

I. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ



Костюченко О. Ю.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка



Балишев М. В.,
магістр 2 курсу юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка



Сілко М. В.,
магістр 2 курсу юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

УДК 343.121

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЇ ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті розглянуто основні питання, які стосуються реалізації захисником-адвокатом функції захисту прав та законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого). Метою

статті є виявлення та аналіз проблем, що виникають під час реалізації функції захисту в кримінальному провадженні, а також внесення пропозицій щодо удосконалення законодавства в цій частині.

Право на захист належить до загальновизнаних принципів міжнародного права й розглядається як необхідна умова забезпечення права на справедливий судовий розгляд, є однією з найважливіших державних гарантій забезпечення реалізації прав і свобод людини та громадянина. Право на захист належить до загальновизнаних принципів міжнародного права й розглядається як необхідна умова забезпечення права на справедливий судовий розгляд. Право на захист, яке знайшло своє закріплення у Конституції України, Кримінальному процесуальному кодексі, міжнародних та підзаконних актах є однією з найважливіших державних гарантій забезпечення реалізації прав і свобод людини та громадянина.

Однією з проблем, що виникають, є випадки ненадання або несвочасного надання підозрюваному, обвинуваченому захисника за умови його обов'язкової участі; позбавлення права особи на вільний вибір захисника; порушення права рівності сторін кримінального провадження на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг тощо.

Право на правову допомогу виникає в особи в той момент, коли становище її стає суттєво уразливим, навіть якщо її офіційно не затримано як підозрюваного. Право на правову допомогу у формі захисту не повинно залежати від того, який формальний статус має підозрювана у вчиненні злочину особа. Їй повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження.

Уважаємо, що національне законодавство у певну міру обмежує захисника у здійсненні ним його функцій, не надаючи необхідної свободи дій у зборі доказової інформації, що має значення для захисту осіб. Тому слід привести національне законодавство у відповідність до міжнародних стандартів та розширити права й гарантії захисників-адвокатів у кримінальному провадженні на законодавчому рівні.

Ключові слова: захист, захисник, право на захист, реалізація права на захист, адвокатура.

Право на захист належить до загальновизнаних принципів міжнародного права й розглядається як необхідна умова забезпечення права на справедливий судовий розгляд. Право на захист, яке знайшло своє закріплення у Конституції України, Кримінальному процесуальному кодексі, міжнародних та підзаконних актах є однією з найважливіших державних гарантій забезпечення реалізації прав і свобод людини та громадянина.

Проблеми реалізації функції захисту, участі захисника на окремих стадіях кримінального процесу, тактики захисту неодноразово й у різних аспектах розглядалися в юридичній літературі, зокрема в працях В.Д. Адаменко, Г.І. Алейнікова, С.А. Альперта, А.М. Бірюкової, О.Д. Бойкова, Т.В. Варфоломеевої, Є.В. Васьковського, М.М. Видрі, І.Ю. Гловацького, С.В. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, Я.П. Зейкана, О.В. Капліної, А.Ф. Коні, О.Ю. Костюченко, О.М. Ларіна, Л.М. Лобойка, Є.Д. Лук'ян-

чикова, П.М. Маланчука, О.Р. Михайленка, М.М. Михеєнка, А.В. Молдована, В.Т. Нора, Н.М. Обрізана, Д.П. Письменного, М.А. Погорельського, В.О. Попелюшка, В.М. Савицького, О.Д. Святоцького, О.С. Старенького, Ю.І. Стецовського, М.С. Строговича, В.М. Тертишника, Л.Д. Удалової, Ф.Н. Фаткуліна, І.Я. Фойницького, В.Ю. Шепітька, В.П. Шибіка, О.Г. Яновської та інших учених, що свідчить про надзвичайну пріоритетність забезпечення права на захист та про невичерпність досліджуваних питань. Деякі науковці аналізували проблематику на базі КПК України 1960 р., але чинний Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р. (далі КПК) оперує новими категоріями та поняттями, тому з огляду на це звертаємося до цього питання і сьогодні з метою виявлення проблем, їх ґрунтового аналізу та висловлення пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання.

