sup>2</sup>. Це буде відповідати принципу забезпечення обвинуваченому права на захист.

Згідно з ч. 2 ст. 165<sup>3</sup> КПК подання про продовження строку тримання під вартою повинно бути подане до суду:

<sup>1</sup> Бортновська З. Реалізація права на свободу і особисту недоторканність в українському кримінальному процесі // Право України. – 2003. – № 10. – 107.

<sup>2</sup> Шиян А. Г. Проблеми продовження строків тримання під вартою обвинуваченого ще залишаються невирішеними // Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ України. – 2007. – № 2 (33). – Дніпропетровськ: Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2007. – С. 297.

1) при продовженні строку тримання під вартою до чотирьох місяців – не пізніш як за п'ять діб до закінчення строку тримання під вартою;

2) при продовженні строку тримання під вартою до дев'яти місяців – не пізніше п'ятнадцяти діб до закінчення строку тримання під вартою;

3) при продовженні строку тримання під вартою до вісімнадцяти місяців – не пізніше двадцяти діб до закінчення строку тримання під вартою;

4) при продовженні строку тримання під вартою для ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи – не пізніш як за п'ять діб до закінчення граничного строку тримання під вартою<sup>1</sup>.

Проте на практиці іноді подання про продовження строків тримання під вартою надходять до суду з порушенням вказаних строків. У зв'язку з цим виникає питання щодо правових наслідків такого порушення. На думку В. Паневіна, слід звільняти особу з-під варту й обирати до неї інший запобіжний захід<sup>2</sup>. П. М. Каркач, М. Й. Курочка, С. М. Іванов вважають, що порушення слідчими вказаних вимог закону у кожному конкретному випадку вимагає правової оцінки з боку прокурора<sup>3</sup>. На нашу думку, оскільки

<sup>1</sup> До речі, ч. 8 ст. 109 КПК РФ передбачає, що подання про продовження строку тримання під вартою повинно бути подано до суду не пізніше ніж за 7 діб до його закінчення (див.: Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С. 251).

Згідно з ч. 6 ст. 186 КПК Республіки Молдови при необхідності продовження строку попереднього арешту обвинуваченого, підсудного прокурор не пізніше 5 діб до закінчення його строку звертається до суду (див.: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. Закон Республики Молдова № 122-ХV от 14 марта 2003 г. с изменениями и дополнениями на 19 февраля 2007 г. – Chişinău, 2007. – С. 96).

<sup>2</sup> *Паневін В.* Хто має право змінити запобіжний захід // Закон і бізнес. – 2003. – № 20. – С. 6.

<sup>3</sup> *Каркач П. М., Курочка М. Й., Іванов С. М.* Контроль за додержанням законності в ході дізнання та досудового слідства: Навч. посіб. / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2007. – С. 100.

КПК не визначає правових наслідків такого порушення і воно не є підставою для відмови у розгляді подання, то слушною є пропозиція тих авторів, які вважають, що у такому разі суд зобов'язаний реагувати окремою постановою<sup>1</sup>.

Зауважимо, що розробники проекту КПК України (реєстр. № 1233) пішли іншим шляхом, передбачивши, що подання про продовження строку тримання під вартою повинно бути подано до відповідного судді за місцем провадження досудового розслідування у строки, які є достатніми для розгляду цього подання, до закінчення строку тримання під вартою (ч. 3 ст. 138)<sup>2</sup>.

На нашу думку, така нечіткість визначення строків закономірно буде породжувати їх неоднозначне тлумачення науковцями і практиками й може призвести до надання слідчим відповідного подання у надто короткий строк, коли суддя об'єктивно не зможе його розглянути. Разом із тим суд, розглядаючи подання про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою, виступає гарантом недопущення незаконного і необґрунтованого обмеження прав і свобод громадян у кримінальному судочинстві. Тому ми вважаємо недоцільним відмовлятися від встановлених у ч. 2 ст. 165<sup>3</sup> КПК строків.

Відповідно до ч. 6 ст. 156 КПК матеріали закінченої розслідування кримінальної справи повинні бути пред'явлені обвинуваченому, взятому під варту, та його захисникові не пізніш як за місяць до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого ч. 2 цієї статті<sup>3</sup>. Тим самим, у випадку, якщо ма-

<sup>1</sup> *Мищенко С. М., Солоткий С. А.* Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 5. – С. 48; Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (методичні рекомендації). – К.: Атіка, 2004. – С. 59.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>3</sup> Як правомірно зауважує О. М. Дроздов, внаслідок порушення правил юридичної техніки і виходячи з граматичного тлумачення строку тримання під вартою, встановленого ч. 2 ст. 156 КПК, законодавець крім граничного строку тримання під вартою, встановленого ч. 2 ст. 156 КПК, припускає і наявність у КПК іншого граничного строку, але не називає його (див.: *Дроздов О. М.* Джерела

теріали кримінальної справи було пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з порушенням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого ч. 2 цієї статті, то після його закінчення обвинувачений підлягає негайному звільненню. При цьому за обвинуваченим та його захисником зберігається право на ознайомлення з матеріалами справи (ч. 7 ст. 156 КПК).

За загальним правилом продовження строків тримання під вартою більше 18 місяців не допускається і обвинувачений підлягає негайному звільненню. Проте винятком є ч. 8 ст. 156 КПК України, згідно з якою, якщо матеріали кримінальної справи було пред'явлено з додержанням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вартою, але його виявилось недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, зазначений строк може бути продовжено суддею апеляційного суду за поданням слідчого, погодженим з Генеральним прокурором України чи його заступником, або за поданням цього прокурора чи його заступника. На це орієнтує й постанова Пленуму Верховного Суду України від 11 червня 2004 р. № 10 «Про внесення доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4 «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства». Так, у п. 20<sup>1</sup> даної постанови вказується, що подання слідчого, Генерального прокурора України, його заступника про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою з метою закінчення ознайомлення останнього та його захисника з матеріалами кримінальної справи (ч. 8 ст. 156 КПК) суд приймає до свого провадження лише за умови, що ці матеріали були пред'явлені обвинуваченому та його захисникові не пізніше ніж за місяць до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого ч. 2 ст. 156 КПК. Якщо з таким поданням звертається слідчий, воно має бути погоджене з Генеральним прокурором України чи його заступником.

При розгляді подання суддя апеляційного суду з'ясовує причини, з яких місячний термін виявився недостатнім для ознайомлення з

кримінально-процесуального права України: Монографія. – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2008. – С. 119).

матеріалами кримінальної справи, а також перевіряє наявність підстав для скасування чи зміни запобіжного заходу. За змістом закону продовження строку тримання під вартою допускається лише в разі, коли ознайомитися з матеріалами кримінальної справи протягом місяця було неможливо з поважних причин, – в особливо складних, багатоепізодних чи багатотомних справах, у справах про особливо тяжкі злочини чи щодо великої кількості обвинувачених тощо<sup>1</sup>.

Проте деякі вчені заперечують проти такої можливості. Як вказує Ю. І. Стецовський, «ознайомлення зі справою – право, а не обов'язок обвинуваченого, суд не повинен, визнавши ознайомлення необхідним, примушувати обвинуваченого виконувати цю роботу і оплачувати її ціною позбавлення людини свободи»<sup>2</sup>. Поділяючи в цілому таку точку зору, М. І. Капінус зауважує, що «звільнення обвинуваченого з-під варту може поставити під загрозу можливість здійснення в майбутньому правосуддя і здійснення прав і законних інтересів інших учасників процесу... Тому можливість цільового продовження граничного строку тримання під вартою до моменту закінчення ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами кримінальної справи слід розглядати як вимушений компроміс між забезпеченням прав особи й досягненням мети кримінального судочинства»<sup>3</sup>.

Згідно ч. 8 ст. 156 КПК, коли у справі беруть участь кілька обвинувачених, яких тримають під вартою, і хоча б одному з них строку, передбаченого ч. 6 цієї статті виявилось недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, то зазначене подання може бути внесено стосовно того обвинуваченого (обвинувачених), які ознайомилися з матеріалами справи, якщо не відпала необхідність

<sup>1</sup> Про внесення доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4 «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства»: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 11 червня 2004 р. № 10 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 7 (47). – С. 12.

<sup>2</sup> *Стецовський Ю. І.* Право на свободу і личную неприкосновенность: нормы и действительность: – М.: Дело, 2000. – С. 186.

<sup>3</sup> *Капінус Н. І.* Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе: Монография. – М.: Издательский дом «Буквед», 2007. – С. 300.

у застосуванні до нього (до них) взяття під варту і відсутні підстави для обрання іншого запобіжного заходу.

На нашу думку запропонований процесуальний механізм видається непослідовним: чому повинні утримуватися під вартою ті обвинувачені, які вже ознайомилися зі справою? У цьому контексті заслугове на підтримку позиція П. Л. Фріса, який справедливо зазначає, що запобіжний захід являє собою адресний інститут, який застосовується до конкретної особи, а не універсальний, який поширюється одразу на всіх обвинувачених. Про це свідчить у першу чергу порядок його обрання – питання про застосування запобіжного заходу вирішується суддею індивідуально відносно конкретної особи. Так само і вираховуватись і припинятись він повинен індивідуально – відносно конкретної особи<sup>1</sup>. Висловлюючи свою точку зору з цього приводу, В. Ю. Мельников зазначає, що тримання під вартою особи у зв'язку з тим, що інші обвинувачені продовжують ознайомлюватися з матеріалами справи, має бути розцінено як дозвільне застосування арешту, що виходить за конституційно встановлені межі можливого обмеження прав і свобод людини<sup>2</sup>.

Критичної оцінки заслугове й позиція законодавця щодо невизначення строку, на який може бути продовжено тримання обвинуваченого під вартою для ознайомлення з матеріалами справи. Проблема тривалості строків тримання обвинуваченого під вартою при ознайомленні з матеріалами справи залишається достатньо гострою. Положення п. 8 ст. 156 КПК викликало правомірну критику ряду вчених у зв'язку з тим, що вказана норма закону допускає виникнення ситуацій, коли обвинувачені можуть триматися під вартою протягом строку, що перевищує строк покарання у вигляді позбавлення волі, передбачений кримінальним законом за інкримінований їм злочин. А. В. Смирнов і К. Б. Калиновський зазначають, що строк тримання під вартою під час ознайомлення з матеріала-

<sup>1</sup> Фріс П. Л. Питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту у світлі дотримання прав особи // Вісн. Луган. акад. внутр. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України: Наук.-теорет. журнал. Спец. вип.: У 2 ч. Ч. 1: Нове кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство та завдання юридичної підготовки кадрів ОВС України. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2002. – С. 27-28.

<sup>2</sup> Мельников В. Ю. Сроки содержания под стражей // Рос. судья. – 2007. – № 9. – С. 33-34.

ми справи має бути обумовлений, насамперед, ініціативою самого обвинуваченого продовжувати знайомитися зі справою<sup>1</sup>. На думку Т. В. Корчевої, обвинувачений сам, а також за погодженням із захисником повинен вирішити питання про строк, необхідний йому для ознайомлення, і заявити про це клопотання<sup>2</sup>.

Слід зазначити, що у рішенні по справі «Барановський проти Польщі» (Case of Baranovskiy v. Poland) Європейський суд схилився до висновку, що практика тримання особи під вартою без конкретної правової підстави, а лише через відсутність чітких правил, що регулюють положення особи, яка тримається під вартою, у результаті чого особа може бути позбавлена волі на невизначений строк без судового рішення, несумісна з принципами правової визначеності і захисту від свавілля<sup>3</sup>. Така ж правова позиція закріплена і в постанові Конституційного Суду Російської Федерації від 22 березня 2005 р. № 4-п у справі про перевірку конституційності ряду положень Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації, що регламентують порядок і строки застосування взяття під варту як запобіжного заходу на стадіях попереднього розслідування і направлення кримінальної справи до суду<sup>4</sup>.

Дане питання має бути вирішене і в КПК України, оскільки йдеться про обмеження права на свободу на особисту недоторканність особи.

<sup>1</sup> Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Комментарий к УПК Российской Федерации. – СПб., 2003. – С. 307-308.

<sup>2</sup> Корчева Т. В. Проблемы діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції: Монографія. – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 113.

