



Татаров О. Ю.,
доктор юридичних наук, доцент,
Заслужений юрист України



Чернявський С.С.,
доктор юридичних наук, професор,
проректор з наукової роботи
Національної академії внутрішніх справ

УЧАСТЬ ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ

У статті розглядаються актуальні проблеми участі захисника на стадії досудового розслідування у контексті удосконалення положень нового кримінального процесуального законодавства.

Ключові слова: сторона захисту, захисник, адвокатська діяльність, досудове розслідування, слідчі (розшукові) дії, кримінальне процесуальне законодавство.

В статті рассмотрены актуальные проблемы участия защитника на стадии досудебного расследования в контексте усовершенствования положений нового уголовного процессуального законодательства.

Ключевые слова: сторона защиты, защитник, адвокатская деятельность, досудебное расследование, следователи (розыскные) действия, уголовное процессуальное законодательство.

Реформування кримінальної юстиції в Україні супроводжується якісними змінами в характері здійснення кримінальної процесуальної діяльності. З набранням чинності новим КПК України пройшло майже півтора року й сьогодні вже можна зробити деякі висновки насамперед стосовно тих новел, які повинні сприяти досягненню головної мети кримінального судочинства – захисту особи від кримінальних правопорушень, а також охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Професійним представником сторони захисту, процесуальний статус якого зазнав суттєвого оновлення, є захисник. Історія становлення цього соціального інституту повертає нас у 1864 р., коли судова реформа заклала основи компетентної й самокерованої організації адвокатів та відповідної професії, що мала два різновиди. Це присяжні повірені, які давали професійну присягу адвокатів (зазвичай, ними були випускники університетських курсів юридичних наук, що мали не менш як п'ятирічний стаж роботи в судах) і приватні повірені, які займались індивідуальною адвокатською практикою (професійні об'єднання присяжних повірених організовувалися за територіальною ознакою) [1].

Відтоді діяльність адвокатури неодноразово зазнавала правових та організаційних змін. У незалежній Україні на законодавчому рівні двічі визначали статус адвокатури (у 1992 та 2012 рр.). Реформа кримінальної юстиції і зміни в суспільному розвитку держави зумовили прийняття Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [2], положення якого узгоджені з нормами нового КПК, дещо розширюючи зміст останніх.

Так, відповідно до згаданого Закону, різновидами адвокатської діяльності є захист, представництво (забезпечення реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, а також потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні) та надання інших видів правової допомоги клієнту (наприклад, правових роз'яснень, правового супроводу діяльності, складання звернень від імені клієнта тощо). Захистом є вид адвокатської діяльності, що 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 вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Аналіз нового КПК України дає підстави стверджувати, що в ньому знайшли закріплення найдемократичніші положення. Насамперед це стосується реального забезпечення прав громадян шляхом закріплення принципу змагальності сторін у кримінальному провадженні, зокрема шляхом надання сторонам рівних можливостей щодо збирання та подання до суду клопотань, скарг, речей, документів, інших доказів (ст. 22, 93). Сприяють реалізації принципу змагальності також і норми, спрямовані на ефективне забезпечення права особи на захист, зокрема обов'язковість участі у судочинстві професійного захисника, яким може бути лише адвокат (це положення є принципово новим, порівняно з КПК 1960 р., за яким в статусі захисників допускали також інших фахівців у галузі права, а в окремих випадках – і близьких родичів обвинуваченого, підсудного, засудженого та виправданого), а також «довгоочікуване» положення, що неприбуття захисника для участі у проведенні процесуальної дії без поважних причин не є підставою для визнання цієї дії незаконною (ч. 2 ст. 46 КПК України) [3].

Між тим, ще І. Я. Фойницький свого часу зазначав, що монопольне заняття адвокатами захистом і представництвом

інтересів у судочинстві необґрунтовано скорочує в суспільстві кількість осіб, здатних виконувати цю діяльність, і разом з тим утворює особливу касту, яка живе своїми традиціями, що вже несе небезпеку інтересам правосуддя [4, с. 472]. З цим погоджується О. В. Баулін, який вважає, що у сфері кримінальної юстиції, особливо у досудових стадіях процесу, конкуренція практикуючих юристів зводиться до конкуренції адвокатів, що, з одного боку, обмежує конституційні права кожної особи щодо вільного обрання захисника своїх прав, а з іншого – створює умови для певної монополії у наданні правових послуг. Він також зауважує, що хоча чинне законодавство створило більш демократичний доступ юристів до адвокатури, яка нещодавно була напівзакритою «кастою», але монополія в будь-якій сфері суспільних відносин, а тим більше в таких специфічних правовідносинах, пов'язаних з обранням захисника у кримінальному судочинстві, є не досить демократичним чинником [5, с. 81–85].

