

ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

CONCERNING CERTAIN ISSUES OF IMPROVING THE LEGAL REGULATION OF THE PARTICIPATION OF THE DEFENDER IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Кучинська О.П., д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Циганюк Ю.В., д.ю.н., доцент,
професор кафедри кримінального права та процесу

Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

У статті визначено, що у кримінальному процесі України функція захисту є однією з основних. Реалізація цієї функції Кримінальним процесуальним кодексом України покладена на сторону захисту, а активну участь у її реалізації бере захисник. При цьому захисник не лише здійснює захист від обвинувачення у кримінальному провадженні, але й реалізовує попереджувальну діяльність із запобігання порушень прав, свобод та законних інтересів підзахисних осіб. Така діяльність потребує надання процесуальних можливостей для її реалізації, а вони прямо залежать від якості кримінального процесуального закону, в якому мають бути регламентовані. Окрім того, автори зазначають, що існує декілька колізій та прогалин у регулюванні участі захисника у кримінальному провадженні, що, беззаперечно, створює підґрунтя для формування науково-практичних пропозицій, які автори визначили у цій статті.

У роботі проаналізовано стан правового регулювання прав та обов'язків захисника, встановлено необхідність його удосконалення шляхом внесення змін до ст. 46 та ч. 7 ст. 47 КПК України. А також аналізується співвідношення змісту норм ст. 49, 52 КПК України із положеннями ст. 13 та 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу». Як результат – запропоновано редагувати положення ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» у відповідності нормам КПК України.

Окремо у статті проаналізовано пропозиції удосконалення кримінального процесуального законодавства щодо участі захисника у доказуванні під час кримінального провадження. При здійсненні такого аналізу застосовано авторами підхід, згідно якого визначено, що проблеми сучасного правового регулювання права на збір та подання доказів у кримінальному провадженні глибоко пов'язані із типом кримінального процесу в Україні у якому наявні елементи обвинувального кримінального процесу під час досудового розслідування, а, відповідно, захисник не має рівних можливостей для здійснення захисту у порівнянні із можливостями щодо збирання та перевірки доказів стороною обвинувачення з метою формування такого обвинувачення.

У статті запропоновані зміни до чинного законодавства з удосконалення правового регулювання участі захисника у кримінальному провадженні.

Ключові слова: кримінальний процес, захисник, адвокат, професійна правнича допомога, функція захисту.

The article defines that the defense function is one of the main ones in the criminal process of Ukraine. The implementation of this function by the Criminal Procedure Code of Ukraine is assigned to the defense, and the defender takes an active part in its implementation. At the same time, the defense attorney not only provides protection against accusations in criminal proceedings, but also implements preventive activities to prevent violations of the rights, freedoms and legitimate interests of the protected persons. Such activity requires the provision of procedural opportunities for its implementation, and they directly depend on the quality of the criminal procedural law in which they must be regulated. In addition, the authors note that there are several conflicts and gaps in the regulation of the participation of the defense counsel in criminal proceedings, which undoubtedly creates a basis for the formation of scientific and practical proposals that the authors identified in this article.

The paper analyzes the state of legal regulation of the rights and duties of the defender, establishes the need for its improvement by making changes to Art. 46 and Part 7 of Art. 47 of the CPC of Ukraine. And the ratio of the content of the norms of Art. 49, 52 of the Criminal Procedure Code of Ukraine with the provisions of Art. 13 and 14 of the Law of Ukraine «On Free Legal Aid». As a result, it is proposed to edit the provisions of Art. 14 of the Law of Ukraine «On Free Legal Aid» in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Separately, the article analyzes the improvement of criminal procedural legislation regarding the participation of the defense attorney in evidence during criminal proceedings. In carrying out such an analysis, the authors applied an approach according to which it was determined that the problems of modern legal regulation of the right to collect and submit evidence in criminal proceedings are deeply connected with the type of criminal process in Ukraine, in which there are elements of an incriminating criminal process during a pre-trial investigation, and accordingly, the defense attorney does not have equal opportunities for defense compared to the opportunities for collection and verification of evidence by the prosecution for the purpose of forming such an accusation.

