

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

В. М. Тертишник, Ю. С. Шемшученко

ПРАВНИЧА ДОПОМОГА ТА ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Підручник

ІЄ ПРАВОВА
ЄДНІСТЬ
РЕДАКЦІЯ
ЮРИДИЧНИХ
ВИДАНЬ

КИЇВ • 2018

УДК 343.13(477)(075)

T35

*Рекомендовано Вченою радою
Дніпропетровського гуманітарного університету (Протокол №5 від 21.02.18)*

Рецензенти:

Корнієнко М. В. – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, лауреат державної премії України в галузі науки і техніки;

Власова Г. П. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права, процесу та криміналістики ПНВЗ «Європейський університет»;

Азаров Ю. І. – кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ;

Дібівка І. В. – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри досудового розслідування Національної академії внутрішніх справ.

Тертишник В. М., Шемшученко Ю. С.

T35 Правнича допомога та захист у кримінальному процесі: Підручник. – К.: Алерта, 2018. – 446 с.

ISBN ***

Пропонований підручник являє собою унікальну працю – сучасну доктрину та системний аналіз з урахуванням новітнього законодавства України проблем правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі.

Це перший в Україні підручник з нової дисципліни, у якому відповідно до програми підготовки магістрів зв спеціальності «Право» з урахуванням змін до Конституції України 2016 р. та галузевого законодавства станом на 12 квітня 2018 року подано аналіз сучасного стану правової визначеності інституту захисту і правничої допомоги, розглянуто актуальні проблеми забезпечення ефективності правничої допомоги та застосування інституту захисту в сфері кримінального судочинства.

Значної уваги надано розгляду статусу захисника та представника, питань конкуренції правових норм, колізій і фікцій в процесуальному законодавстві, пов'язаних з регламентацією правничої допомоги та захисту, удосконалення правовідносин слідчих, детективів, прокурорів, слідчих суддів і захисників, розвитку юридичної визначеності інституту захисту та інших форм правничої допомоги, проблем теорії доказів і доказової діяльності сторони захисту, участі захисника в провадженні слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій, питань захисту при затриманні особи, застосуванні арешту, домашнього арешту та інших запобіжних заходів, захисту при здійсненні нових інститутів кримінально-процесуального права, зокрема при здійсненні захисту в суді присяжних, інституту судових дебатів тощо. Внесено пропозиції щодо удосконалення законодавства та практики його застосування.

Підручник розрахований передусім на студентів магістратури вищих юридичних навчальних закладів, що навчаються за спеціальністю «Право». Він буде слухним помічником аспірантам, викладачам і тим, хто прагне до поглибленого вивчення кримінального процесу, а також практичним працівникам правозахисних органів, слідчим, детективам, суддям, адвокатам, прокурорам.

УДК 343.13(477)(075)

ISBN ***

© Тертишник В. М., Шемшученко Ю. С. 2018,
© Видавництво «Алерта», 2018.

ВСТУП

*«Тепер, коли ми навчилися
літати по повітрю, як птиці,
плавати під водою, як риби,
нам не хватає тільки одного:
навчитися жити на землі, як люди».*
(Бернард Шоу)

У країна ставить за мету реалізувати в суспільних відносинах багатогранну і шляхетну ідею правової держави, важливою складовою якої є забезпечення верховенства права у сфері правосуддя. Судово-правова реформа в Україні зробила певні кроки в даному напрямі, але не забезпечила цілісної доктрини демократичного судочинства, чіткої юридичної визначеності правових інститутів, якості кримінально-процесуальних норм, створення простої, виваженої та ефективної процесуальної форми правосуддя. Зміни в законодавстві та організації його виконання потребують комплексного аналізу процесуальних проблем, взагалі та проблем правничої допомоги і захисту, зокрема.

Реалізація в кримінальному процесі принципу змагальності сторін потребує чіткого юридичного визначення функції правничої допомоги та засобів її здійснення в кримінальному процесі, розбудови кримінально-процесуальної форми судочинства на основі балансу приватних і публічних інтересів.

