



35 НЕФОРМАЛЬНИХ ПРАКТИК У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Київ - 2014

**35 НЕФОРМАЛЬНИХ ПРАКТИК
У КРИМІНАЛЬНОМУ
СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ**

Київ – 2014

Рекомендовано до друку Науково-програмною радою
Центру політико-правових реформ

*Це видання здійснене завдяки фінансовій підтримці
Програми «Матра» Посольства Королівства Нідерландів та
Програми реформування кримінального судочинства
та боротьби з корупцією Департаменту юстиції США
Посольства США в Україні (OPDAT)*



Ministry of Foreign Affairs



**35 неформальних практик у кримінальному судочинстві
України** / О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Л. М. Лобойко, З. М. Саїдова. – К. : «Арт-Дизайн», 2014. – 48 с.

У звіті проаналізовані неформальні практики, які склалися під час застосування нового КПК України від 13 квітня 2012 року. Звіт складено на підставі інформації, отриманої внаслідок проведених інтерв'ю з учасниками кримінальних проваджень (адвокатами, прокурорами, суддями), соціологічних і експертних опитувань, вивчення судової практики, публікацій у ЗМІ й аналізу фахових публікацій.

ЗМІСТ

Вступ	4
I. Початок досудового розслідування	7
II. Участь захисника і право на правову допомогу	13
III. Право на свободу і особисту недоторканність	23
IV. Право власності у кримінальному провадженні	33
V. Право на достатній час і можливості для захисту	36
VI. Участь і роль прокурора	39
VII. Докази і доказування	43
VIII. Процесуальні угоди	47

ВСТУП

З моменту запровадження нового Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК) у 2012 році спостерігається тенденція до значної гуманізації сфери кримінальної юстиції. Це проявляється у зменшенні кількості осіб в СІЗО і місцях позбавлення волі, збільшенні кількості застосованих альтернативних запобіжних заходів, зменшенні кількості затримань, обшуків. Але такі тенденції відбуваються на загальному фоні щоденного порушення прав підозрюваних осіб, адвокатів, маніпулювання органами досудового розслідування своїми повноваженнями тощо. Поясненням цим фактам є нереформованість самих органів кримінальної юстиції — органів розслідування, прокуратури та суду.

Практика їх діяльності нівелює переважну більшість новацій, які були привнесені у нашу правову систему положеннями нового КПК.

Досліджені й описані у цій брошурі приклади неформальних практик¹ зумовлені, в першу чергу, стійким тяжінням національної системи кримінальної юстиції працювати за правилами КПК 1960 року.

У брошурі описані такі неформальні практики застосування нового кримінального процесуального законодавства:

- невнесення відомостей про кримінальні правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань;
- проведення перевірки відомостей про кримінальні правопорушення;
- розгляд заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення за правилами Закону України «Про звернення громадян»;

¹ Автори далекі від думки, що тут представлений весь комплекс неформальних практик.

- неможливість оскарження факту невнесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі — ЄРДР або Реєстр);
- необґрунтований початок досудового розслідування фіскальними органами;
- «дозвільний» порядок допуску захисника до участі у кримінальному провадженні;
- вимога надання додаткових документів для залучення захисника до кримінального провадження;
- вилучення речей і документів адвоката, до яких заборонено доступ;
- неповідомлення особам про їхні процесуальні права;
- перешкоди у доступі до правової допомоги;
- неповідомлення центрів безоплатної вторинної правової допомоги про затримання осіб;
- недопуск адвокатів до місця проведення обшуку чи вилучення речей і документів;
- використання адміністративного затримання для цілей кримінального провадження;
- незаконне обмеження свободи осіб;
- порушення прав особи під час затримання;
- неактивність слідчих суддів у захисті права на свободу особи;
- необґрунтування підозри при обранні запобіжного заходу;
- недоведення існування ризиків, які обґрунтовують застосування запобіжного заходу;
- «автоматичність» продовження строків тримання під вартою;
- вилучення речей і документів під час проведення їх огляду;
- вилучення об'єктів як речових доказів;

- вилучення речей і документів в процедурі доступу до них;
- вилучення більшої кількості речей під час обшуку;
- неучасть осіб у розгляді питання про доступ до речей і документів чи арешт майна;
- зволікання з моментом повідомлення особі про підозру;
- неознайомлення з матеріалами досудового розслідування;
- посягання на самостійність прокурора;
- «формальність» процесуального керівництва прокурора;
- неініціативність прокурорів при здійсненні досудового розслідування;
- оформлення результатів процесуальних дій за старими правилами;
- виконання оперативними підрозділами слідчих повноважень;
- непроцесуальні витребування документів та інформації;
- неможливість доступу сторони захисту до речей чи документів;
- вивчення судом матеріалів кримінального провадження до судового розгляду;
- укладення і затвердження процесуальних угод всупереч закону.

I. Початок досудового розслідування

1. Невнесення відомостей про кримінальні правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань

Регулювання: слідчий, прокурор, інша службова особа зобов'язані прийняти та зареєструвати заяву чи повідомлення про кримінальне правопорушення (стаття 214 КПК).

Практика: відомості, зазначені у заяві чи повідомленні про кримінальне правопорушення, переважно не заносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Це підтверджується даними статистики. Так, протягом I кварталу 2014 року² було подано близько 1 мільйона заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення (зазначена цифра є співставною з тією кількістю заяв, які реєструвалися до 2013 року — під час дії КПК 1960 року). Однак кількість зареєстрованих в ЄРДР заяв протягом зазначеного періоду становить лише 295 000 (або близько 30% від усіх прийнятих).

Головною причиною такої негативної практики слід визнати наявність незаконного пункту 7.2 Розділу II Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань. Згідно з цим пунктом, нерозкритими визнаються кримінальні правопорушення, з моменту реєстрації яких минуло більше 2-ох місяців, але до Реєстру не внесені дані про оголошення підозри певній особі. Тому слідчі та прокурори неохоче вносять до Реєстру відомості про неочевидні кримінальні правопорушення, які можуть «зпсувати» статистику розкриття злочинів.

Позиція судів: слідчі судді визнають можливість слідчих і прокурорів без постановлення процесуальних рішень на власний розсуд визначати, чи підлягає та чи інша заява занесенню до Реєстру. Як ар-

² Протягом цього періоду ще не відбулося окупації території Автономної Республіки Крим, Донецької та Луганської областей.

гумент для своєї позиції судді зазначають, що системний аналіз положень статей 214, 303 КПК України свідчить про те, що нібито для початку досудового розслідування в кримінальному провадженні заява чи повідомлення повинні містити достатні дані про наявність ознак кримінального правопорушення.

Так, в узагальненні судової практики Апеляційного суду м. Києва причиною відмови у реєстрації заяви називається те, що *«вона не містить повідомлення про вчинення злочину»*³.

А в іншому узагальненні судової практики зазначено: *«За змістом норми ч. 1 статті 214 КПК України до реєстру повинні вноситися відомості, які дійсно вказують, що мало місце кримінальне правопорушення, а не заяви, які не вказують про наявність події кримінального правопорушення, а тільки мають формальну назву «заява про злочин (кримінальне правопорушення)»*⁴.

В одній з ухвал слідчий суддя Печерського районного суду м. Києва вмотивовує відмову в задоволенні скарги на невнесення прокурором відомостей до ЄРДР тим, що заявник не назвав формальних ознак злочинів, які він вважає вчиненими, а натомість навів власні міркування та припущення щодо них⁵. Проте зрозуміло, що звичайні громадяни не повинні володіти спеціальними юридичними знаннями, аби вміти «правильно» назвати формальні ознаки злочину під час подання повідомлення про нього.

³ Узагальнення судової практики оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування у порядку Кримінального процесуального кодексу України // <http://document.ua/uzagalnennja-sudovoyi-praktiki-oskarzhennja-rishendii-chi-b-doc153155.html>.

⁴ Узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями Херсонської області скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора відповідно до Кримінального процесуального кодексу // http://ksa.court.gov.ua/sud2190/science_work/rozdil2/doc_3141324/.

⁵ Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 8 січня 2013 року (справа № 757/684/13-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28483383>.

Подібна практика створює штучні бар'єри для реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, адже заснована на суб'єктивній оцінці слідчим, прокурором або слідчим суддею «правильності» викладу інформації в заяві чи повідомленні. Хоча закон жодних вимог щодо цього не висуває.

2. Проведення перевірки відомостей про кримінальні правопорушення

Регулювання: слідчий, прокурор зобов'язані прийняти та зареєструвати заяву чи повідомлення про кримінальне правопорушення і невідкладно розпочати кримінальне провадження, але не пізніше 24 годин після подання заяви (стаття 214 КПК).

Практика: протягом 24 годин здійснюється перевірка заяв, повідомлень та інших відомостей про кримінальні правопорушення, без формальної реєстрації цієї інформації в ЄРДР.

