

Юридичні науки

УДК 343.14

Бережний Олександр Іванович

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри кримінального процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Berezhniy Oleksandr

Candidate of Juridical Sciences,

Assistant of the Criminal Procedure Department

Yaroslav Mudryi National Law University

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ У
КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО ОКРЕМИХ
КАТЕГОРІЙ ОСІБ
PROBLEMATIC ISSUES OF IMPLEMENTING DEFENSE IN
CRIMINAL PROCEEDINGS IN RELATION TO CERTAIN
CATEGORIES OF PERSONS**

Анотація. У статті розглядається загальний імунітет від кримінальної відповідальності, розглянуто відмінність дипломатичного імунітету від привілеїв в контексті здійснення процесуальних дій направлених на збирання доказів на території дипломатичного представництва під час проведення досудового розслідування щодо кримінальних правопорушень вчинених співробітниками дипломатичних представництв. Розглядаються питання пов'язані з особливостями доказування під час розслідування кримінальних правопорушень вчинених суддями та особливості здійснення захисту у таких кримінальних провадженнях та особливості здійснення захисту у таких кримінальних провадженнях.

Ключові слова: доказування, докази, дипломатичні привілеї, дипломатичний імунітет, захист, суддя.

Summary. *The article provides a general analysis of immunity from criminal liability. Differences between diplomatic immunity and privileges have been dealt with during carrying out of procedural activities to collect evidence on the territory of diplomatic mission during pretrial investigation against criminal offences committed by diplomatic staff. It has been mentioned that immunity provides taking out foreign official representatives from state jurisdiction and features implementation of defense in such criminal proceedings.*

Key words: *proving, evidence, defense, diplomatic privileges, diplomatic immunity, judge.*

Доказування, будучи різновидом процесуальної діяльності, спрямовано на встановлення обставин, що входять до предмету доказування. Застосування правових норм передбачає встановлення фактичних обставин шляхом доказування. Норма права не може бути застосована, якщо не з'ясовані з достовірністю обставини, з наявністю яких закон пов'язує її дію, якщо не встановлений стан самих суспільних відносин, регулювання яких передбачається нормою. Винесенню акта застосування норм права передуює процес доказування. Усе це обумовлює те значення, що займає процес доказування в правовому регулюванні.

Чинне законодавство України передбачає особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності окремих категорій осіб. Переважно це посадові особи, які за своїм правовим статусом наділені конституційними гарантіями недоторканості – Президент, народні депутати і судді, працівники дипломатичних представництв і т.д. Метою нашого дослідження є розгляд особливостей притягнення до кримінальної

відповідальності та специфіка доказування у кримінальних провадженнях щодо народних депутатів, суддів та дипломатичних представників.

В цьому контексті доречно розглянути питання імунітету від кримінальної відповідальності. Привілеї та імунітети організацій і їх персоналу визначаються статутами організацій, багатосторонніми конвенціями, двосторонніми угодами з країною перебування. Значну роль відіграють і звичайні норми міжнародного права.

До категорій осіб на яких поширюється такий імунітет відносяться насамперед дипломатичні агенти. Особа дипломатичного агента недоторканна. Члени сім'ї дипломатичного агента, що живуть разом із ним, користуються привілеями й імунітетами дипломатичних агентів. Співробітники адміністративно-технічного персоналу представництв і члени їхніх сімей, якщо вони не є громадянами держави перебування, мають привілеї та імунітети, аналогічні дипломатичним агентам. Це передбачено Положенням про дипломатичні представництва і консульські установи іноземних держав в Україні, що затверджене Указом Президента України 10 червня 1993 року. Робітники консульської установи можуть викликатись і допитуватись як свідки, але не зобов'язані давати показання з питань, пов'язаних із виконанням їх функцій.

