

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.

Зокрема, припинення права на зайняття адвокатською діяльністю також пов'язано із підставами зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю (ст. 31 Закону). Протягом строку зупинення права на заняття адвокатською діяльністю адвокат не має права її здійснювати. Такий адвокат також не може брати участь у роботі органів адвокатського самоврядування, крім випадків, коли таке право зупинено у зв'язку з призначенням особи на посаду до органу державної влади з'їздом адвокатів України (ч. 5 ст. 31 Закону).

До того ж, прокурору, слід враховувати, що відсутність відомостей про адвоката в Єдиному реєстрі адвокатів України ще не означає втрату цією особою відповідного правового статусу. Тому навіть за такої умови щодо адвоката повинен застосовуватися особливий порядок кримінального провадження.

Гарантії адвокатської діяльності визначені у п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону, зокрема: забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності (Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: науково-практичний коментар / [ЄЛ. Стрельцов, І.І. Митрофанов, А.М. Притула]; за аг. ред.. ЄЛ. Стрельцова. – О.: Фенікс, 2014. – 324 с.).

Прокурорським працівникам слід мати на увазі, що затримання адвоката та обрання стосовно нього будь-якого запобіжного заходу здійснюється на загальних підставах із одночасним урахуванням гарантій передбачених у п. 12 та п. 13 ч.1 ст. 23 Закону, а також п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України.

Безумовно, елементи передбачені у п. 12 та п. 13 ч.1 ст. 23 Закону, а також п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України відображатимуть специфіку клопотання про застосування запобіжного заходу до адвоката.

Відповідно до змісту глави 18 КПК України, існує два порядки затримання особи:

- 1) затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду;
- 2) затримання без ухвали слідчого судді, суду [2, с. 87-88].

При цьому, кожен має право затримати без ухвали слідчого судді, суду будь-яку особу, крім адвоката (ч. 2 ст. 207 КПК України).

Одразу зазначимо, що протокол затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, відповідно до ч. 2 ст. 84 КПК України, є документом та може розглядатися як джерело доказів у частині, де зафіксовані час, місце та інші обставини затримання. Тому прокурору необхідно пам'ятати, що у протоколі затримання адвоката, підозрюваного у вчиненні злочину, фіксуються фактичні дані, які мають значення для кримінального провадження (ст. 104 та ч. 5 ст. 208 КПК України), зокрема на стадії судового розгляду при використанні його як доказу, а також на стадії досудового розслідування при з'ясуванні обставин вчиненого кримінального правопорушення.

Не задокументування таких відомостей, як дата, час і місце затримання особи, її ім'я, підстави для затримання та ім'я особи, яка здійснює затримання, має вважатися таким, що суперечить вимозі законності і самій меті ст. 5 ЄКПЛ (рішення у справі «Курт проти Туреччини» від 25 травня 1998 року).

В підтвердження висловленого обґрунтуємо рішенням ЄСЗЛ «Гефген проти Німеччини» від 30 червня 2008 року, якщо джерело отримання є неналежним, недопустимим, то усі докази, отримані з його допомогою ("плоди "), будуть такими ж.

Водночас, слід мати на увазі, що копія протоколу негайно під розпис вручається затриманому, а також невідкладно має бути надіслана прокурору.

Тобто, затриманий у порядку ст. 208 КПК України адвокат має ті ж права, які передбачені КПК України для будь-яких інших осіб, затриманих з урахуванням тієї особливості, яка передбачена у п.1 ч.1 ст. 483 КПК України. Адвокат, зокрема має право на перевірку судом законності його затримання.

Таким чином, прокурор через реалізацію своїх повноважень повинен виконати завдання спрямоване на забезпечення законності під час затримання та застосування запобіжних заходів щодо адвоката. Тим самим здійснити захист законних прав адвоката щодо необґрунтованого обмеження його конституційних прав та свобод. Фактично прокурор-процесуальний керівник при зверненні до суду з клопотанням повинен здійснює аналіз усіх зібраних фактичних даних

(доказів) у кримінальному провадженні, ризиків та сукупності обставин щодо доцільності застосування до адвоката - підозрюваного запобіжного заходу.

Більше того, прокурор повинен спрямовувати свої повноваження не тільки на забезпечення дотримання прав і свобод адвоката при його затриманні, але забезпечити можливе використання в майбутньому протоколів затримання як допустимих доказів у кримінальному провадженні.

Відповідно до КПК України копія ухвали про надання дозволу на затримання з метою приводу при затриманні особи вручається їй. Водночас КПК України не містить вимоги про необхідність складання протоколу в цьому разі. Проте згідно із ч. 2 ст. 192, ст. 184 КПК України такий протокол потрібно скласти, оскільки він іде як додаток до клопотання й тоді, коли особу затримали без ухвали про дозвіл на затримання. Термін дії такої ухвали чітко визначено в ч. 3 ст. 190 КПК України.

