

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ
ТА ОХОРОНИ ПРАВОПОРЯДКУ

УДК 343.131(477)

С. Є. Абламський,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри кримінального процесу

та організації досудового слідства факультету № 1

Харківського національного університету внутрішніх справ

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4716-3985>

**АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА В ОКРЕМІЙ
ПРОЦЕСУАЛЬНІЙ ДІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Досліджено процесуальний порядок залучення захисника для участі в окремій процесуальній дії, що можливо у трьох законодавчо передбачених невідкладних випадках. Звернено увагу на відсутність законодавчо закріплених визначень таких термінів, як «невідкладні випадки» та «невідкладні процесуальні дії», що може призвести до порушення права на захист і визнання судом недопустимими отриманих доказів. З урахуванням проведеного аналізу запропоновано до КПК України внести певні зміни й доповнення.

Ключові слова: захисник, право на захист, правнича (правова) допомога, процесуальні дії, невідкладні випадки, підозрюваний, обвинувачений.

Постановка проблеми. Традиційно в науці кримінального процесу виділяють три основні функції – обвинувачення, захисту та правосуддя. У своєму дослідженні ми охарактеризуємо саме функцію захисту, яка зазвичай здійснюється у двох формах – самозахисту та надання правничої (правової) допомоги з боку захисника. Тобто це така діяльність, реалізація якої безпосередньо спрямована на спростування висунутої підозри й обвинувачення, зокрема шляхом проведення процесуальних дій, у ході яких збираються докази, що свідчать про невинуватість особи або є підставами для пом'якшення кримінальної відповідальності. З цією метою в нормах міжнародно-правових актів і Конституції України закріплено такі основоположні засади, як право затриманого чи заарештованого користуватися правничою (правовою) допомогою, презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини тощо. Зазначені права в жодному разі не можуть бути обмежені, навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану. Беручи до уваги викладене, слід відзначити актуальність досліджуваного питання та доцільність його комплексного розгляду, адже з часу введення в дію КПК України 2012 року інтенсивність залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії зростає. Так, кількість доручень, виданих адвокатам для надання безоплатної вторинної правової допомоги в окремій процесуальній дії, у 2013 р. становила 2 041 (5,3 %),

у 2014 р. – 2 644 (6,9 %), у 2015 р. – 3 113 (8 %), у 2016 р. – 4 637 (11, 7 %) [1].

Стан дослідження. Окремі теоретико-прикладні аспекти залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії розглянуті у працях Ю. П. Аленіна, М. А. Погорецького, Г. П. Пожидаєва, Б. Є. Радченка, О. Ю. Татарова, С. С. Чернявського, О. Г. Яновської та інших, однак цілісної концепції вдосконалення цього питання сьогодні не існує. Проведені дослідження учених є лише підґрунтям для подальших наукових пошуків шляхів усунення наявних законодавчих прогалин і протиріч. Тому в межах цієї статті вбачаємо доцільним висловити власні міркування з цього питання.

Метою статті є розгляд положень кримінального процесуального законодавства України, які регулюють питання участі захисника в окремій процесуальній дії.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні значення інституту захисту в кримінальному провадженні значно зросло, особливо зважаючи на ухвалення оновлених закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року та КПК України від 13 квітня 2012 року. Більше того, надання захисником правової допомоги – це лише одна з послуг, а й необхідна умова забезпечення права на захист, яке непередбачено Конституцією України та низкою міжнародно-правових актів у сфері захисту прав і свобод людини. Однією з новел чинного КПК України є залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії в кримінальному провадженні. Г. П. Пожидаєв і Б. Є. Радченко зазначають, що таке нововведення негативно впливає на можливість підозрюваного вільно вибирати захисника, що, безумовно, є порушенням вимог ст. 59 Конституції України [2, с. 8]. Крім того, деякі проблеми, що стосуються залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії, є недостатньо вивченими, інші не набули належного теоретичного вирішення, тому нині є дискусійними. Особливо гостро це питання постає в умовах підвищеної уваги Європейського співтовариства, тому на сьогодні перед науковцями і практиками постає нелегке завдання – напрацювати й запровадити дієвий правозахисний механізм.

