

задоволенні клопотання про проведення інших процесуальних дій, окрім як слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових), на підставі п.7 ч.1 ст.303 КПК оскарженню не підлягає. Однак, ч.3 ст.93 КПК передбачає, що клопотання сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, про проведення слідчих (розшукових) дій розглядається в порядку, передбаченому ст.220 КПК, у якій як раз і зазначається, про виконання будь-яких процесуальних дій.

Результати аналізу судової практики свідчать про те, що захисники, фактично оскаржуючи відмову в проведенні за їх клопотанням слідчих (розшукових) дій, звертаються до слідчих суддів зі скаргами на бездіяльність слідчого, яка полягає у непроведенні слідчих дій, ініційованих стороною захисту. На нашу думку, це недосить правильно. Отже, бездіяльність повинна спричиняти певний наслідок. А коли суб'єкт владних повноважень має право утриматися від певної поведінки або ж коли йдеться про повноваження, момент реалізації яких не може бути визначений конкретним часом, тоді у його поведінці відсутня бездіяльність. Тільки коли вплив конкретно встановлений строк для вчинення дії або прийняття рішення, то поведінку слідчого або прокурора можна вважати бездіяльністю.

Сторона захисту має право на витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей. Для забезпечення реалізації зазначеного права, необхідно передбачити відповідальність щодо осіб, які не виконують цих вимог.

Звертаючись до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб з вимогою про надання речей, документів, висновків тощо захиснику потрібно вказати норму закону, яка передбачає таке право, а також на вказівку в законі, що органи влади та органи місцевого самоврядування, їх службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника.

Хотілось би також звернути увагу на те що, ст.244 КПК передбачає право сторони захисту звертатися з клопотанням до слідчого судді про проведення експертизи, у разі відмови слідчого, прокурора в задоволенні такого клопотання, однак, проаналізувавши судову практику, можна дійти висновку, що у більшості випадків у задоволенні такого клопотання відмовлено, у зв'язку з тим, що сторона захисту не надала копії документів, які підтверджують неможливість самостійного залучення експерта. Отже, пропонується передбачити у КПК, які ж саме документи необхідно додавати стороні захисту, у разі звернення з клопотання до слідчого судді щодо проведення експертизи.

По закінченню досудового розслідування слідчий за згодою прокурора або прокурор складає обвинувальний акт, який є документом, що оголошується прокурором у судовому засіданні та попередньо визначає межі судового розгляду; у цьому документі викладаються усі докази сторони обвинувачення. На нашу думку, доцільно було б встановити обов'язок захисника складати захисний висновок після ознайомлення із матеріалами справи. Цей захисний висновок повинен подаватися до суду і оголошуватися після оголошення прокурором обвинувального акту. Оскільки на первонаочальному етапі судового розгляду формується думка про кримінальне провадження у суддів. Таке регулювання цієї проблеми сприятиме реалізації принципів змагальності та забезпеченню права на захист.

Отже, сторона захисту обмежена у збиранні доказів у кримінальному провадженні; реалізація принципу змагальності, а насамперед забезпечення та надання рівних можливостей у збиранні доказів сторонами у стадії досудового розслідування не досягнуто.

Гуртовенко О.Л.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ПОЗИЦІЯ АДВОКАТА СТОСОВНО ЖЕРТВ ЗЛОЧИНІВ, ЯКІ НЕ Є ПОТЕРПІЛИМИ В КОНТЕКСТІ ДІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ЗА КОЛОМ ОСІБ

Згідно із ч. 1 ст. 8 Кримінального кодексу України (далі – КК України) іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають в Україні відповідальності за КК України у випадках, передбачених

