**Огляд недоліків практики застосування запобіжних заходів і вимоги у цьому контексті нового КПК**

1. Слідчі у поданнях і судді у постановах про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту зазначають, що підозрюваний чи обвинувачений може ухилитися від слідства чи суду або перешкоджати встановленню істини у кримінальній справі, не наводячи при цьому даних, які б свідчили про такий їх намір.

Після набрання КПК чинності, відповідно до ст. 184 КПК, прокурор має чітко вказати на існуючі ризики та підтвердити їх у суді відповідними доказами. Суд відповідно до ст. 194 КПК зобов'язаний встановити:

- чи доводять надані докази наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення;

- чи є достатні підстави вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК;

- чи є доведеною недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні.

Адвокат при цьому подасть свої заперечення, а також обґрунтовуватиме достатність застосування більш м'яких запобіжних заходів.

Судова практика підтверджує, що про намір підозрюваних чи обвинувачених ухилитися від слідства чи суду або ж перешкоджати встановленню істини у кримінальній справі можуть свідчити такі дані: наявність у підозрюваного чи обвинуваченого неодноразових судимостей, якщо вони не погашені та не зняті в порядку, передбаченому законом; покази співучасників чи свідків про намір вчинити новий злочин чи ухилитися від слідства та суду в минулому; відсутність постійного місця проживання на території України; придбання квитків чи відкриття візи для виїзду з постійного місця проживання; наявність випадків неявок за викликом слідчого чи суду в минулому; відсутність місця роботи тощо. Крім того, слід встановити дані про стан здоров'я, склад сім'ї, дохід, наявність утриманців.

Отже, новий КПК вимагає підтвердження обставин, передбачених ст. 177 КПК, а чинна практика вказує на докази, за допомогою яких це доводитиметься. Частина 2 ст. 177 КПК встановлює чітку заборону ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК.

2. У виняткових випадках запобіжний захід у вигляді взяття під варту застосовується у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років. При цьому особливого значення набуває мотивування "винятковості" таких випадків як у поданні слідчого, так і в постанові судді.

Приклад. У справі військового суду Н-ского гарнізону щодо обрання обвинуваченому Д. запобіжного заходу у вигляді взяття під варту під час судового засідання було встановлено, що Д. підозрюється в тому, що "не з'явився вчасно" на службу з лікувального закладу.

Такі дії підозрюваного підпадають під ознаки ч. 2 ст. 407 КК України, яка передбачає як покарання, не пов'язане з позбавленням волі (штраф і службове обмеження), так і позбавлення волі на строк до трьох років. Крім того, в судовому засіданні було встановлено, що Д. свою вину визнав повністю, у вчиненому розкаявся, мав намір продовжити службу та виявив бажання вчасно прибувати на всі виклики слідчого та суду, позитивно характеризувався за місцем служби, мав постійне місце проживання, на утриманні в нього знаходиться малолітня дитина.

З наведених обставин постанова судді про відмову у задоволенні подання про обрання підозрюваному запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є обґрунтованою. Суддя правильно вирішив питання і про обрання *щодо*Д. запобіжного заходу у вигляді підписки про невиїзд з постійного місця проживання та взяття від нього відповідної розписки з попередженням, що у разі порушення ним своїх обов'язків та неналежної поведінки до нього може бути застосований суворіший запобіжний захід, що цілком відповідає вимогам ст. 165-1 КПК 1961 р. України.

Виходячи зі змісту ст. 183 нового КПК, до такої особи, яка наведена у прикладі, запобіжний засіб у формі тримання під вартою не може застосовуватись.

3. Апеляційним судом приймається рішення про відхилення апеляцій прокурорів на постанови судів першої інстанції про відмову в обранні взяття під варту (без обрання іншого запобіжного заходу), якщо до початку розгляду апеляції за постановою слідчого до обвинуваченого застосовано інший запобіжний захід.

Практика відхилення апеляційних подань прокурорів з цих підстав не відповідає вимогам кримінально-процесуального закону, який не забороняє обирати будь-який інший захід до остаточного вирішення питання про взяття під варту. Часто обрання слідчим іншого запобіжного заходу одразу після відхилення його подання судом обумовлено потребою забезпечення виконання процесуальних рішень у справі.

Крім того, ч. 7 ст. 165-2 КПК України надає прокурору триденний термін для подання апеляції на постанову суду щодо відмови в обранні взяття під варту, тому найчастіше слідчий застосовує до обвинуваченого інший захід раніше, ніж прокурор вносить апеляцію.

Відповідно до ст. 395 нового КПК України прокурор або інша сторона можуть оскаржити ухвалу слідчого судді протягом 5 днів. Таким чином, ця проблема прокурорів новим КПК знімається.

4. Практика свідчить про низьку якість подань про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, що безпосередньо відображається на якості судових рішень цієї категорії, оскільки найчастіше використовується "спрощений підхід" до вирішення питання про його застосування, коли мотиви, наведеш у поданні слідчого, в незмінному вигляді переносяться до постанови суду.

Такий підхід ставить під сумнів об'єктивність постанов суддів про обрання запобіжного заходу. Внаслідок цього в постановах суду інколи зазначається, що взяття під варту обирається "з урахуванням того, що особа вчинила злочин, передбачений КК України". Оскільки такий висновок може міститися лише в обвинувальному вироку суду, він є формальною підставою для скасування постанови про обрання взяття під варту.

Новий КПК знімає цю проблему, оскільки ч. 2 ст. 177 КПК встановлює чітку заборону ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК. Самого лише обвинувачення у підозрі про вчинення тяжкого злочину недостатньо.

