

ЩОДО ЗЛОВЖИВАННЯ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ПІД ЧАС ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ У ПОРЯДКУ СТ. 290 КПК УКРАЇНИ**ON ABUSE BY A PARTY OF THE DEFENSE IN CRIMINAL PROCEEDINGS DURING THE DISCLOSURE OF MATERIALS IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 290 OF THE CPC OF UKRAINE**

Горідько М.В., аспірантка кафедри кримінального процесу та криміналістики
Академія адвокатури України

У статті розглядаються деякі проблемні питання, пов'язані із зловживанням процесуальними правами сторонами кримінального провадження, зокрема, захистом. Чинний КПК України не надає визначення «зловживання процесуальними правами» та прямо не наголошує на забороні певних дій з боку сторін, які можна віднести до зловживань. Верховний суд вважає заборону зловживань загальноправовим принципом, який поширюється на всі галузі права, та вважає зловживання фактором, який негативно впливає на рівність та змагальність сторін.

У чинному КПК визначено лише три випадки, які можуть визнаватися зловживанням процесуальними правами. Але під час розслідування кримінального провадження постійно виникають певні «зони ризику», де для сторін (обвинувачення і захист), в силу наявності певних недоліків законодавства створені умови для зловживань. Зокрема, це ситуації, які виникають під час відкриття сторонами матеріалів у порядку, визначеному у ст.290 КПК. Це пов'язано, наприклад, з неможливістю сторони захисту проводити допит свідків, але відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства пояснення, які адвокат може отримати як адвокат – не є доказом. Авторка доводить, що сторона захисту повинна відкривати отримані від свідка пояснення, як засіб збирання чи перевірки доказів, як джерело доказів у кримінальних провадженнях про кримінальні проступки. Пропонується визначити певний алгоритм процесуальних дій адвоката.

Авторка пропонує поряд із обвинувальним актом прокурора, також представлять «захисний акт», в якому адвокат визначав позицію захисту, її обґрунтування, своє ставлення до запобіжних заходів, щодо можливості закриття провадження, звертав би увагу суду і прокурора на недоліки проведеного досудового слідства та ін. Це може полегшити суду провести аналіз матеріалів кримінального провадження та забезпечити реальну змагальність та рівність сторін.

Ключові слова: досудове слідство, відкриття матеріалів, захисник, прокурор, зловживання процесуальними правами, змагальність.

The article examines some problematic issues related to the abuse of procedural rights by parties to criminal proceedings, in particular, by the defense. The current Code of Civil Procedure of Ukraine does not provide a definition of "abuse of procedural rights" and does not directly emphasize the prohibition of certain actions by the parties that can be attributed to abuse. The Supreme Court considers the prohibition of abuse to be a general legal principle that applies to all areas of law, and considers abuse to be a factor that negatively affects the equality and competitiveness of the parties.

The current CPC defines only three cases that can be considered abuse of procedural rights. However, during the investigation of criminal proceedings, certain "risk zones" constantly arise, where conditions for abuse are created for the parties (prosecution and defense), due to certain shortcomings in the legislation. In particular, these are situations that arise during the opening of materials by the parties in the manner specified in Article 290 of the CPC. This is due, for example, to the inability of the defense to interrogate witnesses, but in accordance with the requirements of criminal procedural law, explanations that a lawyer can obtain as a lawyer are not evidence. The author argues that the defense must disclose the statements received from the witness as a means of collecting or verifying evidence, as a source of evidence in criminal proceedings on criminal offenses. It is proposed to determine a certain algorithm of procedural actions of the lawyer.

The author suggests that, along with the prosecutor's indictment, they also submit a "defense act," in which the lawyer would define the defense's position, its justification, his attitude to preventive measures, the possibility of closing the proceedings, draw the court and prosecutor's attention to the shortcomings of the pre-trial investigation, etc. This can make it easier for the court to analyze the materials of the criminal proceedings and ensure real adversarial and equality of the parties.