На підставі Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події та положень про комісії, затвердженої наказом МВС України від 19 листопада 2010 року № 1050, первинну інформацію спочатку реєструють у журналі Єдиного обліку (далі — ЄО). Пізніше, після перевірки вона вноситься або не вноситься до ЄРДР.

Цю перевірку здійснюють співробітники оперативних підрозділів, як правило, шляхом відібрання пояснень. У разі відсутності підстав для внесення до ЄРДР оперативні співробітники «списують» заяву, не посилаючись на жодне положення КПК чи іншого закону. Подібне «списування» у такий спосіб заяв не передбачене законами і навіть відомчими нормативними актами.

Пояснюється це потребою встановити, чи є у заяві обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Однак сам факт перевірки уже свідчить про те, що у службової особи, яка її розпочинає, існують обґрунтовані сумніви у тому, що заява містить відомості про кримінальне правопорушення. А в разі існування таких сумнівів потрібно розпочинати кримінальне провадження.

3. Розгляд заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення за правилами Закону України «Про звернення громадян»

Регулювання: заява чи повідомлення про кримінальне правопорушення повинна бути прийнята і зареєстрована в ЄРДР (стаття 214 КПК).

Закон України «Про звернення громадян» від 1996 року не поширюється на порядок розгляду заяв і скарг громадян, встановлений кримінальним процесуальним законодавством (стаття 12 Закону).

Практика: заяви (повідомлення) про кримінальні правопорушення ідентифікуються правоохоронними органами як звернення і розглядаються за правилами зазначеного Закону, а не Кримінального процесуального кодексу.

Однак очевидно, що особа, яка заявляє (повідомляє) про вчинення злочину і та особа, яка звертається відповідно до Закону «Про звернення громадян» з клопотанням, скаргою або пропозицією, переслідують різні цілі, а тому правове реагування на ці заяви має бути відповідним.

Трапляються також випадки, коли заяви про кримінальні правопорушення взагалі не реєструються без пояснення причин або направляються «за належністю» до інших органів, не уповноважених здійснювати досудове розслідування.

Позиція судів: окремі слідчі судді допускають можливість проведення перевірки за заявою про кримінальне правопорушення на підставі Закону «Про звернення громадян»: «Прокурор вважав доводи скарги необґрунтованими та такими, що задоволенню не підлягають, оскільки проведеною перевіркою в порядку Закону України “Про звернення громадян” ознак складу злочину в будь-чийх діях не вбачається»⁶.

Проте позитивна суддівська практика з цього питання також існує. Так, слідчий суддя задовольнив скаргу особи на бездіяльність

⁶ Ухвала слідчого судді Алчевського міського суду Луганської області від 25 березня 2014 року (справа № 1 кс/406/294/14 п) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38451494>.

працівників міліції, що виявилася у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР і вказав: «... висновок суду не спростовують твердження прокурора про розгляд заяви ОСОБА_3 правоохоронними органами в порядку Закону “Про звернення громадян”, оскільки обов'язок внесення відомостей про обставини, що можуть свідчити про вчинене кримінальне правопорушення, є безумовним, а розгляд заяви про кримінально каране діяння поза межами кримінального процесуального законодавства суперечить положенням ст. 2 КПК України про те, що завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження»⁷.

4. Неможливість оскарження факту невнесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР

Регулювання: скарга на бездіяльність слідчого, прокурора у вигляді невнесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР може бути подана протягом 10 днів з дня такої бездіяльності (частина 1 статті 304 КПК).

Практика: слідчі, прокурори не реєструють заяву (повідомлення) про кримінальне правопорушення з надуманих підстав, але з наступним повідомленням заявників про відсутність підстав для початку провадження після спливу 10-денного строку, встановленого КПК для оскарження бездіяльності. Ці маніпуляції з невчасним повідомленням здійснюються виключно з метою позбавлення заінтересованих осіб можливості оскарження таких фактів.

Однак, в одному з рішень слідчий суддя поновив строк звернення зі скаргою на бездіяльність органу досудового розслідування з таких причин: особа звернулася до органів внутрішніх справ 27 березня 2014 року, письмова відповідь надійшла більш ніж через місяць — 29 квітня, але на бланку письмової відповіді зазначалася інша дата — 18

⁷ Ухвала слідчого судді Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 12 травня 2014 року (справа № 336/3341/14-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38725606>.

квітня. Слідчий суддя визнала, що строк подання скарги пропущений з поважних причин, оскільки про порушення свого права заявник дізнався лише 29 квітня⁸.

5. Необґрунтований початок досудового розслідування фіскальними органами

Регулювання: слідчий зобов'язаний вносити самостійно встановлену інформацію до ЄРДР лише після виявлення обставин, «що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення» (частина 1 статті 214 КПК).

Практика: слідчі фіскальної служби намагаються вносити інформацію про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань за кожним фактом донарахування суми податків чи зборів. Такі дії здійснювалися слідчими незалежно від факту оскарження/неоскарження в адміністративному порядку чи до адміністративного суду рішення про відповідне донарахування податків.

Намагаючись вирішити цю проблему, Державна фіскальна служба у 2014 році ухвалила нову редакцію Методичних рекомендацій щодо порядку взаємодії між підрозділами органів державної фіскальної служби при організації, проведенні та реалізації матеріалів перевірок платників податків. Згідно з цими рекомендаціями, матеріали перевірок не передаються до слідчих, якщо відбувається оскарження податкового повідомлення-рішення в адміністративному порядку (всередині фіскальної служби). Але залишається проблема, пов'язана із судовим оскарженням. Так, здійснення цього оскарження жодним чином не впливає на позицію фіскального органу щодо початку кримінального провадження.

⁸ Ухвала слідчого судді Шевченківського районного суду м. Запоріжжя 12 травня 2014 року (справа № 336/3341/14-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38725606>.

II. Участь захисника і право на правову допомогу

6. «Дозвільний» порядок допуску захисника до участі у кримінальному провадженні

Регулювання: захисник залучається до провадження шляхом ухвалення постанови про доручення відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту (частина 2 статті 49 КПК).

Практика: слідчі оформляють окрему постанову про допуск захисника. Підставою для «допуску» (залучення) до участі у кримінальному провадженні є надане захисником свідоцтво про право на заняття ним адвокатською діяльністю та доручення Центру з надання безоплатної правової допомоги. Обґрунтуванням для таких постанов слідчі та прокурори зазначають положення статті 110 КПК, згідно з частиною третьою якої вони уповноважені приймати постанови, якщо визнають це за необхідне.

У прийнятті таких постанов проявляється попередня модель участі захисника у кримінальних справах, коли сторона обвинувачення (слідчий або прокурор) «допускала» представника сторони захисту.

7. Вимога надання додаткових документів для залучення захисника до кримінального провадження

Регулювання: повноваження захисника у кримінальному провадженні підтверджуються свідоцтвом про право на заняття адвокатською діяльністю, а також ордером чи договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги (частина 1 статті 50 КПК).

Практика: органи досудового розслідування вимагають від захисників надання підтвердженого Радою адвокатів України або радою адвокатів відповідного регіону витягу з Єдиного реєстру адвокатів України про дійсність відповідного свідоцтва на право заняття адвокатською діяльністю.

Така вимога може вважатися законною лише у випадку, коли слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд у режимі прямого доступу до офіційного веб-сайту Національної асоціації адвокатів України (<http://www.unba.org.ua>) не можуть перевірити відомості щодо конкретного адвоката у реєстрі адвокатів⁹. В іншому випадку такі дії порушують правила процесуального закону.

8. Вилучення речей і документів адвоката, до яких заборонено доступ

Регулювання: заборонені огляд, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності (стаття 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Водночас, положення статті 161 КПК забороняють доступ тільки до листів та інших форм обміну інформацією між захисником і його клієнтом.

Практика: поширеними є випадки укладення договорів про надання правової допомоги, згідно з якими клієнт передає адвокату на аналіз і вивчення певні документи (у тому числі первинні документи, що стосуються його господарської діяльності). Спостерігаються неодноразові спроби органів розслідування вилучати в адвокатів такі документи, які знаходяться в них на вивченні й фактично перебувають на зберіганні.

Для обґрунтування таких дій звертається увага на існування колізій між обсягом і переліком захищених документів, який встанов-

⁹ Гідаят Закир-огли Алієв, О. О. Самодіна, А. В. Самодін. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України // Юридична наука. — 2013. — № 3. — С. 96.

люється статтею 23 Закону і статтею 161 КПК. Очевидно, що перелік документів, пов'язаних з адвокатською діяльністю, значно ширше переліку документів, які є формами обміну інформацією між захисником і його клієнтом.

Але сторона обвинувачення в цьому випадку намагається «вузько» тлумачити положення Кодексу і керуватися виключно ним, не звертаючи уваги на положення спеціального, статусного для адвокатів закону¹⁰.