На сьогодні в Україні забезпечення права на захист підозрюваного, обвину-

ваченого, засудженого і виправданого в кримінальному провадженні закріплено на найвищому рівні – в Конституції України. Так, у ст. 63 Основного Закону зазначено, що підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист, а у п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції йдеться, що забезпечення обвинуваченому цього права є однією з основних засад судочинства¹. Конституційний принцип забезпечення підозрюваному, обвинуваченому підсудному права на захист є важливою гарантією об'єктивного розслідування і справедливості судового розгляду справи та запобігання притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих осіб. Забезпечення обвинуваченому права на захист є самостійним принципом кримінального судочинства, яке включає в себе: 1) права, які підозрюваний (обвинувачений) може реалізувати власними діями шляхом надання усних або письмових пояснень із приводу підозри або обвинувачення, збирання і надання доказів, особистої участі у кримінальному провадженні, в тому числі участі в допитах інших підозрюваних (обвинувачених), потерпілих, свідків та експертів у суді, подачі скарг на дії і рішення слідчого, прокурора, слідчого судді й суду; 2) права, які можуть здійснюватися підозрюваним (обвинуваченим) за допомогою захисника й законного представника шляхом реалізації прав та обов'язків цих осіб; 3) наявність у слідчого, прокурора, слідчого судді й суду обов'язків сприяти підозрюваному (обвинуваченому) в реалізації його права на захист, роз'яснювати йому права й обов'язки (зокрема, забезпечити участь захисника, надати у встановлених законом випадках для ознайомлення необхідні документи й матеріали кримінального провадження, надати можливість зняття з них копій, розглянути

клопотання і скарги, заслухати показання шляхом проведення допиту і т. ін.).

Захист як вид адвокатської діяльності відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, котра притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення². У Проекті Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який внесений до Верховної Ради України Президентом України, продубльована чинна конституційна норма щодо монополії адвокатури, зокрема, що захист від кримінального обвинувачення, а також представництво інтересів фізичних та юридичних осіб у судах мають право здійснювати винятково адвокати, крім випадків, передбачених законом³.

КПК 2012 р. не містить поняття захисту, вказуючи у ч. 1 ст. 45 тільки коло суб'єктів, щодо яких здійснюється захист захисником: підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особа, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію)⁴. Реалізуючи право на захист, особа в кримінальному провадженні має право скористатися професійною

¹ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> дата звернення 01.10.2018.

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VII/ Верховна Рада України <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>> дата звернення 01.10.2018.

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Проект Закону України від 06.09.2018 № 9055 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557> дата звернення 01.10.2018.

⁴ І Гловюк, 'Кримінально-процесуальна функція захисту: деякі проблеми визначення поняття та змісту'

правничою допомогою захисника. Таким чином, поряд із особою, відносно якої провадиться кримінальне переслідування, основне місце у реалізації функції захисту посідає захисник-адвокат, який є самостійним учасником кримінального процесу та має право здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваних, обвинувачених, підсудних, засуджених і виправданих шляхом надання професійної правничої допомоги на професійній основі. Вважаємо, що законодавець не чітко зазначив як саме здійснюється захист особи від кримінального переслідування, адже реалізовувати право на захист особа може як самостійно, так і за участю захисника- адвоката, відомості про якого внесено до Єдиного реєстру адвокатів України.

Уважаємо, що слідчі, прокурори та суди не повинні перекладати на підозрюваного, обвинуваченого обов'язок захищати себе та доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення, оскільки це є правом, а не обов'язком. Гарантіями права підозрюваного (обвинуваченого) на захист є, зокрема: презумпція невинуватості, включаючи покладання тягаря доказування на обвинувача і тлумачення сумнівів на користь підозрюваного (обвинуваченого); правило про недопустимість доказів; правило про недопустимість погіршення правового становища виправданого й засудженого; норми, що забезпечують свободу оскарження в апеляційному й касаційному порядку вироку та інших судових рішень.

До участі у кримінальному провадженні захисник може бути залучений у будь-який момент кримінального провадження, що свідчить про «турботу» законодавця щодо дотримання права особи на захист. Дійсно, через свою юридичну необізнаність, психологічний стрес, стан пригніченості, викликані фактом затримання, пред'явлення обвинувачення чи засудження, особи часто неспроможні самі

повністю реалізувати свої процесуальні права, тому вважаємо, що захисником має бути особа, якій би повністю довіряли, могли з нею радитись і спілкуватися на засадах довіри та конфіденційності.

