

РОЗДІЛ 12

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

УДК 343.13 (477)

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-12/128>

ЩОДО ПИТАННЯ ІНІЦІАТИВНОСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ПІД ЧАС ОБРАННЯ, ЗМІНИ, СКАСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

ON THE ISSUE OF THE DEFENSE INITIATIVE IN CHOOSING, CHANGING, CANCELING MEASURES TO ENSURE CRIMINAL PROCEEDINGS

Гунченко Д.І., аспірантка кафедри кримінального процесу та криміналістики
Одеського державного університету внутрішніх справ,
адвокат

Статтю присвячено дослідженню такої правової категорії як ініціативність сторони захисту під час обрання, зміни, скасування заходів забезпечення кримінального провадження, аналізу її змісту та поділу на різні форми. Проаналізовано механізм реалізації ініціативності сторони захисту під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження та ступінь її впливу на факт обрання деяких заходів, їх вид, межі, період часу їх застосування, тощо.

Встановлено, що в науковій та правозастосовчій діяльності прийнято вважати, що процес доказування включає в себе не лише збір, перевірку та оцінку доказів, а й створення та обґрунтування законних мотивів на підтвердження обраної позиції. На практиці досить складно досягти забезпечення рівності сторін кримінального провадження під час їх ініціативної доказової діяльності. З огляду на аналіз та оцінку наявного комплексу правових засобів, що надаються стороні захисту, сформовано висновок, що обсяг можливого прояву її ініціативності знаходиться у кореляційному зв'язку з рівнем правової регламентації відповідних правомочностей сторони захисту.

Визначено, що в законодавстві та науковій доктрині відсутнє закріплення окремого поняття «ініціативність сторони захисту», у зв'язку з цим сформульована авторська дефініція. Обґрунтовано доцільність поділу категорії «ініціативність сторони захисту» на активну, пасивну та змішану форму, розкрито зміст кожної форми. Через запропоновані форми ініціативності сторони захисту розкрито досліджувану категорію, яка має суттєве загальнотеоретичне значення та вагомий вплив на формування тактики надання правової допомоги адвокатом підозрюваному, обвинуваченому під час обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, ініціативність, процесуальна форма, досудове розслідування, сторони кримінального провадження, захисник, сторона захисту, правова допомога, кримінальне провадження.

The article is devoted to the study of such a legal category as the initiative of the defense during the election, modification, cancellation of measures to ensure criminal proceedings, analysis of their content and division into various forms. The mechanism of implementation of the initiative of the defense party in the application of measures to ensure criminal proceedings and the degree of their influence on the fact of choosing certain measures, their type, boundaries, time period of their application, etc. are analyzed.

It is established that in scientific and law enforcement activities, it is generally assumed that the process of proof includes not only the collection, verification and evaluation of evidence, but also the creation and justification of legitimate motives to confirm the chosen position. In practice, it is quite difficult to achieve equality of the parties to criminal proceedings during their initiative evidentiary activities. Taking into account the analysis and evaluation of the existing set of legal means provided to the defense party, it is concluded that the scope of possible manifestation of its initiative is in correlation of the relevant powers of the defense party with the level of legal regulation.

It is determined that the legislation and scientific doctrine do not consolidate a separate concept of "initiative of the defense party", in this regard, the author's definition is formulated. The expediency of dividing the category "initiative of the defense party" into active, passive and mixed forms is justified, and the content of each form is revealed. The content of the studied category, which has a significant general theoretical significance and a significant impact on the formation of tactics for providing legal assistance by a lawyer to a suspect, accused during the election, change or cancellation of measures to ensure criminal proceedings, is revealed through the proposed forms of initiative of the defense party.

Key words: measures to ensure criminal proceedings, initiative, procedural form, pre-trial investigation, parties to criminal proceedings, defender, defense party, legal aid, criminal proceedings.

Постановка проблеми. Створення доступної правової системи, в рамках якої кожний підозрюваний, обвинувачений може ефективно та безперешкодно захистити свої права та інтереси під час обрання, зміни або скасування щодо неї заходів забезпечення кримінального провадження (далі - ЗЗКП), є одним з провідних завдань нашої держави.

Всі без виключень ЗЗКП мають правообмежуючий та примусовий характер, оскільки добровільне виконання за власною ініціативою підозрюваного або обвинуваченого покладених на нього обов'язків та факт відсутності дійсних ризиків вчинення певних, передбачених в КПК України негативних дій, вказує на відсутність процесуальної необхідності їх забезпечувати. Частіше такі заходи застосовуються за ініціативою сторони обвинувачення. Однак, процесуальне законодавство надає можливість проявляти ініціативу щодо застосування окремих таких заходів і сторони захисту.