Інститут захисту в кримінальному процесі не отримав належного юридичного визначення. Регламентації діяльності захисника приділено в чинному КПК України мізерно мало уваги, а норми чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» часто опиняються якщо не в протиріччі, то в конкуренції з нормами КПК України та міжнародних правових актів, не позбавлені юридичних фікцій і колізій, що надто ускладнює виконання функції захисту.

Недостатньо чітке визначення функції захисту і правничої допомоги, засобів і форм надання правничої допомоги в кримінальному процесі посилюється наявними юридичними фікціями, недо-

статньою логікою та термінологічними вадами закону, що знижує ефективність усієї кримінально-правової діяльності.

Юристу в наш час як ніколи, а захиснику тим паче, потрібно мати силу, волю, мудрість, мужність і знання, щоб розумно відповісти добром на добро й справедливістю на зло. Правозахисна діяльність стає мистецтвом в сфері юридичної діяльності «*Ars est celare artem*» – «Дійсне мистецтво полягає в тому, щоб зробити його непомітним».

У роботі здійснюється комплексний аналіз доктринальних проблем правничої допомоги та захисту у сфері кримінального процесу, подані пропозиції щодо визначення статусу правничого повіреного, як особи, що має надавати юридичну допомогу свідку, запропонована концептуальна модель інституту правозахисного розслідування, внесені пропозиції щодо удосконалення законодавства та практики його застосування.

Безумовно, що розкрити усі «секрети» і технології захисту в одній цій книзі неможливо. Автори, наскільки це допустимо, звертають увагу на основні найбільш значимі фактори, які можливо використати захиснику для акцентуації своїх зусиль щодо надання ефективної професійної правничої допомоги, інколи показуючи лише напрямок чи квінтесенцію захисної стратегії.

Той, хто взяв до рук цю книгу, хай пам'ятає слушну думку Я. Б. Княжнина, який зазначав, що «читається трояким чином: перше, читати і не розуміти; друге, читати і розуміти; третє, читати і розуміти навіть те, що не є написаним». Успіхів вам, творчого нахнення і удачі, дорогі учні, на тернистому шляху пізнання і боротьби за справедливість.

Загальна частина

Глава 1.

Становлення доктрини правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі

Ubi jus ibi reme dium
(Коли закон дає право,
він дає також засоби його захисту)

§ 1. Концепт доктрини правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі

Правова доктрина – це зумовлена духовним і інтелектуальним розвитком, станом моральності та політико-правовою культурою суспільства цілісна і гармонічна система принципів, поглядів, уявлень, ідей, концепцій і модельних норм щодо права та його розвитку, які виступають теоретичним стрижнем і концептуальною основою державотворчої, правотворчої, правозастосовної та правотлумачної діяльності.

Доктрина правничої допомоги будується насамперед на конституційних засадах і нормах, зокрема на таких приписах Конституції України: «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави» (ст. 3); «в Україні визнається і діє принцип верховенства права» (ст. 8); «кожному гарантується право знати свої права і обов'язки», «закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом», «закони та інші нормативно-правові акти, що визначають

права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними (ст. 57); «кожен має право на професійну правничу допомогу», «у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно», «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» (ст. 59).

Вживані на сьогодні в науковому обігу щодо поняття професійної допомоги терміни «правнича», «правова» та «юридична» можна вважати рівнозначними за своїм значенням єдиного синонімічного ряду.

Доктрина правничої допомоги – це зумовлена інтелектуальним, духовним, культурним і науковим розвитком суспільства, станом моральності та політико-правовою й етичною культурою народу цілісна і гармонічна система принципів, поглядів, уявлень, ідей, концепцій і модельних норм щодо формування юридичного інституту та практичного надання ефективної юридичної допомоги особам, що вступають в будь-які правовідносини, система знань, яка виступає теоретичним стрижнем і концептуальною основою правотворчої, правозастосовної та правотлумачної діяльності, спрямованої на забезпечення правовладдя в державі.