З іншого боку, допускаючи до участі у провадженні як захисника особу, яка не є адвокатом, підозрюваного, обвинуваченого та підсудного, тим самим, позбавляють права вимагати, щоб його захищав саме професійний адвокат. Іншими словами, якщо участь у справі бере «непрофесійний захисник», до того ж не пов'язаний нормами адвокатської етики і без належних гарантій конфіденційності, підзахисний, тим не менш, не може посылатися на те, що його право на захист порушено. Саме тому положення КПК України щодо обов'язковості участі у судочинстві лише професійного захисника – все ж таки позитивний крок на шляху реформування кримінального судочинства.

Залучення до кримінального провадження лише професійних захисників сприяє як стороні захисту, так і обвинувачення, адже складання кваліфікаційного іспиту якраз і передбачає оволодіння адвокатом відповідними навичками та знаннями, що є гарантією

професійності кандидатів на внесення Реєстру. Відтак, слідчий, прокурор розраховує на фаховий «процесуальний діалог», а підозрюваний, обвинувачений, у свою чергу, має всі підстави сподіватися на професійний захист його прав та ефективне використання наданих законодавцем повноважень.

Нововведенням є й обов'язкова участь захисника в кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. Тут участь захисника забезпечують із моменту набуття особою статусу підозрюваного, після подання заяви про кримінальне правопорушення або залучення у провадження як потерпілого. Демократичним є й положення нового Кодексу, які покладають на слідчого, прокурора, слідчого суддю та суд обов'язок надати затриманому чи особі, яку тримають під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть його запросити, а також використовувати засоби зв'язку для запрошення захисника (ч. 1 ст. 48 КПК України).

Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, якого він захищає, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених ст. 50 КПК України. Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках: коли відповідно до вимог ст. 52 КПК України участь захисника є обов'язковою), а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника; коли підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно; коли слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його (п. 1–3 ч. 1 ст. 49 КПК України).

Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги.

Надання такої допомоги регламентується положеннями Закону України «Про безоплатну правову допомогу» з урахуванням змін, унесених у зв'язку з ухваленням нового КПК України [6]. Цей закон визначає поняття безоплатної вторинної правової допомоги, що включає такі види правових послуг: захист від обвинувачення; здійснення представництва інтересів осіб, які мають право на таку допомогу, в судах; складання документів процесуального характеру (ч. 2 ст. 13). Суб'єктами надання правової допомоги є відповідні центри, адвокати, включені до Єдиного реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній (за контрактом) чи тимчасовій (на підставі договору) основі.

Досить цікавим є аналіз особливостей функціонування адвокатури в деяких розвинених демократіях. Так, наприклад, американські адвокати ведуть як приватну практику, так і створюють виробничі об'єднання у формі товариств, корпорацій. Є фірми, що нараховують понад 500 адвокатів. Деякі створені для представництва інтересів не приватних клієнтів, а громадськості. У Франції професію адвоката визначено як ліберальну, незалежну, що формує право на специфічні організаційні види діяльності, охоронюваної законом і відокремленої від держави. Адвокатура в Німеччині – незалежна організація в системі правосуддя, а адвокати – практично вільні підприємці, які мають свої офіси, наймають службовців. Вони відрізняються від інших бізнесменів тим, що не наділені правом рекламувати свою діяльність, а також не сплачують ремісничого податку. Будь-якого контролю за роботою адвоката з боку держави немає. Проте він повинен мати репутацію чесної, всебічно ерудованої в галузі права людини, яка вміє зі знан-

ням справи захищати законні інтереси підзахисного або довірителя [7].