Key words: pre-trial investigation, discovery of materials, defense attorney, prosecutor, abuse of procedural rights, adversarial nature.

Вступ. Одним із основних принципів здійснення кримінального провадження є змагальність сторін. Відповідно до вимог ст. 22 Кримінального процесуального Кодексу України (далі – КПК) кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими чинним КПК. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом.

Частина 6 ст. 22 КПК передбачає обов'язок суду створити необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків, у тому числі забезпечити, щоб права, надані законом сторонами, могли бути ефективно реалізовані.

Таким чином, принцип змагальності в ході проведення досудового розслідування має свою структуру, яка складається з чотирьох взаємопов'язаних елементів: 1) наявність сторони обвинувачення та сторони захисту; 2) наявність у сторони обвинувачення та сторони захисту рівних процесуальних прав; 3) наявність та чітке відокремлення

функцій публічного обвинувачення, захисту та судового розгляду і 4) наявність об'єктивного та неупередженого суду.

Разом з тим, важко не погодитись із думкою А.Ю. Габреляна і О.В. Стрілецької, що значущість принципу змагальності сторін у кримінальному процесі обумовлена тим, що він є одним із ефективних правових інструментів забезпечення всебічного й об'єктивного дослідження обставин кримінального провадження, а також забезпечення рівних можливостей сторін для реального володіння процесуальними засобами захисту своїх законних інтересів [1, с. 730].

При цьому, аналізуючи норми КПК України, судову практику із вказаного питання, можна дійти висновку, що як під час досудового розслідування так і під час судового розгляду, в ході реалізації сторонами кримінального провадження своїх прав, не завжди повною мірою забезпечується принцип змагальності, а прогалини, наявні у чинному кримінальному процесуальному законодавстві нашої країни призводять до зловживань сторонами своїми процесуальними правами. Зокрема, це стосується реалізації принципу змагальності сторін кримінального провадження на стадії відкриття матеріалів у порядку ст. 290 КПК.

Постановка завдання. Сьогодні у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві немає визначення поняття «зловживання процесуальними правами». Європейська Конвенція з прав людини у статті 17 «Заборона зловживання правами» визначає, що жодна з положень цієї Конвенції не може тлумачитися як таке, що надає будь-якій державі, групі чи особі право займатися будь-якою діяльністю або вчиняти будь-яку дію, спрямовану на скасування будь-яких прав і свобод, визнаних цією Конвенцією, або їх обмеження в більшому обсязі, ніж передбачено в Конвенції [2]. Відповідно до правового висновку Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду (далі – ККС ВС), викладеного в ухвалі від 30.05.2018 р. у справі № 676/7346/15-к, констатовано, що хоча у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) не передбачено загального положення про заборону зловживання процесуальними правами, однак заборона зловживання такими правами є загально правовим принципом і поширюється на всі галузі права [3]. При цьому в Ухвалі Апеляційної палати Вищого антикорупційного Суду України від 9 листопада 2021 р. у справі № 991/5325/21 зазначено, що «...заборона зловживання процесуальними правами не потребує закріплення у нормах КПК України, оскільки вона є загально правовим (конституційним) принципом і поширюється на всі галузі права...» [4].

На обґрунтовану думку Глов'юк І.В., запровадження цієї засади кримінального провадження у сучасних умовах призведе до розбалансування змагальності кримінального провадження, оскільки існування цієї засади у кримінальному провадженні можливо лише за умови «зразкового» виконання своїх процесуальних обов'язків усіма учасниками кримінального провадження, у тому числі тих, які мають владні повноваження [5]. Підтримуючи позицію науковця, додамо, що така нормативна регламентація процесуального зловживання може призвести до певного перекосу процесуального балансу, перш за все, всупереч інтересів сторони захисту, коли будь-яка систематична або послідовна діяльність захисника може визнаватися зловживанням.