Правнича допомога – діяльність правників, спрямована на забезпечення верховенства права в державі та забезпечення захисту прав кожної людини, здійснювана у формі застосування інституту захисту та інших видів юридичного сприяння, змістом яких є: здійснення *юридичних консультацій та роз'яснень*, надання *допомоги в складанні* і поданні заяв, клопотань, скарг та інших юридичних документів, *ініціюванні та участі* у проведенні процесуальних дій і належному фіксуванні їх перебігу та результатів, надання допомоги в *оцінці належності, достовірності та допустимості* доказів, аналізі законності юридичних рішень, вжиття заходів щодо поновлення порушених прав, відшкодування шкоди, заподіяної правопорушенням.

На сьогодні організацію і здійснення правничої допомоги і захисту врегульовано: Конституцією України, міжнародними правовими актами, КПК України, ЦПК України, законами та іншими нормативно-правовими актами, що регулюють організацію і діяльність адвокатури; рішеннями Конституційного Суду України, рішеннями Європейського суду з прав людини, іншими законами¹.

¹ Закон України № 5076- VI від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282; Закон України «Про безоплатну правову допомогу». Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 51. Ст. 577.

В юридичній науковій думці досі чітко не визначено галузевої належності цілісної доктринальної системи правничої допомоги і захисту. Часто ця система права і знань розглядається як складова частина конституційного права або відноситься до такої дисципліни, як «судоустрій, прокуратура та адвокатура», її вважають «своєю» і фахівці процесуальних наук. Нерідко розглядається як міжгалузевий інститут – на межі таких галузей права, як кримінально-процесуальне та цивільно-процесуальне тощо.

«Як у середині власної природи, так й за її межами людина приречена шукати джерело виникнення нового, – мовить О. Б. Костенко. І якщо евристика постає як філософія самої актуальності, що концентрує у собі проблематику вічного переосмислення природи того, що було, є й буде або повинно стати новим, то у евристиці права ми робимо спробу знайти відповідь щодо виникнення, створення, функціонування та зникнення нового правового знання як феномену правової реальності... Осмислення відображення світу правовим світом, реальності правовою реальністю завжди запізнюється. Тому людина якусь мить шукає своє натхнення у нормативному відображенні своєї природи. Ось чому закон відображення завжди хоче бачити власну красу у нормативності. Тому світ права стає минулою долею людини, долею, що зупиняється у нормативному просторі «текстуального» часу. Але чи пре- красна мить, що зупинилася?»¹.

Правнича допомога і захист – сьогодні це уже не просто міжгалузевий правовий інститут, а фактично окрема галузь права, яка знаходиться в стані формування і розвитку, що регламентує особливу сферу суспільних відносин в державі та виконання важливої державницької функції.

З урахуванням тенденцій освітянської реформи, багаторівневої системи освіти при формуванні магістерських програм сьогодні доцільно в навчальних планах для магістрів передбачити окрему дисципліну «*Правнича допомога і захист*», до змісту якої входили б як правові, так і організаційні, криміналістичні та психологічні аспекти забезпечення професійної правничої допомоги і захисту. Складовими даної дисципліни може стати «правнича допомога і захист в кримінальному процесі», як найбільш складна і бага-

¹ Костенко О. Б. Евристика права у пошуку епістемі // Вісник Академії адвокатури України. том 13. Число 2(36). 2016. С. 8–9.

тоаспектна особлива частина даної навчальної дисципліни. Сьогодні в швидкоплинних реформах освіти, як мовили давні греки, «Docendo discimus (discitur) – Навчаючи самі вчимося».

Вважаємо, що оправдано буде також наукову спеціальність «12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» доповнити важливим напрямом «правнича допомога і захист в кримінальних провадженнях».

Для удосконалення механізмів правничої допомоги і захисту, на наш погляд, слід систематизувати і кодифікувати уже існуючі конституційні норми, міжнародно-правові акти, законодавчі норми та правові позиції і прецедентну практику ЄСПЛ, розробити й прийняти окремий кодекс – «*Кодекс правничої допомоги і захисту*».

Право на правничу допомогу в кримінальному судочинстві мають усі особи, які залучені до кримінального провадження і вступають в кримінально-процесуальні правовідносини зі стороною обвинувачення, слідчими і судовими органами – заявник, особа, що з'явилась з повинною, потерпілий, свідок, підозрюваний, обвинувачений та ін.

Правнича допомога здійснюється різними фахівцями в галузі права та в різних, передбачених законом, формах.