Обвинувачений у більшості країн Європи та США може відмовитися від реалізації свого права на захист, але за умови, що така відмова зроблена добровільно й усвідомлено. Однак, якщо він вкаже будь-яким способом і на будь-якій стадії провадження у справі, що бажає консультиватися із захисником, до того як почне говорити, то жодні питання йому задавати не можна [8, с. 332]. Одним з прикладів такого підходу стало винесення рішень Верховним Судом США у відомих справах Ескобедро й Міранди. Відповідно до згаданого прецеденту, визнання своєї провини підозрюваними під час допитів в поліції не вважають допустимими, якщо вони були зроблені після відмови надати підозрюваному можливість зустрітися із захисником. Із цього положення виводиться правило поліцейському, який проводить допит підозрюваного: допитуваному повинна забезпечуватися можливість користуватися допомогою захисника [9, с. 12] (в Україні зазначене правило законодавчо закріплено у ст. 20 КПК України).

У Державі Ізраїль право особи на захист закріплено Законом «Про кримінальне судочинство Держави Ізраїль» (ст. 13), яким визначені процесуальні процедури призначення та заміни захисника, його правовий статус, випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному судочинстві (наприклад, у справах осіб віком до 16 років, які підозрюються у вчиненні злочину). Захисником може бути лише особа, яка має передбачену законодавством кваліфікацію, за виключенням, якщо підозрюваний виявив бажання, щоб його права представляла конкретна особа. Також передбачаються процедури «обмеження у виборі захисника» (застосовується лише у разі, якщо Міністр оборони засвідчить у письмовій формі, що це необхідно в інтересах державної безпеки). Захисник може збирати докази та знайо-

митися з матеріалами, зібраними стороною обвинувачення [10, с. 253–266].

Справді, за новим КПК України захисник набув низку повноважень, яких раніше не мав, зокрема збирати та подавати докази у встановленому порядку, заявляти клопотання про проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, брати участь в ініційованих діях.

Проте, як свідчить досвід реалізації кримінального процесуального законодавства, повною мірою реалізувати своє право на участь у слідчих (розшукових) діях захиснику вдається не завжди. Яскравий приклад – проведення обшуку, в ході якого досить суттєво можуть бути обмежені права особи. Відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України, для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. Водночас за загальним правилом (ч. 3 ст. 223 КПК України) слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії лише тих осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені (як бачимо, захисник не завжди належить до цієї категорії).

Отже, сьогодні під час проведення обшуку слідчий вправі відмовити захисникові брати участь у цій слідчій (розшуковій) дії.

На нашу думку, у КПК України слід закріпити норму, яка визначатиме обов'язок слідчого, прокурора у забезпеченні присутності захисника під час проведення обшуку.

З набранням чинності новим КПК у сторони захисту виникають й інші проблеми, пов'язані з проведенням обшуку. Так, наприклад, особі, у якої проводився обшук, не обов'язково вручається копія протоколу обшуку (оскільки цього обов'язку сторони обвинувачення не закріплено в КПК України). Проте таке суттєво обмежує права і свободи особи, й, відповідно, у КПК має бути наголоше-

но на обов'язковому врученні протоколу обшуку зацікавленим особам.

До того ж у зв'язку з неоднозначним розумінням положень ст. 235 КПК України («Ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи») можливе зловживання строком проведення обшуку. Посилаючись на те, що у кримінальному процесуальному законодавстві визначено лише строк дії ухвали на проведення обшуку, а про моменти фактичного початку та закінчення обшуку не йдеться, слідчі можуть проводити обшук місяцями, зупиняючи його під різними приводами, нерідко надуманими.

На нашу думку, цю проблему має бути чітко розв'язано на законодавчому рівні шляхом закріплення у згаданій статті, що обшук не може продовжуватись понад строк дії ухвали на проведення обшуку (тобто впродовж одного місяця).

Як вже згадувалось, відповідно до ч. 2 ст. 22 КПК України, 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 Кодексом.

Однак сьогодні принцип змагальності сторін обвинувачення та захисту в ході досудового розслідування нерідко сприймається як декларація та повною мірою захисниками не реалізується. Подібне спричинено як об'єктивними так і суб'єктивними чинниками, зокрема недосконаліми положеннями законодавства, які унеможливають реалізацію прав захисника щодо збирання доказів у повному обсязі.