Крім того, право на захист забезпечується, зокрема, нормами КПК України, які регламентують обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні (ст. 49, 52 КПК України), визнання недопустимими доказів, отриманих унаслідок порушення права особи на захист (ст. 87 КПК України), особливості реалізації права на відмову від захисника (ст. 54 КПК України), можливість підготовки до захисту від нового (ст. 338 КПК України) або від додаткового обвинувачення (ст. 339 КПК України), здійснення судового провадження за відсутності захисника як підставу для скасування судового рішення (п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК України).

Для того, аби особа могла у повну міру реалізувати своє право на захист, державні інституції повинні гарантувати його здійснення. Так, однією з проблем, що виникають, є випадки ненадання або несвоєчасного надання підозрюваному, обвинуваченому захисника за умови його обов'язкової участі. В такому разі слід ставити питання допустимості доказів, на яких ґрунтується обвинувачення. Європейський суд з прав людини порушенням права на захист, коли особа перебуває у вразливому стані, називає «традиційними» для України та визнає, що слідчі органи, використовуючи практику отримання сумнівної відмови особи від захисника, позбавляють особу права своєчасно мати захисника на стадії досудового розслідування. У справі «Шабельник проти України» ЄСПЛ зазначив, що право на правову допомогу виникає в особи в той момент, коли становище її стає суттєво уразливим, навіть якщо її офіційно не затримано як підозрюваного. Таким чином, право на правову допомогу у формі захисту не залежить від того, який формальний статус має

підозрювана у вчиненні злочину особою¹. У рішенні ЄСПЛ у справі «Лучанінова проти України» зазначено, що «для здійснення обвинуваченням свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження»², тобто йдеться про забезпечення саме ефективного захисту.

Забезпечуючи реалізацію особою права на захист, законодавець визначив випадки, коли захист підозрюваного, обвинуваченого здійснюється безоплатно за рахунок держави. Забезпечуючи доступ до професійної правничої допомоги за рахунок держави, важливим є збереження усіх гарантій та складових права на захист і створення умов особі для вільного вибору захисника. У цьому також виникають проблеми, адже визначаючи особу адвоката, який надаватиме захист, керівник Центру з надання безоплатної допомоги повинен урахувати думку самої особи, щоб не порушувати право на вільний вибір захисника. ЄСПЛ у справі «Круассан проти Німеччини» звертає увагу, що при призначенні захисника національні органи повинні прислухатися до побажань обвинуваченого щодо кандидатури захисника в усіх випадках³.

Важливою складовою права на захист у кримінальному провадженні є забезпечення ефективності захисту та створення умов для вільного вибору захисника, а необхідною умовою реалізації цього права – забезпечення основних його гарантій на усіх стадіях кримінального провадження.

Ще однією проблемою у реалізації функції захисту у кримінальному провадженні є теза законодавця про те, що участь захисника є обов'язковою щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного

характеру або вирішується питання про їх застосування з моменту встановлення факту наявності в особи психічного захворювання або інших відомостей, які викликають сумнів щодо її осудності. Звідси слідує, що до моменту, поки не буде встановлений факт наявності в особи психічного захворювання, участь захисника не є обов'язковою. Яким же чином реалізовуватиметься право на захист і чи врахував законодавець, що для підтвердження вказаного факту лікарським висновком чи довідкою медичної установи або ж висновком судово-психіатричної експертизи щодо психічного стану підозрюваного, обвинуваченого потрібен певний, а в деяких випадках тривалий проміжок часу? Виходить, що особа буде обмежена у цьому праві або ж взагалі позбавлена його. Пропонуємо доповнити п. 5 ч. 2 ст. 52 КПК України тезою наступного змісту: «до моменту встановлення факту наявності в особи психічного захворювання або інших відомостей, які викликають сумнів щодо її осудності, залучати особу до проведення процесуальних дій без участі захисника заборонено».

Аналізуючи проблемні питання реалізації функції захисту у кримінальному провадженні, наголошуємо, що участь захисника у кримінальному судочинстві є важливою та необхідною. Знаючи як діяти відповідно до вимог закону, він може оприлюднити інформацію про факт застосування недозволених методів слідства, оскаржувати до суду безпідставність висунутої підозри, відповідні рішення, дії і бездіяльність слідчого, прокурора, подбати про належну фіксацію доказів, тобто участь захисника у кримінальному провадженні є головним фактором зменшення можливих маніпуляцій і зловживань слідчих, прокурорів і навіть суду. Проте на сьогодні часто мають міс-

¹ Справа «Шабельник проти України» (заява № 16404/03): рішення Європейського суду з прав людини від 19.02.2009 <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457>дата звернення 21.10.2018.