міжнародними договорами, або якщо вони вчинили передбачені КК України тяжкі або особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України (Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – С. 1. – Ст. 920). Ч. 3 ст. 12 Кримінального кодексу Російської Федерації передбачає таке саме положення (Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/ecaca87fc0031575ba99ae9bfdad56f1cc08f34b/. – Название с экрана). Як зазначає Ілля Новіков, адвокат Надії Савченко, в її справі (мається на увазі, не з ініціативи сторони захисту) в ролі потерпілих виступили громадяни України Бурика, Дмитрієва, Талалаєви, Чумакови. Ці громадяни розповідали про стан справ в Україні. Відповідні свідчення були вигідними для сторони обвинувачення. А в кінці розгляду справи прокурори сказали, що згідно із зазначеним положенням громадяни України не можуть бути визнані потерпілими у відповідній справі [Новиков И. Приговор по делу Надежды Савченко / И. Новиков [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://echo.msk.ru/blog/ilya_s_novikov/1742566-echo/. – Название с экрана). Справа в тому, що Надія Савченко не проживає постійно в Російській Федерації, вона, на думку сторони обвинувачення, вчинила злочин (за межами Російської Федерації), а зазначені громадяни не є громадянами Російської Федерації. (У автора тез цієї доповіді виникає риторичне запитання: як використовувати в ролі доказів інформацію, яка виходить від є неналежних джерел доказів?)

Розглянемо ситуацію, в якій іноземець, що не проживає постійно в Україні (далі – іноземець), на території відмінної від України держави А завдав тяжкі тілесні ушкодження (як вони кваліфікуються за ч. 1 ст. 121 КК України – візьмемо для прикладу цей злочин) громадянину України і громадянину держави, відмінної від України (далі – іноземний громадянин). При цьому такий іноземець діяв з єдиним умислом. Далі події розгорталися так, що кримінальне переслідування стосовно зазначеного іноземця велося в Україні за КК України.

Зміст положення, передбаченого ч. 1 ст. 8 КК України, засвідчує, що в розглядуваному випадку визнанню потерпілим в юридичному (кримінально-правовому і кримінальному процесуальному) сенсі підлягає тільки громадянин України. Іноземний громадянин, залежно від закордонного права, ймовірно, підлягав би визнанню потерпілим *de jure* в державі А, а також в своїй державі (мається на увазі, у випадку, якщо вона не співпадає із державою А), якщо в розглядуваному випадку в такій державі (таких державах) велося би кримінальне переслідування іноземця.

Проте сторона обвинувачення залучає до участі у справі іноземного громадянина в ролі потерпілого, а не свідка, щоби отримати більше інформації, вигідної такій стороні (природно, що скаржитися на іноземця буде саме потерпілий, а не свідок), і поставити у вину іноземцю більше епізодів. Тоді адвокат іноземця повинен: 1) повідомити іноземцю таке. Іноземний громадянин *de jure* не може бути потерпілим. Тому його залучення до справи є істотним порушенням прав іноземця. Відповідно, інформація, яка виходить від іноземного громадянина (скажімо, при його допиті, проведенні з його участю обшуку, огляду), є недопустимими доказами, а рішення суду, вигідне для сторони обвинувачення, яке ґрунтується на таких доказах, з позицій сфери належного не повинно витримати перевірки останньою вищестоящою інстанцією, якщо вищестояща інстанція існує на відповідній стадії розгляду справи; 2) протидіяти такому залученню, наголошуючи (шляхом використання процесуальних засобів, в ЗМІ, Інтернеті і т. ін.), що тут іноземний громадянин *de jure* не може бути потерпілим. Ось підходяща позиція для адвоката: 1) згідно із Загальною частиною (далі – ЗЧ) КК України іноземний громадянин не має кримінально-правового і кримінального процесуального статусу потерпілого (далі – статус потерпілого); скоєння злочину проти двох або більше потерпілих не є обставиною, яка обтяжує покарання; 2) посягання на іноземного громадянина можна поставити у вину іноземцю лише у випадку ізолюваного від ЗЧ КК України погляду на ст. 121 КК України; 3) між різними видами компонентів складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 8 КК України, і злочину, передбаченого ч. 1 ст. 121 КК України, маються різні види формально-логічного співвідношення понять за обсягом. За таким компонентом, як потерпілий, спеціальним є положення, передбачене ч. 1 ст. 8 КК України. Тому тут стосовно потерпілого воно і підлягає застосуванню. Справді, особа не може одночасно не мати статусу потерпілого і

бути особою, посягання на яку ставиться у вину кримінально переслідуваній особі.