Чинний КПК визначає три випадки, які можуть визнаватися зловживанням процесуальними правами в кримінальному провадженні: заявлення повторного відводу з метою затягування кримінального провадження (ч. 4 ст. 81 КПК); посилання на технічну неможливість участі у відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів, переривання зв'язку з метою затягування судового розгляду справи (ч. 6 ст. 336 КПК) та порушення розумних строків проголошення вступної промови стороною обвинувачення та/або стороною захисту з метою затягування судового розгляду справи (ч. 1 ст. 349 КПК).

Зрозуміло, що судова і слідча практика наводить багато прикладів інших зловживань сторонами кримінального провадження процесуальними правами. Зокрема, стосовно адвоката захисника: неявка адвоката в судове засідання; зловживання правом на відмову від обов'язків адвоката; неодноразові або почергові різними представниками сторони відводи одному слідчому судді; відвід судді, який розглядає заяву про відвід слідчого судді; подання численних необґрунтованих і повільне зачитування об'ємних клопотань при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу затриманій особі; подання однакових чи аналогічних клопотань різними представниками сторони захисту; використання нерелевантної але підходящої для підкріплення своєї позиції практики Європейського суду з прав людини та багато ін.

За визначенням Гарасимчук Н. зловживання процесуальними правами адвокатом можна розглядати як встановлений слідчим суддею (судом) різновид протиправної поведінки адвокатом, який полягає у прямо не забороне-

ному законом недобросовісному та нерозумному діянні, що непропорційно перешкоджає (створює загрозу перешкоджання) досягненню завдань кримінального провадження [6, с. 216].

У чинному КПК є певні «зони ризику» де можливі зловживання сторонами, до яких можна віднести й відкриття матеріалів іншій стороні, як важливого інституту забезпечення реалізації принципів кримінального провадження, де не вирішеними є низка питань. Проблеми, що виникають при наданні учасникам кримінального провадження доступу до матеріалів справи та ознайомлення з ними, були предметом обговорень як у період дії КПК 1960 р., так і після прийняття чинного КПК (2012 р.).

Проблемам реалізації принципу змагальності у кримінальному провадженні присвячені роботи багатьох науковців, зокрема А. Габреляна, Ю. Грошевого, В. Долежана, І. Енгельмана, В. Комарова, В. Кульчицького, В. Маляренка, В. Мамницького, М. Маркуш, І. Марочкіна, О. Мироненка, О. Мохонько, О. Немировської, В. Нора, В. Попелюшка, А. Селіванова, В. Сердюка, О. Стрілецької, В. Тертишника, Г. Тимченка, Р. Яценка та багатьох ін., а також науковців з інших країн.

Проте, більшість наукових праць було присвячено загальним проблемам реалізації принципу змагальності в ході досудового розслідування та судового розгляду, науковці досліджували цю проблематику в цілому, та не надавалась детальна оцінка питанню забезпечення змагальності сторін саме під час відкриття матеріалів іншій стороні в порядку, передбаченому у ст. 290 КПК.

Дослідженням окремих питань цієї проблематики свого часу займалися Ю. Аленін, О. Андрушко, Г. Борейко, І. Глов'юк, О. Капліна, С. Ковальчук, О. Криворучко, В. Маляренко, Т. Пашук, О. Татаров, С. Фомін та інші, які вивчали деякі проблемні питання, що виникають на етапі закінчення досудового розслідування, і у процесі виконання окремих процесуальних дій на ньому. Важливість цього питання не викликає сумніву, адже допустимість доказів, отриманих у ході досудового слідства, не лише впливає, а й певним чином може вирішувати долю вироку суду.

При цьому, аналізуючи норми ст. 290 КПК, саме на вказаній стадії досудового розслідування прослідковуються ознаки порушення принципу змагальності сторін кримінального провадження, а сторона захисту має певне привілейоване становище.