9. Неповідомлення особам про їхні процесуальні права

Регулювання: кожному заарештованому чи затриманому гарантується право бути повідомленим про мотиви арешту чи затримання, отримати роз'яснення його прав і можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника (частина 4 статті 29 Конституції України).

Слідчий, прокурор, слідчий суддя зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права (частина 2 статті 20 КПК). Процедура роз'яснення прав також передбачена на таких важливих стадіях процесу: перед розглядом клопотання про застосування запобіжного заходу — слідчим суддею, судом (частина 2 статті 193 КПК); в момент законного затримання — службовою особою, уповноваженою на затримання (частина 4 статті 208 КПК, частина 8 статті 5 Закону «Про міліцію»); в момент реєстрації затримання — службовою особою, відповідальною за перебування затриманих (частина 3 статті 212 КПК); перед проведенням кожної слідчої дії — слідчим, прокурором (частина 3 статті 223, частина 3 статті 224 КПК); в момент повідомлення про підозру — слідчим, прокурором (частини 2, 3 статті 276 КПК); на початку судового розгляду — головою суддею (частина 2 статті 345 КПК).

¹⁰ Временный доступ следствия к документам адвокатской тайны // <http://propravo.in.ua/pravozashchita/konsylt/400-vremennyj-dostup-sledstviya-k-dokumentam-advokatskoj-tajny>.

Практика: дані соціологічних досліджень, проведених у 2013 році, засвідчують серйозні проблеми з процедурою інформування осіб про їхні права¹¹. Так, інформацію щодо можливості скористатися допомогою гарантованого державою адвоката від працівників міліції не отримали у 38% випадків особи, які після затримання їх органами міліції звертались за послугами безоплатних адвокатів. Серед тих, хто отримував інформацію щодо можливості використання права на безоплатного адвоката, переважна більшість (69%) говорить, що процедура інформування проходила досить детально (розказали, дали буклет, підвели до стенду тощо), інші ж 31% кажуть, що інформували їх поверхово і поспіхом («щось говорили про це, але швидко і не дуже зрозуміло»; «дали передивитися якийсь папірець», «швидко сказали щось»).

За свідченнями респондентів, їм практично не повідомляли про їхні права, окрім як про право на захист: 76% цієї групи осіб повідомили, що співробітники міліції про жодні інші права їм не повідомляли, 14% — їхні права їм чітко роз'яснили, 5% — роз'яснювали, але швидко, і ще 5% — не пам'ятають. Серед основних прав, про які йшлося при роз'ясненні, — право не свідчити проти себе, право не свідчити за відсутності захисника.

Не кращою є ситуація з інформуванням на судових стадіях. Інформацію про можливість скористатися послугами безоплатного адвоката від судді не отримали чверть групи осіб на етапі розгляду справи у суді першої інстанції. Більше половини (58%) таку інформацію отримали, проте майже п'ята частина опитаних групи (17%) не змогли відповісти на це запитання.

Про ці проблеми також можуть свідчити результати опитування адвокатів, залучених до системи безоплатної правової допомоги, проведеного Координаційним центром правової допомоги. Адвокати за-

¹¹ Дослідження здійснене Київським міжнародним інститутом соціології, Центром соціальних експертиз Інституту соціології НАН України, Харківським інститутом соціальних досліджень (див. О. Банчук, І. Ібрагімова, М. Хавронюк. Система безоплатної правової допомоги в Україні: аналіз першого року функціонування. — К., 2014. — С. 28–35).

свідчують, що співробітники органів досудового розслідування порушують право осіб на захист від обвинувачення у такі, зокрема, способи: проводяться процесуальні дії з особами, яким не повідомлено про їхній процесуальний статус (48,45% випадків); чиниться психологічний чи фізичний тиск на затриманих (40,75%); порушуються права під час фактичного затримання (33,25%); захисника не допускають до затриманої особи (20% випадків); захисника не повідомляють про проведення процесуальної дії (18%).

Проявом таких маніпуляцій є також факт, що в пам'ятці про права та обов'язки затриманого, підозрюваного, обвинуваченого відсутні загальнодержавні телефони центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги, а містяться лише відповідні дані Європейського суду з прав людини.

Наслідком таких зловживань є фактичні можливості для маніпулювання з боку сторони обвинувачення через нерозуміння особами (затриманим, підозрюваним, обвинуваченим) змісту гарантованих законом прав і способів їх реалізації.

10. Перешкоди у доступі до правової допомоги

Регулювання: кожному гарантується право на правову допомогу та можливість її одержання безоплатно у випадках, передбачених законом (стаття 59 Конституції України).

Українське законодавство (КПК і Закон «Про безоплатну правову допомогу») гарантує отримання правової допомоги за рахунок держави *всім затриманим особам*, а також допомоги для захисту від обвинувачення — *малозабезпеченим особам*, дохід яких є меншим встановленого законом місячного прожиткового мінімуму (на 2014 рік — 1 218 грн.).

Практика: однією з проблем доступу окремих осіб до правової допомоги є відсутність правил оцінювання фінансового стану особи, яка звертається за такою допомогою (у разі залучення захисника на підставі пункту 2 частини 1 статті 49 КПК). Це питання віддано виключно на розсуд слідчого, прокурора чи суду.

Але в нинішніх умовах вельми поширеними є факти зловживання стороною обвинувачення своїми процесуальними повноваженнями, зокрема неінформування осіб про зміст права на правову допомогу і про можливість подання відповідного клопотання про залучення захисника за рахунок держави.

Так, в момент повідомлення особі про підозру здебільшого відсутній захисник. Після завершення цієї процедури здійснюється допит і проводяться інші процесуальні дії. А повідомлення до центру безоплатної вторинної правової допомоги надсилається після або під час проведення цих дій. Природно, що адвокат прибуває лише на етапі завершення всіх процесуальних дій та/або підписання особою певних протоколів процесуальних дій.

Співробітники органів правопорядку порушують право на захист, під різними приводами відтермінуючи момент конфіденційного побачення затриманого із захисником, у тому числі шляхом:

- повідомлення неналежного місця для конфіденційного побачення або заміни місця перебування затриманого до прибуття адвоката;
- у зв'язку з перебуванням затриманого на режимному об'єкті в нічний час;
- недопуску на підставі заяви затриманого про відмову від захисника, складеної без участі захисника.

Траплялися також такі випадки:

- адвоката не допускали до підзахисного внаслідок самовільних дій конвою, який вивіз особу з території відділу міліції без побачення з адвокатом;
- затриманій особі викликали «швидку допомогу», а адвокату під час прибуття пояснили, що затримана особа перебуває в лікарні. Після залишення захисником відділу міліції затриману особу повернули до райвідділу;

- адвоката не допускали до слідчого ізолятора без дозволу слідчого. А сам дозвіл неможливо одержати через періодичну відсутність слідчого, відсутність печатки райвідділу або відсутність керівника райвідділу, у якого знаходиться печатка тощо;
- адвоката викликали у відділ міліції у вечірній час (після 20:00) при тому, що з моменту фактичного затримання минуло 12 годин, а після прибуття повідомили, що проводити слідчі дії в нічний час (з 22:00 до 6:00) заборонено. Самого затриманого залишали на ніч у відділі¹².

Існують також окремі типи проваджень, які за своєю природою потребують обов'язкової участі захисника, однак закон прямо не передбачає обов'язковості такої участі захисників, що й використовується обвинуваченням. У цих випадках слідчий, прокурор могли б використовувати своє дискреційне повноваження щодо залучення захисника за умов, що «обставини кримінального провадження вимагають участі захисника» (пункт 3 частини 1 статті 49 КПК).

Незалучення захисника обвинуваченням, неповідомлення (нероз'яснення) йому стороною обвинувачення, судом про можливість такого залучення може вплинути на реалізацію інших його процесуальних прав (наприклад, права на оскарження вироку суду) або не дозволить йому до кінця зрозуміти зміст висунутого обвинувачення і правові наслідки засудження. Такими процедурами є: провадження на підставі угоди про визнання винуватості та угоди про примирення¹³ (статті 468–476 КПК); спрощене судове провадження (без дослідження доказів щодо неоспорюваних обставин) (частина 3 статті 349 КПК).

¹² Попередній звіт за результатами дослідження проблемних питань, що виникають у сторони захисту при застосуванні нового кримінального процесуального законодавства // http://legalaid.gov.ua/images/Actual/Results_research.pdf.

¹³ Провадження на підставі угод становить близько 18% від загальної кількості всіх кримінальних проваджень, які перебувають у судах.

11. Неповідомлення центрів безоплатної вторинної правової допомоги про затримання осіб

Регулювання: в українському законодавстві (КПК і Порядок інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб від 28 грудня 2011 року) встановлена процедура обов'язкового повідомлення і залучення стороною обвинувачення захисників для захисту затриманих осіб.