Про дії уповноважених службових осіб після затримання підозрюваного на підставі ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання йдеться у ст. 191 КПК України. У ч. 6 цієї статті зазначено, що уповноважена службова особа (особа, якій законом надане право здійснювати затримання), яка затримала особу на підставі ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання, негайно повідомляє про це слідчого, прокурора, зазначеного в ухвалі (Удалова Л.Д., Савицька С.Л. Кримінально-процесуальні гарантії діяльності адвоката: моногр. – К.: КНТ, 2014. – 170 с.). На підставі ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання уповноважена службова особа затримала адвоката, який вчинив кримінальне правопорушення. Відповідно до змісту п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону, саме ця службова особа зобов'язана негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону (Удалова Л.Д., Савицька С.Л. Кримінально-процесуальні гарантії діяльності адвоката: моногр. – К.: КНТ, 2014. – 170 с.). У ч. 4 ст. 208 КПК України зазначено, що уповноважена службова особа, яка здійснила затримання особи, повинна негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування відповідно до положень ст. 213 КПК України. Відповідно до змісту ст. 213 КПК України, до якої відсилає ч. 4 ст. 208 КПК України, уповноважена службова особа, яка здійснила затримання, зобов'язана негайно повідомити про це: близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб за вибором затриманої особи; орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги (Удалова Л.Д., Савицька С.Л. Кримінально-процесуальні гарантії діяльності адвоката: моногр. – К.: КНТ, 2014. – 170 с.). Водночас, незважаючи на те, що у ст. 213 КПК України не йдеться про те, що уповноважена службова особа, яка здійснила затримання адвоката, зобов'язана негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону. Це слідує, із глава 37 КПК України, що визначає особливості кримінального провадження стосовно окремої категорії осіб, у тому числі й адвоката, визначила такі дії уповноваженої службової особи. До того ж, у п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України цієї глави вказано, що відповідні органи адвокатського самоврядування повідомляються про застосування запобіжного заходу, одним із яких є затримання особи [2, с. 89].

Відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 23 та ст. 46 Закону, орган або посадові особи, які застосовували до адвоката запобіжний захід, в тому числі затримання його, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону, яка є одним із органів адвокатського самоврядування.

Пунктом 4 частини 4 статті 48 цього Закону закріплено обов'язок ради адвокатів регіонів сприяти забезпеченню гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів.

Відповідно до Рішення № 243 «Про забезпечення радами адвокатів АРК Крим, областей, міст Києва і Севастополя гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів» від 19 листопада 2013 року. Так, Ради адвокатів АРК Крим, областей, міст Києва і Севастополя у разі отримання від правоохоронних органів повідомлення щодо затримання адвоката (незалежно від адреси його робочого місця, зазначено в Єдиному реєстрі адвокатів України) зобов'язуються вжити усіх передбачених Законом заходів спрямованих на забезпечення гарантій адвокатської діяльності та захисту прав адвоката, а також забезпечити обов'язкову присутність представника ради адвокатів регіону при проведенні окремих слідчих (розшукових) дій чи застосуванні будь-яких заходів кримінального провадження стосовно адвоката (Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: науково-практичний

коментар / [ЄЛ. Стрельцов, І.І. Митрофанов, А.М. Притула]; за аг. ред.. ЄЛ. Стрельцова. – О.: Фенікс, 2014. – 324 с.).

Крім того, згідно з п. 2 ч. 2 ст. 45 цього Закону Національна асоціація адвокатів України захищає професійні права адвокатів та забезпечує гарантії адвокатської діяльності.

На практиці мають місце випадки повідомлення у телефонному режимі

чергових центрів надання безоплатної вторинної правової допомоги про затримання адвоката та вилучення у нього речей і документів шляхом проведення особистого обшуку. Здійснення такого повідомлення відбувається через день або два дні з моменту фізичного затримання адвоката або складання протоколу про затримання. Іноді, про затримання адвоката не повідомляються ні органи адвокатського самоврядування, ні центри надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Тому прокурору слід пам'ятати, що не повідомлення саме ради адвокатів регіону про затримання адвоката, а не центрів надання безоплатної вторинної правової допомоги свідчитиме про позбавлення його права на захист та порушення норм Закону.

Наявність вказаної ситуації є наслідком того, що діючим законодавством не визначено у який спосіб та відповідно до якої форми і змісту, хто й протягом якого терміну повинен повідомляти раду адвокатів регіону про затримання адвоката. Також у випадку неповідомлення ради адвокатів регіону про затримання адвоката законодавчо не передбачено жодної відповідальності, окрім недотримання норм КПК України.

Тому, пропонується, як вихід із цієї ситуації, керуватись змістом ст.ст. 111, 112 КПК України при здійсненні затримання адвоката у порядку ст. 208 КПК України, в тому числі й шляхом негайно повідомлення у телефонному режимі на один із телефонних номерів вказаних на сайті відповідного органу адвокатського самоврядування (рада адвокатів регіону).

Згідно з ч. 2 ст. 177 КПК України, підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 цієї статті.

Важливо відзначити, що вказівка у п.1 ч. 1 ст. 481 КПК України, а також у п. 13 ч.1 ст. 23 Закону на те, що письмове повідомлення про підозру адвокату здійснюється Генеральним прокурором України, його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах їх повноважень, означає, що коло прокурорів, які вправі здійснити вказану дію є обмеженим.