Вказане свідчить про необхідність більш глибокого та детального аналізу реалізації принципу змагальності саме на стадії відкриття матеріалів, а також розробки пропозицій щодо вдосконалення відповідних кримінальних процесуальних норм, що і є **метою статті** – вивчення деяких проблемних аспектів процедури відкриття матеріалів іншій стороні у порядку, визначеному у ст. 290 КПК, які не сприяють запобіганню зловживанню правом сторонами кримінального провадження на цьому етапі завершення досудового розслідування і цим перешкоджають швидкому, повному та неупередженому досудовому розслідуванню кримінальних проваджень.

Викладення основного матеріалу. Відповідно до вимог ч. 6 ст. 290 КПК України сторона захисту за запитом прокурора зобов'язана надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді.

При цьому, у справі № 462/1710/16-к ККС ВС зазначив, що на сторону захисту законом не покладено обов'язку відкривати доказ, який вона в принципі не може мати у своєму розпорядженні. У частині 6 ст. 290 КПК не згадується показання свідка, оскільки, на відміну від сторони

обвинувачення, сторона захисту не може проводити допит і отримувати показання, а лише пояснення, які відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК не є джерелом доказів. Тому суд вважає, що тлумачення, яке надав суд першої інстанції положенням ст. 290 КПК, покладає на сторону захисту обов'язок з відкриття доказів, який не передбачений законом і не може бути нею виконаний [9].

Аналізуючи згадану вище постанову ККС ВС вважаємо за необхідне зазначити наступне, частиною 3 ст. 93 КПК передбачено, що сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів, а отже справді сторона захисту не наділена правом допиту свідків та отримання від них показів, що є джерелом доказів у кримінальному провадженні.

При цьому, у контексті вказаної вище статті КПК до інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів, вважаємо за можливе віднести і право сторони захисту проводити опитування осіб за їх згодою, регламентоване Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [8], в ході якого сторона захисту може отримувати пояснення від свідків про фактичні дані, які мають значення для кримінального провадження.

Разом з тим, «пояснення» у кримінальному процесуальному законодавстві вживається як джерело доказів у кримінальних провадженнях про кримінальні проступки (ст. 298-1 КПК); як засіб збирання чи перевірки доказів у кримінальному провадженні (ст. 300 КПК), а отже, на нашу думку, на сторону захисту може бути покладено обов'язок відкривати отримані від свідків пояснення у порядку ст. 290 КПК.

Крім того, у разі процесуального оформлення отриманих стороною захисту пояснень від опитаних осіб, вказаний матеріальний об'єкт може визнаватись документом в розумінні ст. 99 КПК (документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження) та відповідно до ст. 290 КПК повинен бути відкритий стороні обвинувачення.

Треба також звернути увагу на те, що у чинному КПК не визначено, яким саме процесуальним документом має оформлюватись відібрання пояснень стороною захисту, не регламентована процедура надання таких пояснень, як повинні бути закріплені усні пояснення особи. Наслідком такої невизначеності може бути зловживання захистом своїм правом не відкривати стороні обвинувачення ті докази, які не передбачені КПК.

Частиною 1 ст. 104 КПК визначено, що «у випадках, передбачених цим Кодексом, хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі», це вказує на те, що і пояснення (як процесуальна дія) повинні фіксуватись у протоколі, незалежно від суб'єкту їх отримання, що теж не є досить коректним, адже стороною захисту не проводяться процесуальні дії.

Слушною вважаємо думку А. Черненка про те, що протоколом слід оформлювати пояснення, що отримано

органами досудового розслідування (протокол пояснення за аналогією з протоколом допиту), а документом з назвою «Пояснення», слід закріплювати ті, що отримані захисником [7], який і буде відкриватись стороні обвинувачення в порядку ст. 290 КПК.

Таким чином, з метою врегулювання питання процедури відібрання пояснень та їх документального закріплення, для забезпечення реалізації принципу змагальності, з метою унеможливлення зловживань з боку сторони захисту під час виконання вимог ст. 290 КПК, доцільним було б закріпити в КПК форму документу для фіксації стороною захисту результатів опитування осіб.