До окремих форм правничої допомоги можна віднести:

а) юридичні консультації, які здійснюються як адвокатами, так і представниками громадських правозахисних організацій, юридичними клініками юридичних навчальних закладів та приватними фахівцями права на добровільних засадах;

б) представництво потерпілого (ст. 58 КПК України) цивільного позивача, цивільного відповідача; третьої особи (ст. 63 КПК України) та представництво особи, щодо майна якої розглядається питання про арешт (ст. 64–2 КПК України);

в) юридична допомога свідку (ст. 66 КПК України).

г) захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого та виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, а також стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) та особи, щодо якої застосовується інститут реабілітації в кримінальному провадженні.

Як бачимо, захист в кримінальному процесі – одна з найбільш важливих і складних форм правничої допомоги, але не єдина з та-

ких форм. Форми і методи правничої допомоги не є вичерпними і знаходяться в стані становлення та розвитку, потребують більш чіткої юридичної визначеності.

Доктрина захисту традиційно залишається частиною науки кримінального процесу, присвяченої доленосним питанням правосуддя – забезпечення правовладдя та справедливості судочинства, які були і залишаються в центрі уваги як процесуалістів, так і інших фахівців правничої науки.

Проблеми захисту та правничої допомоги отримують певне розкриття в новітніх підручниках з кримінального процесу та адвокатської діяльності¹, а також в сучасних науково-практичних коментарях до КПК України² та інших посібниках³.

За короткий проміжок часу з моменту введення в дію нового Кримінального процесуального кодексу України окремі аспекти за-

¹ Адвокатура України: підручник у двох книгах / за заг. ред. д. ю. н., проф. заслуженого юриста України С. Я. Фурси та к. ю. н. доцента Н. М. Бакаєвської. 2-ге вид. доповн. і перероб. К.: Алерта, 2016. 864 с.; Кримінальний процес: підручник / За заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. К.: Центр учбової літератури, 2013. 544 с.; Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. Академічне видання. Київ: Алерта, 2014. 440 с.; Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Особлива частина: підручник. Академічне видання. К.: Алерта, 2014. 420 с.; Кримінальний процес: підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.; Фіолевський Д. П. Адвокатура: підручник. К.: Алерта, 2014. 624 с.

² Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. 14-те вид. доповн. і перероб. К.: Правова єдність, 2017. 826 с.; Бандурка О. М., Блажівський С. М. та ін. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: У 2 т. Т. 1 / Х.: Право, 2012; Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / За заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. К.: Юстініан, 2012; Аленін Ю. П., Аркуша Л. І., Басай В. Д. та ін. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. Х.: Одесей, 2013; Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. Х.: Фактор, 2013.

³ Шкарупа В. К., Філонов О. В., Титов А. М., Кінаш Ю. Я. Адвокатура України: навч. посіб. / За ред. В. К. Шкарупи. 2-ге вид., випр., К.: Знання, 2008. 398 с.; Гаррис Р. Школа адвокатури: пер. с англ. П. Сергєича. Тула: Автограф, 2001. 352 с.; Молдован А. В., Тилик Т. М. Адвокатура України: навч. посіб. К.: Алерта, 2013. 256 с.; Гора І. В. Використання спеціальних знань адвокатом: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2013. 62 с.; Зейкан Я. П., Сафулько С. Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ: Дакор, 2013. 576 с.; Острогляд О. В. Діяльність захисника в апеляційному провадженні: навч. посіб. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. 162 с.; Пономаренко Д. В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. Книга перша: практич. посіб. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. 112 с.; Яновська О. Г. Оскарження адвокатом рішень, дій чи бездіяльності слідчого, прокурора та слідчого судді під час досудового розслідування: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2013. 32 с.; Яновська О. Г., Лазебний Л. Л. Кримінальне провадження. Процесуальні документи захисту: навч. посіб. К.: Прецедент, 2013. 160 с.

хисту уже отримали певний монографічний аналіз в сучасних юридичних виданнях¹.