Практика: з початку повноцінного функціонування системи правової допомоги у 2013 році виявилися суттєві проблеми, пов'язані з неінформуванням або невчасним інформуванням центрів органами розслідування про випадки затримань. Частину цих випадків вдавалося відслідковувати співробітникам Координаційного центру з надання правової допомоги. Було запроваджено звірку даних щодо затримань між центрами та обласними управліннями внутрішніх справ. Хоча ставлення суб'єктів до процесу суттєво різниться.

Так, опитані слідчі знають усі вимоги щодо інформування про факти затримань і не бачать проблем у їх виконанні. Директори центрів, які взяли участь у фокус-групах, запевнили, що система інформування працює на 90%. Схожий підхід висловили й адвокати, залучені до системи безоплатної правової допомоги (далі — системи БПД). З одного боку, вони відзначають суттєвий прогрес у питанні забезпечення прав осіб під час затримань, але, з іншого, вказують на наявність тиску на затриманих з метою змушення до відмови від адвоката.

Ці факти стали підставою для прийняття Міністерством юстиції 30 серпня 2013 року наказу «Деякі питання прийняття та оброблення центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги повідомлень про випадки затримання осіб». На основі цього документа в пілотному режимі запроваджена можливість звернення з інформацією про затримання осіб не тільки уповноваженими органами, а й родичами затриманих. 27 листопада 2013 року цей порядок став постійним внаслідок внесення змін до урядової постанови. Тепер не тільки орган влади повідомляє центри

надання правової допомоги про затримання. Якщо службові особи уповноваженого органу з певних причин цього не здійснили, то сама особа чи її родичі (члени сім'ї) мають право безпосередньо звернутися до центру телефоном чи письмово.

Однак запровадження нових можливостей для звернення з інформацією про затримання не мало наслідком збільшення кількості таких повідомлень.

З метою невиконання чітких законодавчих вимог про інформування центрів щодо кожного факту затримання співробітники органів досудового розслідування використовують інші способи обмеження свободи пересування осіб, які формально не називаються затриманням. Зокрема йдеться про виклик особи як свідка або виклик (запрошення) особи для надання письмових чи усних пояснень щодо матеріалів, які є у провадженні певного органу.

Основною причиною таких зловживань є намагання уникати обов'язку негайного повідомлення центрів про затримання осіб.

12. Недопуск адвокатів до місця проведення обшуку чи вилучення речей і документів

Регулювання: підозрюваний (обвинувачений) і його захисник мають право брати участь у проведенні будь-якої процесуальної дії (пункт 9 частини 3 статті 42, частина 4 статті 46 КПК).

Практика: під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (стаття 236 КПК) або виконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів (стаття 165 КПК) відбуваються значні порушення прав осіб-володільців відповідних об'єктів володіння. Йдеться про вилучення більшої кількості речей і документів порівняно з тим, що перераховані в ухвалі слідчого судді, або про «підкидання» певних речових доказів з метою обвинувачення особи тощо.

Участь захисника потенційно може зменшити кількість значених порушень. Але трапляються випадки фізичного недо-

пуску захисника до місця проведення цих процесуальних дій¹⁴. Так, обшук і вилучення здійснюються слідчим або групою слідчих із залученням понятих, а охорона житла чи іншого володіння забезпечується співробітниками оперативних підрозділів. Ці оперативні співробітники отримують вказівку від слідчого не випускати і не впускати осіб до місця проведення обшуку на підставі частини 3 статті 236 КПК.

Тому адвокати, які прибувають до цього місця, фізично не мають можливості постати перед слідчим, подати своє клопотання чи скаргу та взяти участь у подальшому проведенні процесуальних дій.

¹⁴ Заметки адвоката об украинской милиции // <http://umdp1.info/2014/11/zametky-advokata-ob-ukraynskoj-mylytsyy/>.

III. Право на свободу і особисту недоторканність

13. Використання адміністративних затримань для цілей кримінального провадження

Регулювання: встановлена процедура обов'язкового залучення представниками держави (оперативними співробітниками, слідчими, прокурорами) адвокатів для захисту затриманих осіб (статті 48, 213 КПК, Закон «Про безоплатну правову допомогу»). Таке залучення повинно відбуватися без перевірки фінансового стану затриманих.

Практика: частими є випадки використання адміністративного затримання з метою отримання від особи інформації, що стосується кримінального провадження. Це пов'язано з тим, що Кримінальний процесуальний кодекс передбачає широке коло гарантій дотримання прав затриманих — на відміну від Кодексу про адміністративні правопорушення.

Принципова різниця між діями органів влади, які здійснюють кримінальне процесуальне й адміністративне затримання, полягає у такому: перші повинні повідомляти про кожен випадок затримання, а інші — лише у тому випадку, якщо особа не здійснюватиме захист самостійно або відмовилась від захисника, що надає можливості для зловживань. Наприклад: не інформувати особу про гарантоване їй державою право на захисника, отримати всі достатні відомості про протиправне діяння, а в протоколі про адміністративне затримання записати, що особа захищала себе самостійно або відмовилась від запитання адвоката.

Такий метод притаманний роботі відділів органів внутрішніх справ по боротьбі з незаконним обігом наркотиків (далі — відділ БНОН). Спочатку потенційного підозрюваного затримують в адміністративному порядку та забезпечують його відмову від послуг захисника. Після цього проводиться експертиза, за результатами якої

«випадково» встановлюється, що кількість чи об'єм речовини, з якою особу фактично було затримано, є значними, внаслідок чого особа вже формально затримується в порядку кримінального процесуального законодавства за підозрою у вчиненні злочину, передбаченого статтею 309 Кримінального кодексу України. Результатами таких затримань співробітниками відділу БНОН є: проведення обшуку затриманої особи у кабінеті слідчого; залучення як понять наркозалежних осіб.

В державі відсутній дієвий механізм контролю за адміністративними затриманнями. Оприлюднена статистика щодо кількості повідомлень про адміністративні затримання¹⁵ підтверджує реальність зазначених зловживань. Так, за 2013 рік було зареєстровано 24 666 зазначених повідомлень. При цьому повідомлень про кримінальні затримання зареєстровано 24 178. Але адміністративних правопорушень природно вчиняється в кілька разів більше, ніж злочинів. Тому й адміністративних затримань об'єктивно повинно бути більше, ніж кримінальних. Але необов'язковість для адміністративних органів здійснення таких повідомлень має наслідком подібні невтішні результати.

Також було зафіксовано неприродно велику кількість відмов від адвоката (майже у 60% випадків) під час адміністративних затримань, що обґрунтовується законодавчим обмеженням часу такого затримання — 3 години. Тому прибуття адвоката до затриманого відбувається вже після спливу зазначеного строку і втрачає сенс.

Одним із варіантів вирішення цієї проблеми може стати запровадження обов'язкового залучення захисників і у випадках адміністративного затримання.

¹⁵ Інформаційна довідка щодо функціонування системи безоплатної вторинної правової допомоги у 2013 році // http://legalaid.gov.ua/images/Actual/311213_dovidka_BPD_2013.pdf.

14. Незаконне обмеження свободи осіб

Регулювання: особа вважається затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд зі службовою особою чи у вказаному нею місці чи приміщенні (стаття 209 КПК).

Практика: співробітники органів досудового розслідування використовують інші способи обмеження свободи пересування осіб і отримання від них необхідних відомостей, які формально не називають затриманням. Зокрема, йдеться про:

- 1) *виклик особи як свідка* у кримінальному провадженні, на який вона зобов'язана прибути під загрозою застосування грошового штрафу і примусового приводу. З такою особою проводять допит, внаслідок якого отримують необхідні відомості, а на завершення цієї процесуальної дії особі повідомляється про затримання її як підозрюваної і після цього інформується центр з надання безоплатної правової допомоги.

Якщо на практиці ситуація з повідомленням і роз'ясненням права на захист підозрюваному є складною, то не кращою вона є й стосовно свідків. І це незважаючи на існування у Кодексі чітких правил недопустимості доказів, отриманих з показань свідка, який надалі визнається підозрюваним (пункт 6 частини 2 статті 87 КПК);

- 2) *виклик (запрошення) особи* для надання письмових чи усних пояснень щодо матеріалів, які є у провадженні певного органу (див., наприклад, пункт 3 частини 1 статті 11 Закону «Про міліцію»). Кожен орган досудового розслідування, крім повноважень в межах кримінального процесу, має повноваження адміністративного органу, передбачені спеціальними (статусними) законами. Процедура отримання зазначених пояснень в жодному законодавчому акті не регламентована. Але наслідком такого опитування (часто — багатогодинного) також може бути кримінальне процесуальне затримання особи. Подібні зловживання владою працівниками органів досудового розслідування в нашій державі прийнято вважати малозначними і навіть не вартими уваги прокурорів і судів.