5. Нерідко у поданні слідчого відсутні доводи на користь того, що у цьому випадку стосовно конкретного обвинуваченого потрібно обрати саме запобіжний захід у вигляді взяття під варту.

Наявність підстав, передбачених ст. 148 КПК України, обов'язкова для обрання будь-якого запобіжного заходу, а не лише взяття під варту, тому в поданні замало вказівки лише на наявність цих підстав - потрібно обґрунтувати, чому утримання під вартою є єдино можливим засобом забезпечення належної процесуальної поведінки (злісне ухилення від явки до органу слідства, достовірність якого підтверджена відповідними документами, наявність невстановлених співучасників, їх розшук).

Відповідно до нового КПК чітко встановлено як вимоги до змісту подання, так і недопустимість недотримання цих вимог. Зокрема, ст. 184 КПК вимагає як короткого викладу фактичних обставин кримінального правопорушення та правову кваліфікацію, так і обґрунтування тримання під вартою. Крім цього, у клопотанні слідчого має бути:

1) виклад обставин, що дають підстави підозрювати, обвинувачувати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилання на матеріали, що підтверджують ці обставини;

2) посилання на один або кілька ризиків, зазначених у ст. 177 цього Кодексу;

3) виклад обставин, на підставі яких слідчий, прокурор дійшов висновку про наявність одного або кількох ризиків, зазначених у його клопотанні, і посилання на матеріали, що підтверджують ці обставини;

4) обґрунтування неможливості запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні, шляхом застосування більш м'яких запобіжних заходів;

5) обґрунтування необхідності покладення на підозрюваного, обвинуваченого конкретних обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 цього Кодексу.

Копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується потреба застосування запобіжного заходу, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання.

Отже, у випадку, якщо ці матеріали своєчасно не надані, адвокат і його підзахисний вправі просити від суду надання відповідного часу для підготовки до судового засідання, і слідчий суддя може надати такий час.

6. У поданнях до суду серед інших підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слідчі часто посилаються на невизнання обвинуваченими своєї вини чи відмову у наданні показів, що є їх правом. Таким чином, зацікавленість органів досудового слідства у триманні обвинувачених під вартою перевищує фактичну потребу застосування саме такого заходу.

За новим КПК такий аргумент для обґрунтування тримання під вартою не передбачено, і слідчий суддя, якому доведеться постійно співпрацювати з прокурором і слідчим, постарається зробити так, щоб подібного роду аргументи не вводилися в текст подання. Зауваження щодо недопустимості таких аргументів слідчий суддя в судовому засіданні, можливо, і не висловить, але в неформальній обстановці, яку так полюбляють прокурори, заходячи на очах адвокатів до кабінету судді, на це їм обов'язково буде вказано.

7. За наявності достатніх підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слідчі застосовують підписку про невиїзд без урахування тяжкості вчиненого злочину та даних про особу обвинуваченого, внаслідок чого деякі обвинувачені ухиляються від слідства і вчиняють нові злочини.

Приклад. Слідчим Білгород-Дністровського МВ УМВС було пред'явлено І, обвинувачення у вчиненні хуліганства та обрано запобіжний захід у вигляді підписки про невиїзд без урахування попередньої судимості та обставин вчиненого злочину. В подальшому дії І. було перекваліфіковано, однак запобіжний захід не був змінений до закінчення слідства. Внаслідок цього І. вчинив вбивство громадянина Н.

Новий КПК сприйняв положення ст. З Конституції України про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Ідеологія КПК спрямована на те, щоб з особливою увагою ставитись до злочинів, вчинених із застосуванням насильства. У цих випадках слідчий суддя має право не визначати розмір застави (ч. 4 ст. 183 КПК). Крім того, постійно займаючись питаннями запобіжних заходів слідчий суддя разом з прокурором формуватиме відповідну практику в конкретному районі та з особливою увагою стежитиме за тим, щоб забезпечити своєчасну ізоляцію громадян, якщо вони вчинили злочини, пов'язані із застосуванням насильства і були раніше судимі. Таким чином, новий КПК націлює слідчого суддю на оцінку кожного випадку застосування запобіжних заходів.

8. Строк тримання під вартою обвинуваченого триває понад 4 місяці у кримінальних справах про злочини середньої тяжкості.

Підстав для продовження строку у цьому випадку немає. Згідно зі ст. 156 КПК України продовження строку тримання обвинуваченого під вартою понад 4 місяці можливе тільки у справах про тяжкі або особливо тяжкі злочини.

Відповідно до ст. 197 нового КПК строк тримання під вартою може бути продовжений до 6 місяців - щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості. У цьому випадку є підстави стверджувати, що новий КПК погіршує становище осіб порівняно з КПК 1960 року. Але при цьому слід зважати на п. 9 Перехідних положень, відповідно до якого запобіжні заходи продовжують свою дію до моменту зміни, скасування у тому порядку, що діяв до набрання чинності нового КПК. Отже, адвокати мають вживати відповідних заходів, звертатись до Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, оскаржувати відповідні рішення судів, якщо таке погіршення становища матиме місце для конкретної людини.

Ст. 22 Конституції України передбачає, що "конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. Під час прийняття нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод". У всякому разі це стосується тих громадян, щодо яких було застосовано запобіжний захід до введення в дію нового КПК, а 4-місячний строк тримання під вартою спливає після набрання новим КПК чинності. Отже, з огляду на п. 9 Перехідних положень для таких осіб строк тримання під вартою не може бути продовжений понад 4 місяці.

9. Перевіряючи необхідність застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо неповнолітнього обвинуваченого, прокурор особисто його не допитує.