<sup>3</sup> Рішення Європейського Суду з прав людини // <http://www.echr.gu./documents/decisions.htm>.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 марта 2005 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан // Дайджест официальных материалов и публикаций периодической печати конституционного правосудия в странах СНГ и Балтии. – 2005. – № 7. – С. 84.



За загальним правилом обвинуваченого і його захисника не можна обмежувати в часі, потрібному їм, щоб ознайомитися з усіма матеріалами справи (ч. 6 ст. 218 КПК). Ця норма виступає процесуальною гарантією права на захист. Проте у п. 20<sup>2</sup> постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 закріплено, що з урахуванням конкретних обставин справи чи в разі встановлення фактів, які свідчать про зволікання обвинуваченого та його захисника з ознайомленням із матеріалами справи, суддя може визначити строк, протягом якого воно має бути закінчене. В останньому випадку суддя роз'яснює обвинуваченому чи його захисникові, що при подальшому зволіканні слідчий вправі мотивованою постановою визнати, що вони відмовилися від ознайомлення з матеріалами справи, і, виконавши вимоги статей 220-223 КПК, направити її прокуророві в порядку, передбаченому ст. 225 КПК.

Однак, як вказує І. Ю. Гловацький, винесення слідчим мотивованої постанови, якою він обмежив ознайомлення з матеріалами справи певним строком, вимагає наявності достатніх доказів для такого рішення. Сам факт тривалого ознайомлення з матеріалами справи не свідчить про зволікання закінчення справи. На практиці рідко трапляються випадки офіційного обмеження слідчим права обвинуваченого та його захисника на ознайомлення з матеріалами справи<sup>1</sup>.

У кримінально-процесуальній літературі висловлені точки зору й щодо необхідності продовження строків тримання під вартою за іншими підставами. Так, на думку А. Р. Туманянц і С. Б. Фоміна, у КПК України має бути передбачена можливість продовження строків тримання під вартою для: 1) розгляду слідчим клопотань, заявлених при ознайомленні з матеріалами справи; 2) провадження додаткових слідчих дій; 3) ознайомлення потерпілого і його представника, цивільного позивача чи цивільного відповідача, їхніх представників з усіма додатковими матеріалами, а у разі їх клопотання – з усією справою; 4) складання обвинувального висновку; 5) розгляду прокурором справи, яка надійшла до нього з обвинувальним висновком; 6) додаткового розслідування, якщо справу повертає прокурор зі своїми письмовими вказівками. При цьому

<sup>1</sup> Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2003. – С. 196.

суд повинен визначати час, на який будуть продовжені строки тримання під вартою<sup>1</sup>.

Окремої уваги заслуговує процедура розгляду судом подання про продовження строків тримання під вартою.

За ч. 3 ст. 165<sup>3</sup> КПК, одержавши подання, суддя вивчає матеріали кримінальної справи, при необхідності опитує обвинуваченого, особу, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, після чого залежно від наявності до того підстав виносить постанову про продовження строку тримання під вартою за винятком випадку, передбаченого ч. 7 ст. 156 цього Кодексу, або відмовляє в його продовженні.

У контексті розглядуваного питання виникає проблема особистої участі обвинуваченого у даному судовому засіданні. Постанова Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 зазначає, що питання про участь обвинуваченого у розгляді зазначеного подання вирішується суддею у кожному конкретному випадку з урахуванням поданих клопотань. Обвинувачений доставляється до суду, наприклад, тоді, коли певні обставини можна з'ясувати тільки шляхом його опитування (стан здоров'я, обґрунтованість його заяв про неправильне ведення чи безпідставне затягування розслідування справи, наявність у нього бажання й фінансових можливостей бути звільненим під заставу тощо) (п. 19). На жаль, положення про обов'язкову участь обвинуваченого у даному судовому засіданні перенесено і до проекту КПК (реєстр. № 1233) (ч. 4 ст. 138)<sup>2</sup>.

Ми пропонуємо передбачити обов'язкову участь обвинуваченого у судовому засіданні при вирішенні питання про продовження строків тримання під вартою, що відповідатиме принципу забезпечення права на захист обвинуваченого. Зрозуміло, що обов'язковість доставки до суду і допиту обвинуваченого може спричинити деякі проблеми, що вимагають свого вирішення. Так, через об'єктивні причини (наприклад, захворювання обвинуваченого) він не завжди може бути доставлений до суду і допитаний суддею. На дум-

<sup>1</sup> Туманянц А., Фомін С. Строки судового розгляду кримінальних справ та тримання під вартою // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 11. – С. 48.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проект (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.

ку Т. В. Корчевої, у виняткових випадках, враховуючи об'єктивні причини, суддя має право продовжити строк тримання під вартою без допиту обвинуваченого, але на час, протягом якого існують ці об'єктивні обставини – неможливість доставлення до суду. Після того як доставити буде можливим, суддя, допитавши обвинуваченого, приймає рішення про продовження строку тримання під вартою<sup>1</sup>. До речі, КПК Російської Федерації закріплює правило, згідно з яким розгляд судом подання про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою в його відсутності не допускається, за винятком випадків перебування обвинуваченого на стаціонарній судово-психіатричній експертизі та інших обставин, що виключають можливість його доставки до суду, що має підтверджуватися відповідними документами (ч. 13 ст. 109)<sup>2</sup>. До інших обставин, як роз'яснив Пленум Верховного Суду Російської Федерації в ухвалі від 5 березня 2004 р. № 1 «Про застосування судами норм Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації» у п. 13, може бути віднесено, зокрема, хвороба обвинуваченого, стихійне лихо, погані метеоумови, карантин у місці тримання під вартою. На підтвердження вказаних випадків відповідними документами суду належить розглянути таке подання у порядку, передбаченому ч. 4 ст. 108 КК РФ. При цьому участь захисника у судовому засіданні є обов'язковою<sup>3</sup>.

Пленум Верховного Суду України у п. 20 вищезазначеної постанови звернув увагу судів на обов'язковість дотримання передбаченої ч. 3 ст. 165<sup>3</sup> КПК процедури розгляду подання слідчого чи прокурора про продовження строку тримання під вартою. Розглядаючи таке подання, суддя з'ясовує обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (статті 148,

<sup>1</sup> Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції: Монографія. – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 115.

<sup>2</sup> Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С. 251-252.

<sup>3</sup> О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. № 1 // Законность. – 2004. – № 5. – С. 59.

150, 155, 165<sup>2</sup> КПК), а також умови, за яких продовження строку є можливим (ст. 156 КПК). Суддя, зокрема, з'ясовує, чи дійсно немає можливості закінчити розслідування справи в раніше визначені строки, або підстав для скасування чи заміни запобіжного заходу на більш м'який, або можливості направити справу до суду в частині доведеного обвинувачення. Європейський суд з прав людини зазначає, що відповідно до ч. 3 ст. 5 Конвенції державні органи, які вирішують питання про доцільність продовження попереднього ув'язнення особи, повинні оцінити можливість застосування альтернативних запобіжних заходів (справа «Сулаоа проти Естонії» (Case of Sulaoya v. Estonia))<sup>1</sup>.

За результатами розгляду суддя може прийняти рішення про продовження строку тримання під вартою чи про відмову в цьому. Дана постанова має бути мотивованою. У ній повинні міститися конкретизовані підстави продовження дії даного запобіжного заходу, а також обґрунтування того, що тривалість розслідування справи не порушує права особи на судовий розгляд упродовж розумного строку.

У зв'язку з цим практичного значення набуває питання, чи вправі суд, розглядаючи подання слідчого про продовження строку тримання під вартою, змінити цей строк? Матеріали узагальнення практики свідчать про те, що іноді мають місце випадки продовження судом строку тримання під вартою на 5-10 діб, коли слідчий вносив подання про продовження строку тримання під вартою на два місяці і більше. На думку С. Казіахмедова, підтримуючи подання слідчого про продовження строку тримання під вартою, прокурор приймає рішення з урахуванням всієї сукупності даних про стан слідства по конкретній кримінальній справі. Суд не має реальної можливості з'ясувати, який строк є необхідним для виконання всіх слідчих дій, тому строки, зазначені у поданні, не підлягають корегуванню<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Європейський Суд з прав людини: Матеріали практики (2004-2005pp.). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. – Серія II. Коментарі прав і законодавства. Вип.6. – Львів, 2006. – С.128.

<sup>2</sup> Казіахмедов С. УПК РФ: успех или проблемы? // Законность. – 2007. – № 2. – С. 37-38.

Певні особливості має порядок продовження строку тримання обвинуваченого під вартою при поверненні судом справи на додаткове розслідування. За ч. 9 ст. 156 КПК при поверненні судом справи прокуророві на додаткове розслідування строк тримання обвинуваченого під вартою обчислюється з моменту надходження справи прокурору і не може перевищувати двох місяців. Подальше продовження зазначеного строку провадиться з урахуванням часу перебування обвинуваченого під вартою до направлення справи до суду в порядку і у межах, встановлених ч. 2 цієї статті. Як зазначає А. П. Шелепа, «складається враження, що при направленні справи судом на додаткове розслідування органи досудового слідства мають право на два додаткові (понад максимальні) строки тримання обвинуваченого під вартою. Така невизначеність цієї норми закону дає змогу органам досудового слідства «планувати» безмежне тримання обвинуваченого під вартою шляхом осмисленого створення обставин для неодноразового направлення справи судом на додаткове розслідування, кожного разу отримуючи все нові й нові двомісячні строки тримання обвинуваченого під вартою»<sup>1</sup>.

На практиці іноді виникають процесуальні ситуації, коли особа обвинувачується у вчиненні кількох злочинів, за кожним з яких поетапно порушується кримінальна справа і здійснюється окреме провадження. У зв'язку з обвинуваченням у вчиненні одного зі злочинів за наявності законних підстав застосовується запобіжний захід у вигляді взяття під варту. Наприкінці загального двомісячного строку перебування особи під вартою слідчий, який розслідує інший злочин, у вчиненні якого вона обвинувачується, також звертається до суду з відповідним поданням про застосування такого ж запобіжного заходу. Таким чином, обвинувачений може триматися під вартою фактично чотири місяці без застосування передбаченої законом процедури продовження строку дії цього запобіжного заходу. Ми підтримуємо точку зору В. П. Шпоньки та О. Г. Шило про те, що коли в поданні слідчого йдеться про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо особи, яка вже фактично заарештована, суддя місцевого суду повинен відмовляти в обранні даного запобіжного заходу. Подальше тримання цієї осо-

<sup>1</sup> Шелепа А. П. Порушення конституційного права людини на свободу та особисту недоторканність // Адвокат. – 2005. – № 5. – С. 30.

би під вартою можливе лише за умови продовження строку дії цього запобіжного заходу в передбаченому законом порядку<sup>1</sup>.

Заслугує на увагу проблема обчислення строків тримання під вартою осіб, які затримуються для екстрадиції на території інших держав. Враховуючи, що питання щодо обчислення строків тримання під вартою вказаних осіб КПК України не вирішене, доцільно звернутися до Інструктивної вказівки Генеральної прокуратури України від 16. 03. 2000 р., у якій зазначено, що весь період перебування обвинуваченого під вартою з моменту виконання за кордоном санкції відповідного прокурора враховується при обчисленні строків слідства і тримання під вартою по кримінальних справах даної категорії. Таке вирішення цієї проблеми, з одного боку, повністю відповідає інтересам захисту прав обвинуваченого, оскільки його свобода обмежується на підставі рішення компетентного органу України, з другого – суттєво ускладнює провадження по кримінальній справі, адже в тих випадках, коли розгляд клопотання та етапування обвинуваченого здійснюються протягом кількох місяців, визначені кримінально-процесуальним законодавством України строки досудового слідства та взяття під варту закінчуються. У зв'язку з цим деякі практичні працівники висловлюють пропозиції щодо доцільності обчислення строків досудового слідства та тримання обвинуваченого під вартою з моменту перетинання виданою особою кордону України. Ми погоджуємося з Т. С. Гавриш, що у цьому випадку застосування запобіжного заходу набуває свавільного, неконтрольованого характеру, що суттєво порушує право на свободу й особисту недоторканність<sup>2</sup>. У зв'язку з цим на підтримку заслугує позиція розробників проекту КПК України (реєстр. № 1233): ч. 2 ст. 664 визначає, що час затримання та тримання під вартою особи, яка видається в Україну, на території запитуваної держави, а також час її етапування зараховуються в загальний строк відбування покарання, призначеного вироком суду України. Таке

<sup>1</sup> Шпонька В. П., Шило О. Г. Взяття під варту та продовження його строків на стадії досудового розслідування кримінальної справи: проблеми правозастосування // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 8 (48). – С. 47.