Основною причиною таких зловживань є намагання уникати обов'язку негайного повідомлення про затримання осіб і отримання за цей час необхідної інформації.

15. Порухення прав осіб під час затримання

Регулювання: процедура затримання осіб і обов'язкового залучення представниками держави (оперативними співробітниками, слідчими, прокурорами) адвокатів для захисту затриманих осіб встановлена статтями 48, 213 КПК та Законом «Про безоплатну правову допомогу».

Практика: органи розслідування використовують маніпулятивні методи, які дозволяють їм обходити необхідність обов'язкового залучення адвокатів.

Попри чіткі положення статті 209 КПК поширеним є неправильне визначення часу затримання — ним вважається не момент фактичного затримання, а момент складання протоколу.

Іноді затриману особу залишають під вартою без оформлення протоколу затримання, який складають набагато пізніше, а дії процесуального характеру з особою починають виконувати із часу фактичного затримання¹⁶. Такі розриви у часі можуть тривати від однієї години до 3-х діб. Їх тривалість зростає у святкові, вихідні дні, а також у нічний час.

Замість затримання особи в порядку, визначеному статтею 208 КПК, слідчі, застосувавши до неї заходи психологічного та/або фізичного впливу, проводять необхідні слідчі дії. Вночі така особа утримується в місцях дислокації дільничних міліціонерів, так званих «підрайонах», у статусі «запрошеної до міліції». Після цього підозрюваного ознайомлюють із клопотанням слідчого щодо застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, доставляють до

¹⁶ Попередній звіт за результатами дослідження проблемних питань, що виникають у сторони захисту при застосуванні нового кримінального процесуального законодавства // http://legallaid.gov.ua/images/Actual/Results_research.pdf.

суду, отримують необхідну ухвалу і лише тоді повідомляють центр правової допомоги.

У деяких випадках службові особи створюють враження, нібито особа вже представлена адвокатом. У такому випадку слідчі, не повідомляючи центр, оголошують про підозру та протягом години зі «своїм адвокатом» звертаються до суду з клопотанням про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або домашнього арешту. На запитання, чому не повідомлено центр, відповідають, що особа нібито із самого початку мала захисника¹⁷.

Часто чиниться тиск на підозрюваного з метою добитися від нього відмови від послуг адвоката, а також введення в оману стосовно того, що на цій стадії кримінального процесу адвокат нібито не потрібен. Експерти зазначають, що у практиці міліції ще широко розповсюджені шантаж і погрози фізичного насильства. Іноді тиск здійснюють навіть у присутності адвоката¹⁸.

16. Неактивність слідчих суддів у захисті права на свободу особи

Регулювання: слідчий суддя зобов'язаний здійснювати захист прав особи, незаконно позбавленої свободи, незалежно від наявності заяви від такої особи, інших осіб, органів державної влади або службових осіб (стаття 206 КПК).

Практика: попри те, що положення статті 206 КПК виписані досить чітко, на практиці слідчі судді рідко застосовують їх, фактично залишаючи «неробочими». Ці положення передбачають активну ініціативну правозастосовну діяльність слідчих суддів, спрямовану на захист прав особи, безпідставно позбавленої свободи, або такої, що зазнала насильства під час затримання або тримання під вартою.

¹⁷ Попередній звіт за результатами дослідження проблемних питань, що виникають у сторони захисту при застосуванні нового кримінального процесуального законодавства // http://legaid.gov.ua/images/Actual/Results_research.pdf.

¹⁸ Там само.

Проте трапляються випадки, коли слідчий суддя після отримання відомостей про незаконне затримання реагує в порядку, передбаченому статтею 206 КПК, через 10–14 днів після отримання таких відомостей¹⁹.

Також проблемою є неможливість застосування цього механізму у випадках, коли особу незаконно затримали на певний час, а пізніше відпустили — тобто, коли на час складання скарги особа вже є вільною. У таких випадках механізм судового контролю (перевірки) законності затримання відсутній, що є прогалиною законодавства.

17. Відсутність обґрунтування підозри при обранні запобіжного заходу

Регулювання: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення є однією з обов'язкових підстав застосування запобіжного заходу (частина 2 статті 177 КПК). Без цієї обставини слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу, тому в своїх клопотаннях вони повинні довести обґрунтованість підозри щодо особи. А слідчий суддя, суд при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу зобов'язані оцінити вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення (пункт 1 частини 1 статті 178 КПК).

Практика: слідчі, прокурори у своїх клопотаннях про застосування чи продовження строку застосування запобіжних заходів не завжди наводять відомості на підтвердження обґрунтованості підозри щодо особи, а судді «закривають на це очі».

Нерідко судді обмежуються формулюванням такого змісту: «Суд приходить до висновку, що сторона кримінального провадження з боку обвинувачення довела наявність обставин, які свідчать про обґрунтованість підозри у вчиненні ОСОБА_1 кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України: витягом з кримінального прова-

¹⁹ <https://www.facebook.com/groups/172470709630788/?fref=ts>.

дження про реєстрацію вчиненого кримінального правопорушення в ЄРДР, протоколами слідчих дій та іншими долученими до матеріалів кримінального провадження документами»²⁰.

Слідчі судді також перекладають обов'язок доведення наявності/відсутності обґрунтованої підозри зі сторони обвинувачення на сторону захисту: «Обвинувачений ОСОБА_2 та його захисник ОСОБА_3 заперечували проти заявленого прокурором клопотання щодо продовження строків тримання під вартою та просили змінити запобіжний захід із тримання під вартою на більш м'який, не пов'язаний з триманням під вартою, але обґрунтувань суду не надали»²¹.

Для продовження строку тримання під вартою прокуророві не потрібно доводити слідчому судді обґрунтованість підозри, а достатньо зазначити, що наразі відсутні підстави для скасування цього заходу: «При винесенні на розгляд вказаного питання прокурор _____ вважає, що підстав для зміни або скасування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою відносно ОСОБА_2 немає, а тому останньому слід продовжити строк тримання під вартою до двох місяців повторно»²².

18. Недоведення існування ризиків, які обґрунтовують застосування запобіжного заходу

Регулювання: доведення слідчому судді, суду наявності ризиків вчинення процесуальних порушень підозрюваним є однією з підстав застосування запобіжного заходу (частина 1 статті 177 КПК).

²⁰ Ухвала слідчого судді Новоайдарського районного суду Луганської області 30 квітня 2014 року (справа № 419/600/14-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39768852>.

²¹ Ухвала слідчого судді Синельниківського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 30 жовтня 2014 року (справа № 191/6169/13-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40840978>.

²² Ухвала слідчого судді Вінницького міського суду Вінницької області від 20 листопада 2013 року (справа № 127/7057/13-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35379194>.

Практика: у клопотаннях про застосування запобіжного заходу слідчі, прокурори не зазначають обставини, на підставі яких вони дійшли висновку щодо наявності одного або кількох ризиків, зазначених у клопотанні, і не посилаються на матеріали, що підтверджують ці обставини; не обґрунтовують неможливість запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні, у разі застосування більш м'яких запобіжних заходів; не обґрунтовують необхідності покладення на підозрюваного, обвинуваченого конкретних обов'язків, передбачених частиною 5 статті 194 КПК.

Слідчі судді в ухвалах про застосування запобіжного заходу, як правило, теж не обґрунтовують наявність ризиків, відтворюючи дослівно текст відповідних клопотань. Внаслідок цього запобіжний захід обирається лише на підставі тяжкості потенційного покарання за вчинення кримінального правопорушення або ступеня тяжкості вчиненого злочину, а не у зв'язку з наявністю ризиків неналежної поведінки підозрюваного.

Наприклад, в ухвалі суду зазначається: «З обвинувального акта вбачається, що ОСОБА_3 не працює, не одружений, має одне місце реєстрації, проживає фактично за іншим місцем проживання, при цьому в судовому засіданні обвинувачений повідомив, що має тимчасові заробітки в різних місцях, частково визнає вину, оскільки два епізоди крадіжки взагалі не визнає, *раніше не притягувався до кримінальної відповідальності, на обліку в лікаря нарколога та психіатра не перебуває, має посередню характеристику, враховуючи ступінь тяжкості інкримінованого обвинуваченому злочину, що дає суду підстави вважати, що існує ризик, передбачений ст. 177 КПК України, більш м'який запобіжний захід може не забезпечити запобігання вказаному ризику*»²³.

Інший приклад: «При вирішенні питання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у відношенні підозрюваного ОСОБА_2 судом береться до уваги вагомність доказів, що обґрунтовують відповідні обставини, тяжкість покарання; його вік; він

²³ Ухвала слідчого судді Яготинського районного суду Київської області від 3 листопада 2014 року (справа № 382/1627/14-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40798765>.