У наказі генерального прокурора України від 19 вересня 2005 р. "Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять дізнання та досудове слідство" наголошується на тому, що прокурор має за потреби особисто допитувати підозрюваного чи обвинуваченого, а неповнолітнього - в усіх випадках.

Новий КПК встановлює додаткові жорсткіші гарантії забезпечення прав неповнолітнього. Ст. 492 КПК, зокрема, встановлює, що за наявності підстав, передбачених цим Кодексом, до неповнолітнього з урахуванням його вікових і психологічних особливостей, роду занять може бути застосовано один із запобіжних заходів, передбачених цим Кодексом.

Однак затримання та тримання під вартою можуть застосовуватися до неповнолітнього лише у разі, якщо він підозрюється або обвинувачується у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину, за умови, що застосування іншого запобіжного заходу не забезпечить запобігання ризикам, зазначеним у ст. 177 цього Кодексу. Про затримання і взяття під варту неповнолітнього негайно сповіщаються його батьки чи особи, які їх замінюють.

Що стосується наказу генерального прокурора, то у зв'язку з прийняттям нового КПК будуть видані нові відповідні накази. У всякому разі із введенням в дію нового КПК наказ генерального прокурора України не втрачає чинності автоматично. Тому наказ буде дійсний доти, доки не буде змінений або скасований.

10. Щодо обвинуваченого обирається запобіжний захід у вигляді підписки про невиїзд. При цьому слідчі з метою запобігти спробам підозрюваного, обвинуваченого ухилитися від дізнання, слідства або суду вилучають паспорт громадянина України. Така практика є незаконною.

Вказана правова позиція залишається актуальною і надалі.

11. Слідчі явно "обтяжують" кваліфікацію вчиненого обвинуваченим злочинного діяння через побоювання повернення їм судом справи на додаткове розслідування з підстав необхідності кваліфікації дій саме за тією статтею КК, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин. Явно завищена кваліфікація часто призводить до обрання обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

За новим КПК (ст. 194) слідчий суддя, суд зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення. Ця норма ускладнює, хоч і не унеможливлює "завищення" кваліфікації. Крім того, новий КПК не передбачає повернення справи на додаткове розслідування.

12. Основними причинами звільнення затриманих є: вчинення ними *злочинів* середньої тяжкості; позитивна характеристика підозрюваного; наявність постійного місця проживання та роботи, що свідчить про соціальну адаптованість затриманого; наявність у затриманого хронічних захворювань, які унеможливлюють тримання його без належного медичного догляду; відсутність у зібраних органом досудового слідства матеріалах фактичних обставин, які можуть розглядатися як достатні та необхідні підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту; помилки, які призводять до недопустимості використання отриманих доказів для підтвердження необхідності застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Наявність таких обставин залишається актуальною для слідчого судді та адвокатів і за правилами нового КПК. Адвокат має потурбуватись про докази, які можуть бути надані суду на їх підтвердження Слідчий суддя в цьому разі має дати їм оцінку. Слід мати на увазі, що за три години, які будуть у розпорядженні адвоката, зібрати такі докази майже неможливо. Отже, одразу після укладення угоди з особою про надання правової допомоги адвокат має "про всяк випадок" готувати такі докази, шляхом витребування їх у відповідних органах, а також з'ясування кола осіб, які можуть засвідчити про ці обставини.

13. У низці випадків відсутність аргументації подання призводить до виявлення в судовому засіданні при його розгляді фактичної відсутності підстав для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Так, наприклад, однією з підстав обрання такого заходу слідчий вказав факт кількаразової неявки обвинуваченого за викликом слідчого, що свідчило, на його думку, про прагнення обвинуваченого ухилитися від слідства й перешкодити встановленню істини по справі.

Разом з тим під час судового засідання було встановлено, що фактично обвинувачений у встановленому законом порядку до слідчого не викликався, повістки, про які йдеться в поданні, ним не були отримані. Встановлені обставини стали підставою для відмови судді в задоволенні подання слідчого.

У вирішенні питання про застосуванні запобіжного заходу за новим КПК адвокат має потурбуватись про цю аргументацію та подати відповідні заперечення, а слідчий суддя - дати їм оцінку.

14. Слідчі у поданнях про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо неповнолітнього не наводять жодних даних щодо його здоров'я та загального розвитку, не долучають до них характеристик зі школи, з місця проживання, а також довідки з міліції у справах дітей і служби у справах дітей тощо.

Ст. 178 нового КПК вимагає перевіряти у всіх випадках:

- вік і стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого;

- міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність в нього родини й утриманців;

- наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання;

- репутацію підозрюваного, обвинуваченого;

- майновий стан підозрюваного, обвинуваченого;

- наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого;

- дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше;

- наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення;

Відповідно до ст. 492 КПК застосування запобіжних заходів до неповнолітнього проводиться з обов'язковим урахуванням його вікових і психологічних особливостей, роду занять.

Під час кримінального провадження щодо неповнолітнього (ст. 484 КПК) слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд та всі інші особи, що беруть у ньому участь, зобов'язані здійснювати процесуальні дії в порядку, що найменше порушує звичайний уклад життя неповнолітнього та відповідає його віковим і психологічним особливостям, роз'яснювати суть процесуальних дій, рішень та їх значення, вислуховувати його аргументи під час прийняття процесуальних рішень та вживати всіх інших заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього.

15. У низці подань слідчого про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо осіб, підозрюваних або обвинувачених у вчиненні злочинів у сфері обороту наркотичних засобів (статті 307, 309 КК України), не вказувалося жодних даних про стан їхнього здоров'я, наявність наркотичної залежності, перебування їх на обліку у нарколога. Разом з тим такі відомості мають істотне значення для прийняття суддею законного рішення.