The article proposes amendments to the current legislation to improve the legal regulation of the defense attorney's participation in criminal proceedings.

Key words: criminal process, defender, advocate, professional legal assistance, defense function.

Постановка проблеми. У кримінальному процесі України функція захисту є однією з основних. Реалізація цієї функції Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України покладена на сторону захисту, а активну участь у її реалізації бере захисник. При цьому захисник не лише здійснює захист від обвинувачення у кримінальному провадженні, але й реалізовує попереджувальну діяльність із запобігання порушень прав, свобод та законних інтересів підзахисних осіб. Така діяльність потребує надання процесуальних можливостей для її реалізації, а вони прямо залежать від якості кримінального процесуального закону, в якому мають бути регламентовані. Окрім того, існує декілька колізій та прогалин у регулюванні участі захисника у кримінальному провадженні,

що, беззаперечно, створює підґрунтя для формування науково-практичних пропозицій, які автори розглядатимуть у цій статті.

Стан опрацювання цієї проблематики. До питання удосконалення правового регулювання участі захисника у кримінальному провадженні звернено увагу не лише юристів практиків, але й науковців. Фундаментальні дослідження з цього питання знаходимо у працях А. М. Бірюкової, Т. В. Варфоломеевої, І. В. Глюжок, В. Г. Гончаренка, С. В. Гончаренка, Ю. М. Грошевого, Я. П. Зейкана, В. Т. Нора, М. А. Погорельського, В. О. Попелюшка, О. С. Старенького, О. Г. Яновської, у працях співавторів статті, а також й у інших наукових публікаціях.

Однак правове регулювання участі захисника у кримінальному провадженні потребує удосконалення, а тому аналіз такого регулювання і розробка пропозицій до змін чинного законодавства є метою нашої статті.

Виклад основного матеріалу. Захист у кримінальному провадженні – це правовий захист від державного (публічного) обвинувачення як самостійно, так і за допомогою захисника. Захисник є учасником кримінального провадження, який допомагає у захисті від обвинувачення підозрюваному, особі, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинуваченому, засудженому, виправданому, особі, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особі, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). У нормах КПК України інколи він згаданий як самостійний учасник, а звідси – він не представник особи, а самостійна частина системи правосуддя у кримінальному провадженні, мета діяльності якого наполегливо сприяти утворенню та підтримці ефективних та справедливих інститутів кримінального провадження шляхом активної та висококваліфікованої діяльності як захисника.

У діяльності захисника у кримінальному провадженні є чимало проблем правового регулювання та практики застосування норм законодавства у такій діяльності, але серед них окремо виділяється проблема правового регулювання процесуального статусу захисника. Наразі, у КПК України він є похідним від прав та обов'язків підзахисного. Так, ч. 4 ст. 46 КПК України визначено, що захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених статтею 50 КПК України, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду [1].

Оскільки у КПК України відсутній перелік прав захисника, доречно буде запропонувати їх перелік, визначивши, що захисник, залежно від процесуального статусу особи, щодо якої він здійснює захист, має право:

- 1) знати суть підозри чи обвинувачення свого підзахисного;
- 2) зустріч із підзахисним на першу його вимогу мати захисника і незалежно від часу в робочі, вихідні, святкові, неробочі дні до першого допиту з дотриманням умов, що забезпечують конфіденційність спілкування, а також після першого допиту – зустрічі без обмеження в часі та кількості у робочі, вихідні, святкові, неробочі дні;
- 3) бути поінформованим про процесуальні дії та процедури, які проводяться з його підзахисним, окрім тим, які проводяться за ухвалою слідчого судді;
- 4) роз'яснювати своєму підзахисному його права та обов'язки;
- 5) брати участь у проведенні процесуальних дій, які здійснюються за ініціативою сторони обвинувачення та за участі його підзахисного, а також брати участь у всіх процесуальних діях, які здійснюються за його заявою, або заявою його підзахисного;
- 6) право брати участь у проведенні експертизи;
- 7) вимагати перевірки обґрунтованості затримання підзахисного;
- 8) збирати і подавати слідчому, прокурору, дізнавачу, слідчому судді, суду докази, а також здійснювати іншу діяльність, яка необхідна для зняття підозри або обвинувачення з підзахисного;
- 9) здійснювати підготовку адвокатського досьє у відповідній справі;
- 10) заявляти відводи;