<sup>2</sup> Гавриш Т. С. Теорія та практика міжнародної допомоги в кримінальних справах (проблеми сучасного співробітництва України): Монографія. – Х.: Право, 2006. – С. 144.

вирішення даної проблеми відповідає вимогам Мінської конвенції та Протоколу до неї від 28.03.1997 р., ст. 61<sup>1</sup> якого передбачає, що час тримання особи під вартою, взятої під варту відповідно до положень статей 60, 61, 61<sup>2</sup> Конвенції, у випадку її видачі зараховується до загального строку тримання під вартою, передбаченого законодавством Договірної Сторони, до якої вона видана (до речі, й ст. 74 Кишинівської конвенції встановлює таке ж правило)<sup>1</sup>. Проте, згідно з п. 8 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 «час, протягом якого особа доставлялася до населеного пункту, в якому діє суд (у тому числі в порядку екстрадиції з території іншої держави), до строку тримання під вартою, визначеного ст. 156 КПК, не зараховується»<sup>2</sup>.

Підводячи підсумок розгляду питань, пов'язаних з продовженням строку тримання під вартою, слід зазначити, що незважаючи на актуальність цієї проблеми для правозастосовної практики, рівень її розробленості не можна визнати достатнім. У цій сфері є багато прогалин, які необхідно усунути шляхом внесення до чинного законодавства відповідних змін. Процесуальний порядок продовження строків тримання під вартою має реально забезпечувати право особи на свободу та особисту недоторканність.

## § 6. Процесуальний порядок зміни або скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

Запобіжний захід у вигляді взяття під варту обирається лише за наявності сукупності підстав, передбачених законом. Разом з тим вони можуть змінюватися у ході розслідування кримінальної спра-

<sup>1</sup> Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22. 01. 1993 р., Протокол до неї від 29.03.1997 р. (ратифікований Законом України від 03. 03.1998 р.) / [http:// zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi).

<sup>2</sup> Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003р. № 4 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 3 (37). – С. 8.

ви, і обґрунтовано обраний найсуворіший запобіжний захід втрачає підстави для подальшого застосування.

Слід зазначити, що в п. 14 Рекомендації R (80) 11 Комітету міністрів державам-членам Ради Європи про взяття під варту (прийнята представниками міністрів 27.06.80) зазначено: взяття під варту до суду повинно переглядатися протягом розумно коротких інтервалів часу, які мають бути встановлені законом чи судовим органом. При такому перегляді слід брати до уваги всі зміни в обставинах, які відбулися з того моменту, коли особу було взято під варту<sup>1</sup>. На цьому наголошують і правники<sup>2</sup>. Як зазначає О. Толочко, при появі нових обставин або змін у процесуальному положенні особи, яка тримається під вартою, слід переглядати рішення про взяття її під варту, яке раніше було законним<sup>3</sup>. На необхідність періодичної перевірки наголошують і А. П. Гуськова, В. А. Ємельянов, С. О. Заїка, Н. Н. Ковтун, В. Ю. Мельников<sup>4</sup>. Практика Європейського суду з прав людини передбачає, що «тлумачення п. 4 як такого, що виключає можливість перевірки законності такого тримання лише з тієї підстави, що перше рішення приймалося судом, протирічило б цілям і завданням ст. 5. Сам характер розглядуваного типу позбавлення волі, мабуть, вимагає контролю через розумні проміжки часу»<sup>5</sup>. Сама приро-

<sup>1</sup> Рекомендація R (80) 11 Комітета Міністрів державам-членам Союзу Європи о заключении под стражу (принята представителями Министров 27.06.80) // Рос. юстиция. – 2002. – № 10. – С. 71.

<sup>2</sup> *Елесин В.И.* Избрание меры пресечения – заключение под стражу. – М., 1972. – С. 27.

<sup>3</sup> *Толочко О.* Міжнародно-правові стандарти захисту права особи на свободу і особисту недоторканність // Юрид. журнал. – 2006. – № 3 (45). – С. 127.

<sup>4</sup> *Гуськова А. П., Емельянов В. А.* О практике судебного контроля за законностью и обоснованностью применения заключения под стражу в предварительном расследовании // Рос. судья. – 2004. – № 4. – С. 13; *Заїка С. О.* Строки у кримінальному процесі України в контексті європейських стандартів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – К., 2006. – С. 5. *Ковтун Н. Н.* Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России. – Н. Новгород: Нижегородская правовая академия, 2002. – С. 170-172; *Мельников В. Ю.* Сроки содержания под стражей // Рос. судья. – 2007. – № 9. – С. 34.

<sup>5</sup> *Де Сальвиа М.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции



да попереднього взяття під варту коротких проміжків часу (між двома заявами про звільнення), оскільки, с точки зору Конвенції, йдеться про захід із чітко обмеженим строком (п. 3 ст. 5), бо вона ґрунтується, в основному, на необхідності швидкого проведення розслідування. (...) Проміжок часу в один місяць здається розумним розумним»<sup>1</sup>. Як вважають А. Гуляев і О. Зайцев, періодична перевірка обґрунтованості застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинна мати публічний (офіційний, обов'язковий) характер<sup>2</sup>. Проте діюче кримінально-процесуальне законодавство України не передбачає обов'язку органів досудового слідства проводити періодичний перегляд обґрунтованості тримання особи під вартою. Ми вважаємо, що таку перевірку повинен проводити прокурор.

За загальним правилом, встановленим ч. 4 ст. 165 КПК, запобіжний захід скасовується або змінюється, коли відпаде необхідність у запобіжному заході або в раніше обраному запобіжному заході. Як бачимо, закон не конкретизує підстави для зміни або скасування запобіжного заходу. На наш погляд, така позиція законодавця є цілком логічною, оскільки неможливо передбачити вичерпний перелік підстав для скасування або зміни вказаного запобіжного заходу з огляду на різноманітність випадків, які можуть виникати на практиці. Так, запобіжний захід у вигляді взяття під варту скасовується у випадках, якщо:

- 1) цілі, заради яких він був обраний, досягнуті і застосовувати його надалі немає необхідності;
- 2) підстави для подальшого його застосування відсутні;
- 3) кримінальна справа щодо підозрюваного (обвинуваченого) закрита;
- 4) закінчилися граничні строки тримання під вартою.

Підставами для зміни запобіжного заходу тримання під вартою на більш м'який може бути:

---

о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 265.

<sup>1</sup> Решение Европейского суда по правам человека «Бецикери против Италии» от 25.10.1989 г. // <http://www.echr.ru/documents/decisions.htm>.

<sup>2</sup> Гуляев А., Зайцев О. Заключение под стражу на предварительном следствии // Законность. – 2003. – № 4. – С. 17.

1) виявлення нових, раніше невідомих обставин, які виключають його застосування (наприклад, має місце перекваліфікація діяння підозрюваного (обвинуваченого) на статтю КК, санкція якої не передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк більше трьох років);

2) закінчення граничного строку тримання обвинуваченого під вартою;

3) інші дії, які вказують на те, що підозрюваний (обвинувачений) не ухилиться від слідства й суду, не перешкоджатиме встановленню істини у справі, тощо;

4) погіршення стану здоров'я підозрюваного (обвинуваченого).

Заслугує на увагу, з нашого погляду, проблема, пов'язана зі зміною менш суворого запобіжного заходу на взяття під варту. Чинним законодавством передбачено випадки, коли така зміна запобіжного заходу є можливою. Так, за ч. 4 ст. 165<sup>1</sup> КПК при оголошенні постанови про обрання запобіжних заходів, не пов'язаних з триманням під вартою, особа попереджається, що у разі порушення покладених на неї обов'язків та її неналежної поведінки до неї може бути застосовано більш суворий запобіжний захід. Проте, за загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 155 КПК, взяття під варту застосовується в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки. У виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі і на строк не більше трьох років. Постанова Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 передбачає, що коли особа підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років, взяття під варту допускається лише у виняткових випадках. Це можливо, наприклад, коли особа порушила умови запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі (п. 3). Таким чином, аналіз ч. 1 ст. 155, ч. 4 ст. 165<sup>1</sup> КПК та п. 3 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 у системному зв'язку дозволяє дійти висновку, що згідно з чинним законодавством України змінити запобіжний захід на взяття під варту можливо, зокрема, якщо особа підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі.

У зв'язку з цим наведемо приклад: до особи, яка підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину, за який Кримінальним кодексом України не передбачено покарання у вигляді позбавлення волі, застосована підписка про невиїзд. Цей запобіжний захід полягає в тому, що підозрюваний (обвинувачений) дає письмове зобов'язання не відлучатися з місця постійного проживання або з місця тимчасового перебування без дозволу слідчого чи суду<sup>1</sup>. Протягом певного часу органи досудового розслідування отримують докази того, що ця особа збирається ухилитися від слідства й суду шляхом переїзду на постійне місце проживання до іншої країни. Виникає закономірне питання: яким чином можна припинити неправомірні дії підозрюваного (обвинуваченого)? Як свідчить практика, у таких процесуальних ситуаціях правозастосувачі підписку про невиїзд змінюють на взяття під варту.

З першого погляду таке рішення є незаконним, оскільки однією з підстав застосування даного запобіжного заходу є вчинення особою злочину, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі. Проте деякі практичні працівники вважають це правомірним з огляду на те, що у таких випадках мова йде не про застосування, а про зміну запобіжного заходу на взяття під варту. У зв'язку з тим, що КПК не передбачає обмежень щодо зміни запобіжного заходу, це дозволяє правозастосувачам змінювати запобіжний захід на взяття під варту навіть у справах, коли законом взагалі не передбачено покарання у вигляді позбавлення волі. Виходячи із загальних положень чинного законодавства щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, це є грубим порушенням конституційного права особи на свободу та особисту недоторканність. З іншого боку, попередити неправомірну поведінку підозрюваного (обвинуваченого) у вищеведеному випадку неможливо інакше, як змінити йому запобіжний захід на взяття під варту з метою виконання завдань кримінального судочинства, зокрема, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності (ст. 2 КПК).

Проблемним на практиці та дискусійним у кримінально-процесуальній теорії є питання щодо порядку зміни та скасування запобіжно-

<sup>1</sup> Кримінальний процес України: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю. М. Грошевий, Т. М. Мірошніченко, Ю. В. Хоматов та ін.; За ред. Ю. М. Грошево-го та В. М. Хотенця. – Х.: Право, 2000. – С. 265.

го заходу у вигляді взяття під варту, оскільки чинне законодавство в цій частині є не досить чітким. Відповідно до ч. 2 ст. 165 КПК заміна одного запобіжного заходу іншим або його скасування здійснюється органом дізнання, слідчим, прокурором, суддею чи судом з додержанням вимог, передбачених ч. 1 цієї ж статті. У зазначеній же частині йдеться про те, що запобіжний захід у вигляді взяття під варту застосовується лише за вмотивованою постановою судді чи ухвалою суду, а інші запобіжні заходи застосовуються також і за постановою органу дізнання, слідчого, прокурора. Тобто за логікою законодавця, той, хто обрав запобіжний захід, той і вправі його змінити. На думу деяких вчених, саме таке тлумачення ст. 165 КПК узгоджується з п. 4 ст. 5 Конвенції про захист прав і основоположних свобод про те, що рішення про звільнення від арешту приймає суд<sup>1</sup>.

Між тим згідно із ч. 3 ст. 165 КПК у разі закриття справи, закінчення строку тримання під вартою, якщо цей строк не продовжено в установленому законом порядку, та в інших випадках звільнення особи з-під варту на стадії досудового розслідування здійснюється на підставі постанови органу дізнання чи слідчого, які проводять досудове розслідування у справі, або прокурора, про що вони негайно повідомляють суд, який обрав цей запобіжний захід.