Ці вимоги залишаються актуальними і під час розгляду справ про обрання запобіжного заходу за правилами нового КПК.

16. Суди, ухвалюючи рішення про продовження терміну затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, не вказують у постанові, які саме обставини підлягають встановленню і які дії потрібно виконати в зв'язку з додатковим з'ясуванням цих обставин, а подекуди взагалі використовують право на продовження строку затримання не з метою визначитися з питанням про доцільність тримання особи під вартою, а з метою зібрання слідчими необхідних доказів у справі.

Новий КПК вирішує це питання інакше.

Відповідно до ст. 199 КПК клопотання про продовження строку крім відомостей, передбачених ст. 184 Кодексу, має містити виклад обставин, які свідчать про те, що заявлений ризик не зменшився або з'явилися нові ризики, які виправдовують тримання особи під вартою; виклад обставин, які перешкоджають завершенню досудового розслідування до закінчення дії попередньої ухвали про тримання під вартою.

Слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про продовження строку тримання під вартою до закінчення строку дії попередньої ухвали згідно з правилами, передбаченими для розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу.

Слідчий суддя зобов'язаний відмовити у продовженні строку тримання під вартою, якщо прокурор, слідчий не доведе, що обставини, зазначені вище, виправдовують подальше тримання підозрюваного, обвинуваченого під вартою.

Ухвала про продовження строку запобіжного засобу має відповідати вимогам ст. 196 КПК. В ухвалі про застосування запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, зазначаються конкретні обов'язки, передбачені ч. 5 ст. 194 цього Кодексу, що покладаються на підозрюваного, обвинуваченого, та у випадках, встановлених цим Кодексом, строк, на який їх покладено.

17. У клопотаннях захисників про обрання запобіжних заходів, альтернативних взяттю під варту, наводяться такі фактичні дані, які дають можливість спрогнозувати з досить високим ступенем імовірності можливу позитивну поведінку обвинуваченого: 1) обвинувачений має місце роботи; 2) має постійне місце проживання; 3) відсутність судимостей (якщо є, то вказується, що вона погашена чи знята у встановленому законом порядку); 4) відсутність фактів неявки обвинуваченого без поважних причин на виклик слідчого.

Подані обставини заслуговують на увагу й у вирішенні питання про застосування запобіжного заходу за новим КПК.

18. Слідчий чи прокурор належним чином не обґрунтовують своє подання про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою, а суддя мотивує постанову про продовження такого строку лише тяжкістю вчиненого злочину чи можливістю впливу на свідків або ухилення від слідства, не обґрунтовуючи при цьому цей висновок.

Разом з тим § 3 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод дозволяє продовження строків тримання обвинувачених під вартою лише за наявності суттєвих і достатніх підстав для цього.

Практика Європейського суду має враховуватись під час обрання запобіжних заходів відповідно до ч. 2 ст. 1, ч. 4 ст. 9, ст. 12 КПК. Крім того, принцип верховенства права застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини. Ст. 196 КПК зобов'язує суд вказувати обставини, які дають істотні та достатні підстави для продовження строку і належним чином їх конкретизувати.

Тому мотивація для продовження строку тримання під вартою не може за новим КПК мотивуватись лише тяжкістю вчиненого злочину.

19. Нерідко постанови фактично дублюють подання слідчого щодо підстав застосування взяття під варту, які, своєю чергою, е цитуванням диспозиції ст. 148 КПК з переліком усіх перерахованих у ній підстав для обрання будь-якого запобіжного заходу без конкретизації та приведення відомостей про факти, що підтверджують наявність останніх.

За новим КПК (ст. 196, 199 КПК) встановлено перелік обставин, які мають бути в ухвалі суду, та відповідне обґрунтування відповідного рішення.

20. Якщо запобіжний захід у вигляді взяття під варту змінюється на заставу в кримінальній справі про тяжкий або особливо тяжкий злочин, у постанові не наводяться переконливі аргументи на користь того, що в даному випадку остання, незважаючи на характер і тяжкість злочину та дані про особу обвинуваченого, буде достатнім стримуючим заходом.

Новий КПК вимагає вказувати на обставини, які можуть послужити підставою для зміни запобіжного заходу та додавання матеріалів, які обґрунтовують таку зміну (ст. 201 КПК). Виконання цих вимог, а також обов'язок суду конкретно вказати які конкретно обов'язки покладаються на підозрюваного, затриманого, забезпечують прозорість і аргументованість такої заміни (ст. 201, 202 КПК).

21. Приймаються рішення про відмову у зміні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту на заставу через те, що окремі судді та слідчі вважають, що заставодавцем, так само як і поручителем, може бути тільки особа, яка заслуговує на довіру, котра за моральними якостями має авторитет і спроможна забезпечити належну поведінку обвинуваченого, а також його явку за викликом органів досудового розслідування. Однак така позиція не ґрунтується на законі.

Ст. 182 нового КПК чітко вказує, що застава може бути внесена як самим підозрюваним, так і іншою фізичною або юридичною особою. Водночас суд зобов'язаний роз'яснити заставодавцю, у вчиненні якого кримінального правопорушення підозрюється чи обвинувачується особа, передбачене законом покарання за його вчинення, обов'язки із забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого та його явки за викликом, а також наслідки невиконання цих обов'язків.

У разі внесення застави згідно з ухвалою слідчого судді, суду щодо особи, стосовно якої раніше було обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, передбачені цією частиною роз'яснення здійснюються уповноваженою службовою особою місця ув'язнення. Крім того, ст. 182 КПК передбачає, які особи не можуть бути заставодавцями (юридичні особи державної і комунальної власності, або такі, що фінансуються з бюджетів, або у статутному капіталі яких є частка державної, комунальної власності).