Пункт 1) ч. 2 ст. 115 КК України передбачає вбивство двох або більше осіб, скоєне з єдиним умислом, а ч. 2 ст. 119 КК України передбачає вбивство двох або більше осіб, вчинене через необережне співзаподіяння смерті особам. Але навіть якщо в розглядуваному випадку замінити завдання зазначених тілесних ушкоджень на такі злочини, то іноземний громадянин, виходячи із наведених аргументів, в Україні все одно не підлягає визнанню потерпілим, а скоєне не підлягатиме кваліфікації за п. 1) ч. 2 ст. 115, як і за а ч. 2 ст. 119 КК України.

В розглядуваній ситуації спільні позиція і поведінка іноземного громадянина та його адвоката залежні від оцінки ризиків: з одного боку, вигідний для іноземного громадянина український вирок, який ґрунтується на неналежних доказах, може не витримати перевірки останньою вищестоящою інстанцією, якщо вищестояща інстанція існує на відповідній стадії розгляду справи; з іншого боку, існують ризики поза межами України, про які йтиметься нижче.

Тепер звернемося до ситуації, яка відрізняється від розглянутої тим, що іноземного громадянина не було залучено до розгляду кримінальної справи в ролі потерпілого. Адвокат іноземного громадянина має розуміти: 1) положення, передбачене ч. 1 ст. 8 КК України, порушує принцип рівноправ'я: воно повинно розповсюджуватись не тільки на випадок вчинення злочину проти громадян України, а й на випадок вчинення із єдиним умислом або такого, який характеризується об'єктивним співзаподіянням шкоди, злочину проти громадянина України та особи, яка не є громадянином України, зокрема тоді, коли такі єдиний умисел, об'єктивне співзаподіяння шкоди не є ознакою складу певного передбаченого КК України злочину. Аналізоване положення не є реалізацією винятків, про які йдеться в ч. 1 ст. 26 Конституції України (Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.), оскільки порушує принцип верховенства права як принцип справедливості: одні з осіб, які опинилися в домірних ситуаціях, наділяються правами, а інші – ні; 2) з позицій законодавства виправити це (подолати колізію), тобто надати іноземному громадянину статус потерпілого ані шляхом розширювального тлумачення (це було би *de facto* створення нового юридичного положення), ані шляхом аналогії (такий вид аналогії в позитивному кримінальному праві України заборонений) не можна. Тут дозволено лише усунути колізію, а такі повноваження має тільки законодавець, та й положення, що погіршує стан особи, проти якої ведеться кримінальне переслідування, не має зворотної дії у часі.

Тому адвокату іноземного громадянина є сенс допомогти своєму клієнту отримати *de jure* статус потерпілого згідно із позитивним кримінальним правом держави (держав), яке в розглядуваній ситуації передбачає визнання іноземного громадянина потерпілим. Зазначеному адвокату доведеться повідомити іноземного громадянина про зазначені нижче складності (зокрема, враховувати ризики, беручи до уваги наведені нижче узагальнення та обставин конкретної справи) і долати їх при виконанні своєї роботи. Візьмемо такі варіанти:

1) ст. 121 КК України не передбачає такого складу злочину, як умисне тяжке тілесне ушкодження, завдане з єдиним умислом двом або більше особам, як і через необережне співзаподіяння смерті особам. Розглянемо випадок, в якому згідно із відповідним закордонним позитивним кримінальним правом також не передбачено такого складу злочину. Якщо кримінальне переслідування іноземця мало би місце в державі з таким позитивним правом, то іноземному громадянину було би незручно відстоювати свої права у зв'язку із перебуванням іноземця в Україні, де велося би його кримінальне переслідування. А після ухвалення обвинувального вироку в Україні іноземному громадянину довелося би докласти зусиль для обґрунтування того, що кримінальне переслідування в державі, в якій позитивне право прямо передбачало би визнання іноземного громадянина потерпілим, не було би порушенням принципу *non bis in idem* через те, що в Україні не було розглянуто конкретний злочин, який підпадає під закордонний склад злочину і є злочином проти іноземного громадянина (не виключено, що тут адвокату іноземця довелося би обґрунтовувати протилежне).