Наявність у сторони захисту права ініціювати обрання, зміну та скасування ЗЗКП повинно обумовлюватися наданням законом рівного комплексу процесуальних можливостей для обох сторін кримінального провадження, з метою максимально ефективно реалізації такого права. Ініціативність сторони захисту не обмежується фактом складання та подання відповідного клопотання про застосування певного ЗЗКП, а навпаки має глибшу сутність та характер і стосується у тому числі безпосередньо всього комплексу засобів та способів реалізації обраної правової позиції у відповідному судово-контрольному провадженні.

Однак, незважаючи на вагоме значення прояву стороною захисту ініціативи у провадженні, ані в чинному законодавстві України, ані в правовій доктрині немає конкретного визначення поняття «ініціативність» сторони захисту у провадженні щодо застосування ЗЗКП.

Стан наукових досліджень. Свої наукові праці присвятили дослідженню процесу обрання, зміни

та скасування ЗЗКП та ролі сторони захисту у відповідній процедурі такі авторитетні вчені як В.П. Бож'єв, В.І. Галаган, І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевий, А.Я. Дубинський, О.В. Капліна, Л.М. Лобойко, Є.Д. Лук'янчиков, П.І. Люблінський, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, С.І. Мінченко, В.Т. Нор, Д.П. Письменний, В.О. Попелюшко, В.В. Рожнова, В.І. Сліпченко, О.М. Слободян, С.М. Стахівський, Г.І. Сисоєнко, О.Ю. Татаров, В.М. Тертишник, Ю.П. Тимошенко, О.І. Тищенко, Л.Д. Удалова, В.І. Фаринник, О.Ю. Хабло, К.О. Чаплинський, О.Г. Шило, М.Є. Шумило, О.Г. Яновська та інші. Оцінка та аналіз існуючих проблем правозастосування, відсутність її єдності на рівні виконання повноважень як сторонами кримінального провадження, так і судовими органами під час обрання, зміни та скасування ЗЗКП за ініціативою сторони захисту, вказують на те, що не вирішеними у теорії та практиці кримінального процесу залишаються питання сутності та змісту категорії «ініціативність» в контексті діяльності сторони захисту, особливостей її прояву, форм при обранні, зміні та скасуванні заходів забезпечення кримінального провадження, процедурних аспектів, визначеності окремих правових категорій.

Метою статті є досягнення наукового результату у вигляді теоретично обґрунтованих положень щодо ініціативності сторони захисту під час обрання, зміни, скасування ЗЗКП, визначення її змісту та форм та формування на їх основі авторських пропозицій.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи таку правову категорію, як ініціативність сторони захисту, доцільно, перш за все, встановити її сутність. У відповідності до Етимологічного словника української мови поняття «ініціатива» як основа для творення похідного прикметника «ініціативний» походить від німецької чи французької мови: Initiative «почин, ініціатива», Initiator, initiativ, фр. initiative, initiateur походять від лат. initiatus, пасивного дієприкметника від initio «входжу; наставляю; починаю», похідного від initium «вступ, початок» [1, с.305]. В свою чергу Великий тлумачний словник сучасної української мови трактує «ініціативу» як перший крок у якій-небудь справі; «ініціативний» походить від значення слова «ініціатива» та передбачає того, хто виявляє ініціативу, уміє самостійно вирішувати що-небудь, активний, який перший починає якусь справу [2, с.125].

Для більш точного розуміння суті розглядуваного поняття не зайвим буде звернутись до Словника синонімів української мови, за змістом якого синонімами слова «ініціативний» є такі слова як діяльний, енергійний, активний, життєдіяльний, рухливий, пробивний, бойовий [3, с.125]. Аналізуючи вказані трактування обраної для дослідження категорії, вбачаємо, що не всі визначення або синоніми розкривають у повній мірі поняття ініціативності сторони захисту. Однак, є очевидним, що їх об'єднуючим компонентом є певна активність особи, прийняття дій та рішень винятково за її власним бажанням та об'єктивною метою необхідністю.

Так, під ініціативністю сторони захисту пропонуємо розуміти комплекс методів, засобів, способів реагування сторони захисту на правову дійсність у конкретному кримінальному провадженні в динаміці кримінальної процесуальної діяльності, з метою досягнення найбільш сприятливого та бажаного для підозрюваної особи результату, шляхом використання наданих стороні захисту КПК України правомочностей, що проявляються у активній та пасивній взаємодії зі слідчим суддею, судом, будь-якими іншими учасниками кримінального провадження.