22. Ст. 154-1 КПК не передбачає випадків, коли застава не може бути обрана. Тому цей запобіжний захід підлягає застосуванню щодо всіх категорій, які притягуються до кримінальної відповідальності, незалежно від тяжкості злочину, у вчиненні якого вони підозрюються чи обвинувачуються. Питання про застосування чи незастосування цього запобіжного заходу розв'язується у кожному конкретному випадку залежно від характеру і ступеня тяжкості злочину, даних про притягувану до відповідальності особу. На практиці застава не застосовується щодо осіб, які внаслідок попередніх судимостей чи тяжкості злочину становлять підвищену небезпеку для суспільства.

Новий КПК передбачає випадки, коли суд може не застосувати заставу (ч. 4 ст. 183, статті 177, 178 КПК).

23. У більшості вивчених справ, у яких предметом застави були гроші, визначався мінімальний розмір заставної суми, передбачений законом. Це вказує на неправильний підхід до встановлення розміру застави. Визначаючи його в конкретному випадку, слідчий, прокурор або суд мають виходити з обставин справи і даних про особу підозрюваного, обвинуваченого, підсудного (зокрема, про його майновий стан) і визначити ту суму, яка дійсно стала б стримуючим фактором для даної особи.

За новим КПК (ст. 182 КПК) чітко регламентовано обставини, які мають враховуватись. Розмір застави визначається слідчим суддею, судом з урахуванням обставин кримінального правопорушення, майнового та сімейного стану підозрюваного, обвинуваченого, інших даних про його особу та ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу. Розмір застави має достатньою мірою гарантувати виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків і не може бути завідомо непомірним для нього.

24. Суди рідко вирішують питання про зміну запобіжного заходу або ж про визначення розміру застави відповідно до чинного законодавства, встановивши, що органи досудового слідства обчислили його неправильно. Прикладом правильного вирішення цього питання може бути справа щодо раніше судимого С. Слідчий (м. Київ) залишив попередню судимість С. поза увагою і розмір застави визначив в сумі 1500 грн, тобто менше, ніж встановлено ч. 2 ст. 154-1 КПК . При віданні С. до суду постановою судді запобіжний захід було змінено на взяття під варту з поверненням застави.

Ст. 182 нового КПК не дає можливості для подібних маневрів суддям, які мають керуватись прямо передбаченими розмірами застави у встановлених межах.

25. Нерідко на практиці ігнорується положення ч. 2 ст. 154-1 КПК, що у всіх випадках розмір застави не може бути меншим розміру обґрунтованого достатніми доказами цивільного позову. Так, у справі К . було пред'явлено цивільний позов про відшкодування 5 тис. грн матеріальної шкоди. Заставу ж органи досудового слідства (Тернопільська область) визначили у розмірі 1 тис. грн.

Новий КПК чітко регламентує порядок застосування застави і не пов'язує його жорстко з розміром цивільного позову. Розмір застави визначається слідчим суддею, судом з урахуванням обставин кримінального правопорушення, майнового та сімейного стану підозрюваного, обвинуваченого, інших даних про його особу та ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу.

26. Деякі судді проводять політику "тримання під вартою до суду" шляхом призначення грошових застав на такі непомірні суми, що обвинувачений не може зібрати достатньо грошей для внесення застави і має залишатися під вартою в очікуванні суду чи вироку.

Частина 5 ст. 182 нового КПК визначає розмір застави у певних межах залежно від тяжкості злочину і передбачає, що збільшення розміру може бути в чітко визначених випадках, що стримуватиме суддів, які мають обґрунтовувати такі виняткові випадки.

У вирішенні питань про застосування запобіжних заходів слід мати на увазі і практику Європейського суду. Переважно вони враховані в новому КПК. Зокрема, це норма про те, що у випадку, якщо держава не наведе "відповідних і достатніх" підстав для тримання під вартою обвинуваченою у правопорушенні особи, така особа має бути звільнена після затримання і перебувати на волі до початку судового розгляду її справи (Рішення у справах "Вемгофф проти Німеччини" від 27 червня 1968 р. та "Ягчі і Саргін проти Туреччини" від 8 червня 1995 р.). Ця норма реалізована у статтях нового КПК, які передбачають обов'язок слідчого і прокурора довести обґрунтованість своїх вимог щодо тримання під вартою.

**Принципи, яких дотримується Європейський суд у вирішенні питань щодо застосування тримання під вартою**

Тримання під вартою до вирішення питання про винність особи не має бути "загальним правилом", і слід виходити з презумпції залишення обвинуваченого на свободі (Рішення у справі "Калашников проти Росії" від 15 липня 2002 р.). Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням ст. 5 Конвенції, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування (п. 2 ст. 5 Конвенції).

*Принцип* 1. Система обов'язкового тримання під вартою не відповідає вимогам захисту права на свободу, зокрема, ст. 5 Конвенції.

Суд сформулював таке правило: "Будь-яка система обов'язкового тримання під вартою несумісна зі статтею 5 § 3 Конвенції за визначенням. Якщо закон встановлює презумпцію щодо обставин, які стосуються підстав тримання під вартою, має бути, крім того, переконливо доведена наявність конкретних обставин, які переважують правило поваги до особистої свободи ".

Якщо законодавство *та/або судова* практика прямо або непрямо спрямовують на обов'язкове тримання під вартою у певних випадках, це може призвести до порушення ст. 5 Конвенції.

*Принцип 2.* У кожному випадку, коли вирішується питання щодо тримання під вартою або звільнення, діє презумпція на користь звільнення.