не одружений; на утриманні неповнолітніх дітей не має; офіційно не працює; раніше не судимий, вчинив кримінальне правопорушення, яке відповідно до закону відноситься до категорії особливо тяжких. Суд вважає, що наведені обставини свідчать про можливість підозрюваного знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; перешкодити кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, що унеможливує запобігання ризиків, передбачених п. 2, п. 4, п. 5 ч. 1 ст. 177 КПК України при застосуванні більш м'якого запобіжного заходу»²⁴.

Також слідчі і прокурори під час повідомлення особі про підозру умисно не враховують факт вчинення нею одного або декількох кримінальних правопорушень з метою використання цього факту (фактів) у подальшому для обґрунтування зміни чи продовження строку запобіжного заходу.

19. «Автоматичність» продовження строків тримання під вартою

Регулювання: продовження строку тримання під вартою повинно кожного разу здійснюватися слідчим суддею на підставі клопотання сторони обвинувачення, поданого не пізніше 5-ти днів до закінчення визначеного строку застосування цього запобіжного заходу (стаття 199 КПК).

Практика: поширеними стали випадки, коли строки тримання під вартою підозрюваної особи закінчуються до моменту проведення підготовчого судового засідання, але разом з обвинувальним актом і реєстром матеріалів кримінального провадження не надається клопотання щодо продовження відповідного строку. Сторона обвинува-

²⁴ Ухвала слідчого судді Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області від 6 вересня 2013 року (справа № 495/7095/13-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33364526>.

чення не вважає це своїм обов'язком і для обґрунтування своєї позиції використовує положення частини третьої статті 315 КПК. Згідно з нею, за відсутності клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження (запобіжні заходи є різновидом цих заходів), такі заходи вважаються продовженими (автоматично).

На сьогоднішній день у правовому регулюванні наявна колізія. Але вона повинна вирішуватися з огляду на засади кримінального провадження, зокрема принципу забезпечення права на свободу (стаття 12 КПК). Тому слід застосовувати спеціальний порядок продовження строку тримання під вартою, передбачений статтею 199 КПК.

IV. Право власності у кримінальному провадженні

20. Вилучення речей і документів під час проведення їх огляду

Регулювання: огляд у житлі чи іншому володінні та вилучення певних об'єктів можуть відбуватися лише за ухвалою слідчого судді (частина 2 статті 237 КПК).

Практика: огляд у житлі чи іншому володінні та вилучення речей чи документів відбуваються без рішення суду. Обґрунтуванням для таких дій є положення частини 5 статті 237 КПК, що не передбачають під час огляду публічних місць і приміщень наявність дозволу слідчого судді на вилучення виявлених документів чи речей. Цим і користуються слідчі, коли оглядають певні документи в офісах підприємств, оскільки не вважають відповідні приміщення «іншим володінням».

21. Вилучення об'єктів як речових доказів

Регулювання: арешт і вилучення майна можливі лише на підставі ухвали слідчого судді чи суду (глава 17 КПК).

Практика: в окремих випадках слідчі продовжують діяти за попередньою практикою, відповідно до якої предмети й документи у фізичних осіб вилучають на стадії досудового розслідування без ухвали слідчого судді під виглядом «добровільної видачі», «огляду предметів і документів», «огляду і добровільної видачі».

Оформлюються такі дії відповідними протоколами й не передбаченими законом постановами про визнання та приєднання до матеріалів кримінального провадження речових доказів. Також робляться посилання на статті 66, 98, 100, 104, 105, 106, 110, 223, 237 КПК без зазначення конкретних частин цих статей. Однак жодна із зазначених статей не містить подібної вимоги.

Така ж ситуація відбувається під час огляду місця події на державних підприємствах або підприємствах, власників яких не встановлено.

У подальшому ці речі без накладення на них арешту передаються на відповідальне зберігання під «охоронну розписку» представнику підприємства. Суди часто не звертають уваги на те, що арешт на речі не накладено, і визнають їх у своїх вироках речовими доказами. Відтак у перебігу досудового розслідування і в судових стадіях вилучені речі не мають жодного «процесуального статусу». У матеріалах досудового розслідування відсутні будь-які документи на обґрунтування законності вилучення цих речей і подальшого їх використання.

22. Вилучення речей і документів у процедурі доступу до них

Регулювання: ухвала слідчого судді про доступ до речей чи документів надає можливість стороні кримінального провадження отримати доступ до відповідних об'єктів та їх копіювання (глава 15 КПК).

Практика: сторона обвинувачення вилучає речі й документи з підприємств, організацій, установ державної форми власності на підставі ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до цих речей і документів. Слідчі, прокурори вважають, що накладати арешт на ці речі й документи не потрібно, бо вони не перебувають у приватній власності, а документи не належать приватним особам. Суди використовують вилучені у такий спосіб речі й документи у доказуванні, обґрунтуванні висновків у справі тощо.

Також слідчі судді часто не звертають увагу на те, що документи, до яких просить доступ слідчий, містять охоронювану законом таємницю.

У багатьох випадках з клопотань та ухвал слідчих суддів взагалі не зрозуміло, в чому полягає потреба вилучення оригіналів документів, а не їхніх копій.

23. Вилучення більшої кількості речей під час обшуку

Регулювання: в ухвалі про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи має чітко вказуватися перелік речей чи документів, для виявлення яких проводиться відповідний обшук (стаття 235 КПК).

Практика: під час обшуку житла чи іншого володіння особи наявні випадки вилучення більшої кількості документів чи речей, аніж зазначено в ухвалі слідчого судді. За логікою частини 7 статті 236 Кодексу такі «додатково» вилучені об'єкти стають тимчасово вилученим майном і наступного робочого дня їхню долю повинен вирішувати суд. Але оскільки протокол обшуку не надається обшукуваним особам, то вони не мають можливості надалі довести конкретний перелік вилученого в суді. Цим порушується право власності чи право володіння осіб на певні речі.

24. Неучасть осіб у розгляді питання про доступ до речей і документів чи арешт майна

Регулювання: при розгляді клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів, про арешт майна слідчий суддя, суд повинен здійснити виклик особи, у володінні чи власності якої знаходяться відповідні речі (частина 1 статті 163, частина 1 статті 172 КПК). Із цього правила існує виняток — цих осіб не викликають, якщо наявна загроза знищення документів або потрібно забезпечити арешт майна.

Практика: сторона кримінального провадження, яка звернулася з клопотанням, повинна довести наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів. Проте в багатьох клопотаннях слідчі зловживають цим і вказують одним реченням на те, що існує реальна загроза знищення документів без будь-якого обґрунтування своєї позиції і наведення доказів на її підтвердження. А слідчі судді не викликають зацікавлених осіб, посилаючись на те, що час для розгляду клопотання обмежений, та приймають рішення іноді навіть без виклику слідчого, прокурора. При цьому особа, чії права будуть порушені, позбавляється права висловити свою позицію.

V. Право на достатній час і можливості для захисту

25. Зволікання з моментом повідомлення особі про підозру

Регулювання: повідомлення про підозру особі повинно здійснюватися у випадку наявності достатніх доказів для підозри у вчиненні певного кримінального правопорушення (пункт 1 частини 1 статті 276 КПК). Значення повідомлення полягає в тому, що: на цьому етапі формулюється підозра, тобто перше офіційне обґрунтоване припущення, попередній висновок про причетність конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення; із дня повідомлення особи про підозру починають відраховуватися строки досудового розслідування (стаття 219 КПК України).

Практика: оскільки до того, як особі повідомлено про підозру, порушень строку розслідування бути не може, велика кількість кримінальних проваджень залишається без руху, а органи досудового розслідування зловживають цим і не поспішають повідомляти про підозру. Це призводить до недотримання розумних строків кримінального провадження та порушення принципу змагальності сторін.

Здебільшого така тенденція спостерігається при розслідуванні економічних (податкових) злочинів. Органи досудового розслідування відкривають кримінальне провадження та починають проведення різних слідчих дій: викликають по кілька разів керівника, бухгалтера підприємства для допитів, здійснюють виїмки всіх без винятку фінансових документів, проводять обшуки, інші слідчі дії. При цьому документи вилучають в юридичної особи, а ймовірними підозрюваними можуть бути лише керівник підприємства і головний бухгалтер. Однак ці особи до останнього дня перебувають у статусі свідка і попереджаються про відповідальність за відмову від надання свідчень, за надання неправдивої інформації тощо. Органи досудового розслідування, достовірно знаючи, що тільки ці посадові особи підприємства

можуть бути суб'єктом злочину, офіційно не поспішають повідомляти останніх про підозру, щоб не почали спливати строки розслідування. Таким чином, органи досудового розслідування можуть протягом кількох років (аж до завершення строків давності притягнення до відповідальності) здійснювати кримінальне переслідування, а сама особа буде позбавлена належного права на захист від такого переслідування. При цьому, якщо особі повідомлено про підозру, органи досудового розслідування майже протягом кількох днів складають обвинувальний акт і надсилають матеріали кримінального провадження до суду. У такому випадку особа не може здійснити належний захист своїх прав, оскільки сторона захисту не встигає зібрати та надати суду свої докази²⁵.