Наприклад, у ст. 93 КПК України передбачено, що сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування копій документів. Водночас практиці відомо, що суди зазвичай не визнають копії документів процесуальним джерелом доказів, адже відповідно до ст. 99 КПК України сторона кримінального провадження, потерпілий зобов'язані надати суду саме оригінал документа (всі випадки надання дублікатів окремо передбачені КПК).

Ще однією проблемою є надання стороні захисту тимчасового доступу до речей і документів. За загальним правилом, право тимчасового доступу до речей і документів та їх вилучення мають як сторона обвинувачення, так і сторона захисту (ст. 159 КПК). Але на відміну від органів досудового розслідування, які зобов'язані дотримуватись чіткої процедури їх вилучення та огляду, а також забезпечувати зберігання вилученого майна, сторона захисту таких обов'язків не має. Як наслідок, отримання захисником тимчасового доступу до речей і документів, які не були оглянуті та досліджені стороною обвинувачення, може привести до втрати доказів, що мали б значення для встановлення винуватості особи. Тож пропонується визначити порядок, за яким слідчий суддя при винесенні ухвали про вилучення речей і документів за клопотанням сторони захисту, доручатиме його проведення слідчому, прокурору або ОВС. Подальше ж вилучення повинне здійснюватись за участю сторони захисту, яка отримує копії відповідних документів (зберігання оригіналів здійснюється правоохоронними органами у порядку, передбаченому Кабінетом Міністрів України).

Потребує врегулювання й порядок отримання захисником документів та предметів (які знаходяться в розпорядженні слідчого), необхідних для проведення експертизи у разі самостійного залучення експертів на договірних умовах.

Аналіз матеріалів кримінальних проваджень підтверджує значимість опитування під час одержання первинної інформації про кримінальне правопорушення. Між тим, відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК України, сторона захисту має право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не вважаються джерелом доказів (показання як докази можуть бути надані лише під час допиту, а допит є слідчою (розшуковою) дією, яка проводиться виключно слідчим на підставі свого власного рішення або за доручен-

ням чи вказівкою прокурора або керівника органу досудового розслідування).

Тож поясненням учасників кримінального провадження та інших осіб, отриманим стороною захисту у рамках кримінального провадження, необхідно надати статус доказів.

Не повною мірою, на наш погляд, регламентовано у КПК України право захисника оскаржувати рішення, дії та бездіяльність слідчого, прокурора, слідчого судді. Хоча ст. 303 КПК України містить вичерпний перелік рішень, дій, чи бездіяльності слідчого, прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, трапляються випадки, коли на цій стадії подано скаргу, однак за час її розгляду судом досудове розслідування у кримінальному провадженні, у рамках якого вона подавалася, вже закінчено на підставі п. 3 ч. 2 ст. 283 КПК України. Як приклад, захисником підозрюваного подано скаргу на дії слідчого та заявлено клопотання про проведення певної слідчої (розшукової) дії у рамках провадження, однак суд не вправі доручити слідчому її проведення, оскільки досудове розслідування закінчене.

З огляду на таку законодавчу прогалину, слід передбачити можливість виконання слідчим рішень суду навіть після завершення розслідування, а отримані ним докази мають визнаватись допустимими й долучатися до матеріалів у суді.

Не завжди сприяє ефективній реалізації функції захисту й процедура початку досудового розслідування, яка, у порівнянні з КПК 1960 р., аж надто спрощена. Трапляється, що подібна процедура використовується стороною обвинувачення з метою тиску на певних громадян, а також службових осіб суб'єктів господарювання, адже в разі внесення відомостей до ЄРДР орган досудового розслідування отримує необмежені можливості щодо впливу на будь-якого учасника провадження на невизначений термін. До того ж факт унесення відомостей до ЄРДР оскарженню не підлягає.

Отже, ця вада нового КПК України потребує законодавчого усунення. Вважається за доцільне зобов'язати слідчого після внесення відомостей до ЄРДР виносити постанову про початок досудового розслідування, яку можливо було б оскаржити.

З набранням чинності КПК України істотно змінився й інститут надання правової допомоги свідку. У п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України лише зазначено, що свідок має право користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката. Жодної іншої регламентації надання правової допомоги свідкові КПК України не містить, а відтак, невизначеним залишається обсяг процесуальних повноважень адвоката, який бере участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях.