Тобто, відповідні процесуальні дії сторони захисту, які вона вважає за необхідне вчинити, або навпаки утриматись від їх вчинення у своїй сукупності складають зміст ініціативності сторони захисту. Таким чином, сам підозрюваний, обвинувачений або захисник оцінивши процесуальну обстановку приймають для себе рішення щодо доцільності вчинення певних дій у провадженні.

Ю.П. Михальчук виокремлює процесуально-посадову активність та зауважує, що вона відрізняється від правової активності приватних осіб, які залучаються до кримінального провадження, у практичній реалізації сутності правових норм. У випадку, коли суб'єктом кримінальної процесуальної діяльності є приватна особа, вона здатна проявляти свою активність на власний розсуд. Вчений вказує, що жодна вимога закону щодо вчинення такою особою певних дій відсутня. Ніхто не може зобов'язати суб'єкта з особистим інтересом вчинити будь-які активні дії. А від посадової особи, що виступає правозастосовувачем, активність у кримінальному провадженні навпаки не може не вимагатися за законом [4, с. 120-121].

В свою чергу такі процесуальні дії сторони захисту можуть бути виражені в активній, в пасивній та змішаній формі.

До активної форми прояву ініціативи сторони захисту під час обрання, зміни чи скасування ЗЗКП логічно віднести конкретні дії, спрямовані спростування доводів слідчого, прокурора щодо необхідності на їх думку застосування до підозрюваного обвинуваченого певного ЗЗКП. Така діяльність може виявлятися у допиті свідків, підозрюваного, обвинуваченого; у збиранні доказів на підтвердження власної позиції; у складанні клопотання щодо обрання менш суворого запобіжного заходу; клопотання щодо застосування заходу альтернативного примусу; клопотання про долучення певних доказів до матеріалів провадження; початок процедури оскарження судових рішень, які є правообмежувачими стосовно клієнта.

До пасивної форми ініціативності захисту під час обрання, зміни чи скасування ЗЗКП слід віднести ситуації, при яких сторона захисту умисно не використовує надане процесуальним законом право. Наприклад, не долучає до матеріалів кримінального провадження певні речі або документи, які, на думку сторони захисту, можуть поставити підзахисного у невідгідне становище. Кримінальний процесуальний закон не забороняє стороні захисту захищатися таким шляхом. На відміну від сторони обвинувачення, яка в рамках розслідування повинна презентувати всі наявні докази, які в свою чергу є як обвинувальними, так і виправдовувальними, а також такими що пом'якшують становище особи.

Змішана форма ініціативності включає в себе поєднання ознак попередніх двох її форм. Для кращого розуміння наведемо приклад, коли захисник, готуючись до розгляду питання щодо обрання, зміни, скасування ЗЗКП за ініціативи, як сторони обвинувачення, так і сторони захисту, на первинному етапі вважає за необхідне вчинити певні активні дії - витребувати у порядку, передбаченому ст. 93 КПК України певний документ. Проте ознайомившись із його змістом, розуміючи відсутність там якоїсь корисної для клієнта інформації, самостійно, або порадившись із клієнтом, приймає рішення не надавати цей документ суду для ознайомлення.

Також ця форма має місце під час допиту свідка, коли захисник підготував низку питань, проте в залежності від відповідей особи, приймає рішення про подальший допит, незважаючи на вчинені заздалегідь активні дії щодо підготовки до такого допиту.

Отже, дії сторони захисту, які характеризують зазначені три форми ініціативності, складають її зміст та мають загальнотеоретичне значення та стосуються у більшій мірі саме тактики здійснення захисту.

Приймаючи рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, слідчий суддя не лише керується положеннями кримінального процесуального законодавства, а й робить оціночний вибір на користь тих чи інших аргументів [5, с. 179]. Тому надзвичайно важливими є професійні навички адвоката, вміння швидко зорієнтуватись, змодельувати подальший розвиток процесуальних подій та прийняти ефективні рішення. Як

правило, у провадженнях, які стосуються обрання, зміни чи скасування ЗЗКП бере участь захисник, саме на нього покладена основна роль у відстоюванні інтересів клієнта, з огляду на його професійність.

Захисник є особою, яка відстоює особисті інтереси свого клієнта. Сторона захисту в у кримінальному провадженні з огляду на взаємодію засад публічності та диспозитивності більше орієнтована на максимально ефективне використання наданих законом диспозитивних прав, що включає в себе як можливість реалізувати певні права, так і можливість самостійно вирішувати, коли саме в інтересах особи слід утриматись від їх реалізації.