Таким чином, діюче законодавство щодо зміни або скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є таким, що не дозволяє однозначно вирішити питання про те, хто має право за наявності на те підстав змінювати або скасовувати найсуворіший запобіжний захід. У порядку констатації зазначимо, що КПК ФРГ передбачає судовий порядок зміни запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на більш м'який запобіжний захід<sup>2</sup>; КПК РФ (ст. 110) дозволяє вирішувати питання зміни (скасування) даного запобіжного заходу постановою органів досудового розслідування<sup>3</sup>. Неоднозначною є й практика застосування

<sup>1</sup> Іллюк Ф. Взяття під варту: практика застосування запобіжного заходу // Юрид. вісн. України. – 2007. – № 8. – С. 6.

<sup>2</sup> Уголовно-процесуальный кодекс Федеративной Республики Германии // <http://paarschool.narod.ru>

<sup>3</sup> Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С. 254.

кримінально-процесуального законодавства у цій сфері на території України.

Слід зазначити, що у кримінально-процесуальній доктрині існують два підходи до вирішення даної проблеми. Перший полягає в тому, що обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту належить до виняткової компетенції суду, а змінити його на більш м'який запобіжний захід можуть також орган дізнання, слідчий та прокурор. Такої точки зору дотримуються Ф. Багаутдинов, С. Міщенко, В. Паневін, П. Пилипчук, С. Солоткий, І. Трунов, Л. Трунова<sup>1</sup>. Так, на думку С. Міщенка і С. Солоткого, «звернення до суду за відповідною санкцією є недоцільним, оскільки у такому разі суд фактично перебирає на себе функції досудового слідства, чим порушить процесуальну незалежність слідчого»<sup>2</sup>. К. В. Попов зауважує, що судова процедура скасування даного запобіжного заходу потребує значного часу (надання подання до суду, його розгляд), чим суттєво порушуються права осіб, взятих під варту<sup>3</sup>. Протилежний погляд ґрунтується на тому, що обраний судом запобіжний захід може бути змінений чи скасований тільки судом<sup>4</sup>, оскільки будь-яке судове рішення (в тому числі й щодо обрання запобіжного заходу) може бути змінено або скасовано тільки вищим судом, тобто судом апеляційної чи касаційної інстан-

<sup>1</sup> Багаутдинов Ф. Н. Обеспечение публичных и личных интересов при расследовании преступлений. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 537; Міщенко С. М., Солоткий С. А. Узяття під варту: особливості судового розгляду подань та законодавчі прогалини // Закон і бізнес. – 2003. – № 10. – С. 6; Паневін В. Хто має право змінити запобіжний захід // Закон і бізнес. – 2003. – № 20. – С. 6; Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верхов. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 49; Трунов І. Л., Трунова Л. К. Меры пресечения в уголовном процессе. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 311.

<sup>2</sup> Міщенко С. М., Солоткий С. А. Узяття під варту: особливості судового розгляду подань та законодавчі прогалини // Закон і бізнес. – 2003. – № 10. – С. 6.

<sup>3</sup> Попов К. В. Проблемы участия суда в применении мер пресечения: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 1996. – С. 183.

<sup>4</sup> Іллюк Ф. Взяття під варту: практика застосування запобіжного заходу // Юрид. вісн. України. – 2007. – № 8. – С. 6.

ції<sup>1</sup>. Такої точки зору дотримуються А. Богдановський, В. Клочков, В. Кузник, Л. Мартинякін<sup>2</sup>. Так, на думку В. Кузника, при наданні прокурору права змінювати чи скасовувати запобіжний захід у вигляді взяття під варту йому буде надано фактичне право скасовувати рішення суду, що є недопустимим, і будуть порушені як права особи, щодо якої розглядається запобіжний захід, так і принципи демократизму. «Як свідчить судова практика, у всіх справах, де прокурори змінювали запобіжний захід взяття під варту на інший, створювалася тяганина при розгляді справ, порушувалися права інших учасників судового процесу, що є неприпустимим. Такі дії принижують авторитет судової системи...»<sup>3</sup>. А. Богдановський вважає, що надання органу дізнання, слідчому, прокурору права скасовувати або змінювати запобіжний захід, обраний судом, применшує роль суду і може призвести до корупційних проявів<sup>4</sup>.

Спробуємо дослідити це питання. Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини та Конституція України передбачають судовий порядок розгляду питання щодо застосування до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, оскільки він найбільшим чином обмежує конституційне право на свободу та особисту недоторканність. Виконуючи функцію судового контролю, суд розглядає питання щодо застосування до підозрюваного (обвинуваченого) даного запобіжного заходу та за наявності підстав може обрати його. На нашу думку, оскільки йдеться про покращення становища підозрюваного (обвинуваче-

<sup>1</sup> Кузник В. Хто має змінити запобіжний захід? // Закон і бізнес. – 2003. – № 20. – С. 7; Курільчук І. Взяття під варту: співвідношення прокурорського нагляду та судового контролю // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 5. – С. 162.

<sup>2</sup> Богдановский А. Избрание и продление срока заключения под стражу судом // Законность. – 2005. – № 2. – С. 32; Клочков В. Прокурорський нагляд за законністю та обґрунтованістю обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 6. – С. 46-47; Кузник В. Хто має змінити запобіжний захід? // Закон і бізнес. – 2003. – № 20. – С. 7; Мартинякин Л. Ф. О функциях и полномочиях суда в досудебном производстве // Рос. судья. – 2004. – № 8. – С. 12.

<sup>3</sup> Кузник В. Хто має змінити запобіжний захід? // Закон і бізнес. – 2003. – № 20. – С. 7.

<sup>4</sup> Богдановский А. Избрание и продление срока заключения под стражу судом // Законность. – 2005. – № 2. – С. 32.

ного), порядок зміни (скасування) найсуворішого запобіжного заходу має бути більш простим порівняно з його обранням. Це буде гарантією дотримання прав особи і дозволить уникнути зволікання при прийнятті рішення щодо звільнення особи з-під варту. Тому ми вважаємо, що дізнавач, слідчий за згодою прокурора або прокурор за наявності відповідних підстав можуть змінити даний запобіжний захід. Звернення до суду у даному випадку впливало б на оперативність прийняття рішення, якщо особу слід звільнити негайно, наприклад, в останній день строку тримання під вартою. Слід зазначити, що КПК України взагалі не передбачає процедури звернення до суду при вирішенні питання щодо зміни (скасування) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Як зазначає П. П. Пилипчук, «було б нелогічним звернення з поданням до суду про зміну чи скасування цього запобіжного заходу у випадках, коли строки тримання під вартою закінчилися чи було істотно зменшено обсяг обвинувачення або відпала необхідність тримати особу під вартою у зв'язку зі зміною обстановки тощо»<sup>1</sup>. Тому, якщо обвинувачений (його захисник) вважають подальше тримання під вартою недоцільним, він має право звернутися з клопотанням до органу дізнання, слідчого чи прокурора про зміну (скасування) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, і за наявності підстав слідчий за згодою прокурора або прокурор повинен задовольнити це клопотання і негайно звільнити особу. До речі, у проєкті КПК (реєстр. № 1233) передбачено, що скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту чи його зміна на більш м'який запобіжний захід на стадії досудового розслідування може бути проведено прокурором або за його згодою особою, яка здійснює дізнання, чи слідчим за їх ініціативою чи за клопотанням взятої під варту особи чи її захисника (ч. 3 ст. 132)<sup>2</sup>.

Частина 3 ст. 165 КПК зобов'язує слідчого, орган дізнання, прокурора у разі звільнення особи з-під варту повідомляти суд,

<sup>1</sup> Пилипчук П. П. Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верхов. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 49.

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України: проєкт (реєстраційний № 1233) від 12 грудня 2007 р. / Автори: народні депутати України Мойсик В. Р., Вернидубов І. В., Ківалов С. В., Кармазін Ю. А. // <http://zakon.rada.gov.ua>.

який обрав цей запобіжний захід. Проте така вимога законодавця викликає обґрунтовані дискусії. З одного боку, якщо суд приймає рішення про обрання до обвинуваченого (підозрюваного) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, то він має бути повідомлений про зміну або скасування даного запобіжного заходу. Так, на думку І. Л. Трунова і Л. К. Трунової, при зміні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту дізнавач, слідчий та прокурор зобов'язані письмово повідомити суд, який фіксує цей факт у справі про обрання запобіжного заходу щодо конкретної особи<sup>1</sup>. С. М. Міщенко, С. А. Солоткий стверджують, що форми здійснення судового контролю у питаннях щодо зміни запобіжного заходу, обраного судом (це стосується всіх запобіжних заходів, обраних судом) мають бути спрощеними, динамічними<sup>2</sup>. М. І. Сірий називає це «усіченим судовим контролем»<sup>3</sup>. Виникає питання: як повинен діяти суд у разі непогодження з рішенням слідчого, прокурора про зміну (скасування) даного запобіжного заходу? Адже в законі відсутній кримінально-процесуальний механізм зміни судом даного рішення і залишення в силі постанови про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У зв'язку з цим є справедливим зауваження В. Паневіна про те, що «у разі незгоди судді з таким рішенням у нього немає жодних важелів для того, щоб вплинути на орган дізнання, слідчого чи прокурора»<sup>4</sup>. Водночас наділення такими повноваженнями суд буде свідчити про наявність в його діяльності обвинуваль-ного ухилу.

Таким чином відсутність регламентованих законом дій суду у даному випадку свідчить про формальний судовий контроль при зміні (скасуванні) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. За логікою, є недоцільним й повідомлення суду про прийняте рі-

<sup>1</sup> Трунов І. Л., Трунова Л. К. Меры пресечения в уголовном процессе. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 311.

<sup>2</sup> Міщенко С. М., Солоткий С. А. Узяття під варту: особливості судового розгляду подань та законодавчі прогалини // Закон і бізнес. – 2003. – № 10. – С. 6.

<sup>3</sup> Сірий М. І. Українська модель здійснення судового контролю на досудових стадіях кримінального процесу // Адвокат. – 2005. – № 9. – С. 7.

<sup>4</sup> Паневін В. Хто має право змінити запобіжний захід // Закон і бізнес. – 2003. – № 20. – С. 6.



шення. Тому заслуговує на підтримку позиція розробників проекту КПК України, який не передбачає повідомлення суду у таких випадках (ч. 4 ст. 132).

У досудовому провадженні по кримінальній справі зміна (скасування) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту здійснюється на підставі постанови органу дізнання, слідчого, прокурора. Згідно з ч. 2 ст. 165<sup>1</sup> КПК України у постанові про зміну запобіжного заходу зазначаються прізвище, ім'я та по батькові, вік, місце народження особи, щодо якої змінюється запобіжний захід, вчинений нею злочин, відповідна стаття Кримінального кодексу України, обраний запобіжний захід і підстави його зміни, а також визначається особа чи орган, які повинні здійснювати контроль за виконанням постанови. У постанові про скасування запобіжного заходу повинні бути зазначені підстави для його скасування.

Постанова про зміну (скасування) запобіжного заходу обов'язково оголошується під розписку особі, щодо якої вона винесена. Одночасно особі роз'яснюються порядок і строки оскарження постанови (ч. 3 ст. 165<sup>1</sup> КПК України). Ми вважаємо, що повинна вручатися копія даного рішення особі, щодо якої винесена постанова. На нашу думку, право на отримання копії прийнятого рішення органу дізнання, слідчого, прокурора про зміну (скасування) будь-якого з перелічених у законі запобіжних заходів, зокрема взяття під варту, повинен мати і потерпілий. Як нами вже зазначалося, він вправі брати участь у судовому розгляді подання щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Тому потерпілому обов'язково повинна бути надана копія рішення про зміну (скасування) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і одночасно роз'яснюватися право та порядок його оскарження. Потерпілий та його представник повинні також мати право заявляти клопотання про зміну (скасування) будь-якого запобіжного заходу, передбаченого законом, і про результати його розгляду.

Копія постанови про зміну або скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту негайно направляється до адміністрації місця тримання під вартою й підлягає негайному виконанню. Постанова, вирок або ухвала про звільнення особи, взятої під варту, підлягає виконанню негайно після їх надходження до місця

попереднього ув'язнення (ст. 20 Закону України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р.)<sup>1</sup>.

Таким чином, аналіз питань, викладених у підрозділі, дозволяє зробити висновок, що діючий механізм зміни (скасування) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є не досить чітким, а тому потребує подальшого удосконалення.

---

<sup>1</sup> Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30. 06. 1993 р. / <http://zakon.rada.gov.ua>.

## ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ СУДУ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ

### § 1. Підстави та суб'єкти оскарження рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

Передбачене ст. 55 Конституції України право кожного на оскарження судових рішень та дій державних органів, посадових осіб є важливою гарантією захисту прав учасників кримінального процесу. Особливо це стосується тих процесуальних рішень суду, які суттєво обмежують конституційні права особи. У даному випадку йдеться про обмеження права на свободу та особисту недоторканність, яке застосовується до вирішення кримінальної справи по суті.

Кримінально-процесуальним законодавством України визначено, що апеляційний суд перевіряє законність і обґрунтованість рішень місцевих судів щодо обрання, зміни чи скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою. Взагалі практика апеляційної перевірки зазначених рішень є новою, тому виникла необхідність зупинитися на розгляді спірних питань щодо застосування законодавства в цій сфері. Актуальність питання апеляційного оскарження рішення суду щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту зумовлена важливістю гарантій забезпечення й захисту прав особи, недосконалістю чинного механізму, а в деяких випадках і відсутністю можливості оскарження прийнятих із цього приводу судових рішень (наприклад, щодо продовження строку тримання під вартою). Науковий інтерес до означеного питання пояснюється ще й недостатньою його дослідженістю у вітчизняній кримінально-процесуальній науці. Окремі аспекти цієї проблеми знайшли своє відбиття в роботах Д. Захарова, В. Зубара, О. Курила, В. Маляренка, Т. Марітчака, М. Маркуш, В. Мариніва, С. Міщенко,

А. Павлишина, В. Паневіна, І. Приміча, В. Саніна, А. Солдатенка, С. Солоткого, О. Шило, І. С. Яковець та ін<sup>1</sup>.

Разом із тим залишилися невирішеними питання стосовно суб'єктів і строків апеляційного оскарження рішення суду щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, кола осіб судового розгляду апеляції, які обов'язково повинні брати участь у судовому засіданні, осіб, участь яких є факультативною, та ін.

<sup>1</sup> *Захаров Д. О.* Правова природа та система рішень апеляційного суду у кримінальному судочинстві: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2005. – 204 с.; *Зубар В.* Проблемні питання застосування кримінально-процесуального законодавства // *Право України.* – 2003. – № 11. – С. 85-89; *Курило О.* Особливості розгляду справ про взяття особи під варту та продовження строків тримання під вартою // *Юрид. Україна.* – 2005. – № 8. – С. 64-68; *Маляренко В. Т.* Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. – К., 2004. – 600; *Він же.* Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 512 с.; *Марітчак Т. М.* Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами // *Вісн. Верхов. Суду України.* – 2002. – № 6 (34). – С. 37-40; *Маркуш М. А.* Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 208 с.; *Маринів В., Шило О.* Застосування щодо підсудного запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та його оскарження // *Прокуратура, людина, держава.* – 2005. – № 12. – С. 92-97; *Міщенко С. М., Солоткий С. А.* Взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства // *Вісн. Верхов. Суду України.* – 2003. – № 5. – С. 43-48; *Павлишин А. А., Солдатенко А. В.* Проблеми оскарження рішення суду (судді) про взяття під варту, прийнятого на судових стадіях // *Життя і право.* – 2004. – № 1. – С. 61-65; *Паневін В.* Хто має право змінити запобіжний захід // *Закон і бізнес.* – 2003. – № 20. – С. 6; *Приміч І.* Запобіжний захід – взяття під варту // *Прокуратура, людина, держава.* – 2004. – № 6 (36). – С. 66-70; *Санін В.* Взяття під варту: спірні питання // *Юрид. вісн. України.* – 2004. – № 20. – С. 9; *Він же.* Спірні питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // *Юрид. журнал.* – 2004. – № 4 (22). – С. 121-123; *Яковець І. С.* Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – 112 с.

По-перше, розглянемо питання щодо підстав оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. З нашого погляду, такими підставами є неправомірність рішення суду (а) про обрання обвинуваченому (підозрюваному) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; (б) про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У зв'язку з цим неправомірним є рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, яке винесено: з порушенням процесуального закону (наприклад, за відсутності обвинуваченого, підозрюваного), при недостатності підстав для обрання даного запобіжного заходу, неврахованні даних про особу затриманого, інших обставин, які мають значення для прийняття законного і обґрунтованого рішення, формального підходу судді до вивчення матеріалів кримінальної справи, відсутності доказів, які свідчать на користь обрання (відмови в обранні) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, тощо.

По-друге, необхідно визначити коло осіб, які мають право подати апеляцію на зазначені рішення суду. Їх перелік наведено в ч. 7 ст. 165<sup>2</sup> КПК, відповідно до якої на постанову судді до апеляційного суду прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, його захисником чи законним представником протягом трьох діб з дня її винесення може бути подана апеляція. Саме таку позицію зайняв і Пленум Верховного Суду України, звернувши увагу в постанові від 25 квітня 2003 р. № 4 на те, що перелік осіб, які згідно з ч. 7 ст. 165<sup>2</sup> КПК вправі подати апеляції на постанову судді про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту чи відмову в його обранні, є вичерпним. На нашу думку, така позиція законодавця заслуговує критичної оцінки. Вважаємо необхідним законодавчо розширити коло осіб, які мають право подавати апеляцію на зазначені рішення суду. Спробуємо обґрунтувати свою позицію.

Право підозрюваного (обвинуваченого), захисника чи законного представника на оскарження рішення суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту не викликає дискусій й одностайно сприйнято як ученими-процесуалістами, так і практичними працівниками. Що ж стосується права прокурора подати апеляцію, то за п. 8 ст. 348 КПК таке право має прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок. Аналіз цієї статті дозволяє

констатувати, що прокурор, який затверджував обвинувальний висновок у справі, не може подавати апеляцію на постанову суду про відмову у взятті під варту через відсутність такого висновку. Отже, апеляцію на таке рішення має право подавати лише прокурор, який брав участь у розгляді подання судом першої інстанції, що інколи фізично унеможлиблює внесення апеляцій на неправосудні рішення судів, оскільки прокурор може бути переведений на іншу посаду або звільнений. У зв'язку з цим слушно думку, яка поділяється нами, висловив І. Приміч: доцільно наділити правом подавати апеляцію на рішення суду про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту також прокурора, який попередньо надав згоду на подання слідчого із цього питання<sup>1</sup>.

Аналіз наукових праць щодо вирішення проблеми участі потерпілого в процесі оскарження рішення суду про відмову в обранні до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту дає підстави для висновку, що нині з цього приводу в процесуальній теорії склалося два основних погляди. Перший полягає в тому, що оскільки потерпілий не є учасником судового розгляду при вирішенні питання про застосування до особи запобіжного заходу, він не має права й оскаржувати постанову суду щодо арешту обвинуваченого<sup>2</sup>. Другий – у тому, що потерпілому необхідно надати право оскарження зазначеного судового рішення, що відповідає інтересам захисту прав і законних інтересів даного учасника кримінального процесу<sup>3</sup>.

Конституція України в ч. 2 ст. 55 гарантує право кожному на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів держав-

<sup>1</sup> Приміч І. Запобіжний захід – взяття під варту // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 6 (36). – С. 70.

<sup>2</sup> Цоколова О. И. Заключение под стражу подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления. – М., 2002. – С. 54.

<sup>3</sup> Абабков А. Защитить права потерпевшего // Рос. юстиция. – 1997. – № 3. – С. 17; Він же. Право потерпевшего на судебную защиту // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 1996. – № 3. – С.91; Брусницын Л. В. Меры пресечения – меры безопасности для участников уголовного процесса // Рос. юстиция. – 2005. – № 6. – С. 23-24; Буланова Н. В. Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Науч.- метод. пособие / Под ред. доктора юрид. наук М. Е. Токаревой. – М.: Юрлитинформ, 2005. – С. 97.

ної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб. Частина 3 ст. 49 КПК передбачає право потерпілого подавати скарги на дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора й суду. Ми вважаємо, що для забезпечення цього права потерпілий має бути повідомлений про обрання (або відмову в цьому), зміну, скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (або іншого запобіжного заходу) особою, яка прийняла відповідне рішення, та про порядок оскарження останнього. Як зазначає М. А. Маркуш, «змагальність проявляється в рівних можливостях сторін подавати апеляції у випадках, якщо сторона незадоволена рішенням суду»<sup>1</sup>. У випадках, коли судове рішення може спричинити шкоду конституційним правам і свободам потерпілого, право останнього на оскарження, на наш погляд, не повинно обмежуватися. Потерпілий (його представник) при оскарженні постанови суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинен мати право доводити наявність у діях підозрюваного, обвинуваченого іншого складу злочину, іншої кваліфікації його діяння, обґрунтовувати необхідність обрання даного запобіжного заходу, представляти докази на користь своєї позиції тощо.

Критичної оцінки заслуговує пропозиція В. Саніна про необхідність закріплення на законодавчому рівні права слідчого, органу дізнання подавати апеляції на зазначені рішення суду, беручи до уваги те, що ці особи є активними учасниками розгляду подання, а права подавати апеляцію вони позбавлені<sup>2</sup>. Здається, що процесуальної необхідності в цьому немає, тому що слідчий тільки за погодженням із прокурором звертається до суду з поданням про обрання до особи цього запобіжного заходу. Як роз'яснив Пленум Верховного Суду України в п. 4 постанови від 25 квітня № 4, судді не повинні брати до провадження подання, внесені відповідно до ст. 165<sup>2</sup> КПК, якщо на порушення ч. 2 цієї статті вони не були погоджені з прокурором або той з ними не погодився, або зі змісту подання незрозуміло, який саме прокурор (його посада і прізвище)

<sup>1</sup> Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 155.

<sup>2</sup> Санін В. Взяття під варту: спірні питання // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 20. – С. 9.

дав згоду (п. 4). За логікою, якщо слідчий (орган дізнання) не є самостійним суб'єктом звернення до суду при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, то він не є й суб'єктом оскарження зазначеного рішення в апеляційному порядку. Прокурор, здійснюючи нагляд за тим, щоб ніхто не зазнав затримання або арешту інакше як на підставі й у порядку, передбаченому законом, має вирішувати питання подачі апеляції на рішення суду. Таким чином, вважаємо недоцільним надання такого права слідчому або органу дізнання.

Викликає інтерес також проблема, пов'язана з можливістю оскарження рішення суду щодо обрання (або відмови в цьому) такого запобіжного заходу іншими особами. Згідно з п. 12 ст. 348 КПК, апеляцію мають право подати й «інші особи у випадках, передбачених цим Кодексом». Як зазначає В. Т. Малярєнко, це особи, інтересів яких стосуються постанови суду, передбачені статтями 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК<sup>1</sup>. У зв'язку з цим привертає увагу положення ст. 123 КПК Російської Федерації, в якому визначено, що дії (бездіяльність) і рішення органу дізнання, дізнавача, слідчого, прокурора й суду можуть бути оскаржені у встановленому порядку учасниками кримінального судочинства, а також іншими особами у тій частині, в якій ці процесуальні дії і рішення зачіпають їх інтереси<sup>2</sup>. Аналізуючи цю норму, Л. В. Брусніцин зауважує, що бездіяльність, яка виражається у незастосуванні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, може бути оскаржена не лише потерпілим, але й іншими учасниками кримінального судочинства, наприклад, свідками, а також іншими особами, якщо процесуальні рішення, що приймаються, у тому числі про незастосування конкретного запобіжного заходу, зачіпають їх законні інтереси<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Малярєнко В. Т. Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. – К., 2004. – С. 379; *Він же*. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 231.

<sup>2</sup> Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С. 271.

<sup>3</sup> Брусніцын Л. В. Меры пресечения – меры безопасности для участников уголовного процесса // Рос. юстиция. – 2005. – № 6. – С. 24.



Так, рішення суду про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту може зачіпати інтереси свідка в разі реальних погроз щодо нього з боку обвинуваченого (підозрюваного). Рішення суду про обрання зазначеного запобіжного заходу може стосуватися законних інтересів й юридичних осіб: наприклад, коли без керівництва або активної участі особи, взятої під варту, неможлива подальша ефективна діяльність підприємства. У такому разі юридична особа повинна мати право, на наш погляд, оскаржити відповідне рішення суду.

На думку автора цієї монографії, апеляція на рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту може бути подана особою, інтересів якої стосується це рішення, з достатнім обґрунтуванням порушення прав і законних інтересів відповідної особи.