Як відзначається в науковій літературі, з фрази «користуватися допомогою адвоката для захисту» починається історія конституційного закріплення інституту адвокатури. До цього історичного моменту представники різних верст вдавалися до послуг адвокатів у кримінальному процесі в Англії та деяких інших європейських країнах уже не одне століття. Це право за довгу історію свого існування то майже зникало або ставало фікцією (з перетворенням змагального процесу в так званий інквізиційний), то відроджувалося. З утвердженням конституціоналізму спочатку в Англії (XVII ст.), а потім і в Північній Америці (XVIII ст.) право на захист за допомогою спеціально підготовлених юристів стало реальною гарантією здійснення справедливого кримінального процесу та відповідно ефективного

захисту прав і свобод людини [3, с. 12–13]. Важливого значення реалізація цього права набуває під час залучення захисника для проведення процесуальних дій, адже, за твердженням М. А. Погорецького та О. Г. Яновської, метою участі захисника у процесуальних діях є як психологічна підтримка підзахисного, так і забезпечення додержання його прав і законних інтересів. Сама присутність захисника під час проведення тієї чи іншої дії виступає гарантом дотримання законності особами й органами, які розслідують і розглядають кримінальне провадження [4, с. 281]. Підтримуючи таку позицію, вважаємо за доцільне уточнити, що метою участі захисника у проведенні процесуальних дій, у тому числі під час залучення для проведення окремої слідчої (розшукової) дії, є не лише його присутність, а й активне сприяння у встановленні виправдувальних доказів та їх фіксації у протоколі.

Одним із законодавчих нововведень до КПК України 2012 року є положення ст. 53, в якій врегульовано процесуальний порядок залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії. Зокрема, захисник залучається виключно у невідкладних випадках, якщо: 1) є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участі захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прибути або забезпечити участь іншого захисника; 2) підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг залучити захисника; 3) прибуття обраного захисника неможливе. У наукових джерелах зазначається, що це ті дії, зволікання з проведенням яких може спричинити втрату доказів (огляд, допит свідка чи потерпілого, обшук тощо), знищення, пошкодження, псування предметів, які згодом можуть стати речовими доказами, слідів злочину або особи, якою він був учинений, а також дії, щодо яких КПК України встановлює конкретні строкі проведення, наприклад, письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання (ч. 2 ст. 278 КПК України) [5, с. 166; 6, с. 176; 2, с. 7].

Аналіз оновленого законодавства свідчить про закріплення таких понять, як «невідкладні випадки» та «невідкладна процесуальна дія», однак при цьому без розкриття їх змісту, наведення критеріїв віднесення відповідної процесуальної дії до невідкладної, встановлення часу, за який до проведення такої дії слідчий, прокурор повинен попередити про неї підозрюваного, обвинуваченого. Вважаємо, що відсутність у КПК України таких уточнень може призвести до порушення права на захист, а отриманні під час проведення відповідної «невідкладної» процесуальної дії докази будуть визнані судом недопустимими. Із цього питання слід взяти до уваги положення ч. 1 ст. 81 Кримінально-процесуального закону Латвії, в якому передбачено, що до таких процесуальних дій належать: 1) дача свідчень у зв'язку із затриманням; 2) визнання підозрюваним і перший допит підозрюваного; 3) розгляд слідчим суддею питань, пов'язаних із застосуванням

запобіжного заходу [7]. Зауважимо, що суди нашої держави у випадку неявки захисника теж залучають іншого під час розгляду клопотань про продовження строків запобіжного заходу, вважаючи це невідкладною дією. Наприклад, Волноваським районним судом Донецької області в ході розгляду клопотання прокурора про продовження строку тримання під вартою був залучений інший захисник, оскільки захисник обвинуваченого на судові засідання не з'явився, надавши письмову заяву про неможливість взяти в цьому участь через відпустку [8]. Подібні рішення не є виключеннями, оскільки цим суди забезпечують право обвинуваченого на захист. У такому сенсі потрібно відзначити вимоги ст. 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини, в якій передбачено, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права, як право захищати себе особисто чи використувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або, за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника, одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя. Ця вимога корелюється з п. 6, 7 ст. 14 закону України «Про безоплатну правову допомогу».

Резюмуючи вищевикладене, можна зробити деякі висновки. По-перше, вимоги ст. 53 КПК України є додатковою гарантією захисту прав підозрюваного, обвинуваченого. По-друге, ці вимоги усувають можливість затягування адвокатами та підсудними процесу розгляду провадження, оскільки в деяких випадках обвинувачений заперечує проти залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії, посилаючись на те, що його захисник не відмовлявся від захисту (наприклад, ухвала Заводського районного суду м. Миколаєва [9]). По-третє, закріплення на законодавчому рівні чітких випадків залучення захисника для окремої процесуальної дії дозволить уникнути зловживання з боку слідчих, прокурорів, слідчих суддів і суду щодо необґрунтованого залучення адвокатів. Сьогодні таку стурбованість висловлюють адвокати, зокрема з приводу того, що правоохоронні органи та суди часто зловживають своїми повноваженнями та вимагають призначення адвоката для надання безоплатної правової допомоги навіть у випадку, якщо процесуальна дія не є терміною [1].