Дипломатичними привілеями та імунітетами є особливі права та переваги, які країна перебування надає дипломатичним представництвам, спеціальним місіям, представництвам держав при міжнародних міжурядових організаціях, делегаціям на міжнародних міжурядових конференціях, їхнім главам та співробітникам.

Дипломатичні привілеї та імунітети складають єдине поняття, однак між його основними складовими існують суттєві відмінності. Під імунітетом слід розуміти вилучення з-під юрисдикції держави перебування офіційних представництв іноземної держави, їхнього персоналу та інших осіб, які користуються міжнародним захистом, і дотримання стосовно них

принципу недоторканності. Імунітет, таким чином, виступає як інструмент, потрібний для безперешкодного виконання органами зовнішніх зносин держави та їх співробітниками покладених на них функцій.

На відміну від імунітетів, привілеї — це певні пільги та переваги, які надаються державою перебування органам зовнішніх зносин інших держав і співробітникам цих органів з метою створення найсприятливіших умов для їх функціонування.

Зазначимо, що дипломатичні привілеї діють у більш вузькій сфері існуючого правопорядку країни перебування, а не всього правопорядку, як це стосується імунітетів.

Дипломатичні привілеї та імунітети підрозділяються на дві основні групи: привілеї та імунітети дипломатичного представництва як органу держави й особисті привілеї та імунітети членів дипломатичного персоналу представництва. Перша група норм включає такі привілеї та імунітети: недоторканність приміщень дипломатичних представництв; недоторканність його архівів, кореспонденції; фіскальний імунітет (звільнення від оподаткування у країні перебування); митні привілеї; право на використання на будинку представництва прапора й герба своєї держави. До особистих привілеїв та імунітетів належать: особиста недоторканність; недоторканність приватної резиденції, кореспонденції, паперів і, за деякими винятками, майна, імунітет від юрисдикції та можливого притягнення дипломата до кримінальної відповідальності; пільги при проходженні митного та прикордонного контролю; податкові привілеї.

Одним із найважливіших дипломатичних імунітетів безперечно, є імунітет, який забезпечує недоторканність дипломатичного представництва. відповідно до Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р. "приміщення представництва" - це будинок (або ж його частина), у якому розміщується представництво. Загалом цей

дипломатичний імунітет регламентується ст. 22 згаданої Конвенції. У ній роз'яснюється, що приміщення представництва є недоторканими. Органи влади держави перебування не можуть проникнути в ці приміщення інакше, як з дозволу глави представництва. Заборона вступати в приміщення представництва без дозволу його глави має абсолютний характер. Це правило не має жодних винятків, і його потрібно дотримуватись навіть у випадку пожежі в дипломатичному представництві або захоплення останнього терористами.

Неприпустимість доступу місцевої влади у приміщення дипломатичного представництва без згоди його глави виключає тим самим можливість здійснення таких примусових заходів, як обшук, арешт, реквізіція, та виконавчих дій. Забезпечуючи недоторканність приміщень дипломатичного представництва, держава перебування зобов'язана попереджувати дії місцевої влади, які можуть завдати шкоди, порушити спокій або принизити гідність дипломатичного представництва. Йдеться про попередження свідомих ворожих акцій з боку місцевої влади. Дії, які в тій чи іншій мірі зачіпають інтереси дипломатичного представництва, проте не направлені спеціально проти нього і є результатом звичайної функціональної діяльності (громадські роботи в безпосередній близькості від приміщень представництва, тимчасове відключення з технічних причин електроенергії, телефонного зв'язку тощо), не можуть розцінюватися як порушення недоторканності приміщень. Ще одним аспектом поняття "недоторканність приміщень" є спеціальне зобов'язання держави перебування забезпечити захист дипломатичних представництв від посягань приватних осіб. Це зобов'язання включає в себе два компоненти: по-перше, організацію місцевими органами влади у випадку необхідності фізичної охорони дипломатичного представництва та убезпечення його від будь-яких нападів, вторгнень та інших посягань з боку приватних осіб і, по-друге, у разі здійснення посягань, - проведення розслідування та

покарання винних, а також забезпечення компенсації заподіяної шкоди. Охорона приміщень дипломатичних представництв здійснюється державами перебування, як правило, шляхом використання спеціальних поліцейських або військових підрозділів.