² Справа «Лучанінова проти України» (заява № 16347/02): рішення Європейського суду з прав людини від 09.06.2011 <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_788>дата звернення 01.10.2018.

³ Справа «Круассан проти Німеччини» (заява № 13611/88): рішення Європейського суду з прав людини від 25.09.2002<<http://uristinfo.net/ugolovnoe-protsesualnoe-pravo/294-evropejska-konventsija-z-prav-ljudini-ta-kriminalni-process/9049-viii-zahist.html?>>дата звернення 01.10.2018.

це випадки, коли захисники все ж обмежені у здійсненні своїх прав.

Слід підтримати думку щодо розширення прав та гарантій захисників на законодавчому рівні¹. З огляду на це звернемося до ст. 22 КПК України, у якій законодавець надає рівне право сторонам кримінального провадження на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК. Проте принцип рівності у цьому випадку, на нашу думку, діє не повністю. Сторона захисту не знаходиться у рівних умовах із стороною обвинувачення, що є прямим порушенням вказаного принципу. Що стосується сторони захисту, то вона не має права самостійно провадити слідчі дії, але може ініціювати їх проведення шляхом подання клопотань до слідчого або прокурора, які розглядаються протягом трьох днів. У випадку відмови сторона захисту має право протягом десяти днів оскаржити до слідчого судді відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) або негласних слідчих (розшукових) дій. Така скарга протягом трьох днів має бути розглянута слідчим суддею. Погоджуємося з О.Г. Яновською, що залежність сторони захисту від рішення сторони обвинувачення щодо доцільності проведення тих чи інших процесуальних дій та невідповідність строків реагування судового органу

на звернення двох сторін при вирішенні ідентичних питань у процесі досудового розслідування свідчить про відсутність рівності сторін та недостатню процесуальну забезпеченість засади змагальності у кримінальному провадженні². Таким чином клопотання сторони захисту є важливим чинником у реалізації захисту, однак, на думку О.Ю. Костюченко, їх недостатньо для забезпечення ефективного захисту підозрюваного, обвинуваченого³.

Не дивлячись на досконалість, на перший погляд, кримінального процесуального законодавства, на практиці нерідко можна спостерігати випадки, що під час судового розгляду залишаються недослідженими обставини, які можуть мати істотне значення для ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення. Зокрема, суд може необґрунтовано відхилити клопотання суб'єктів захисту про допит, дослідження доказів або вчинення інших процесуальних дій тощо.

Можна дійти висновку, що національне законодавство у певну міру обмежує захисника у здійсненні ним його функції, не надаючи необхідної свободи дій у зборі доказової інформації, що має значення для захисту осіб. Тому слід привести національне законодавство у відповідність до міжнародних стандартів та розширити права й гарантії захисників-адвокатів у кримінальному провадженні на законодавчому рівні.

REFERENCE LIST

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy vid 28.06.1996 № 254k/96-VR <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> data zvernennia 01.10.2018 (in Ukrainian).
2. Pro advokaturu ta advokatsku diialnist: Zakon Ukrainy vid 05 lypnia 2012 r. № 5076-VI [On Advocacy and Advocacy: The Law of Ukraine] <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>> data zvernennia 01.10.2018. (in Ukrainian).
3. Pro advokaturu ta advokatsku diialnist: Proekt Zakonu Ukrainy vid 06.09.2018 №9055 [On Advocacy and Advocacy: Draft Law of Ukraine] <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557> data zvernennia 01.10.2018 (in Ukrainian).

¹ Гарантій нема. Одні обов'язки. Інтерв'ю з О.Ю. Костюченко (Газета «Закон і Бізнес») 2016.

² О. Яновська, Змагальність як засада кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (тези виступу) <<http://www.nsj.gov.ua>> дата звернення 21.10.2018.

³ О. Костюченко, 'Окремі питання вдосконалення змагальної процедури доказування під час досудового розслідування кримінального правопорушення' (2015) 2 *Вісник кримінального судочинства* 37–43.