З цього правила випливають два природних наслідки:

- тягар доведення обставин, що свідчать на користь утримання під вартою, завжди несе держава.

- будь-які обставини, щодо доведеності яких або значення яких для вирішення питання про тримання під вартою або звільнення, залишається сумнів, мають тлумачитися на користь звільнення.

Ст. 5 Конвенції забороняє переміщати тягар доведення необхідності звільнення на особу, щодо якої вирішується питання про позбавлення її свободи. "Перекладення тягаря доведення на затриманого в таких питаннях дорівнює перевертанню правила ст. 5 Конвенції, - положення, що вважає затримання винятковим відступом від права на свободу, яке припустимо тільки у вичерпно перелічених і чітко визначених випадках".

Розподіл тягаря доведення надає судді можливість вирішити питання про звільнення обвинувачуваної або підозрюваної особи, якщо обвинувачення не надало доказів, достатніх, щоб переконати суддю у необхідності тримання під вартою. Таким чином, якщо обвинувачення не впоралося із тягарем доведення, презумпція на користь звільнення стає достатньою підставою для звільнення, яка не потребує додаткового обґрунтування.

Навіть більше, може виглядати дуже спірним з погляду ст. 5 Конвенції рішення, в якому зазначено, що особа залишається під вартою тому, що відсутні підстави для її звільнення.

Ця презумпція також надає судді можливість не займати занадто активної позиції під час розгляду, що може викликати докір у небезсторонності, а надати можливість доведення сторонам.

Суддя, вирішуючи питання про взяття під варту, насамперед має вирішити питання, чи існують підстави для "розумної підозри" щодо причетності обвинуваченого або підозрюваного до злочину.

"Розумність підозри, на якій має ґрунтуватися арешт, становить суттєву частину гарантії від безпідставного арешту й затримання, закріпленої у ст. 5 § 1(с) Конвенції".

Відповідно до практики Європейського суду "розумна підозра у вчиненні кримінального злочину, про яку йдеться у ст. 5 § 1(с) Конвенції, передбачає *наявність обставин або відомостей, які переконали б неупередженого спостерігача, що ця особа, можливо, вчинила злочин.* Відповідь на питання, чи достатньо розумно підозрювати особу, може становити складне завдання для судді, і залежить від усіх обставин справи.

Європейський суд сформулював вимогу щодо правопорушення, яке ставиться у провину, - вимогу, що випливає зі ст. 5 § 1(с) Конвенції.

Для розумної підозри у значенні ст. 5 § 1(с) потрібно, щоб можна було розумно вважати, що зазначені обставини охоплюються однією із статей Кримінального кодексу, які визначають злочинну поведінку. Таким чином, вочевидь не може бути "розумної підозри", якщо дії чи обставини, що ставляться в провину затриманому, не складали злочину в той час, коли вони мали місце. Конвенція відсилає тут по суті до національного законодавства, однак також вимагає, щоб будь-який захід, яким людина позбавляється волі, відповідав меті ст. 5, а саме захисту особи від свавілля".

Приклад. Прокуратура у 2011 році порушила кримінальну справу за ст. 210 ч. 1 КК України. Було проведено затримання особи та передано до суду клопотання про застосування запобіжного заходу щодо Р., який є розпорядником бюджетних коштів.

У постанові про порушення кримінальної справи стверджувалося, що Р. використав бюджетні кошти в обсязі що перевищують затверджені межі видатків на будівництво школи у сумі 165 тис. грн. Заперечуючи проти затримання, а також проти застосування запобіжного заходу, адвокат звертав увагу суду на ту обставину, що у цьому випадку немає ознак злочину. Відповідно до примітки до ст. 211 КК України великим розміром, який дає підстави для порушення кримінальної справи, є сума, що в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, що на момент порушення справи становило 364 500 грн. Стверджуючи, що сума складала тільки 165 тис. грн, прокуратура за образним висловом адвоката "сама себе висікла як гоголівська удова". Суд відмовив у застосуванні запобіжного заходу. Якщо цю подію перенести у 2013 рік, то слідчий суддя в цьому випадку має перевірити, чи дійсно твердження прокуратури дають підстави для підозри у наявності злочину, передбаченого ст. 210 ч. 1 КК.

Незважаючи на те, що розгляд питання про взяття під варту або звільнення відбувається на початку розслідування, суддя має дати фактичну і правову оцінку обставинам, які ставляться у провину обвинуваченому. Ця вимога також містить дві складові: 1) саме тлумачення фактів має бути розумним і враховувати всі елементи правопорушення; 2) закон, яким визначається правопорушення, має відповідати вимогам визначеності та передбачуваності.

Якщо саме положення закону сформульовано у туманних, занадто загальних або невизначених виразах, які не дають можливості людині розуміти, яка поведінка є правомірною, а яка складає правопорушення, то й тримання під вартою за обвинуваченням у такому правопорушенні буде незаконним з погляду ст. 5 Конвенції. "Коли йдеться про позбавлення волі, особливо важливо, щоб було дотримано загального принципу правової визначеності. Тому суттєво, щоб умови, які за внутрішнім законодавством можуть призвести до позбавлення волі, були чітко визначені і щоб сам закон був передбачуваний у своєму застосуванні. Він має відповідати стандарту законності, встановленому Конвенцією, стандарту, який вимагає, щоб усе законодавство було достатньо чітким і надавало особі можливість - якщо необхідно, то після відповідної консультації - передбачати в достатньому за даних обставин ступені наслідки, до яких може призвести та чи інша його дія".