Останніми роками в Україні все частіше захищаються дисертаційні роботи, безпосередньо присвячені проблемам захисту, які в умовах судово-правової реформи роблять необхідний певний внесок у розвиток юридичної науки: Н. В. Борзих «Діяльність захисника щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного і обвинуваченого у кримінальному процесі» (2010 р.); С. В. Ковальчук «Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності» (2007 р.); М. Р. Мазур «Захист прав і законних інтересів реабілітованих у кримінальному процесі» (2012 р.), О. В. Малахова «Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні» (2015 р.); С. В. Михайлів «Адвокат – представник потерпілого у кримінальному процесі» (2011 р.); Д. В. Шилова «Захист прав та законних інтересів учасників кримінального провадження при його закритті на стадії досудового розслідування» (2014 р.); О. Ю. Лань «Захисник як суб'єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх» (2016 р.); О. С. Старенький «Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні» (2016 р.); О. М. Скрябін «Захисник у кримінальному процесі: нормативно-правове дослідження» (2017 р.); І. М. Одинцова «Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти)» (2017 р.); Є. В. Смирнов «Участь захисника в реалізації процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні» (2017 р.); І. В. Дубівка «Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування» (2017 р.); М. М. Ольховська «Оскарження рішень, дій чи бездіяльності процесуальних осіб стороною захисту під час досудового розслідування» (2017 р.).

¹ . Борзих Н. В. Діяльність захисника на досудових стадіях кримінального процесу та при судовому розгляді справи: монографія. Донецьк: «Ноулідж», 2010. 113 с.; Вільчик Т. Б. Конституційне право на правову допомогу адвоката у країнах Європейського Союзу та в Україні: монографія. Х.: Право, 2015. 400 с.; Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції: монографія. Х.: Вид. ФОП Вапнярчук Н. М., 2007. 200 с.; Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: монографія. Острогоз: Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2009. 634 с.; Тертишник В. М. Верховенство права та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України: монографія. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. Справ; Ліра ЛТД, 2009. 404 с.; Скрябін О. М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя: Пресвіта, 2017. 380 с.

У сучасних наукових статтях аналізуються актуальні проблеми правничої допомоги та захисту¹.

¹ . Алейников Г. Збирання доказів адвокатом-захисником в досудовому слідстві. Право чи обов'язок? Підприємництво, господарство і право. 2002. № 2. С. 99–101; Ахтирська Н. М. Безоплатна правова допомога та приватна детективна діяльність у змагальному кримінальному процесі України. Віче. 2011. № 24; Банчук О. А. Демкова М. С. Правова допомога: Зарубіжний досвід та пропозиції для України. Київ: Факт, 2004. 504 с.; Варфоломеева Т. В. Впровадження міжнародних правил адвокатської етики в Україні. Вісник Академії адвокатури України. 2009. № 1(14). С. 7–20; Вільчик Т. Б. Адвокатура та громадянське суспільство у правовій державі. Право України. 2014. № 11. С. 243–250; Гончаренко С. Професійні права адвоката і гарантії адвокатської діяльності у контексті прецедентного права Європейського Суду з прав людини. Адвокат. 2005. № 7. С. 31–47; Дроздов О., Дроздова О. Огляд справ щодо іноземних країн, розглянутих ЄСПЛ протягом квітня–травня 2016 року. Вісник НААУ. 2016. № 7–8 (25). С. 61–72; Дубівка І. В. Правова регламентація участі захисника в кримінальному процесі за законодавством зарубіжних країн. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1(13). С. 350–360; Заборовський В. В. Професійна діяльність адвоката – це правова, юридична чи професійна правнича допомога. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2016. Серія Право. Вип. 38. Т. 2. С. 140–145; Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.; Коваль О. М. Процесуальні гарантії права особи на виправдання в кримінальному провадженні. Юридичний науковий електронний журнал. 2014. № 6. С. 199–202; Михайлова Н. В. Інститут захисту прав потерпілого за новим КПК України. Право і суспільство. 2013. № 2. С. 211–216; Несінов О. Про деякі спірні і суперечливі положення КПК України та їх використання для посилення позиції захисту (частина друга). Вісник НААУ. 2016. № 7–8 (25). С. 32–36; Оверчук С. В. Умови надання безоплатної правової допомоги в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2016. № 1(13). С. 1–43; Одинцова І. М. Інститут самостійного адвокатуського розслідування у кримінальному процесі. Правова позиція. 2016. № 2(17). С. 170–175; Ольховська М. М. Застосування стороною захисту правових висновків Європейського суду з прав людини при апеляційному оскарженні ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Одеса: ВД Гельветика, 2017. № 25. С. 113–116; Рибалка О. В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі // Адвокат. 2011. № 7(130). С. 35–40; Рибалка О. В. Участь приватного детектива (детективного агентства) у збиранні доказів стороною захисту. Право і суспільство. 2017 № 1. С. 259–263; Сачко О. В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145; Святоцька В. Адвокатура України крізь призму загальних принципів організації та діяльності адвокатури у державах ЄС. Право України. 2012. № 1–2. С. 375–379; Татаров О. Ю., Чернявський С. С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 2. С. 77–83; Шемшученко Ю. С, Тертишник В. М. Доктринальні проблеми забезпечення верховенства права в процесі конституційної й судово-правової реформи в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Спецвипуск. Ч. 1. 2017. С. 46–52; Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепції та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171; Узунова О. В., Товстик П. О. Участь адвоката в суді першої інстанції. Право і суспільство. 2015. № 6–2. Ч. 3. С. 182–186; Швидка А. С. Деякі питання оскарження порушення розумних строків за новим кримінально-процесуальним законодавством України. Актуальні проблеми застосування нового кримінально-процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі: матер. Всеукр. наук. – прак. конф. (Харків 5 жовт. 2012 р.) / МВС України; Харк. нац. ун-т. внутр. справ; Кримінологічна асоціація України. Х.: ХНУВС, 2012. С. 588–591; Яновська О. Правова позиція захисту в кримінальному провадженні: шляхи відстоювання у процесі доказування. Право України. 2014. № 10. С. 124–132.