Із досліджуваного питання досить дискусійними і водночас актуальними є позиції науковців щодо необхідності передбачення залучення захисника під час проведення обшуку. Зокрема, вченими пропонується закріпити вимогу щодо залучення захисника під час проведення обшуку, оскільки він не завжди належить до учасників, стосовно яких слідчий, прокурор повинен вжити належних заходів для забезпечення участі під час проведення слідчих (розшукових) дій [10, с. 81]. У цілому погоджуючись із такою пропозицією, Ю. П. Аленін слушно зазначає, що за умови закріплення такої норми слід чітко регламентувати, має право захисник бути присутнім лише під час

проведення обшуку за присутності підозрюваного чи в інших випадках також. Крім того, потребує вирішення питання, які учасники кримінального провадження повинні бути ініціаторами забезпечення участі захисника під час проведення обшуку [11, с. 7]. Звернемо увагу на ч. 2 ст. 53 КПК України, в якій встановлено, що запросити захисника до участі в окремій процесуальній дії має право і сам підозрюваний, обвинувачений. Однак, по-перше, законодавець вживає поняття «запросити», що суперечить термінологічному вживанню поняття «залучення», адже КПК України передбачений процесуальний порядок залучення захисника, а не запрошення; по-друге, в положенні ч. 1 ст. 48 КПК України, якою безпосередньо врегульовано процесуальний порядок залучення захисника, передбачено, що захисник може в будь-який момент бути залучений підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням або згодою підозрюваного, обвинуваченого. Тобто перелік осіб, які можуть залучити захисника, є ширшим, тому безумовно сприяє більш ефективній реалізації права на захист у кримінальному провадженні. З метою єдиного тлумачення змісту положень КПК України вважаємо, що перше речення ч. 2 ст. 53 КПК України доцільно викласти таким чином: «Залучення захисника здійснюється в порядку, передбаченому статтею 48 цього Кодексу».

Права й обов'язки захисника, залученого для проведення окремої процесуальної дії, повністю тотожні правам і обов'язкам захисника, який здійснює захист протягом кримінального провадження. При цьому у ч. 5 ст. 53 КПК України передбачено, що здійснення захисту під час проведення окремої процесуальної дії не покладає на захисника обов'язку надалі здійснювати захист у всьому кримінальному провадженні або на окремій його стадії. Тобто, як цілком слушно зазначають деякі вчені, участь таких «захисників» фактично є формальною, без знання адвокатом матеріалів провадження, а також без узгодження із підозрюваним стратегії й тактики захисту, покликаних надати слідчій дії статус законної та в такий спосіб допомогти визнати той чи інший доказ допустимим. Створюється лише видимість додержання права підозрюваного на захист [2, с. 9].

На нашу думку, така «розмитість» і неоднозначна визначеність прав та обов'язків захисника, залученого до проведення окремої процесуальної дії, призводить до певних зловживань і маніпуляцій зі сторони обвинувачення. Наприклад, в одному з кримінальних проваджень для допиту підозрюваного, проведення слідчого експерименту та вручення обвинувального акта був залучений інший захисник. У зв'язку з цим захисник, який здійснював безпосередній захист підозрюваного, був позбавлений права на ознайомлення з усіма матеріалами провадження, з огляду на що подав відповідне клопотання про повернення обвинувального акта у зв'язку з порушенням вимог КПК України. Беручи до уваги ці обставини, суддя Балаклійського районного суду Харківської області повернув прокурору обвинувальний акт

для усунення недоліків [12]. В описаній ситуації бачимо, що слідчий не повідомив основного захисника, тим самим порушив його право на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, що в кінцевому результаті призвело до порушення права підозрюваного на захист.

Висновки. Участь захисника у проведенні окремої процесуальної дії має суттєве значення, адже саме внаслідок її проведення збираються й оцінюються докази, які відіграють важливу роль у кримінальному провадженні. Враховуючи це, на законодавчому рівні доцільно не лише закріпити відповідні вимоги, а й передбачити дієві механізми їх реалізації. Основою цього є закріплення чітких положень, які не будуть створювати перепони на шляху їх правозастосування та не викликати сумнівів щодо їх ефективності й дійсної потреби. Крім того, в умовах адаптації кримінального процесуального законодавства України до європейських правових стандартів кримінального судочинства нагальною вимогою є напрацювання науково обґрунтованих пропозицій і рекомендацій правозастосовного характеру. Тому КПК України потребує свого доопрацювання з урахуванням теоретичних надбань і виробленої практики його застосування, які відповідатимуть сучасним вимогам суспільства. Водночас складність вирішення досліджуваної у статті проблеми полягає не лише у внесенні відповідних законодавчих змін. Цей аспект є більш широким, адже адекватне його унормування залежить від зміни загальної парадигми участі захисника у кримінальному провадженні. Насамперед у КПК України необхідно чітко закріпити його повноваження, на що, до речі, ми вже неодноразово звертали увагу.