Нарешті, особливе місце серед дипломатичних привілеїв та імунітетів займає особиста недоторканність. Загальновизнаним є положення, що це основоположний дипломатичний імунітет, від якого походять усі інші імунітети та привілеї дипломата. Цей дипломатичний імунітет регламентується ст. 29 Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р. і передбачає захист від арешту або затримання дипломата. Ще одним аспектом цього дипломатичного імунітету є забезпечення посиленого захисту дипломата від посягань із боку приватних осіб. Як у теорії міжнародного права, так і на практиці дотримання зазначених зобов'язань, забезпечення нормальної діяльності дипломатів у країні перебування завжди розглядалося як найголовніша умова. Проте за останні два десятиріччя у зв'язку з різкою активізацією міжнародного тероризму виникла стійка тенденція до зростання різного роду посягань на життя, честь і гідність дипломатів.

Крім того, особливе місце у питанні особистої недоторканності дипломата посідає його непідсудність законам країни перебування. Згідно зі ст. 31 Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р. імунітет від кримінальної відповідальності є повним і абсолютним, а щодо цивільної та адміністративної юрисдикції є винятки, коли дипломат не може посылатися на свій імунітет: майнові позови, що стосуються приватного нерухомого майна; позови, що стосуються успадкування; позови, що стосуються будь-якої професійної або комерційної діяльності, яка здійснюється дипломатом у країні перебування за межами своїх офіційних повноважень.

Варто зазначити, що звільнення дипломата від кримінальної, адміністративної та цивільної юрисдикції в країні перебування не призводить до його повної безкарності у випадку здійснення ним правопорушень. Існує дві можливості реального покарання дипломата. Перша з них полягає у тому, що імунітет дипломатичного агента від юрисдикції країни перебування не звільняє його від юрисдикції акредитуючої держави. Друга можливість полягає у тому, що від імунітету юрисдикції дипломатичного агента може відмовитися акредитуюча держава. Це робиться без його згоди, і дипломат зобов'язаний підкоритися прийнятому рішенню.

До імунітету особистої недоторканності дипломата належить також митний імунітет, який складається із трьох основних компонентів: безперешкодного ввезення та вивезення предметів особистого користування; звільнення вказаних предметів від митного оподаткування; звільнення, у вигляді загального правила, особистого багажу дипломата від митного огляду.

Зазначена конвенція (ст. 30) передбачає також недоторканність паперів та кореспонденції дипломата в тій мірі, в якій забезпечуються недоторканність архівів, документів та офіційної кореспонденції дипломатичного представництва. На практиці це означає, що папери та кореспонденція дипломата не підлягають затриманню, розпечатуванню, використанню місцевою владою в офіційних цілях і мають забезпечуватися захистом від посягань з боку приватних осіб.

Засоби пересування дипломатичних представництв та їхнього персоналу користуються в країнах перебування правом недоторканності. Це означає, що дипломатичний засіб пересування не підлягає обшуку, реквізиції, арешту та виконавчим діям. Цей імунітет поширюється також на засоби пересування співробітників адміністративно-технічного персоналу та членів їхніх сімей (ст. 37 Віденської конвенції). Поширення

імунітетів на засоби пересування, що належать співробітникам обслуговуючого персоналу, Конвенцією не передбачено. Необхідним атрибутом засобів пересування дипломатичних представництв та їхнього персоналу є номерні знаки спеціальних серій, які надаються у країнах акредитації.

Дипломатичні привілеї та імунітети надаються у повному обсязі главам держав і урядів, міністрам закордонних справ, представникам міжнародних організацій, які мають дипломатичний статус, іншим громадянам, які мають дипломатичні паспорти, видані їм незаконних підставах.