Між тим, проблеми застосування різних форм правничої допомоги ще не отримали всебічного розгляду. Існуючі праці вчених-юристів не вичерпують всю складну і багатогранну проблему, а скоріше утворюють добротну теоретичну базу для подальшого її дослідження.

Отримавши певне свіже дихання, сучасна доктрина захисту та правничої допомоги лише набирає обертів і потребує більш системного та всебічного аналізу.

Зміни в Конституції України 2016 року не забезпечили баланс приватних і публічних інтересів, не додали цілісності і системності застосуванню інституту захисту. Проблема реалізації інституту захисту у кримінально-процесуальному доказуванні не тільки є вкрай актуальною, а й такою, що потребує нового всебічного і системного дослідження.

Основну роботу з виконання функції надання правничої допомоги в нашій державі, безумовно, виконують адвокати.

У сучасному кримінальному процесі адвокат може брати участь у кримінальному провадженні в трьох різних статусах:

1) як захисник підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) (ст. 45 КПК України), а також особи, щодо якої застосовується інститут реабілітації в кримінальному провадженні;

2) як представник: потерпілого (ст. 58 КПК України) цивільного позивача, цивільного відповідача; третьої особи (ст. 63 КПК України) та як представник особи, щодо майна якої розглядається питання про арешт (ст. 64–2 КПК України);

3) як юридичний помічник (консультант) свідка (ст. 66 КПК України) – правничий повірений.

Жодна з окреслених компетенцій в кримінально-процесуальному праві не отримала належного системного юридичного визначення. Закон не забезпечив належної регламентації як виконання функції правничої допомоги в цілому, особливо щодо свідка, так і здійснення функції захисту підозрюваного (обвинуваченого), що породжує безліч проблем забезпечення належного правосуддя.

Недостатньо чітке унормування виконання функції захисту, засобів і форм надання правничої допомоги ускладнюється наяв-

ними юридичними фікціями, конкуренцією правових норм, недо-статньою логікою та термінологічними вадами закону, що знижує ефективність усієї кримінально-правової діяльності.

Інститут захисту – це цілісна система відносно відособлених і самостійних та об'єднаних особливим предметом регулювання специфічних правових норм, які в єдності із загальною системою права регулюють важливу частину суспільних відносин в державі щодо забезпечення верховенства права та захисту прав і свобод учасників кримінального судочинства.