Список бібліографічних посилань: 1. Вишневецький А. Залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії (стаття 53 КПК України): презентація // V Східноукраїнський юридичний форум Асоціації правників України, 10 берез. 2017 р., м. Харків. URL: <http://uba.ua/documents/events/2017/20170310/vyshnevskiy.pdf> (дата звернення: 30.08.2017). 2. Пожидаєв Г. П., Радченко Б. Є. Порушення права на захист шляхом зловживання стороною обвинувачення процесуальним правом залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії (науково-практичне дослідження). Харків : Харків. ін-т упр., 2016. 32 с. 3. Адвокатура в России : учеб. пособие / под ред. Г. Б. Мирзоева, А. А. Власова, Н. Д. Эриашвили. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юнити-Дана ; Закон и право, 2010. 367 с. 4. Погорельский М. А., Яновська О. Г. Адвокатура України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 368 с. 5. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с. 6. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. Харків : Одиссей, 2013. 1104 с. 7. Уголовно-процессуальный закон Латвии : от 21.04.2005, по сост. на 38.09.2005 // Бюро деловой информации: сайт. URL: http://www.pravo.lv/likumi/29_upz.html (дата звернення: 30.08.2017). 8. Ухвала Волинського районного суду Донецької області від 13.10.2016, спр. № 221/3878/15-к // Єдиний державний реєстр судових рішень (ЄДРСП). URL:

<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61996188> (дата звернення: 30.08.2017). 9. Ухвала Заводського районного суду м. Миколаєва від 19.03.2014, спр. № 487/148/14-к // ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37915736> (дата звернення: 30.08.2017). 10. Татаров О. Ю., Чернявський С. С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 2. С. 77–84. 11. Аленін Ю. П. Участь захисника при проведенні слідчих (розшукових) дій: проблемні питання. Адвокатура: минуле та сучасність : матеріали V Міжнар. наук. конф. (14 листоп. 2015 р., м. Одеса) / уклад.: І. В. Гловюк, О. В. Малахова, Л. Ю. Чекмарьова; відп. за вип. М. М. Стоянов. Одеса : Юрид. літ., 2015. С. 5–7. 12. Ухвала Балаклійського районного суду Харківської області від 15.07.2015, спр. № 610/2029/15-к // ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46841981> (дата звернення: 01.09.2017).

Надійшла до редколегії 14.09.2017



Абламский С. Е. Актуальные вопросы участия защитника в отдельном процессуальном действии в уголовном производстве

Исследован процессуальный порядок привлечения защитника для участия в отдельном процессуальном действии, что возможно в трёх законодательно предусмотренных неотложных случаях. Обращено внимание на отсутствие законодательно закрепленных определений таких терминов, как «неотложные случаи» и «неотложные процессуальные действия», что может привести к нарушению права на защиту и признанию судом недопустимыми полученных доказательств. С учётом проведенного анализа предложено в УПК Украины внести определенные изменения и дополнения, направленные на устранения существующих законодательных пробелов и неточностей.

Ключевые слова: защитник, право на защиту, юридическая (правовая) помощь, процессуальные действия, неотложные случаи, подозреваемый, обвиняемый.

Ablamskiy S. Ye. Relevant issues of the defense attorney's participation in a certain procedural action within criminal proceedings

The author has studied the procedure for bringing in a defense attorney to participate in a certain procedural action, which is possible within three statutory urgency cases. In particular, the defense attorney is involved exclusively in urgent cases, when: 1) there is a need for conducting an urgent procedural action with the participation of the defense attorney, and the notified advocate can not arrive to participate in the procedural action or to ensure the participation of another attorney; 2) a suspect, an accused expressed a wish, but had not managed to attract a lawyer yet; 3) the arrival of the chosen defense attorney is impossible. It has been noted that, on the one hand, such requirements are additional guarantees of protecting the rights of a suspect, an accused, and on the other, they eliminate the possibility of delaying the process of considering the proceedings on the merits by lawyers and defendants, since in some cases the defendant

objects to bringing a defense attorney to conduct a certain procedural action, referring to the fact that his lawyer did not refuse to provide legal aid.

Special attention has been paid to the absence of a legislative definition of such terms as “urgent cases” and “urgent procedural actions”, which, in the author’s opinion, may lead to the violation of the right to protection and the court’s recognition of inadmissible of the obtained evidence. That is, those actions, when the delay of their conduction may lead to the loss of evidence, the disappearance, damage of objects that may subsequently become material evidence, or the traces of the crime or persons who has committed it, as well as the actions that facilitate to establish the concrete concise deadlines according to the Criminal Procedural Code of Ukraine. Taking into account the carried out analysis, the author has suggested to make certain amendments and alterations in the Criminal Procedural Code of Ukraine aimed at eliminating existing legislative gaps and inaccuracies.

Keywords: defense attorney, right to protection, legal aid, procedural actions, urgent cases, suspect, accused.