Лише іноді постановляються ухвали, в яких судами вказується на незаконність таких дій: «... *слідчий своїми діями, а саме зволіканням з повідомленням ОСОБА_1 про підозру, протягом 3-х місяців позбавляв його будь-якого процесуального статусу і, відповідно, процесуальних прав у кримінальному провадженні*. Таке зволікання з повідомленням про підозру є штучним способом затягування досудового розслідування у кримінальному провадженні та порушує право на захист»²⁶.

26. Неознайомлення з матеріалами досудового розслідування

Регулювання: стаття 221 КПК встановлює недопустимість дивови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони захисту, потерпілого щодо надання таких матеріалів, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню.

²⁵ Кулаков В. Застосування норм нового КПК: проблеми та перспективи // Юридичний вісник України. — № 42 (955).

²⁶ Ухвала колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду м. Києва від 9 липня 2014 року // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39886770>.

Практика: сторона обвинувачення часто відмовляє підозрюваним, потерпілим і адвокатам у наданні для ознайомлення матеріалів досудового розслідування. Слідчі, прокурори надають доступ до мінімальної кількості документів, а суди, задовольняючи скарги захисників, самостійно визначають перелік матеріалів, які мають бути надані для ознайомлення. Цим суттєво обмежуються можливості сторони захисту.

Водночас, в одній з ухвал слідчого судді вказано: «Зі змісту ст. 221 КПК випливає, що слідчий зобов'язаний надати за клопотанням сторони захисту або/та потерпілому для ознайомлення матеріали досудового розслідування до його закінчення, але за певних обставин не всі. *Обсяг матеріалів, які слідчий зобов'язаний надати для ознайомлення, визначається ним самим. У всякому разі не може бути відмовлено в наданні для ознайомлення матеріалів, якими обґрунтовується повідомлення про підозру та правова кваліфікація кримінального правопорушення. В даному випадку з огляду на специфіку кримінального правопорушення це можуть бути матеріали щодо огляду місця події, отримання доказів про ступінь тяжкості тілесних пошкоджень потерпілого, показань підозрюваного тощо*»²⁷.

Окрім цього, сторона обвинувачення часто зволікає з вирішенням клопотань захисників, що стає на заваді об'єктивного досудового розслідування та суперечить загальним засадам кримінального провадження. Відомі випадки, коли розгляд клопотання захисника тривав більше п'ятдесяти днів замість 3-ох, як цього вимагає частина 1 статті 220 КПК.

²⁷ Ухвала слідчого судді Шахтарського міськрайонного суду Донецької області від 20 березня 2014 року (справа № 249/1200/14-к) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37724756>.

VI. Участь і роль прокурора

27. Посягання на самостійність прокурора

Регулювання: прокурор є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку забороняється (частина 1 статті 36 КПК).

Практика: керівники органів прокуратури необґрунтовано здійснюють заміни прокурорів у кримінальному провадженні. Досить часто підставою для заміни прокурора у кримінальному провадженні є не наявність виняткових обставин, які чітко визначені у частинах 2, 3 статті 37 КПК, а недеталізована «внутрішня необхідність» в діяльності відповідного органу прокуратури. Тобто цей механізм використовується для відсторонення неугодних прокурорів від певних кримінальних проваджень.

Зловживання відбуваються і в питанні скасування постанов про закриття кримінального провадження та наступне фактичне відновлення досудового розслідування. Так, частина 5 статті 284 КПК встановлює чіткі порядок і строк скасування вищим керівником органу прокуратури такої постанови. Строк для скасування — 20 днів із дня ухвалення такої постанови. Однак прокурори-керівники не обмежують себе цими строками і скасовують постанови нижчих прокурорів після спливу вказаного строку. Обґрунтуванням таких дій є загальне повноваження керівників скасовувати постанови у межах строків досудового розслідування, передбачене частиною 6 статті 36 КПК.

Зазначене порушення закону з боку керівників-прокурорів не лише посягає на самостійність підпорядкованих прокурорів, а й має негативний вплив на становище підозрюваних, обвинувачуваних осіб. Такі дії фактично порушують заборону подвійного обвинувачення, гарантовану статтею 19 КПК. Теоретично певна особа може всупереч закону тривалий час перебувати у статусі підозрюваної тільки через те, що керівник органу прокуратури після спливу встановленого строку скасовуватиме відповідну постанову і знову починатиме розслідування.

Сторонами угоди про визнання винуватості є прокурор і підозрюваний, обвинувачений (частина 2 статті 472 КПК). Але проект угоди в кожному випадку попередньо узгоджується з керівником органу прокуратури, а копія угоди з відміткою керівника долучається до наглядового провадження прокурора. Така незаконна практика має місце на підставі пункту 19.1 наказу Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 року № 4 гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні».

28. «Формальність» процесуального керівництва прокурора

Регулювання: прокурор є процесуальним керівником досудовим розслідування, що підтверджується широким переліком із 20-ти повноважень у кримінальному провадженні (частина 2 статті 36 КПК).

Практика: у більшості випадків прокурори надають вказівки лише з метою створення видимості керівництва, формування статистичних показників і насправді не впливають на якість досудового розслідування.

Значна частина вказівок надається у перші дні після внесення даних в ЄРДР. Такі вказівки за змістом відображають етапи розслідування, передбачені КПК України: «допитати потерпілого», «вручити йому постанову», «надати доручення на встановлення винної особи», «вирішити питання про запобіжні заходи», «повідомити про підозру» тощо.

Після закінчення строків виконання вказівок матеріали провадження прокурорами не вивчаються, а процесуальне керівництво всупереч закону обмежується наданням доручень щодо встановлення винних осіб оперативно-розшуковими заходами.

Це — профанація процесуального керівництва.

Питання повноти та своєчасності виконання вказівок, наданих слідчим, потрапляє у поле зору прокурорів — процесуальних керівників лише після спливу тривалого часу досудового розслідування.

Нерідко внесення документів прокурорського реагування з даного приводу є прикриттям неналежного процесуального керівництва і жодним чином не впливає на покращення досудового слідства.

Оцінка діяльності з процесуального керівництва також не сприяє покращенню цього нового виду службових функцій прокурорів. Ця оцінка здійснюється на підставі співвіднесення кількісних, а не якісних показників у різних звітних періодах. Так, в узагальненнях Генеральної прокуратури, здійснюваних за результатами вивчення стану організації процесуального керівництва у кримінальних провадженнях, переважають формулювання на кшталт: «стійко підвищується відсоток розкриття кримінальних правопорушень»; «з кожним звітним періодом покращуються темпи своєчасного прийняття рішень у кримінальних провадженнях»; «нарощено зусилля щодо використання негласних слідчих (розшукових) дій»; «зростає результативність досудового розслідування»; «процесуальними керівниками особисто здійснено N слідчих та процесуальних дій, взято участь у проведенні ще N» тощо.

Створення груп прокурорів також страждає формалізмом. Вони часто створюються на випадок перебування старшого групи у відпустці. Прокурори — члени групи іноді не обізнані зі станом досудового розслідування у кримінальному провадженні і тому заявляють клопотання, що вже були заявлені раніше, чи необґрунтовано проводять повторно окремі слідчі дії, або просять перенести судові засідання, мотивуючи це недостатністю часу на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження (у випадках залучення прокурора на стадії судового розгляду). Найвні випадки, коли процесуальне керівництво фактично здійснюють члени груп прокурорів, в той час як керівники таких груп відомостями про перебіг розслідування не володіють.

Небажання прокурорів змінювати свою роль у досудовому розслідуванні негативно впливає на їхні взаємовідносини зі слідчими й оперативними співробітниками, а також зменшує ефективність досягнення результатів досудового розслідування.

29. Неініціативність прокурорів при здійсненні досудового розслідування

Регулювання: прокурори мають широкі повноваження щодо ініціювання і проведення будь-якої процесуальної дії (стаття 36 КПК).

Практика: слідчі й надалі вирішують питання про проведення/непроведення певної слідчої дії, звернення/незвернення із клопотанням до суду, а прокурори продовжують виконувати роль «зовнішнього спостерігача», а не активного учасника розслідування.

Так, освідування має здійснюватися на підставі постанови прокурора (частина 2 статті 241 КПК). Це зобов'язує прокурора бути обізнаним з обставинами кримінального провадження, в тому числі й щодо потреби здійснити освідування. Однак в органах прокуратури встановилася практика, згідно з якою постанову про освідування вони виносять лише на підставі клопотання слідчого про освідування. Ця практика є проявом формалізму в діяльності сторони обвинувачення на стадії досудового розслідування і свідчить про намагання прокурорів перекласти на слідчих відповідальність за результати слідчих дій.