Дуже слушною є думка Габрелян А.Ю. і Стрілецької О.В. щодо регламентації обов'язку сторони захисту скласти так званий «висновок захисника» (захисний акт). Обґрунтовуючи свою позицію науковці стверджують, що важливе для забезпечення змагальності значення на стадії досудового розслідування має питання про документи, що підбивають підсумки проведеного досудового розслідування. Якщо зі сторони обвинувачення таким документом є обвинувальний акт – процесуальне рішення, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування (ч. 4 ст. 110 КПК), то з боку захисту – захисний акт. Систематизуючи зібрані докази та формулюючи юридичні висновки по закінченню розслідування, обвинувальний акт полегшує обвинуваченому та його захиснику ознайомлення з матеріалами кримінального провадження та оперування з наявною в матеріалах провадження інформацією. У результаті сторона захисту, знаючи на яких саме доказах ґрунтується обвинувачення, отримує можливість адекватно підготуватися до наступної стадії кримінального провадження. Позитивно оцінюючи важливість інформативності обвинувального акту, вважаємо, що подальша інтеграція змагальних начал у стадію досудового розслідування потребує надання стороні захисту права самостійно викласти свої підсумки досудового розслідування у відповідному документі, яким може стати «висновок захисника» (захисний акт). У захисному акті сторона захисту могла б викласти міркування з приводу подальшого спрямування кримінального провадження: щодо його закриття, щодо кваліфікації кримінального правопорушення, щодо скасування або зміни запобіжного заходу та інших обставин, які мають значення для виправдання або пом'якшення відповідальності обвинуваченого. Захисний акт має містити доказову базу, її джерела, оцінку зібраних доказів, в разі необхідності обґрунтування необхідності виправдання підзахисного або пом'якшення його відповідальності тощо, список осіб, які підлягають виклику в судові засідання з боку захисту. Загалом захисний акт як документ, що містить погляд на підсумки досудового розслідування з боку сторони захисту, може суттєво полегшити суду аналіз матеріалів кримінального провадження, забезпечити реальну змагальність сторін, рівність їхніх прав на завершальному етапі стадії досудового розслідування [1, с. 719–729].

Висновки. Враховуючи вищевикладене, слід зазначити, що запропоновані зміни та доповнення до КПК України забезпечили б у повній мірі реалізацію принципу змагальності сторін кримінального провадження на стадії відкриття матеріалів у порядку ст. 290 КПК України, судового розгляду під час допиту свідків, та унеможливили б зловживання вказаними процесуальними правами сторонами кримінального провадження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Стрілецька О.В., Габрелян А.Ю. Реалізація принципу змагальності в ході проведення досудового розслідування. *Порівняльно-аналітичне правознавство*. 2024. Вип. 81(2). С. 719–731. DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.02.119>
2. Європейська Конвенція з прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

3. Ухвала Кримінального Касаційного Суду у складі Верховного Суду від 30.05.2018 р. у справі № 676/7346/15-к. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/74440103?utm_source.
4. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного Суду України від 9 листопада 2021 р. у справі № 991/5325/21. URL: <https://reyestr.court.ua/Review/101018952>
5. Гловюк І.В. Неприпустимість зловживання процесуальними правами, як перспективна засада кримінального провадження: прогрес чи регрес. URL: <https://barristers.org.ua/news/advokat-naukovyj-radnyk-ao-barristers-d-yu-n-dotsent-iryna-glovyuk-pro-neprypustymist-zlovzhyvannya>
6. Гарасимчук Н. Поняття та ознаки зловживання процесуальними правами адвокатом у кримінальному провадженні. *Юридичний вісник* 2021. № 2. С. 211–218.
7. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 07.06.2022 р. у справі № 462/1710/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104849853>
8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України № 5076-VI від 05.07.2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>
9. Черненко А. Про проблеми кримінальної процесуальної форми пояснення. URL: <https://er.dduvs.edu.ua/bitstream/123456789/11281/1/175.pdf>.