Таким чином, закріплення права на оскарження іншими особами рішення суду щодо застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту буде одним з напрямків реального забезпечення прав осіб, законні інтереси яких зачіпаються даними рішеннями суду.

## § 2. Перевірка правомірності рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

Кримінально-процесуальним законодавством передбачена можливість оскарження рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, продовження строків тримання під вартою в апеляційному порядку<sup>1</sup>. Слід підкреслити, що сфера застосування даного оскарження недостатньо досліджена в теоретичному плані і майже нерегульована на законодавчому рівні.

<sup>1</sup> У кримінально-процесуальній літературі існує точка зору, що доцільно закріпити на законодавчому рівні право оскарження зазначених рішень суду не в апеляційному порядку, а в порядку окремого оскарження (спеціальний порядок, в якому оскаржуються та переглядаються судові рішення, якими не закінчується розгляд справи) (див.: *Костюченко О. Ю.* Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – С. 48).

Необхідність перевірки вищестоящим судом постанов про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту зазначалася у роботах таких вчених, як І. Л. Трунов, Л. В. Трунова, О. Г. Васильєва та ін<sup>1</sup>. Проте варто комплексно підійти до вирішення спірних питань, що виникають у процесі оскарження зазначених рішень суду, з огляду на їх значення у сфері забезпечення прав і свобод громадян.

Згідно з ч. 5 ст. 349 КПК України апеляція на постанову судді, винесену в порядку, передбаченому статтями 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК, подається безпосередньо до апеляційного суду. При цьому, як зазначено в п. 17 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, якщо апеляція в межах строку, передбаченого ч. 7 ст. 165<sup>2</sup> КПК, надійшла до суду, який розглядав подання, останній має негайно направити її разом із відповідними матеріалами до апеляційного суду. Однак суди не завжди дотримуються вказаних вимог, що призводить до необґрунтованого затягування розгляду апеляцій. За ч. 7 ст. 165<sup>2</sup> КПК на постанову судді до апеляційного суду прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, його захисником чи законним представником до апеляційного суду протягом трьох діб з дня її винесення може бути подана апеляція. Подача апеляції не зупиняє виконання постанови судді. Залишився таким же строк оскарження зазначених постанов до суду апеляційної інстанції і в проекті КПК України (реєстр. № 1233): апеляція подається безпосередньо протягом трьох діб з моменту оголошення, якщо інше не передбачено цим Кодексом (ч. 6 ст. 528).

У цьому контексті актуальним є питання відновлення строку на апеляційне оскарження у разі його пропуску: який суд у даному випадку є компетентним і які подальші дії судді у разі подачі апеляції на такі постанови з пропуском встановленого строку?

Відповідно до ч. 3 ст. 353 КПК питання про відновлення строку на апеляційне оскарження вирішується в судовому засіданні судом, який розглядав справу. Проте апеляція на постанову суду

<sup>1</sup> *Трунов І. Л., Трунова Л. К.* Меры пресечения в уголовном процессе. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 274; *Васильєва О. Г.* Проблемы ограничения неприкосновенности личности в уголовном процессе: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Уфа, 2002. – С. 113.

щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або про продовження строку тримання під вартою подається безпосередньо до апеляційного суду, оскільки згідно із ч. 1 ст. 382 КПК апеляції на ці постанови повинні бути розглянуті не пізніше як через три доби після їх надходження до апеляційного суду, а вирішення питань щодо прийняття апеляцій в загальному порядку фактично унеможлиблює їх розгляд у вказаний строк. У зв'язку з цим на підтримку заслуговує позиція розробників проекту КПК України (реєстр. № 1233): це питання має вирішувати суддя апеляційного суду з повідомленням про час його розгляду прокурора чи іншої особи, яка заявила клопотання. Постанова судді оскарженню не підлягає (ч. 6 ст. 533).

Згідно з ч. 1 ст. 382 КПК апеляції на постанови судді, винесені у порядку статей 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК, розглядаються не пізніше як через три доби після їх надходження до апеляційного суду. Встановлені законом жорсткі часові межі для розгляду таких апеляцій мають на меті забезпечити оперативність з'ясування законності застосування цього запобіжного заходу й недопущення тривалого часу перебування особи під вартою без достатніх законних підстав. Оскарження даного виду постанов не зупиняє їх виконання, у зв'язку з чим апеляційна перевірка повинна бути здійснена у максимально короткий строк<sup>1</sup>. Проте вчені-процесуалісти і практичні працівники звертають увагу на постійні порушення тридобового строку з різноманітних причин<sup>2</sup>. О. Ю. Костюченко наполягає на тому, що розглянути апеляцію у триденний строк практично неможливо, оскільки необхідно витребувати відповідні матеріали із місцевого суду, повідомити учасників процесу. Доцільніше було б, якщо апеляції в таких справах направлялись через місцеві суди з приєднанням відповідних матеріалів і строк їх розгляду в апеляційному суді

<sup>1</sup> *Захаров Д. О.* Правова природа та система рішень апеляційного суду у кримінальному судочинстві: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2005. – С. 160.

<sup>2</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 116; *Зубар В.* Проблемні питання застосування кримінально-процесуального законодавства // *Право України.* – 2003. – № 11. – С. 87.

був би більш реальним. З цих питань доцільно запровадити окрему процедуру оскарження<sup>1</sup>.

Аналіз судової практики апеляційного суду свідчить про необхідність продовження строку розгляду апеляції<sup>2</sup>. В. Зубар пропонує збільшити цей строк до шести-семи діб<sup>3</sup>. Ми вважаємо оптимальним строком, на який може бути продовжено передбачений законом строк розгляду апеляції, – три доби. По-перше, вимога швидкості прийняття рішення не порушуватиметься, а по-друге, це дасть можливість апеляційному суду прийняти виважене рішення, більш детально дослідивши матеріали справи.

У зв'язку з цим важливо звернути увагу на те, що відповідно до ч. 9 ст. 106 КПК на постанову судді протягом семи діб із дня її винесення може бути подана апеляція прокурором, особою, щодо якої прийнято рішення, або її захисником чи законним представником. Отже, аналіз чинного законодавства дозволяє виявити певну неузгодженість між строками оскарження до апеляційного суду затримання (сім діб) і оскарження рішення суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або відмову в цьому (три доби). Вважаємо, що цей недолік має бути усунутий шляхом урегулювання строків і порядку оскарження як затримання, так і рішення суду щодо цього запобіжного заходу. Існує потреба, з нашого погляду, закріпити на законодавчому рівні можливість оскарження зазначених рішень в апеляційному порядку протягом трьох діб.

За змістом ч. 1 ст. 382 КПК апеляційним судом для розгляду апеляцій невідкладно витребовуються відповідні матеріали. У постанові Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 зазначено, що апеляційним

<sup>1</sup> *Костюченко О. Ю.* Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: Монографія. – К. Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – С. 54.

<sup>2</sup> Апеляційним судом м. Харкова за 2004 р. 128 (з 356) апеляцій на постанови суддів по справах цієї категорії розглянуто з пропуском визначеного ст. 382 КПК України тридобового строку. Не змінилася ситуація і в 2005 р. – 136 (з 314), 2006 р. – 112 (з 345) апеляцій винесені з порушенням строку, передбаченого ч. 1 ст. 382 КПК України.

<sup>3</sup> *Зубар В.* Проблемні питання застосування кримінально-процесуального законодавства // *Право України.* – 2003. – № 11. – С. 88.

судом невідкладно витребується із суду справа, розглянута за поданням про обрання запобіжного заходу. На вимогу апеляційного суду може також бути надана кримінальна справа органом чи особою, у провадженні яких вона перебуває (п. 17).

Учасники розгляду апеляції вправі подати додаткові матеріали. Як справедливо зазначає В. Т. Малярєнко, «і прокурор, і кожний з учасників процесу повинні додати до апеляції документи, яких немає у справі, але на які є посилання в апеляції. Апелянт має право долучити до апеляції будь-який документ, який вважає за потрібне. Перелік усіх документів має бути наведений в апеляції»<sup>1</sup>. З нашої точки зору, такими матеріалами мають бути лише ті, що безпосередньо підтверджують наявність або відсутність підстав для обрання, зміни, скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту: наприклад, протокол затримання, допиту підозрюваного (обвинуваченого), постанова про притягнення як обвинуваченого, довідки із інформаційного центру, характеристики особи з місця роботи та ін.

Привертає увагу очевидна недосконалість сучасного правового механізму регулювання апеляційної перевірки правомірності судових рішень щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строку тримання під вартою. Так, відповідно до ст. 382 КПК апеляційна перевірка зазначених судових рішень здійснюється з додержанням вимог глави 30 КПК. При перевірці цих рішень судове слідство не провадиться. Апеляції на постанови судді, винесені в порядку, передбаченому статтями 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК, розглядаються не пізніше ніж через три доби після їх надходження до апеляційного суду. Для розгляду цих апеляцій відповідні матеріали невідкладно витребуються апеляційним судом.

Слід зазначити, що за своїм процесуальним походженням постанови судді чи ухвали суду, які винесені у порядку, передбаченому статтями 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК, значно відрізняються від тих постанов судді та ухвал суду, які приймаються по кримінальній справі, що

<sup>1</sup> Малярєнко В. Т. Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. – К., 2004. – С. 389; *Він же*. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 235.

перебуває у провадженні суду, і на перегляд яких апеляціями поширюються вимоги норм глави 30 КПК. До того ж існують деякі протиріччя між нормами КПК, що практично виключають можливість застосування переважної частини норм глави 30 КПК при розгляді апеляцій на постанови, ухвали, які винесені у порядку, передбаченому статтями 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК. Наприклад, строки розгляду справи в апеляційному суді, зазначені у ст. 360 КПК, суперечать строкам, вказаним у ст. 382 КПК.

Недостатньо регламентований порядок перевірки постанови суду першої інстанції щодо застосування запобіжного заходу й у проекті КПК України (реєстр. № 1233), ч. 5 ст. 562 якого зазначає, що апеляції на постанови судді, винесені в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 136, ч. 3 ст. 137, розглядаються не пізніше як через три доби після їх надходження до суду апеляційної інстанції. Для розгляду цих апеляцій відповідні матеріали невідкладно витребуються судом апеляційної інстанції. Попередній розгляд таких матеріалів не провадиться. Про дату розгляду апеляції не пізніше як за добу повідомляється особа, яка її подала, та прокурор.

Постанова Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 передбачає, що про час і місце розгляду апеляції негайно повідомляються прокурор, а також через місцевий суд, який ухвалив постанову, – підозрюваний, обвинувачений, його захисник і законний представник (п. 17). На наш погляд, повідомляти про дату розгляду апеляції потрібно й потерпілого.

Враховуючи викладене, правомірною є констатація того, що наявна правова регламентація існуючого порядку апеляційної перевірки рішень суду першої інстанції щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, продовження строку тримання під вартою не може бути визнана достатньою і потребує внесення певних змін. Спробуємо викласти власне бачення цього питання.

У процесі розгляду апеляції на рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту мають бути дотримані всі гарантії судового розгляду і принципи процесу. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях зазначає, що в процедурах дослідження заяв проти ордеру на арешт має бути гарантована рівність сторін у таких слуханнях, тобто між прокурором

і затриманою особою (Case of Nikolova v. Bulgaria)<sup>1</sup>. Як справедливо зазначає З. Бортновська, при розгляді скарги на постанову суду про тримання під вартою або незаконність затримання провадження повинно бути змагальним та адекватно забезпечувати «рівність сторін» – прокурора і затриманої особи<sup>2</sup>. М. А. Маркуш зауважує, що дотримання принципу змагальності вимагає, щоб скарга розглядалася в судовому засіданні з залученням всіх осіб, інтересів яких безпосередньо стосуються оскаржувані постанови, з метою надання сторонам можливості обґрунтувати свої вимоги і заперечення щодо законності і обґрунтованості оскаржених діянь чи рішень<sup>3</sup>.

Окремої уваги в контексті розглядуваної проблеми заслуговує дискусійне питання щодо кола осіб, які обов'язково повинні брати участь у судовому засіданні при апеляційній перевірці зазначених рішень, осіб, участь яких є факультативною, та їх процесуального положення. Вирішення цих питань має не лише теоретичне, а й практичне значення. Не одержали вони вирішення й у постанові Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4, яка передбачає, що розгляд справи за апеляцією здійснюється у порядку, встановленому ст. 362 КПК. Неявка підозрюваного, обвинуваченого, його захисника, законного представника не перешкоджає розгляду апеляції (п. 18). Тому виникає необхідність звернення до означеної проблеми.