У контексті наведеної вище обставини прокурору слід пам'ятати, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК України одним із питань, яке слідчий суддя досліджує під час розгляду клопотання про застосування будь-якого запобіжного заходу, є те, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення.

Відповідно до рішення ЄСПЛ у справі «О'Хара проти Сполученого Королівства», зазначено, що доведеність наявності обґрунтованої підозри у вчиненні кримінального правопорушення на момент вирішення питання про застосування запобіжного заходу має відповідати стандарту «розумна підозра». Детальніше цей термін у Стразбурзі пояснили, розглядаючи справу «Фокс, Кемпбел і Харлей проти Сполученого Королівства»: мають бути наявні факти або інформація, які переконали б об'єктивного спостерігача в тому, саме ця особа могла скоїти злочин.

Отже, основним завданням прокурора на цьому етапі є забезпечення можливості довести перед слідчим суддею дотримання під час досудового розслідування положень передбачених у п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК України, а також п. 13 ч. 1 ст. 23 Закону для застосування конкретного запобіжного заходу з тим, аби переконати їх у тому, що рішення про застосування одного із видів запобіжних заходів, який обмежує права і свободи адвоката - підозрюваного, відповідає характеру певного суспільного інтересу (визначеним у КПК України конкретним підставам і меті), що, незважаючи на презумпцію невинуватості, превалює над принципом поваги до свободи особистості.

При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, крім ризиків, зазначених у ст. 177 КПК України, слідчий суддя на підставі наданих сторонами кримінального провадження

матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі передбачені у ст. 178 КПК України.

Аналізуючи обґрунтованість ризиків, які стали підставою для застосування найсуворішого запобіжного заходу, звернемо увагу на таке. Зокрема, рішенням у справі «І.А. проти Франції» ЄСПЛ указав, що вбачає порушення, коли обираючи тримання під вартою, обмежуються «схематичними» мотивами, такими як «неналежна поведінка обвинуваченого», «тяжкість покарання, яке загрожує», тощо. До того ж, ЄСПЛ наголошує, в ухвалі мають бути зазначені обставини, які дають підстави очікувати, що цей ризик справдиться, а слідчий чи прокурор мають надати докази цього.

При цьому, відповідно до позиції ЄСПЛ, хоча суворість покарання є визначальним елементом під час оцінки ризику, потребу в позбавленні когось волі не можна оцінювати з винятково абстрактного погляду, беручи до уваги тільки тяжкість правопорушення.

Натомість прокурору, доцільно враховувати наявність обставин, які ставлять під сумнів ризику (позитивні характеристики, постійне місце проживання та роботи, усталений спосіб життя, стабільні соціальні зв'язки тощо), які можуть враховуватись як підстава для застосування альтернативного запобіжного заходу.

Кожного разу вирішуючи питання правозастосування тримання під вартою, прокурору потрібно зважати на потребу за і проти наявності справжнього публічного інтересу, який з огляду на презумпцію невинуватості виправдовує відступ від принципу поваги до особистої недоторканості та свободи.

У ч. 4 ст. 176 КПК України встановлено, що запобіжні заходи застосовуються: під час досудового розслідування - слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора.

Таким чином, якщо, наприклад, під час досудового розслідування слідчий суддя поставляє ухвалу про застосування щодо адвоката запобіжного заходу, то саме він, відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону, зобов'язаний негайно повідомити про прийняте рішення регіональну раду адвокатів.

Водночас, не слід обмежуватись лише таким повідомленням. Слідчий суддя, який застосував запобіжний захід щодо адвоката, має направити раді адвокатів регіону копію відповідної ухвали.

Як зазначено у п. 7 ч. 4 ст. 48 цього Закону рада адвокатів регіону повинна сприяти забезпеченню гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів. Отже, ця рада має сприяти і захисту прав адвокатів, який затриманий за підозрою у вчиненні злочину, щодо якого застосовано запобіжний захід.

Розглядаючи дане питання, слід звернути увагу на таке. У п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону не сказано, що застосування стосовно адвоката запобіжних заходів здійснюється судом за клопотанням Генерального прокурора України, його заступника, керівником регіональної прокуратури в межах повноважень. Таким чином, відповідно до ч. 4 ст. 176 КПК України, достатньо клопотання слідчого, погодженого з прокурором у кримінальному провадженні (процесуальним керівником), щоб слідчий суддя застосовував щодо адвоката будь-який запобіжний захід, у тому числі і тримання під вартою.

У контексті наведеного прокурорам необхідно враховувати, що процесуальне законодавство, яке регулює порядок розгляду клопотань про застосування запобіжного заходу до адвоката не встановлює вимог щодо обов'язкової участі спеціально уповноважених прокурорів у засіданні із розгляду таких клопотань слідчим суддею.

Важливою складовою права на захист у кримінальному провадженні є також забезпечення ефективності захисту та створення умов для вільного вибору захисника. Недотримання цих складових права на захист навіть за умови участі захисника у провадженні на різних стадіях може призвести до істотних порушень вимог КПК та скасування судового рішення.