11) подавати заяви, клопотання, скарги, зауваження та заперечення у кримінальному провадженні, а також звертати увагу особи, яка провадить процесуальну дію, на порушення закону під час її призначення та/або проведення;

12) ознайомлюватися з протоколами процесуальних дій, здійснених за його участю та участю його підзахисного, та вимагати внесення до них доповнень або своїх зауважень;

13) знайомитись з матеріалами кримінального провадження з моменту його завершення, а також в порядку, встановленому ст. 221 КПК України і виписувати з них будь-які відомості та знімати копії;

14) застосовувати з додержанням вимог КПК України технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосування технічних засобів при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься (постановляється) вмотивована постановова (ухвала);

15) заявляти про забезпечення безпеки щодо підзахисного, членів його сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо, щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо;

16) одержувати копії процесуальних документів та письмові повідомлення;

17) брати участь у судовому розгляді кримінального провадження судом першої інстанції, у судовому розгляді в апеляційному чи касаційному порядку, а також у порядку перегляду кримінального провадження за нововиявленими та виключними обставинами;

18) брати участь під час судового розгляду у допиті свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

19) подавати заперечення на скарги інших учасників процесу, які були доведені до його відома органом досудового розслідування, дізнання, прокуратури, слідчого суддею, судом або які стали відомими йому внаслідок інших обставин, а також висловлювати в судовому засіданні власну думку щодо заяв та клопотань інших учасників процесу та з питань, які вирішуються слідчим суддею, судом;

20) виступати в судових дебатах;

21) ознайомлюватися з журналом судового засідання та технічним записом судового процесу, які йому зобов'язані надати уповноважені працівники суду, і подавати щодо них свої зауваження;

22) безкоштовно отримувати копії рішень, що стосуються прав та інтересів підзахисного, окрім випадків, передбачених Законом України «Про судовий збір»;

23) оскаржити вирок чи будь-яке інше судове рішення у відповідній справі, знати про подані на них апеляційні та касаційні скарги, заяви про їх перегляд, подавати на них заперечення;

24) брати участь у підготовці досудової доповіді, надавати представнику персоналу органу пробації інформацію, необхідну для підготовки такої доповіді, ознайомлюватися з текстом досудової доповіді, подавати свої зауваження та уточнення.

25) брати участь у примиренні з протилежною стороною, якщо у процесі примирення бере участь підзахисний;

26) брати участь у процесі медіації на прохання особи, інтереси якої захищає;

27) заперечувати проти незаконних дій інших учасників процесу, а також у випадку зловживання ними процесуальними правами;

28) отримувати відшкодування процесуальних видатків, у зв'язку з наданням професійної правничої допомоги, за рахунок коштів підзахисного або у випадках, передбачених законом, за рахунок державного бюджету;

29) отримувати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду у визначених законом випадках.

30) користуватися іншими правами, що передбачені КПК України для захисника.

Окреслені вище права захисника можуть бути використані для внесення змін до ст. 46 КПК України. А для гарантування їх реалізації захисником слушно використати пропозицію О. С. Старенького про необхідність змін чинного КПК України, а саме частину 7 статті 47 викласти у такій редакції: «Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, їх службові особи та фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника» [2, с. 312].

Вважаємо, що необхідно внести зміни і до ст. 47 КПК України, визначивши обов'язком захисника «не перешкоджати запрошенню іншого захисника або його участі у провадженні у справі».

