

Тищенко Ольга Ігорівна –
кандидат юридичних наук, викладач
Національної юридичної академії України
ім. Ярослава Мудрого

Проблемні питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту

У статті досліджуються спірні питання процесуального порядку застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в досудовому провадженні по кримінальній справі. Запропоновано деякі висновки щодо вдосконалення чинного правового механізму обрання даного запобіжного заходу.

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: Н.В. Буланової, І.М. Гуткіна, В.А. Давидова, З.Д. Єнікеєва, В.С. Зеленецького, З.З. Зінатуллїна, В.Г. Клочкова, О.В. Кондратьєва, В.М. Корнукова, Ф.М. Кудїна, Ю.Д. Лівшиця, В.Т. Маляренка, В.І. Маринїва, І.Л. Петрухіна, П.П. Пилипчука, І.Л. Трунова, Л.К. Трунової, А.Р. Туманянц, О.Г. Шило 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, не одержав в теорії і на практиці однозначного вирішення і носить дискусійний характер. З урахуванням зазначеного, метою даної статті є спроба проаналізувати і дослідити деякі спірні питання процесуального порядку застосування цього запобіжного заходу, а також приводів та підстав його обрання.

Згідно із ч. 2 ст. 1652 КПК України, якщо слідчий вважає, що є підстави для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, він вносить за згодою прокурора подання до суду. Пленум Верховного Суду України у Постанові 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” (далі – Постанова Пленуму № 4) роз'яснив, що суди не повинні брати до провадження подання, внесені відповідно до ст. 1652 КПК України, якщо на порушення ч. 2 цієї статті вони не були погоджені з прокурором, або той з ними не погодився, або з подання не зрозуміло, який саме прокурор (його посада і прізвище) дав згоду (п.4) [1, с. 504]. Разом з тим, питання про необхідність та доцільність отримання такої згоди прокурора є предметом багатьох дискусій як між вченими процесуалістами, так і між практичними працівниками. При цьому одні вважають наявність такої згоди додатковою гарантією від незаконного взяття особи під варту, інші наполягають на недоцільності її отримання.

Як слушно зазначають Є.І. Конах, М.В. Парфенова, 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 [2, с. 81]. Як вважає О.В. Хімичева, “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” [3, с. 233]. На думку Є. Мізуліної, прокурор виконує роль додаткового “запобіжника” проти незаконного тримання під вартою [4, с. 15]. З іншого боку, висловлюється думка про те, що варто відмовитися від подібної “проміжної” ролі прокурора. “Попереднє узгодження з прокурором подань у суд, – вважає І. Кожевников, – обмежує процесуальну самостійність слідчого і призведе до невиправданих витрат часу, бюрократичної тяганини і зниження ефективності судочинства” [5, с. 23].

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. 1652 КПК України) і тільки після цього дати згоду (або не погодитися зі слідчим) на внесення відповідного подання до суду.

Разом з тим, матеріали узагальнення практики свідчать, що іноді прокурори підходять формально до надання згоди на відповідне подання слідчого. Так, у 2004 р. місцевими судами м. Харкова було відмовлено в задоволенні 357 подань органів досудового слідства про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. У 2005 р. цей показник збільшився до 369, а в 2006 р. – до 375 подань. Між тим, всі матеріали проходили прокурорську перевірку, подання були погоджені з прокурором. На нашу думку, кожне рішення, яке приймається у кримінальному процесі відповідним суб’єктом, має бути вмотивованим. У зв’язку з цим вважаємо, що прокурор після розгляду матеріалів, зібраних органами досудового слідства щодо необхідності обрання обвинуваченому (підозрюваному) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, повинен виносити відповідну постанову за результатами розгляду. Таким чином, прокурор буде не тільки констатувати факт застосування до особи даного запобіжного заходу, а й наводити правові мотиви та фактичні підстави прийнятого рішення. Це має бути гарантією правомірного застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

У кримінально-процесуальній літературі висловлюються пропозиції вчених-процесуалістів щодо необхідності закріплення на законодавчому рівні обов’язку прокурора особисто допитувати підозрюваного, обвинуваченого при наданні згоди на застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Так, В.А. Давидов вказує на важливість такого допиту у кожному випадку [6, с. 13]. М.П. Парфенова зазначає, що це дозволить прокурору мати 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 [7, с. 95]. “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” [8, с. 69]. Ми вважаємо за потрібне закріплення на законодавчому рівні обов’язку прокурора при наданні згоди на застосування такого запобіжного заходу в необхідних випадках особисто допитувати обвинуваченого (підозрюваного).