КПК України передбачено обов'язок слідчого, прокурора за клопотанням сторони захисту, потерпілого надати матеріали досудового розслідування для ознайомлення за винятком матеріалів про застосування заходів безпеки, а також матеріалів, ознайомлення з якими може зашкодити досудовому розслідуванню (ст. 221). Водночас мають місце випадки, коли стороні захисту відмовляють у наданні для ознайомлення таких матеріалів або надають лише мінімум документів.

Така позиція обмежує права та можливості сторони захисту (суди здебільшого задовольняють скарги адвокатів, самостійно визначаючи перелік того, що саме має бути надано для ознайомлення, фактично конкретизуючи зміст ст. 221 КПК України).

Відтак, необхідно законодавчо визначити у ст. 221 КПК України перелік документів, які слідчий зобов'язаний буде надавати для ознайомлення, а саме матеріалів, які послуговували підставою для внесення відомостей до ЄРДР, затримання підозрюваного, повідомлення йому про підозру.

Закріплення в КПК України низки важливих новел, що стосуються участі сторони захисту в кримінальному судочинстві, дозволяє ефективніше, ніж за КПК «радянського» зразка, відстоювати права, свободи та законні інтереси учасників кримінального провадження. Утім досвід роботи органів досудового розслідування в оновленому правовому полі виявляє чимало проблем, які потребують правового врегулювання з уточненням повноважень суб'єктів сторони обвинувачення та захисту, у зв'язку з чим фахівцями зацікавлених правоохоронних органів наразі опрацьовуються пропозиції щодо внесення змін і доповнень до чинного кримінального процесуального законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. *Гаврилов С. Н.* Адвокат в уголовном процессе / С. Н. Гаврилов. – М., 1996. – 109 с.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 27. – Ст. 282.
3. *Татаров О. Ю.* Деякі аспекти взаємодії слідчих органів внутрішніх справ із захисниками / О. Ю. Татаров // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України – 2011. – № 5 (8). – С. 73–79.
4. *Фойницький І. Я.* Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. / І. Я. Фойницький; под общ. ред. А. В. Смирнова. – СПб.: Альфа, 1996. – 552 с.
5. *Баулін О. В.* До альтернативи у обранні захисника на попередньому розслідуванні / О. В. Баулін // Право України. – 1998. – № 12. – С. 81–85.
6. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 51. – Ст. 577.
7. *Гловацький І. Ю.* Адвокатура зарубіжних країн: Англія, Німеччина, Франція: навч. – практ. посіб. / І. Ю. Гловацький. – К., 2007. – 586 с.
8. *Козочкин І. Д.* Преступление и наказание в Англии, США, Франции, ФРГ, Японии: учебное пособие / И. Д. Козочкин. – М.: Омега, 1992. – 576 с.
9. *Весельський В. К.* Сучасні проблеми допиту (процесуальні, організаційні і тактичні аспекти): дис... канд. юрид. наук: спец 12.00.09 / В. К. Весельський. – К., 1999. – 212 с.

10. *Татаров О. Ю.* З досвіду організації досудового розслідування злочинів в державі Ізраїль (порівняльно-правовий аналіз) / О. Ю. Татаров // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 5 (72). – С. 253–266.

Tatarov O., Chernyavskiy S. Participation defender in criminal proceedings: the legislative regulation.

The article describes the current problems of participation of defense counsel during pre-trial investigation in the context of improving the provisions of the new criminal procedural law. It is noted that today the principle of adversarial prosecution and defense during the pre-trial investigation is often perceived as a declaration and not fully implemented defenders. This is caused by both objective and subjective factors, including imperfect regulations and laws that prevent the realization of rights defender on collecting evidence in full. The authors notes that consolidation in the legislation of a number of important stories concerning the participation of the defense in criminal proceedings, allowing more efficient than the CPC «soviet» model, to defend the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings. However experience of pre-trial investigation in an updated legal framework reveals many problems that require legal regulation of clarifying the powers of the prosecution and defense, and therefore the experts concerned law enforcement agencies currently handled proposals for amendments and additions to the existing Criminal procedural legislation.

Keywords: *the defense, defender, advocacy, pretrial investigation, investigators (search) actions, criminal procedural law.*

Стаття надійшла до редакції журналу 16.10.2014 р.