Окремо звернемо увагу на співвідношення ст. 52 КПК України про обов'язкову участь захисника, ст. 49 КПК України про залучення захисника слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням із положеннями ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» про право на безоплатну вторинну правову допомогу. Так, у ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» визначено закритий перелік осіб, яким таке право надається і серед них адвокат як захисник залучається у випадках коли: «особи, які відповідно до положень кримінального процесуального законодавства вважаються затриманими; особи, стосовно яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою; особи, у кримінальних провадженнях стосовно яких відповідно до положень Кримінального процесуального кодексу України захисник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням або проведення окремої процесуальної дії, а також особи, засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або обмеження волі» [3]. Але окрім цього переліку, для здійснення захисту у кримінальному провадженні (окрім представництва інтересів осіб та складання процесуальних документів) стаття 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» визначає, що захист може бути наданий таким категоріям осіб:

1) особи, які перебувають під юрисдикцією України, якщо їхній середньомісячний дохід не перевищує двох розмірів прожиткового мінімуму, розрахованого та затвердженого відповідно до закону для осіб, які належать до основних соціальних і демографічних груп населення, а також особи з інвалідністю, які отримують пенсію або допомогу, що призначається замість пенсії, у розмірі, що не перевищує двох прожиткових мінімумів для працездатних осіб;

2) діти, у тому числі діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, які перебувають у складних життєвих обставинах, діти, які постраждали внаслідок воєнних дій чи збройного конфлікту;

3) внутрішньо переміщені особи;

4) громадяни України – власники земельних ділянок, які проживають у сільській місцевості;

5) особи, на яких поширюється дія Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», особи, які звернулися із заявою про визнання особою без громадянства;

6) ветерани війни та члени сімей загиблих (померлих) ветеранів війни, членів сімей загиблих (померлих) Захис-

ників і Захисниць України, особи, які мають особливі заслуги та особливі трудові заслуги перед Батьківщиною, особи, які належать до числа жертв нацистських переслідувань;

7) особи, які постраждали від домашнього насильства або насильства за ознакою статі;

8) викривачі у зв'язку з повідомленням ними інформації про корупційне або пов'язане з корупцією правопорушення;

9) особи, стосовно яких згідно із Законом України «Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особою свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей» встановлено факт позбавлення особою свободи внаслідок збройної агресії проти України [3].

Видається, що залучення адвоката для надання безоплатної правової допомоги, як захисника у кримінальному провадженні, необґрунтовано щодо таких категорій осіб як громадяни України – власники земельних ділянок, які проживають у сільській місцевості (не зрозумілим є включення такої категорії осіб саме з метою захисту їх у кримінальному провадженні); особи, які постраждали від домашнього насильства або насильства за ознакою статі (у такому випадку здійснюються лише такі види надання безоплатної правової допомоги як представництво інтересів та складання процесуальних документів, на підставі ч. 2 ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» як потерпілим); викривачі у зв'язку з повідомленням ними інформації про корупційне або пов'язане з корупцією правопорушення (у такому випадку також здійснюються лише такі види безоплатної правової допомоги як представництво інтересів та складання процесуальних документів, відповідно до ч. 2 ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» як потерпілому, або свідку (див. статтю О. П. Кучинська, Ю. В. Циганюк [4]). Враховуючи зазначене вище, вважаємо, що Закон України «Про безоплатну правову допомогу», щодо видів надання правових послуг таким категорія осіб, підлягає редагуванню.

По-друге, у КПК України відсутня вказівка на обов'язкову участь захисника щодо категорій таких осіб, які згідно Закону України «Про безоплатну правову допомогу» мають право на захист у кримінальному провадженні. Звісно, що необхідно проаналізувати співвідношення права на безоплатну правову допомогу у наданні правової послуги захисту і обов'язкової участі захисника, які, апіорі, між собою не співпадають, але у практиці неодноразово відомі такі випадки залучення захисників щодо осіб, які визначені у ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» та які не є затриманими або щодо них не обрано запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, або вони не є засудженими. Тому вважаємо за необхідне додати до ч. 2 ст. 52 КПК України норму про те, що обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні щодо осіб, які визначені у ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» – з моменту встановлення підстав для надання такої допомоги.