Крім головної якості – представницького характеру – дипломатичний персонал (глава представництва чи член його дипломатичного персоналу – «дипломатичні агенти», як визначає їх ст. 1 Віденської конвенції 1961 року, має ще деякі особливості. Згідно зі статтею 1 Віденської конвенції 1961 року, члени дипломатичного персоналу – це особи, що мають дипломатичний ранг – особистий ранг дипломата, який присвоюється йому згідно з існуючими у даній державі законами і правилами відносно проходження дипломатичної служби.

Віденська конвенція 1961 року підтверджує звичаєву норму, згідно з якою від кримінальної юрисдикції держави перебування дипломатичний агент звільняється повністю – це закріплено наступним чином: «Особа дипломатичного агента недоторканна. Він не підлягає арешту чи затриманню у будь-якій формі. Держава перебування зобов'язана відноситися до нього з відповідною повагою і приймає всі необхідні заходи для попередження будь-яких посягань на його особу, свободу чи гідність» (ст. 29); п.1 ст. 31 даної конвенції не містить стосовно цього будь-яких винятків. При цьому не має значення чи діяв дипломат при виконанні своїх службових обов'язків, чи він діяв як приватна особа.

Особиста недоторканність дипломатів та їх імунітет від кримінальної юрисдикції визначається нормами міжнародного права, що мають нормативний характер.

Друга категорія співробітників дипломатичного представництва – члени адміністративно-технічного персоналу. За своїм службовим і, відповідно, правовим положенням вони відрізняються від першої категорії, однак щодо привілей та імунітетів, сучасне міжнародне право і національне законодавство ряду держав здійснюють значні кроки щодо наближення статусу цих осіб до статусу дипломатичних агентів.

До категорії адміністративно-технічного персоналу відносять референтів, перекладачів, технічних секретарів, стенографісток та інший канцелярський персонал, шифрувальників, осіб, що обслуговують вузли зв'язку, бухгалтерських працівників. Всі ці співробітники не мають дипломатичних паспортів та рангів, однак командуються на роботу відомством закордонних справ і мають право на службовий паспорт.

Третя категорія – члени обслуговуючого персоналу представництва. Це – шофери, прибиральниці, ліфтери, повари, вахтери, садівники та ін. До них також відноситься спеціальна група осіб, що не входять до персоналу представництва, але працюють у самих співробітників посольства – няні, домогосподарки. Члени обслуговуючого персоналу – це в основному громадяни держави перебування.

За загальним правилом дипломат не повинен порушувати законів держави перебування, проте у випадку вчинення ним кримінально караного діяння кримінальне провадження стосовно нього не розпочинається в силу даного імунітету. Така особа оголошується *persona non grata* і їй пропонується залишити територію держави перебування. Разом з тим, сторона, що приймає, може клопотатися перед урядом держави, що акредитує, про відмову в імунітеті дипломату, що вчинив

злочин. При його одержанні така відмова повинна бути ясно і точно виражена.

Всі зазначені обставини значно ускладнюють процес доказування по кримінальним провадженням щодо зазначених осіб, а щодо дипломатичних агентів взагалі виключають можливість їх притягнення до кримінальної відповідальності. Таким чином вчинення низки процесуальних дій направлених на отримання доказів у кримінальному провадженні можливо лише після надання згоди дипломатичного представництва.

Судді недоторканні і не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності без згоди Верховної Ради України. У більшості країн світу дозвіл на притягнення до кримінальної відповідальності дає Конституційний Суд. Питання до притягнення судді до кримінальної відповідальності ініціює Генеральний прокурор (Болгарія, Литва) або парламентський омбудсмен (Швеція). Але є країни, де відсутній будь – який імунітет для суддів перед кримінальним переслідуванням (Канада, Франція, Фінляндія, Ісландія, Японія) [1, с. 85-86].