CASES

4. Sprava «Kruassan proty Nimechchyny» [the case «Cruassan v Germany»] (zaiava № 13611/88): rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 25.09.2002 <<http://uristinfo.net/ugolovnoe-protsestualnoe-pravo/294-evropejska-konventsija-z-prav-ljudini-ta-kriminalni-process/9049-viii-zahist.html?>> data zvernennia 01.10.2018 (in Ukrainian).

5. Sprava «Luchaninovak proty Ukrainy» [the case «Luchaninovak vs Ukraine»] (zaiava № 16347/02): rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 09.06.2011 <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_788 > data zvernennia 01.10.2018.

6. Sprava «Shabelnyk proty Ukrainy» [Case «Shabelnik v. Ukraine»] (zaiava № 16404/03): rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 19.02.2009 http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457 data zvernennia 01.10.2018 (in Ukrainian).

BIBLIOGRAPHY

ARTICLES

7. Kostiuchenko O, 'Harantii nema. Odni oboviazky' [There is no guarantee. Some responsibilities Interview with the newspaper «Law and Business»] 2016 (in Ukrainian).

8. Kostiuchenko O, 'Okremi pytannia vdoskonalennia zmahalnoi protsedury dokazuvannia pid chas dosudovoho rozsliduvannia kryminalnogo pravoporushennia' [Separate issues of improving the competitive procedure for proving during a pre-trial investigation of a criminal offense.] (2015) 2 Visnyk kryminalnogo sudochynstva 37–43 (in Ukrainian).

9. Hloviuk I, 'Kryminalno-protsestualna funktsiia zakhystu: deiaki problemy vyznachennia poniattia ta zmistu' [Criminal-procedural defense function: some problems in defining the concept and content] (2014) 1 Pravo i hromadianske suspilstvo 121–130 (in Ukrainian).

10. Yanovska O, 'Zmahalnist yak zasada kryminalnogo provadzhennia za novym kryminalnym protsestualnym kodeksom Ukrainy' [Competition as the basis of criminal proceedings under the new criminal procedural code of Ukraine] (thesis of speech) <<http://www.nsj.gov.ua> > data zvernennia 21.10.2018 (in Ukrainian).

CONFERENCE PAPERS

11. Kostiuchenko O, 'Zmahalnist storin pid chas dosudovoho rozsliduvannia kryminalnogo pravoporushennia v Ukraini' Yurydychna nauka ta praktyka u tretomu tysiacholitti: Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia [International scientific and practical conference] (2015 Koshytse) (in Ukrainian).

Kostyuchenko O., Balyshhev M., Silko M. Problems of implementing the protection function in criminal proceedings.

The article deals with the main issues related to the implementation of the function of protection and the participation of a defender in this.

Strengthening the rule of law and ensuring respect for human rights, in particular during criminal proceedings, is an important task today. The resolution of criminal cases should be directed at the protection of the rights and legitimate interests of persons detained on suspicion of committing a crime or charged with prosecution. In this regard, a more in-depth study of the function of protection in criminal proceedings at the present stage of development of the state and society is relevant.

An advocate who is a participant in the criminal process and has the right to protect the rights and legitimate interests of suspects, defendants, defendants, convicts and acquitted ones and to provide them with legal assistance is an important place in the implementation of the function of protection in the criminal process.

One of the problems that arise is the cases of failure to provide or untimely provision of a suspect, accused defendant subject to his mandatory participation; deprivation of a person's right to free choice of counsel; violation of the right of equality of parties to criminal proceedings for the collection and submission to the court of things, documents, other evidence, petitions, complaints, etc.

We emphasize that the participation of a defense counsel in criminal proceedings is important and necessary. Knowing how to act in accordance with the requirements of the law, he may make public information about the fact of using unlawful methods of investigation, contest the lawfulness of the detention or groundlessness of the suspected suspicion, challenge the relevant decisions, actions and inactivity, and ensure proper record of evidence, that is, the participation of a defense counsel in a criminal proceeding is central a factor in reducing possible manipulations and abuses of investigators, prosecutors and even the court. However, national legislation restricts defenders in their protective activities, so it is proposed to extend the rights and guarantees of defenders.

Key words: defense, defender, right to protection, realization of the right to defense, advocacy.

Стаття надійшла до редакції журналу 19.10.2018.