**Луканов проти Болгарії.** Заявник, колишній прем'єр-міністр Болгарії, брав участь у прийнятті рішень щодо фінансової допомоги третім країнам. 1992 року Генеральна прокуратура Болгарії звинуватила його у зловживанні владою, і протягом майже 6 місяців заявник тримався під вартою за цим обвинуваченням.

Європейський суд зауважив, що жодне із положень кримінального закону, на якому ґрунтувалося його затримання, не визначає і навіть не має на увазі, що кожен, хто бере участь у колективних рішеннях такого роду, вчинює кримінальній злочин. Крім того, не було надано жодних доказів, щоб довести, що ці рішення були незаконними, приймалися із перевищення повноважень або всупереч закону про національний бюджет. Тому суд не був переконаний, що поведінка, в якій звинувачувався заявник, становила кримінальний злочин за законом Болгарії.

З другого боку, Конвенція не вимагає, щоб закон був сформульований у таких виразах, які не потребують тлумачення. Судова практика, що склалася, може роз'яснити неясності закону, і така практика враховується Європейським судом у якості "закону", якщо вона послідовно проводиться.

**Стіл та інші проти Великої Британії**. У цій справі заявники були заарештовані поліцією, коли стояли із плакатами та роздавали листівки із закликами проти продажу зброї біля конференц-центру, де проходила конференція "Бойовий вертоліт II". Вони були звинувачені у порушенні порядку та трималися у поліції приблизно сім годин.

Європейський суд, дослідивши, як британські суди тлумачать поняття "порушення порядку", вважав, що у цьому випадку обставини не давали підстав для такого звинувачення. Акція заявників була цілком мирна, вони суттєво не заважали і не намагалися заважити учасникам конференції, не вдавалися до дій, які могли викликати насильство, тобто у їх поведінці не було нічого, що виправдовувало б побоювання поліції щодо можливого порушення громадського ладу. Тому суд вирішив, що їх затримання не узгоджувалося із британським законодавством і порушувало ст. 5 § 1 Конвенції .

Крім того, суддя має оцінити фактичні обставини з *погляду* юридичної кваліфікації самостійно, незалежно від того, як їх кваліфікують органи обвинувачення.

Визначення розумності підозри залишає достатній простір для розсуду суду; однак важливо пам'ятати, що стандарт переконання "розумна підозра" досить вимогливий, хоча значно слабкіший за стандарт "поза розумним сумнівом", який вимагається для кримінального засудження. Розумна підозра означає більше, ніж щире переконання в тому, що особа вчинила злочин; розумна підозра вимагає наявності певних об'єктивних відомостей для такого переконання. За визначенням Європейського суду, "у ст. 5 § 1(c) йдеться про розумну підозру, а не про щиру або сумлінну *(bona fide)* підозру".

Ризики, які, за визначенням Європейського суду з прав людини, можуть виправдати тримання під вартою, збігаються з визначеними у ст. 148 Кримінально-процесуального кодексу України. Це:

- ризик ухилення від правосуддя (переховування чи втечі);

- ризик незаконного впливу на правосуддя (на свідків, потерпілих, інших обвинувачених, або маніпуляції із документами чи іншими доказами);

- ризик повторного вчинення правопорушення (рецидив). Тяжкість обвинувачення може впливати на рішення лише через оцінку її впливу на ризики. Невірно вважати, що оскільки особа звинувачується у злочині, що передбачає покарання понад 5 років позбавлення волі, то буде обґрунтованим тримати її під вартою. Але цілком коректно за наявності відповідних доказів обґрунтувати, що таке обвинувачення у сукупності з іншими обставинами збільшує ризик втечі настільки, що його неможливо відвернути, не взявши особу під варту. Судді часто намагаються уникнути таких формулювань, оскільки це змушує вдаватися до аналізу "інших факторів", їх взаємного співвідношення та впливу на загальну оцінку ризику. А це вимагає і творчого підходу, й інтелектуального напруження, і вміння обґрунтовувати свої висновки. Однак це єдиний правильний шлях, який дозволяє уникнути докорів у стереотипності ба необґрунтованості рішення.

Приклад. У справі "Харченко проти України" суд встановив порушення ст. 5 Конвенції, які у судовій практиці щодо України мають бути визнані систематичними. Зокрема, суд регулярно виявляв порушення п. 1 (с) ст. 5 Конвенції, а саме: утримання під вартою без відповідного рішення суду у період після закінчення досудового слідства і початку судового розгляду та рішення судів, прийнятих в період судового розгляду без зазначення строку тримання під вартою, тобто скоріш за все які схвалюють але не продовжують тримання під вартою, що є несумісними з вимогами ст. 5 (див. серед багатьох інших джерел раніше згадувану справу Елоева, п.п. 49-55). Видається, що обидві проблеми продукуються законодавчими прогалинами.

Європейський суд також ствердив, що практика, яка склалася в умовах прогалин законодавства, коли особа може перебувати під вартою без визначення певного строку тримання, без конкретного правового положення або судового рішення, суперечить принципу правової визначеності та захисту від свавілля, які є загальною ідеєю Конвенції принципу верховенства права (див. справу "Барановський проти Польщі" (Baranowski v. Poland) № 28358/95, п.п. 55-56, ЄКПЛ 2000-ІП та справу "Кавка проти Польщі" (Kawka v. Poland) № 25874/94, п. 51, від 9 січня 2001 p., справу "Фельдман проти України" (Feldman v. Ukraine) № 76556/01 та № 38779/04, п. 73 від 8 квітня 2010 p.).

У новому КПК практично зняті майже всі проблемні питання, щодо прогалин у законодавстві, пов'язаних з практикою Європейського суду. Тим не менше адвокат має пильнувати за дотриманням вимог Європейського суду, маючи на увазі, що практика роботи цього органу постійно змінюється й удосконалюється в бік підвищення гарантій прав людини.