Суддя може бути не лише загальним суб'єктом злочину, але й виступати як спеціальний суб'єкт кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності [2, с. 85].

Згідно із ч. 1 ст. 482 КПК України затримання судді або обрання стосовно нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або домашнього арешту до ухвалення обвинувального вироку судом не може бути здійснено без згоди Верховної Ради України. Це значно ускладнює процес доказування тому, що у судді є можливість незаконного впливу на органи досудового розслідування.

Необхідно зазначити, що ст. 80 Конституції України, яка зазначає: «Народні депутати не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання в парламенті та його органах, за винятком

відповідальності за образу чи наклеп. Вони також не можуть без згоди Верховної Ради України бути притягнуті до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані». Маляренко В. Т. аналізуючи підстави для закриття кримінального провадження, класифікує їх на шість груп і визначає як одну з підстав для звільнення від кримінальної відповідальності відсутність згоди відповідного державного органу влади на притягнення як обвинуваченого [4, с. 208].

Конституційний Суд України у рішенні від 27.10.1999р. № 9-рп/99 зазначив, якщо громадянина обрано народним депутатом України після пред'явлення йому обвинувачення у вчиненні злочину чи після арешту подальше провадження щодо такого депутата може бути продовжено за наявності згоди Верховної ради України на притягнення його до кримінальної відповідальності [3, с. 388].

Отже, громадянин України, отримавши представницький мандат, набуває статусу народного депутата. З цього моменту на нього поширюється депутатська недоторканість. Її суспільне призначення має на меті захистити депутата на час виконання ним депутатських повноважень, які починаються з моменту присяги і припиняються одночасно з припиненням повноважень ВР, від незаконного переслідування. Аналіз юридичних норм, які визначають статус народного депутата, свідчить про те, що на практиці по-різному використовується термін «притягнення до кримінальної відповідальності».

Відсутність чіткого розуміння депутатської недоторканості в законодавстві України призводить до того, що це право та привілей народні депутати почали тлумачити як повну непідвладність силі закону. Ми маємо приклади, коли кримінальні справи щодо парламентаріїв, які вчинили злочин, не порушуються, а порушені справи без дотримання відповідних процесуальних процедур закриваються. І навіть якщо депутат затриманий на місці вчинення ним злочину, до нього не можна застосувати

заходи процесуального примусу без попередньої згоди парламенту. Практично статус недоторканості наших парламентаріїв є абсолютним, оскільки будь-яке скоєне ними правопорушення залишається без покарання.

Важливо врахувати той факт, що для того щоб здійснити письмове повідомлення про підозру народному депутату спочатку потрібно розпочати кримінальне провадження та зібрати достатньо доказів, які б вказували на вчинення ним кримінального правопорушення. Тільки після виконання останньої процедури в розслідуванні кримінального провадження починається новий етап, бо в процесі з'являється один із його основних учасників – підозрюваний. Але стаття 482 КПК України передбачає, що обшук або затримання народного депутата чи огляд його речей і багажу, транспорту, жилого чи службового приміщення, а також порушення таємниці спілкування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та застосування інших заходів, в тому числі негласних слідчих дій, що відповідно до закону обмежують права і свободи народного депутата України, допускаються лише у разі, якщо Верховною радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності. Не зрозуміло, як можна зібрати достатньо доказів для відповідного звернення до Верховної Ради України і подальшого вручення повідомлення про підозру не маючи можливості здійснювати будь – які процесуальні дії стосовно народного депутата Українию

З цього приводу слід зазначити, що інститут гарантії забезпечення статусу депутатів, запропонований розробниками процесуального закону, не є суто національним явищем. Він існує у більшості країн. Якщо брати до уваги історичні аспекти існування депутатської недоторканості, то, наприклад, у Чехії щодо парламентарія не може бути порушена кримінальна справа без згоди Палати, однак він може бути заарештований, якщо його затримано під час вчинення злочину або відразу після нього.