В якості прикладу реалізації диспозитивності можна говорити про комплекс прав підозрюваного, обвинуваченого при спростуванні підозри, визнанні її необґрунтованою при обранні, зміни чи скасуванні зокрема запобіжних заходів, зокрема можливість оскаржити судові рішення, з яким сторона захисту не згодна, вирішувати питання щодо подання скарг на учасників засідання тощо. Фактично саме диспозитивність забезпечує та реалізує іншу засаду – змагальність учасників кримінального провадження.

Позиція захисника формується з огляду на різні фактори, проте визначальним у даному питанні є самостійна позиція підзахисного. Адвокат може впливати своїм досвідом та знаннями на створення у підзахисного повної картини всіх наявних обставин, проте все одно за загальним правилом захисник не може вчиняти які-небудь дії всупереч волі клієнта.

Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 21 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокату забороняється займати у справі позицію, що суперечить волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта [6]. Згідно зі ст. 18 Правил адвокатської етики адвокат зобов'язаний повідомляти клієнта про наявність або відсутність фактичних і правових підстав для виконання певного доручення, а також узгоджувати із клієнтом зміст доручення, який відповідатиме тому гіпотетичному результату, котрий може бути досягнутий згідно з чинним законодавством [7].

Так, у випадку невизнання підзахисним своєї вини, захисник повинен до останнього ініціювати дії на спрос-

товування підозри, навіть у випадку, якщо під час дослідження всіх обставин, захисник прийшов до особистого висновку про можливу винуватість особи. Це питання знаходиться в площині етики та специфіки професії адвоката. О. В. Синеокий, з цього питання розділяє наступні тези: 1) захисник повинен захищати лише законні інтереси, тобто тільки ті, які не суперечать інтересам правосуддя; 2) адвокат повинен захищати підозрюваного у будь-якому випадку, у тому числі і всупереч суспільним інтересам, а незаконний інтерес підзахисного повинен сприйматися захисником як обов'язковий для виконання, оскільки він є представником такої людини [8, с. 28].

Тобто, можна констатувати, що чинні правові норми, з одного боку, створюють певні обмеження щодо прояву ініціативності захисника у кримінальному провадженні, зокрема мова про обмеження ініціативи адвоката волевиявленням підзахисного. А з іншого – навпаки створюють базу для того, щоб адвокат мав можливість на власний розсуд обирати шлях своєї роботи у конкретному кримінальному провадженні, наприклад як у випадку самообмови клієнта.

Таким чином, ініціативність сторони захисту є ключовим елементом ефективної реалізації процесу доказування та захисту прав та законних інтересів підозрюваного під час обрання, зміни, скасування ЗЗКП.

Формулювання окремого поняття «ініціативність сторони захисту» у доктрині кримінального процесу матиме суттєвий допоміжний характер для практиків в контексті розуміння обсягу наданих законодавством сторони захисту правомочностей та способів їх комплексної реалізації у кримінальному провадженні з приводу обрання, зміни чи скасування ЗЗКП. Сторона захисту має проявляти свою ініціативність з метою забезпечення недопущення незаконного порушення права на свободу, особисту недоторканість та свободу пересування, оскільки під час застосування ЗЗКП на практиці допускається значна кількість порушень, що є неприпустимим, оскільки це сукупно впливає на ступінь ефективності дотримання основних конституційних засад та стан правового розвитку України в цілому

ЛІТЕРАТУРА

1. Етимологічний словник української мови: В 7 т. Т. 2: Д–Копці / Ред. кол.: О. С. Мельничук (гол. ред.), І. К. Білодід, В. Т. Коломієць, О. Б. Ткаченко. АН УРСР. Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, К.: Наукова думка, 1982. 632 с.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250000/ уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
3. Бурячок А. А. Гнатюк Г. М.; Головащук С.І.; Горюшина Г.Н.; Лозова Н.Є.; Тараненко О.О.; Фридрак В.Б.; Мельник Н.Ю.; Нечитайло О.І.; Родніна Л.О. Словник синонімів української мови: в двох томах. Т. 1: А-Н. Інститут мовознавства ім. О.О. Потебні; Інститут української мови; НАН України. К.: Наук. Думка, 2001. 1040 с.
4. Михальчук Ю.П. Забезпечення реалізації засади публічності кримінального провадження та стадії досудового розслідування. *Науковий вісник Херсонського державного університету: Серія юридичні науки*. Херсон, 2014. Випуск 5. Том 3. с. 173-177.
5. Бондюк А.Ф. Процесуальні основи статусу слідчого судді у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ. 2017. 241 с.
6. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17/ed20221229#Text>
7. Правила адвокатської етики: рішення Звітно-виборного з'їзду адвокатів України від 09.06.2017 р. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf
8. Синеокий О. В. Загальнонотеретичні проблеми адвокатології: навчально-методичний посібник. Запоріжжя: ЗНУ, 2007. 108 с.