Велике значення у дослідженні сучасного стану правового регулювання участі адвоката, як захисника, є аналіз його права та збір та подання доказів у кримінальному провадженні, а також використання процесуальних способів захисту (скарг, клопотань, заперечень тощо).

Проблеми сучасного правового регулювання права на збір та подання доказів у кримінальному провадженні глибоко пов'язані із типом кримінального процесу в Україні, у якому наявні елементи обвинувального кримінального процесу під час досудового розслідування, а, відповідно, захисник не має рівних можливостей для здійснення захисту у порівнянні із можливостями щодо збирання та перевірки доказів стороною обвинувачення з метою формування такого обвинувачення.

Рівні можливості захисника, у порівнянні із стороною обвинувачення, під час збору і подання доказів на досудовому розслідуванні, обмежені встановленою ст. 222 КПК України таємницею досудового розслідування, процесуальним механізмом отримання джерел доказів (наприклад, фізичні особи можуть лише у добровільному порядку надати інформацію у письмовому чи усному вигляді адвокату, а також документи, речі матеріального світу), відсутністю можливостей у сторони захисту отримувати висновок експерта без попередньої оплати, а лише за договором, а також не ознайомлюючи сторону обвинувачення чи слідчого суддю із мотивами такої необхідності отримання висновку тощо.

Окремою проблемою є отримання стороною захисту висновку судово-медичної експертизи під час досудового розслідування, а також окремих видів криміналістичних експертиз поза інформуванням сторони обвинувачення (як тактики сторони захисту). По-перше, сторона захисту не володіє об'єктами для проведення судово-медичної експертизи потерпілого (у 99,99 %), а відповідно не може залучити експерта. А у випадку залучення за договором експертів з деяких видів криміналістичних експертиз, то вона на етапі залучення експерта може не відбутись, адже володіння стороною захисту об'єктами для дослідження є окремим злочином (наркотичні речовини, прекурсори, зброя, набой тощо). По-друге, проведення судово-медичної експертизи на підставі договору є проблемною. Пов'язана вона переважно із правовим регулюванням судово-експертної діяльності в межах установ, які підпорядковані Міністерству охорони здоров'я України.

Сучасний стан правового регулювання оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування також потребує доопрацювання. Уже декілька років тому (постанова від 12 жовтня 2017 року у справі № 757/49263/15-к, постанова від 23 травня 2018 року у справах № 237/1459/17 та 243/6674/17-к) Верховний Суд сформував позицію, згідно якої апеляційний суд не може відмовити в перевірці законності ухвали слідчого судді, яка не передбачена КПК України. Такі рішення Верховного Суду відповідають верховенству права, справедливості та рівності у можливостях, а в той же час, зміни до ст. 309 КПК України досі не були внесені.

Положення ч. 3 ст. 309 КПК України про те, що скарги на інші ухвали слідчого судді оскарженню не підлягають і заперечення проти них можуть бути подані під час підготовчого провадження в суді [1], фактично не реалізуються сторонами кримінального провадження, в тому числі захисником, але надають правові засади для врахування їх судом під час призначення кримінального провадження до судового розгляду або розгляду провадження по суті.

Проведений аналіз дозволяє сформулювати висновки про те, що правове регулювання участі захисника у кримінальному провадженні є недосконалим. Таке регулювання містить прогалини (як щодо прямого викладу норм про права захисника, так і щодо його окремих прав з питань доказування у кримінальному провадженні, обов'язків захисника тощо), а також колізії (щодо співвідношення окремих норм КПК України та Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
2. Старенький О. С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика. Монографія. За заг. ред. д.ю.н., проф. М.А. Погорецького. К.: Алерта, 2016. 336 с.
3. Закон України «Про безоплатну правову допомогу» від 02.06.2011 № 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#n85>
4. Кучинська О.П., Циганюк Ю.В. Співвідношення процесуального статусу викривача та потерпілого у кримінальному провадженні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 11. С. 650–654. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-11/157> URL: http://lsej.org.ua/11_2022/157.pdf