У даному судовому засіданні прокурор, на нашу думку, зобов'язаний обґрунтувати необхідність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і неможливість застосування інших (менш суворих) запобіжних заходів шляхом наведення відповідних доказів, переконливих аргументів. Дотримуючись принципу зма-

<sup>1</sup> Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Вид. 2-е, випр., доп. – К.: Реферат, 2007. – С. 222; Де Сальвіа М. Прецеденти Європейського Суду по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 267.

<sup>2</sup> Бортновська З. Реалізація права на свободу і особисту недоторканність в українському кримінальному процесі // Право України. – 2003. – № 10. – С. 106.

<sup>3</sup> Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 89.

гальності, сторона обвинувачення, обґрунтовуючи необхідність взяття під варту підозрюваного (обвинуваченого), зобов'язана дати відповідь на всі доводи сторони захисту, якщо остання проти застосування цього запобіжного заходу заперечує.

Проблема обов'язкової участі захисника при перевірці в апеляційному порядку правомірності застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту чинним КПК не врегульована. Разом з тим обов'язкова участь прокурора у такому судовому засіданні вимагає обов'язкової участі захисника, метою якої є спростування необхідності застосування даного запобіжного заходу, наведення аргументів на користь обрання менш суворого запобіжного заходу тощо. Ми погоджуємося з тими правниками, які вважають його участь обов'язковою з огляду на характер правообмежень, які виникають у зв'язку з обранням даного запобіжного заходу<sup>1</sup>.

У кримінально-процесуальній доктрині склалося дві точки зору стосовно участі підозрюваного (обвинуваченого) у розгляді апеляції на рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Перша полягає в тому, що неявка даної особи не повинна перешкоджати розгляду такої апеляції, інакше це призведе до багаторазового відкладення її розгляду. Прихильники другої точки зору вважають обов'язковою участь підозрюваного (обвинуваченого) у розгляді апеляції. Якщо він не з'явився в судове засідання, то апеляційний суд повинен мати можливість своєю ухвалою дозволити його затримання й доставку в суд під вартою так само, як це вправі зробити суддя місцевого суду (згідно з ч. 4 ст. 165<sup>2</sup> КПК)<sup>2</sup>.

Разом з тим судова практика свідчить, що особи, стосовно яких обрано запобіжний захід у вигляді взяття під варту, навіть за наявності з їхньої сторони заявленого клопотання, не завжди доставлялися до суду. Зазначене пояснюється організаційними труд-

<sup>1</sup> Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х.: Східно-регіон. центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – С. 109-110; Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 89.

<sup>2</sup> Марітчук Т. М. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами // Вісн. Верхов. Суду України. – 2002. – № 6 (34). – С. 40.



нощами, пов'язаними з доставкою до суду апеляційної інстанції особи, взятої під варту, і відсутністю визначення у кримінально-процесуальному законі випадків, за яких участь підозрюваного чи обвинуваченого є обов'язковою<sup>1</sup>. Висловлюючи свої міркування стосовно цього, зауважимо на необхідності закріплення в законі положення про обов'язковість участі підозрюваного (обвинуваченого) в апеляційній перевірці постанови судді щодо застосування до запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Адже участь підозрюваного (обвинуваченого) є досить важливою, насамперед, власне для нього: наведені ним пояснення будуть прийняті до уваги суддею при прийнятті рішення.

У зв'язку з вищевикладеним вважаємо участь прокурора, підозрюваного (обвинуваченого), захисника (законного представника) обов'язковою у судовому засіданні при перевірці правомірності рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

На наш погляд, заявляти клопотання про участь у судовому засіданні при перевірці правомірності даного рішення суду вправі й потерпілий (його представник). У зв'язку з цим він має бути повідомлений про надходження скарги<sup>2</sup> від підозрюваного, обвинуваченого, захисника чи законного представника на постанову судді про обрання зазначеного запобіжного заходу, продовження строку тримання під вартою.

На нашу думку, потерпілий за власною ініціативою вирішує питання щодо участі у даному судовому засіданні. При розгляді суддею скарг на постанову про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту потрібно надати потерпілому можливість висловлювати свою думку щодо можливості звільнення обвинуваченого з-під варті<sup>3</sup>.

У даному судовому засіданні може брати участь й особа, в провадженні якої перебуває справа. Так, участь слідчого (дознавача)

<sup>1</sup> *Зубар В.* Проблемні питання застосування кримінально-процесуального законодавства // *Право України.* – 2003. – № 11. – С. 88.

<sup>2</sup> *Багаутдинов Ф. Н.* Обеспечение публичных и личных интересов при расследовании преступлений. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 533.

<sup>3</sup> *Абабков А.* Право потерпевшего на судебную защиту // *Вестн. Моск. ун-та.* Сер. 11, *Право.* – 1996. – № 3. – С. 91.

є доцільною, наприклад, з точки зору більш детального і аргументованого обґрунтування необхідності обрання даного запобіжного заходу. Проте на практиці зустрічаються процесуальні ситуації, коли ці особи на момент перевірки рішення апеляційним судом змінюють власну думку з приводу необхідності застосування найбільш суворого запобіжного заходу і наводять аргументи на користь застосування менш суворого запобіжного заходу.

На наш погляд, у судовому розгляді при апеляційній перевірці правомірності застосування взяття під варту як запобіжного заходу можуть брати участь також інші особи: свідки, заставодавець, представник юридичної особи, перекладач та ін.

Вважаємо за необхідне передбачити в КПК право судді викликати у судові засідання будь-яку особу, показання якої можуть сприяти винесенню апеляційним судом правомірного рішення щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або продовження строку тримання під вартою.

Підводячи підсумок викладеного, пропонуємо класифікувати учасників розгляду апеляції щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на (а) обов'язкових – прокурор, підозрюваний (обвинувачений), захисник; (б) факультативних – участь яких може бути необхідною для дослідження обставин, які мають значення для вирішення питання щодо застосування даного запобіжного заходу (особа, у провадженні якої перебуває справа, особа, яка здійснювала затримання, потерпілий, свідок); (в) ситуативних учасників – участь яких обумовлена особливостями суб'єкта злочину (перекладач, представники органів опіки й піклування, батьки та ін.).

У діючій моделі апеляції предмет розгляду фактично визначається сторонами, які можуть ініціювати перевірку рішення шляхом подання апеляційної скарги. Згідно з ч. 1 ст. 365 КПК постанови суду першої інстанції перевіряється апеляційним судом у межах апеляції. У зв'язку з цим процесуально важливим є правильне усвідомлення сторонами сутності скарги, її змісту. За чинним законодавством предметом розгляду апеляції може бути правомірність постанови: (а) про законність затримання; (б) про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; (в) відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; (г) про продовження

строку тримання під вартою; (д) про відмову в продовженні строку тримання під вартою.

Апеляційний суд і суд першої інстанції повинні користуватися рівними процесуальними засобами для встановлення фактів, що мають значення для застосування відповідної норми кримінально-процесуального закону. Тільки в цьому випадку може бути реалізована одна з найголовніших рис апеляційного розгляду – його повторність. Отже, якщо при винесенні ухвали або постанови, що перевіряється апеляційним судом, законом передбачено проведення судового слідства або певних слідчих дій, апеляційний суд повинен користуватися аналогічними повноваженнями<sup>1</sup>. Так, відповідно до ч. 5 ст. 165<sup>2</sup> КПК суддя, розглядаючи подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, вивчає письмові матеріали та допитує підозрюваного (обвинуваченого). Такий же обсяг прав має бути у суда апеляційної інстанції. Залежно від змісту апеляційної скарги, суд зобов'язаний сформулювати власне судження з того обсягу питань, який потрібен для розгляду апеляції. Виходячи з цього досить переконливою є точка зору Є. А. Галаганова: «Оскільки саме суд, а не державний обвинувач і захисник несе повну відповідальність за прийняте рішення, він не може бути обмежений тим доказовим матеріалом, який надається обвинуваченням і захистом»<sup>2</sup>. Тому ми поділяємо точку зору А. Р. Туманянц, що суддя вправі у разі необхідності витребувати додаткові матеріали для прийняття законного та обґрунтованого рішення<sup>3</sup>.

За змістом ч. 2 ст. 366 КПК за результатами розгляду апеляції на постанову місцевого суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або відмову в цьому суд апеляційної інстанції постановляє ухвалу про одне з таких рішень: 1) залишення постанови без зміни, а апеляції – без задоволення; 2) скасування постанови і повернення подання на новий судовий розгляд до суду

<sup>1</sup> *Захаров Д. О.* Правова природа та система рішень апеляційного суду у кримінальному судочинстві: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2005. – С. 157-158.

<sup>2</sup> *Галаганов Е. А.* Роль суда как субъекта доказывания в уголовном судопроизводстве // Рос. судья. – 2003. – № 1. – С. 36-38.

<sup>3</sup> *Туманянц А. Р.* Контрольні функції суду у сфері кримінального судочинства. – Х.: Основа, 2000. – С. 43.

першої інстанції; 3) скасування постанови і відмову в обранні запобіжного заходу; 4) зміну постанови.

У пункті 18 постанови Пленуму від 25 квітня 2003 р. № 4 підкреслено, що, скасувавши рішення суду першої інстанції про відмову у взятті під варту, апеляційний суд не може обрати цей запобіжний захід. За наявності підстав він у найкоротші строки надсилає матеріали провадження за поданням на новий судовий розгляд до відповідного місцевого суду. Проте судова практика свідчить, що до моменту повторного розгляду подання в суді першої інстанції з дня скасування попереднього рішення з різних причин минає досить значний проміжок часу. Як зазначає І. Приміч, інколи обрання взяття під варту на дату його повторного розгляду є просто недоцільним (наприклад, коли виконані вимоги закону про ознайомлення обвинуваченого з матеріалами кримінальної справи згідно зі ст. 218 КПК України, відсутні підстави вважати, що останній буде ухилятися від слідства, від проведення процесуальних дій або перешкоджатиме встановленню істини у справі, оскільки слідство у справі вже закінчене). Таким чином, діяльність органів досудового слідства й суду щодо вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є неефективною<sup>1</sup>. Не виключені ситуації, коли обвинувачений, дізнавшись про те, що рішення суду першої інстанції про відмову у взятті під варту скасовано апеляційним судом, з метою ухилення від можливого обрання взяття під варту ухиляється від слідства. На нашу думку, з метою упередження таких ситуацій необхідно, по-перше, передбачити в КПК конкретний строк (наприклад, три дні), протягом якого суд першої інстанції повинен повторно розглянути рішення щодо застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. По-друге, слідчий може обирати інший запобіжний захід до остаточного вирішення питання про взяття під варту<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Приміч І.* Запобіжний захід – взяття під варту // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 6 (36). – С.70.

<sup>2</sup> Проте на практиці іноді виникають такі процесуальні ситуації. Так, відповідно до обставин справи 3 жовтня 2003 р. до місцевого суду м. Дніпропетровська було направлено подання слідчого про обрання до К., обвинуваченого за ч. 2 ст. 364 КК України, запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Суд відмовив в обранні даного запобіжного заходу, тому слідчий застосував до К. підписку про невиїзд. Прокурор

У проекті КПК України (реєстр. № 1233) також передбачається, що суд апеляційної інстанції не вправі винести свою постанову, скасувавши постанову суду першої інстанції з цих питань (ч. 5 ст. 562). Разом з тим деякі правники вважають доцільним питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту у разі скасування постанови районного суду віднести до компетенції апеляційного суду. Основним аргументом на користь такої позиції є те, що міра запобіжного заходу обирається тим органом, у провадженні якого перебуває кримінальна справа<sup>1</sup>.

Т. М. Марітчак вказує, що найбільш правильним є надання апеляційній інстанції права безпосередньо приймати рішення про взяття під варту, але за умови обов'язкової участі підозрюваного (обвинуваченого) у розгляді апеляції<sup>2</sup>.