VII. Докази і доказування

30. Оформлення результатів процесуальних дій за старими правилами

Регулювання: хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі лише у випадках, передбачених Кодексом (частина 1 статті 104 КПК).

Практика: правила проведення допиту осіб (статті 224–227 КПК) не передбачають обов'язковості складення протоколу цієї процесуальної дії. Але жоден допит не відбувається без підготовки детального протоколу. На збереження цієї традиції не вплинули навіть законодавчі новації, що передбачають необхідність безпосереднього отримання судом показань осіб (частина 1 статті 23 КПК), а також запровадження процедури допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування слідчим суддею (стаття 225 КПК). Зазначені правила в ідеалі повинні зменшити подібну «паперотворчість» в діяльності органів розслідування. Однак досі кожен допит забирає велику кількість часу як в слідчих, так і в допитуваних осіб внаслідок необхідності оформлення значної кількості документів, які надалі не використовуються під час судового провадження.

Пояснень необхідності такого оформлення допиту два: це необхідність ознайомлення з результатами цієї процесуальної дії керівника розслідування — прокурора з метою створення умов для контролю за роботою слідчої поява можливості для протиправного тиску на свідків і підозрюваних з метою отримання даних, необхідних для розслідування.

Крім того, в протоколах слідчих (розшукових) дій, проведених у житлі чи в іншому володінні особи без ухвали слідчого судді, слідчі й оперативні співробітники не завжди зазначають, що вони отримали добровільну згоду особи, яка ними володіє. Це породжує сумніви у законності таких дій.

31. Виконання оперативними підрозділами слідчих повноважень

Регулювання: оперативні підрозділи уповноважені здійснювати слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора (стаття 41 КПК).

Практика: слідчі надають оперативним підрозділам доручення не на здійснення конкретних слідчих дій, а на виконання невизначеного обсягу роботи (наприклад, встановлення місця перебування осіб чи предметів) без зазначення у дорученні дій, які повинні бути здійснені, а також на невизначене коло співробітників відповідного підрозділу.

Також оперативні підрозділи фактично отримали можливість звернення до слідчих суддів із клопотаннями про тимчасовий доступ до документів в рамках не певного кримінального провадження, а оперативно-розшукових справ (пункт 12 листа Вищого спеціалізованого суду від 29 січня 2013 року «Про окремі питання здійснення слідчим суддею апеляційної інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні»).

Дії оперативних підрозділів всупереч вимогам закону приводять до неконституційного обмеження прав осіб і повинні мати наслідком визнання всіх отриманих відомостей в результаті такої діяльності недопустимими доказами.

32. Непроцесуальні витребування документів та інформації

Регулювання: тимчасовий доступ до речей і документів може здійснюватися лише на підставі ухвали слідчого судді, суду (глава 15 КПК).

Практика: слідчі переважно продовжують попередній спосіб витребування відомостей (інформації) в юридичних осіб, в тому числі юридичних осіб приватного права. Зокрема запитують інформацію

щодо: перебування працівників на обліку у психіатра²⁸, нарколога; характеристики за місцем проживання, роботи, навчання; перебування у штаті підприємства; наявності на підприємстві певних посад; приналежності певних номерів телефону та місця їх розташування; доступу до конкретних приміщень тощо.

У запитах слідчих відсутнє обґрунтування конкретної необхідності такої приватної інформації, за винятком того, що вона потрібна «у зв'язку з досудовим розслідуванням». Часто слідчі для подібних цілей використовують повноваження співробітників оперативних підрозділів, надаючи їм доручення на підставі пункту 17 статті 11 Закону «Про міліцію».

33. Неможливість доступу сторони захисту до речей чи документів

Регулювання: сторона захисту має змагальне право тимчасового доступу до речей і документів на підставі ухвали слідчого судді, суду (глава 15 КПК).

Практика: можливість сторони захисту отримати документи чи речі навіть при наявності судового рішення залежить виключно від бажання та доброї волі власника чи володільця відповідного об'єкта. На відміну від сторони обвинувачення, у сторони захисту відсутні можливості примусово виконати ухвалу суду про доступ до документа. Тільки якщо особа відмовиться надати доступ до документа, передбаченого в ухвалі суду, сторона захисту має право повторно звернутися з клопотанням до слідчого судді про обшук у певному приміщенні з метою відшукування потрібного документа (стаття 166 КПК). Але до моменту повернення захисту з уповноваженими представниками держави для обшуку, очевидно, що бажаний документ зникне з обшукуваного приміщення.

²⁸ Відомості про стан психічного здоров'я особи і надання психіатричної допомоги є конфіденційною інформацією відповідно до статті 6 Закону України «Про психіатричну допомогу».

Це є явним порушенням принципу рівності та змагальності сторін кримінального провадження.

34. Вивчення судом матеріалів кримінального провадження до початку судового розгляду

Регулювання: сторона обвинувачення може передавати до суду лише обвинувальний акт і реєстр матеріалів (частина 4 статті 291 КПК). Усі інші зібрані матеріали повинні надаватися на початку судового розгляду. Це здійснюється з метою реалізації засад неупередженості судового розгляду (стаття 21 КПК).

Практика: на підготовчому засіданні прокурори передають суддям усі томи справи, що дозволяє наперед формувати у суддів обвинувальний підхід до оцінки доказів. Аргументом для таких дій є положення частини 2 статті 317 КПК, згідно з якими суддя повинен забезпечити учасникам судового провадження можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження після призначення справи до судового розгляду.

Порушення засад неупередженості судового розгляду, що виражаються в переданні на етапі підготовчого засідання матеріалів кримінального провадження (справи) разом з обвинувальним актом, є непоодинокими.

Проте існує й позитивна практика повернення суддями обвинувальних актів прокурорам на підставі того, що «в порушення вимог ч. 4 ст. 291 КПК України до обвинувального акта долучено кримінальне провадження відносно особи, що заборонено згаданим положенням КПК України»²⁹.

²⁹ Ухвала суддів Козелецького районного суду Чернігівської області від 6 жовтня 2014 року (справа № 734/2741/14) // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40753473>.

VIII. Процесуальні угоди

35. Укладення і затвердження процесуальних угод всупереч закону

Регулювання: провадження на підставі угод є новим видом кримінального провадження, передбачене главою 35 КПК.

Практика: частина 7 статті 474 КПК містить перелік підстав, на яких суд зобов'язаний відмовити у затвердженні угоди. Проте окремі з них мають занадто оціночний характер. Наприклад, досить часто у своїх рішеннях суди не наводять підстав, які свідчили б про відповідність умов угоди інтересам суспільства, та обставин, які вказують на порушення такою угодою інтересів сторін чи інших осіб. Наприклад, суддя для обґрунтування відмови у задоволенні угоди про визнання винуватості використав наступне формулювання: «Разом з цим, суд вважає, що сторони Угоди про визнання винуватості знехтували положеннями ст. 69 КК України (щодо наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину), тобто узгодили покарання, яке за своїм видом та розміром не відповідає характеру, тяжкості вчиненого діяння, що в свою чергу умови Угоди не відповідають інтересам суспільства»³⁰.

Викликає низку запитань практика відмов у затвердженні угод про примирення або визнання винуватості на підставі неможливості виконати це судом у зв'язку з неодноразовим нез'явленням потерпілого або обвинуваченого в судові засідання. Але серед підстав для відмови у затвердженні угоди подібна причина відсутня.

Досить неоднозначною виглядає практика, коли суд при розгляді кримінального провадження по суті і вирішенні питання про вид та розмір покарання, яке необхідно призначити обвинуваченому, вра-

³⁰ Ухвала судді Радомишльського районного суду Житомирської області від 4 вересня 2014 року (справа № 289/1148/14-к // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40404335>).

ховує факт примирення обвинуваченого з потерпілим, незважаючи на те, що досягнута між ними угода про примирення не була судом затверджена у зв'язку з нез'явленням потерпілого в судові засідання.

Непоодинокую є практика укладення угод про визнання винуватості на підставі зобов'язання підозрюваних про відшкодування судових витрат, хоча відповідно до статей 126, 425 КПК ці питання можуть вирішуватися судом лише у вирокі.

Стала поширеною практика погодження за угодами необґрунтовано м'яких покарань (нижче найнижчої межі, визначеної санкцією, із подальшим звільненням від відбування покарання з випробуванням), особливо в провадженнях щодо збуту наркотичних засобів, податкових і службових злочинів тощо. Така практика перетворює угоди про визнання винуватості на засіб процесуального оформлення необґрунтовано м'яких позицій прокурорів у кримінальних провадженнях.