У справі "Луценко проти України" Європейський суд визнав шість порушень ст. 5 Конвенції (право на свободу і особисту недоторканність) і одне порушення ст. 18 в контексті ст. 5. Європейський суд наголосив, що арешт і застосування запобіжного заходу були невиправданими, мали інший, ніж було заявлено (кримінальне переслідування за вчинення службового злочину) сенс, зокрема переслідування за політичні погляди і політичну діяльність. Євросуд вказав, що арешт не мав на меті припинення злочинної діяльності (оскільки йому інкримінувались діяння на посаді, яку Луценко не займав вже рік). Не стосувався він і вимоги не покидати країну і якнайшвидшого приводу в суд, оскільки наступного дня суд вирішував зовсім інше питання, ніжте, що стало причиною арешту. При цьому прокурор категорично заперечував проти розгляду питання про законність арешту.

Порушення ст. 5 Євросуд угледів і в триманні під вартою Луценка. Так, серед підстав для застосування такого заходу уряд вказував на повільне вивчення справи, що могло потягнути певну реакцію з боку влади, але взяття під варту не є адекватним та ефективним механізмом у цій ситуації. Євросуду також незрозуміло, як такий запобіжний захід співвідноситься з неаргументованими твердженнями уряду про тиск на свідків шляхом виступів у ЗМІ і чому взяття під варту є реакцією на відмову визнати вину?

Той факт, що український суд опирався на ці підстави, є порушенням, оскільки показав, що людина може бути покарана за використання свого основного права на справедливий судовий розгляд. Крім того, не був встановлений строк тримання під вартою, що є окремим порушенням ч. 1 ст. 5 Конвенції.

Подальші порушення випливали з цих ключових моментів. Так, порушення ч. 2 ст. 5 вбачали в неналежному інформуванню про причини затримання, ч. З цієї статті - у не розгляді в найкоротший строк судом обґрунтованості затримання і відсутності у влади наміру провести такий контроль у принципі, а також перевірки законності і обґрунтованості застосування запобіжного заходу в якості тримання під вартою і, нарешті, ч. 4 ст. 5 - в неналежному судовому перегляді апеляційним судом законності тримання під вартою. Заслуговують на увагу й аргументи Євросуду: "Конвенція ґрунтується на загальному припущенні, що державні органи діють добросовісно. Дійсно, будь-яка державна політика або окремі заходи можуть бути "таємними ", а презумпція добросовісності оспорена. Але заявник наголошує, що його права і свободи були обмежені неправомірно, та переконливо показує, що реальна мета влади була не такою, яка була проголошена. Проста підозра, що влада використала свої повноваження для інших цілей, ніж визначені у Конвенції, не є достатньою, щоб довести, що ст. 18 була порушена. Крім того, високий політичний статус не дає імунітету (справа "Ходорковський проти Росії").

Суд відзначає, що у випадках, коли справа стосується обвинувачення в політичних або інших прихованих мотивах кримінального переслідування, важко відділити досудове тримання під вартою у кримінальному процесі, в якому таке затримання було проведено. Обставини цієї справи свідчать про те, що арешт і тримання під вартою були здійснені після того, як розслідування стосовно заявника було завершено, а отже, мають свої власні помітні характеристики, які дозволяють суду розібратися в цьому питанні окремо від більш загального контексту політично мотивованого судового переслідування лідера опозиції. У цьому випадку Євросуд встановив, що підстави, на яких було прийнято рішення про тримання під вартою, не тільки несумісні з вимогами ч. 1 ст. 5, а й суперечать духу Конвенції.

Персона заявника, одного із лідерів опозиції, який спілкувався із пресою, явно притягала увагу громадськості. Також можна допустити, що на звинувачення у зловживанні службовим становищем він мав право відповісти за допомогою ЗМІ. Слідчі органи самі вказали причиною арешту заявника його зв'язки із засобами масової інформації, звинувативши його в перекрученні громадської думки у вчинених ним злочинах, дискредитації органів прокуратури і впливу на майбутній судовий процес, щоб уникнути кримінальної відповідальності.

На думку суду, такі міркування відверто продемонстрували спроби влади покарати Луценка за публічну незгоду з обвинуваченнями проти нього та відстоювання своєї невинуватості. Суд не міг не вказати, що обмеження свободи було застосовано не тільки з метою передачі його компетентним органам за обґрунтованою підозрою у вчиненні злочину, а й з інших причин. Тобто мало місце порушення ст. 18 у поєднанні зі ст. 5 Конвенції

На досудовому слідстві немає можливості оскаржити реєстрацію заяви про злочин, як це можна було зробити щодо постанови про порушення кримінальної справи. Тому адвокат має зосередитись на недопущенні безпідставного затримання та надуживань державних органів у вирішенні питання про застосування запобіжного заходу.

Це засвідчує певні принципи і підходи Європейського суду і його позицію з точки зору здорового глузду у вирішенні ним заяв. Слідчий суддя, вирішуючи питання, які ставить перед ним слідство, прокурор і захисник вступає на заміновану територію. З одного боку, інерція прокуратури, яка не звикла рахуватися з практикою Євросуду, з другого боку - захист, безумовно, відстоюватиме позиції щодо дотримання вимог Конвенції. Якщо раніше у КПК вимоги щодо реалізації практики Євросуду не були зазначені, то у новому КПК ця вимога чітко врахована, а тому її ігнорування може потягнути відповідальність судді. Таке перебування судді, між Сціллою обвинувачення і Харибдою захисту, з додатковими можливостями, які відкриває практика Євросуду, створює підвищену психологічну напругу.