Ми поділяємо точку зору Д. О. Захарова про те, що «у випадку винесення ухвали про взяття під варту судом другої інстанції певні труднощі виникають у зв'язку з відсутністю механізму скасування або зміни цього запобіжного заходу»<sup>3</sup>.

КПК не містить переліку підстав скасування або зміни постанов суду першої інстанції, які підлягають апеляційному оскарженню

оскаржив це рішення в апеляційному порядку. 8 жовтня 2003 р. ухвалою апеляційного суду скасовано постанову районного суду від 3 жовтня 2003 р., а матеріали направлені до районного суду на новий судовий розгляд. 20 жовтня 2003 р. суд першої інстанції обрав до К. запобіжний захід у вигляді взяття під варту. Апеляційний суд, скасовуючи постанову від 20 жовтня 2003 р., мотивував своє рішення тим, що судом першої інстанції не було враховано зміну процесуальних підстав та обставин у кримінальній справі, що впливали на обрання або заміну запобіжного заходу, і оскільки К. перебував на підписці про невиїзд, суд не вправі був задовольняти подання слідчого.

<sup>1</sup> Яковець І. С. Застосування запобіжних заходів в Україні: сучасний стан і перспективи (результати соціологічного дослідження). – Х.: Видавць ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 55.

<sup>2</sup> Марітчак Т. М. Застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту місцевими та апеляційними судами // Вісн. Верхов. Суду України. – 2002. – № 6 (34). – С. 40.

<sup>3</sup> Захаров Д. О. Правова природа та система рішень апеляційного суду у кримінальному судочинстві: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2005. – С. 160.

ню. Д. О. Захаров пропонує передбачити такі підстави для зміни та скасування: а) суттєве порушення кримінально-процесуального закону (прийняття рішення неправомочним суб'єктом, або з порушенням передбаченої законом процедури, або за відсутності встановлених законом підстав; б) невідповідність прийнятого рішення доцільності провадження по конкретній справі (застосування запобіжного заходу до особи, яка за станом здоров'я не може продовжувати злочинну діяльність)<sup>1</sup>.

Апеляційний суд може прийняти рішення про скасування постанови і відмову в обранні запобіжного заходу.

Він вправі змінити постанову суду першої інстанції про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту й обрати інший. Питання щодо меж зміни ухвали чи постанови місцевого суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту досліджувалося В. П. Шпонькою та О. Г. Шило. Розглядаючи проблему можливості скорочення судом апеляційної інстанції строків тримання особи під вартою, вони категорично вважають таке рішення незаконним та необґрунтованим. Очевидно, що при здійсненні апеляційної перевірки судового рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в разі прийняття рішення про необхідність внесення змін до постанови суду першої інстанції суд апеляційної інстанції відповідно до статей 362, 366 і 382 КПК має право обрати лише більш м'який запобіжний захід, але аж ніяк не скорочення строку тримання особи під вартою<sup>2</sup>. Рішення про скорочення строку тримання особи під вартою суд апеляційної інстанції може ухвалити лише після апеляційної перевірки постанови місцевого суду про продовження строку цього запобіжного заходу. Саме такий висновок випливає зі статей 165<sup>3</sup>, 366 та 382 КПК.

Недоліком законодавчого регулювання є відсутність у законі права на апеляційне оскарження рішень суду про продовження строків затримання, про дачу дозволу на затримання і доставку під вартою до суду, постанов апеляційних судів та Верховного Суду України щодо продовження строків тримання під вартою (частини

<sup>1</sup> Там само. – С. 159.

<sup>2</sup> Шпонька В. П., Шило О. Г. Взяття під варту та продовження його строків на стадії досудового розслідування кримінальної справи: проблеми правозастосування // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 8 (48). – С. 47.

4 та 8 ст. 165<sup>2</sup>, ч. 4 ст. 165<sup>3</sup> КПК). На нашу думку, така позиція законодавця є непослідовною. Зрозуміло, що оскільки законом надано право оскаржувати постанову суду про продовження строку тримання під вартою до чотирьох місяців, то при продовженні строку до 9 (18) місяців безумовно, право на оскарження має бути закріплено в КПК. Відсутність права на оскарження в даному випадку є порушенням права на захист обвинуваченого. У зв'язку з цим слова «постанови судді апеляційного і Верховного Суду України оскарженню не підлягають, на них не може бути внесено подання прокурором» з тексту ст. 165<sup>3</sup> КПК доцільно виключити<sup>1</sup>.

Вивчення та аналіз судової практики із зазначених питань дає підстави зробити логічний висновок, що ст. 382 КПК щодо перегляду за апеляціями судових рішень, винесених у порядку, передбаченому статтями 165<sup>2</sup>, 165<sup>3</sup> КПК, містить у собі концептуальні положення, порядок застосування яких у практичній діяльності потребує подальшої деталізації на законодавчому рівні наведених проблемних питань.

<sup>1</sup> Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції: Монографія. – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 116.

## Висновки

У монографії наведено теоретичне узагальнення й нове вирішення наукового завдання, яке полягає у вивченні проблем обрання та оскарження запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні по кримінальній справі та формулюванні окремих пропозицій щодо вдосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства. До найбільш значущих результатів, що містяться у роботі, слід віднести такі положення.

1. Запропоновано новий підхід до визначення підстав застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, які в роботі класифікуються на кримінально-правові, кримінально-процесуальні й фактичні.

2. Розроблено авторське визначення предмета доказування при обранні запобіжного заходу тримання під вартою як сукупності обставин, установлення яких необхідно для винесення законної й обґрунтованої постанови судді про застосування до особи цього запобіжного заходу. Наводяться аргументи щодо необхідності включення до структури предмета доказування обставин, що підлягають обов'язковому доказуванню (дані про злочин, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, та обставини, пов'язані з необхідністю обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту), і факультативних обставин (дані про особу, щодо якої обирається цей запобіжний захід, тощо).

3. Пропонується закріпити в КПК України положення про те, що взяття під варту як запобіжний захід застосовується в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років. Це дозволить знизити кількість арештів і надасть більш гуманного характеру здійснюваній кримінально-процесуальній політиці.

4. Визначена архітектура подання слідчого до суду про обрання до обвинуваченого (підозрюваного) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Обґрунтована необхідність винесення прокурором постанови за результатами розгляду матеріалів, зібраних органами досудового слідства, щодо доцільності обрання обвинуваченому (підозрюваному) даного запобіжного заходу. У постанові вказуються правові мотиви та фактичні підстави прийнятого рішення.



5. Робиться висновок щодо необхідності закріплення на законодавчому рівні переліку обов'язкових додатків до подання органу дізнання, слідчого, прокурора про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

6. Підтримано думку, що при розгляді питання про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту доцільно проводити закрите судове засідання, оскільки це сприятиме зберіганню таємниці досудового слідства. Вважаємо, що ст.165<sup>2</sup> КПК необхідно доповнити положенням, згідно з яким відповідне подання має розглядатися у закритому судовому засіданні, в якому повинна брати участь як сторона обвинувачення, так і сторона захисту.

7. Вперше визначена специфіка процесуального положення учасників цього судового розгляду. Запропонована їх класифікація на обов'язкових (прокурор, особа, щодо якої обирається цей запобіжний захід, захисник), факультативних – участь яких може бути необхідною для дослідження обставин, що мають значення для вирішення питання про застосування даного запобіжного заходу (особа, у провадженні якої перебуває справа, особа, яка здійснювала затримання, потерпілий, свідок), і ситуативних учасників – участь яких обумовлена особливостями суб'єкта злочину (перекладач, представники органів опіки й піклування, батьки та ін.). Наведено додаткові аргументи щодо необхідності обов'язкової участі захисника у даному судовому засіданні.

8. Розвинута ідея про те, що предметом судового розгляду при вирішенні питання про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є наявність зазначених у поданні підстав (кримінально-правових, кримінально-процесуальних і фактичних) для його застосування.

9. Обґрунтована доцільність надання права суду досліджувати докази (наприклад, викликати свідків, коли у процесі розгляду подання суддя дійде переконання, що саме вони можуть повідомити дані, на підставі яких суд винесе правомірне рішення щодо застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту).

10. Зазначається, що при встановленні суддею підстав для зміни кримінально-правової кваліфікації злочину на статтю Криміналь-

ного кодексу України (або іншу частину статті), яка передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років, йому слід надати право приймати рішення про зміну кваліфікації злочину і відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При встановленні судом відсутності ознак складу злочину в діях підозрюваного, обвинуваченого судді доцільно надати право виносити постанову про закриття провадження по кримінальній справі і відмову в обранні даного запобіжного заходу.

У дослідженні виявлена правова сутність рішень, які приймаються судом у зв'язку з наданням подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту: 1) обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; 2) відмова в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; 3) закриття провадження за поданням у разі, коли після закінчення строків тимчасового затримання орган дізнання, слідчий або прокурор не порушили питання про розгляд подання по суті; 4) обрання запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою; 5) надання дозволу на затримання підозрюваного, обвинуваченого і доставку його в суд під вартою; 6) продовження строку затримання; 7) повернення подання прокуророві без розгляду; 8) окрема постанова в порядку ст. 23<sup>2</sup> КПК; 9) відкладення розгляду подання. Крім того, виходячи з наведеної пропозиції щодо доцільності надання судді права при наявності відповідних підстав змінювати кваліфікацію злочину та закривати провадження по кримінальній справі, суддя прийматиме також рішення 1) про зміну кваліфікації злочину і відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; 2) про закриття провадження по кримінальній справі і відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

11. Отримав подальшого розвитку процесуальний порядок продовження судом строку затримання до 10 (15) діб у випадках, коли необхідно додатково вивчити дані про особу затриманого, з'ясувати інші обставини, які мають значення для прийняття рішення, або надати іншим особам можливості внести визначену судом заставу. У зв'язку з цим обґрунтовано необхідність повідомлення про прийняте рішення осіб, інтересів яких воно стосується. Крім того, конкретизовані обставини, які підлягають дослідженню суддею у разі, якщо є сумніви щодо необхідності обрання особі запобіжно-

го заходу у вигляді взяття під варту, у зв'язку з чим продовжується строк затримання.

12. Запропонована архітектоніка подання слідчого (прокурора) до суду про продовження строку тримання під вартою. Його обґрунтування має комплексний характер і повинно включати підстави застосування і причини збереження даного запобіжного заходу, докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою, яка тримається під вартою, виконані у зв'язку з розслідуванням по справі слідчі дії, а також ті дії, які ще необхідно виконати для встановлення обставин, що мають значення по справі. У випадку направлення до суду необґрунтованого подання, суддя повинен винести постанову про відмову в продовженні строку тримання під вартою.

13. Робиться висновок щодо необхідності внесення змін до ч.3 ст. 165<sup>3</sup> КПК, якими передбачити обов'язкову участь обвинуваченого у судовому засіданні при вирішенні питання про продовження строку тримання під вартою.

14. З'ясована специфіка процесуального положення осіб, які беруть участь у процесі оскарження рішення суду щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, продовження строку тримання під вартою. Обґрунтована доцільність надання права апеляційного оскарження цих рішень суду також потерпілому, свідку та іншим особам, інтересів яких вони стосуються. Пропонується в окремих випадках збільшити передбачений законом строк розгляду апеляції до 3 діб у зв'язку з необхідністю виклику свідків, надання доказів тощо.

За результатами проведеного дослідження розроблено низку законодавчих новел щодо вдосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства України.

*Наукове видання*

**Тищенко  
Ольга Ігорівна**

*кандидат юридичних наук*

**Запобіжний захід у вигляді  
взяття під варту:  
проблеми обрання та оскарження  
в досудовому провадженні  
по кримінальній справі**

*Монографія*

Видано в авторській редакції  
Відповідальний за випуск Н. М. Ярошенко  
Коректор В. В. Лук'ячук  
Комп'ютерна верстка і дизайн І. В. Москалюк  
Підписано до друку 22.05.2008 р.  
Формат 84x108 1/32. Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Ум.-друк. арк. 7,24. Обл.-вид. арк. 8,08.  
Тираж 500 прим.

Надруковано з оригінал-макета,  
виготовленого Вид-вом "ФІНН"  
(Свідоцтво про внесення до державного реєстру  
суб'єктів видавничої діяльності:  
серія ДК № 924 від 22.05.2002 р.),  
в друкарні ФО-П Білетченко Г. В.  
(8-057-758-35-98)