Депутата Держдуми РФ не мають права затримати, взяти під варту чи обшукати, крім випадків затримання на місці злочину. У Фінляндії депутата можна заарештувати і порушити проти нього кримінальну справу за злочин, строк покарання за вчинення якого становить не менше ніж 6 місяців. У Швеції дозвіл парламенту на арешт та переслідування депутата не потрібний, якщо санкція злочину передбачає позбавлення волі на два і більше роки.

Особливий порядок відповідальності парламентаріїв та інших посадовців, які не дотримуються Конституції, зловживають наданою їм владою і службовим становищем намагалася запровадити група народних депутатів через прийняття закону про Державний трибунал України. Відповідно до його змісту за діяння, яке є конституційним деліктом, Державному трибуналу надавалася можливість призначати стягнення у вигляді усунення з посади, дострокове припинення депутатських повноважень з позбавленням права у майбутньому бути обраним на ці посади строком від 2 до 10 років. У разі виявлення ознак злочину в діянні вказаних осіб покарання повинно було б призначатися за КК України. До складу трибуналу планувалося обрати не менше 11 суддів. Ініціатором звернення про притягнення до конституційної та кримінальної відповідальності мав виступати парламент. Суб'єктами попереднього подання до ВР були б: Президент, СБУ, ГПУ, комітети ВР або одна третина народних депутатів від загальної кількості. Державним трибуналом надавалися повноваження навіть усувати з посади Президента за зверненням ВР у разі вчинення ним злочину або порушення обов'язків діяти лише на підставі та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Таке рішення вважалося б законним, якщо б за нього проголосувало щонайменше 3/4 суддів від його складу.

Стосовно політичної доцільності депутатської недоторканності, то ще в 1998 р. на порядок денний Верховної Ради України виносилося

питання про скасування депутатської недоторканності. Потім неодноразово подавалися проекти закону про внесення змін до ст. 80 Конституції України.

Водночас, щоб знівелювати обстановку, що склалася в державі навколо цього питання, слід відмовитися від депутатського імунітету (захист від судової відповідальності, яка не пов'язана прямо з парламентською діяльністю), привівши у такий спосіб правовий статус народного депутата у відповідність із європейськими принципами та стандартами.

Таким чином, питання гарантованості діяльності суддів містять на сьогодні чимало проблем, які потребують вирішення як у конституційному, так і в кримінально-процесуальному порядку. Це викликано тим, що особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності суддів в Україні є одним із найпотужніших соціальних подразників. Проте судді мають бути незалежними під час здійснення правосуддя і держава зобов'язана забезпечити недоторканність судді з метою здійснення правосуддя без можливості будь – якого стороннього впливу.

Зазначені обставини значно ускладнюють здійснення захисту таких осіб, оскільки обмежують процесуальну активність адвоката при виконанні своїх функцій, що значно зменшує можливості сторони захисту.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що проведення будь – яких процесуальних дій направлених на збирання та перевірку доказів у кримінальних провадженнях щодо дипломатичних агентів можливе лише після відмови в імунітеті такого дипломатичного агента державою, що його акредитує. Враховуючи той факт, що особливий порядок притягнення суддів до кримінальної відповідальності у сучасному вигляді є неефективним інструментом у забезпеченні режиму законності

під час проведення досудового розслідування і виступає серйозним соціальним подразником.

Література

1. Виноградова Л. Про вдосконалення порядку притягнення суддів до цивільно-правової, кримінально-правової, адміністративної відповідальності. *Юридична Україна*. 2005. № 4. С. 85-86.
2. Гончаренко О. В. Актуальні питання притягнення суддів до відповідальності (частина перша). *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1. С. 77-92.
3. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997 – 2001 / Відповід. Редакт. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. У 2 кн. К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн. 1. 512 с.
4. Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Монографія. К.: Юрінком Інтер, 2005. 512 с.