За ч. 6 ст. 106, ч. 3 ст. 1652 КПК України питання про обрання запобіжного заходу взяття під варту має бути вирішено протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого. Отже, з часу затримання підозрюваного і до моменту вручення йому копії постанови про результати розгляду подання має минути не більше 72 годин. У такому разі суд може бути поставлений в

умови, коли подання про обрання такого запобіжного заходу буде надано йому для розгляду безпосередньо перед закінченням 72-годинного строку, що може призвести до поверхового вивчення суддею матеріалів кримінальної справи, і, як наслідок, прийняття ним необґрунтованого рішення. У зв'язку з цим набуває практичного значення вирішення проблеми конкретизації 72-годинного строку. З цього питання у кримінально-процесуальній літературі склалося декілька точок зору. Так, П.П. Пилипчук пропонує передбачити у КПК України норму, згідно якої надання подання до суду повинно бути не пізніше, ніж за добу до закінчення 72-годинного строку [9, с. 45]. З точки зору А.В. Шилова, Є.З. Трошкіна для розгляду даного подання суддею буде достатньо 24-годинного строку, що позитивно відіб'ється на об'єктивності винесених судом рішень [10, с. 76]. В. Санін вважає достатнім строком дві години до закінчення строку тимчасового затримання [11, с. 9]. На думку О. Головкина, подання повинно бути внесено не пізніше ніж за три години до закінчення 72-годинного строку [12, с. 94].

На наш погляд, надання подання до суду за 8 годин до закінчення 72-годинного строку є тим оптимальним строком, що сприятиме більш ретельному вивченню суддею самого подання і матеріалів, які до нього додаються. Проте, останній 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 між практичними працівниками, вченими процесуалістами дискутується питання щодо можливості розгляду наданих матеріалів і прийняття судом рішення за результатами такого розгляду. 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. Інші припускають варіант позитивного рішення. При цьому практичні працівники посилаються на досить суперечливе положення, закріплене в п. 5 постанови Пленуму № 4: “Судам необхідно мати на увазі, що відповідно до п. 3 ч. 6. ст. 106, частин 3 і 4 ст. 1652 КПК України 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 відповідно до ст. 232 КПК України зобов'язаний реагувати окремою постановою”.

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

Не менш актуальним є питання, пов'язане з переліком матеріалів, що направляються судді. За ч. 5 ст. 1652 КПК України після одержання подання суддя вивчає матеріали кримінальної справи, представлені органами дізнання, слідчим, прокурором. Тобто, тільки ті матеріали кримінальної справи, які були надані вищезазначеними суб'єктами на підтвердження викладених у поданні доводів. Пленум Верховного Суду України, роз'яснюючи дане питання, в п. 6 постанови Пленуму № 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).

Ми пропонуємо закріпити на законодавчому рівні перелік обов'язкових додатків до подання органу дізнання, слідчого, прокурора про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Вважаємо, що це буде сприяти винесенню судом законного і обґрунтованого рішення щодо застосування 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. Як зазначає Я. Зейкан, “ 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” [13, с. 45].

Згідно з ч. 8 ст. 106 КПК України скарга на затримання розглядається з додержанням вимог, передбачених ст. 1652 цього Кодексу. За результатами розгляду суддя виносить постанову про законність затримання чи про задоволення скарги і визнання затримання незаконним. Копія постанови направляється прокурору, органу дізнання, затриманому і начальнику місця попереднього ув'язнення. У п. 11 Постанови Пленуму № 4 вказано: якщо особа, стосовно якої вирішується питання про взяття під варту, була затримана в порядку, передбаченому ст. 106 КПК України, 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 в задоволенні подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Тобто, Верховний Суд України визнав правильною практику, коли один і той же суд може розглянути скаргу на затримання, визнати його незаконним і разом з цим розглянути подання про обрання запобіжного заходу і прийняти рішення про тримання під вартою. Таким чином, законодавець не вимагає, щоб визнання затримання незаконним обов'язково тягло звільнення з-під варти. У зв'язку з цим досить спірною є точка зору В. Єфименка про те, 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 [14, с. 21].

Недостатньо дослідженою у вітчизняній кримінально-процесуальній науці є така правова категорія, як привід для застосування примусових заходів, у тому числі і взяття під варту. У цьому контексті М.А. Погорецький переконливо доводить, що дані приводи можуть бути класифіковані на дві групи. До першої групи слід віднести ті з них, які мають імперативний характер (законодавець їх формулює у такий спосіб: “слідчий зобов'язаний” (статті 98, 147 КПК України) та ін.). До другої групи належать ті з них, які не мають імперативного характеру. До них, зокрема, належать рішення щодо застосування запобіжних заходів (ст. 148 КПК України), що впливає з аналізу підстав для їх застосування, де вони формулюються у такий спосіб: “за наявності достатніх підстав”. Вчений слушно зауважує, що приводом для застосування примусових заходів уповноваженим суб'єктом кримінального процесу є юридичні факти, настання яких, залежно від встановлення законом, зобов'язує чи надає право зазначеному суб'єкту прийняти рішення про їх застосування до певної особи з метою забезпечення ефективного просування кримінальної справи у бік встановлення істини, прийняття у ній законного і справедливого рішення та вирішення соціального конфлікту, спричиненого злочином [18, с.7]. Враховуючи

актуальність означеної проблеми, вважаємо, що вона потребує подальшої наукової розробки.

У центрі уваги багатьох науковців-процесуалістів знаходиться й питання щодо підстав застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Згідно ч. 2 ст. 148 КПК України запобіжні заходи застосовуються за наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність.