2) якщо відповідне зарубіжне право передбачає вказаний у першому варіанті склад злочину, то іноземному громадянину довелося би в державі, в якій він підлягав би визнанню потерпілим *de jure*, обґрунтовувати відсутність порушення принципу *non bis in idem* (не виключено, що і тут адвокату іноземця довелося би обґрунтовувати протилежне) тим, що в Україні було розглянуто лише частину конкретного злочину, який підпадає під такий склад, і

яка не охоплює іноземного громадянина. В обох варіантах іноземного громадянина значною мірою було би кинуто напризволяще;

Та й матеріали української кримінальної справи і засуджений в Україні іноземець через ті чи інші чинники могли би виявитися недосяжними або майже недосяжними для цілей закордонного кримінального переслідування (скажімо, потрібно було би дістати відповідні матеріали справи, забезпечити юридичне значення таких матеріалів у відповідній державі або обґрунтувати правомірність повторних слідчих дій чи допиту іноземного громадянина не як свідка, а як потерпілого, і домогтися їх проведення).

Отже, стосовно питання жертв злочинів, які на практиці можуть виявитися майже «нічийними» або «нічийними», та відповідної ролі адвоката, можна зробити такі висновки: 1) ч. 1 ст. 8 КК України порушує принцип рівноправ'я, принцип юридичної залученості; 2) адвокат в проаналізованих справах має рахуватися із істотними ризиками, які стосуються його клієнтів та його самого.

Комарницька О.Б.

*кандидат юридичних наук, старший викладач відділу підготовки
прокурорів з нагляду за дотриманням законів органами,
які здійснюють досудове розслідування
Національної академії прокуратури України*

ЗАВДАННЯ ТА ПОВНОВАЖЕННЯ ПРОКУРОРА ПІД ЧАС ЗАТРИМАННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ДО АДВОКАТА

Конституція України у ст.ст. 21, 24 проголосила, що всі люди є рівними у своїх правах. Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Утім, Глава 37 КПК України містить винятки із загального правила кримінального провадження, яке стосується адвоката.

Прокурору під час реалізації статей Глави 37 КПК України доцільно зважати на те, що особливості кримінального провадження щодо адвоката встановлені не лише цією главою, а й Законом України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" від 4 липня 2012 року № 5043-VI (далі - Закон).

У кожному конкретному випадку для вирішення питання про застосування положень Глави 37 КПК України щодо адвоката, потрібно встановлювати, чи перебуває така особа в статусі адвоката, а також чи займається така особа певним видом діяльності щодо якої здійснюється кримінальне провадження. Вказану обставину потрібно встановлювати через реалізацію передбачених у законі вимог щодо отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю та посвідчення адвоката України.

Відповідно до ст. 6 Закону адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

Згідно зі ст.ст. 11, 12 вказаного Закону особа, стосовно якої радою адвокатів регіону прийнято рішення про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, не пізніше тридцяти днів з дня прийняття цього рішення складає перед радою адвокатів регіону присягу адвоката України. Особі, яка склала присягу адвоката України, радою адвокатів регіону у день складення присяги безоплатно видаються свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю та посвідчення адвоката України.

Тобто, після отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю та посвідчення адвоката України, така особа набуває статусу адвоката й отримує право на зайняття певним видом діяльності.

Слід також мати на увазі, що втрата особою відповідного статусу пов'язується з припиненням права на заняття адвокатською діяльністю, що здійснюється рішенням кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури шляхом анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю у випадках, передбачених ч. 1 ст. 32 Закону.