При оцінці достатності підстав для обрання зазначеного запобіжного заходу необхідно виходити з того, наскільки вони вагомі, щоб вважати, що підозрюваний (обвинувачений) може обрати неправомірний варіант поведінки з точки зору змісту ч. 2 ст. 148 КПК України. Ми вважаємо, що такі знання слідчого мають вірогідний характер, оскільки на достовірному рівні неможливо спрогнозувати поведінку особи щодо якої обирається цей запобіжний захід.

Враховуючи, що на законодавчому рівні дані підстави чітко не визначені, постає питання щодо можливості використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як підстав для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Одні вчені вважають, що результати ОРД не можуть бути підставою для застосування будь-якого примусового заходу, у тому числі й взяття під варту, а повинна бути лише сукупність доказів, що забезпечує їх вірогідність [15, с. 49; 16, с. 76, 85]. Інші правники наголошують на тому, що “вимога мотивування застосування запобіжного заходу зовсім не передбачає вказівки на конкретні джерела доказів”, тому у постанові правомірно зазначати дані, що стали відомі з оперативних джерел, не посилаючись при цьому на їхнє походження [17, с. 8].

Матеріали ОРД, як вважає М.А. Погорецький, якщо вони не є доказами, не можуть бути покладені в обґрунтування рішення про застосування запобіжних заходів. Вони не можуть використовуватися і в сукупності з доказами при обґрунтуванні таких рішень, оскільки такі матеріали після їх обов’язкової перевірки процесуальним шляхом або набувають статусу відповідного доказу, або повинні бути вилучені з процесу прийняття рішень про застосування запобіжних заходів. Разом з тим, як зазначає вчений, такі матеріали можуть бути використані як приводи та підстави для проведення відповідних слідчих дій з метою отримання певних доказів, які, в свою чергу, можуть бути покладені в обґрунтування рішення про застосування відповідного примусового заходу [18, с. 11]. На нашу думку, для з’ясування цього питання слід звернутися до Постанови Пленуму № 4, у п. 10 якої зазначено, що, 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) [1, с. 506].

Підводячи підсумок розгляду спірних питань, що виникають у процесі обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, який суттєво обмежує конституційне право кожного на свободу та особисту недоторканність, слід зауважити на необхідність удосконалення чинного правового механізму його застосування.

Список використаних джерел

1. *Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства*: Пост. Пленуму Верх. Суду України від 25.04.03р., № 4 // 36. постанов Пленуму Верховного Суду України (1972–2006). – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – С. 503–511.

2. *Конах Е.И., Парфенова М.В.* Процессуальный статус и обеспечение прав подозреваемого. – М.: Юрлитинформ, 2005. – 96 с.
3. *Химичева О.В.* Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Монография. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. – 288 с.
4. *Мизулина Е.* Новый порядок ареста и задержания соответствует Конституции РФ и международным правовым стандартам // Рос. юстиция. – 2002. – № 6. – С. 14–15.
5. *Кожневиков И.* Упорядочить полномочия следователя // Рос. юстиция. – 1997. – № 12. – С. 22–24.
6. *Давидов В. А.* Заключение под стражу как мера пресечения: Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1978. – 23 с.
7. *Парфенова М.В.* Охрана конституционных прав подозреваемого и обвиняемого в досудебных стадиях уголовного процесса России. – М.: Юрлитинформ, 2004. – 184 с.
8. *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-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2004. – 160 с.
9. *Пилипчук П.П.* Обрання судом запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісн. Верх. Суду України. – 2001. – № 6 (28). – С. 44–49.
10. *Шилов А.В., Трошкин Е.З.* Судебный контроль на стадии предварительного расследования в уголовном судопроизводстве Российской Федерации. – Мн.: Тесей, 2004. – 192 с.
11. *Санін В.* Взяття під варту: спірні питання // Юрид. вісн. України. – 2004.– № 20. – С. 9.
12. *Головкін О.* Взяття під варту: проблеми залишаються // Вісн. прокуратури. – 2007. – № 6. – С. 91–95.
13. *Зейкан Я.* Права особи і затримання // Адвокат. – 2005. – № 8. – С. 40–46.
14. *Єфименко В.* Актуальные проблемы задержания и взятия под стражу на Украине // Юрид. практика. – 2005. – № 20 (386). – С. 20–21.
15. *Лутинская П.А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. – М.: Юрид. лит., 1976. – 174 с.
16. *Зеленецький В.С., Глинская Н.В.* Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины. – Сер. “Юрид. радник”. – Харьков: Страйд, 2006. – 336 с.
17. *Манаев Ю.В., Постник В.С., Смирнов В.В.* Применение мер пресечения следователем. – Волгоград, 1976.
18. *Погорецький М.А.* Обґрунтування рішень про застосування примусових заходів у кримінальних справах про організовану злочинність // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). Наук. – практ. журнал. – К., 2007. – № 15. – С. 3–14.

The article is dedicated to the debatable questions of judicial order of application of a preventive measure as taking under the guard in pre-trial procedure on criminal case. Some conclusions concerning the improvement of the legal mechanism of choosing of this preventive measure are offered.