До особливостей захисту як інституту кримінально-процесуального права можна віднести: визначення захисту як окремої функції кримінального процесу; формулювання самостійного предмету правового регулювання даним інститутом; визначення специфічних самостійних правових завдань захисту; покладання виконання окремої функції захисту на визначених в законі окремих суб'єктів кримінального процесу; юридична визначеність окремого процесуального статусу представників сторони захисту; відносно самостійна і спеціальна регламентація з урахуванням засади змагальності сторін юридичної процедури реалізації функції захисту; закріплення необхідних для виконання покладених функцій гарантій діяльності захисника.

Захисник – це учасник кримінального процесу, на якого покладено функцію захисту, і в силу цього він зобов'язаний використовувати всі зазначені в законі засоби та способи з метою з'ясування обставин, що виправдовують підзахисного чи пом'якшують його відповідальність, і надавати правову допомогу особі, яку захищає.

Зазвичай здійснення захисту в кримінальному провадженні часто розглядається в контексті діяльності адвоката. Але адвокатська діяльність і діяльність захисника, як бачимо, не є тотожними.

Одна з проблем сьогоденного законодавства полягає в тому, що закон юридично не визначив ні назву, ні статус осіб, які надають правничу допомогу свідку, заявнику, особі, що подає явку з повинною. Це суттєва прогалина законодавства, яка не сприяє ефективності застосування інституту правничої допомоги. Логічно буде в КПК України відмовитись від логіки концепції, за якої «захисник користується правами особи, яку захищає», а представник –

«правами особи, яку представляє», що не знайшла продовження щодо надання правничої допомоги свідку, особі, яка з'явилась з повинною, та іншим учасникам процесу. Відповідно, є потреба за аналогом статусу захисника чи представника чітко визначити саме процесуальний статус фахівця, який буде надавати правничу допомогу іншим учасникам процесу, а більше того в КПК України в окремих нормах системно й окремо сформулювати права «захисника», «представника», «правничого повіреного».

Найвища цінність держави – людина, в нашій державі в своїй більшості поки що залишається без достатніх матеріальних засобів для ефективної самореалізації та підтримки високих стандартів демократії. Все більше набирає обертів загрозлива для державотворення криза довіри між суспільством і владою, що обумовлює необхідність коректив стратегії розвитку, переосмислення доктринальних та інституційних трансформацій. Правова реформа в Україні розпочалась і досі здійснюється без виваженої доктрини й стратегії такої реформи, залишаючи на розсуд слідчого, прокурора та суду безліч правових колізій, юридичних фікцій, прогалин в праві та проблему конкуренції правових норм. Прийняття 13 квітня 2012 року в «рекордний» за швидкістю час і «майже рекордною» кількістю депутатів в залі парламенту, по «модній» традиції – за одну ніч, нового КПК України, в правовому полі якого з тих пір трудяться, долаючи в муках сумління бюрократичні прірви, адвокати, слідчі, детективи, прокурори та судді, не тільки не розв'язало безлічі проблем правничої допомоги і захисту залишених у спадщину нашому суспільству від сумного минулого, а й створило певні нові юридичні колізії.

Значна кількість змін і доповнень до чинного КПК України вказують на його концептуальну недосконалість. Безліч положень закону залишаються нечіткими, розпливчатими, суперечливими і важко доступними для розуміння пересічному громадянину. Відтак правнича допомога була, залишається та стає все більш важливою правничою функцією. Як мовлять гострослови, «Без гарного адвоката будь-яке правове поле – мінне» (Леонід С. Сухоруков).

§ 2. Становлення і розвиток інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі

Право – це інтелектуальна і духовна цінність суспільства, суттєвий елемент культури народу, вивчення історії якого покликане зрозуміти певні тенденції і закономірності, розвивати рівень правосвідомості.

Історичний спосіб тлумачення – один з важливих наукових методів пізнання, сутність якого полягає у встановлення дійсного змісту і дієвості правової норми шляхом аналізу історичних умов її розробки та прийняття. Відповідно, речі та явища мають розглядатися в їхньому закономірному історичному розвитку, з урахуванням конкретних умов існування, що дає можливість з'ясувати ефективність норми як засобу впливу на суспільні відносини, визначити норми, що потребують зміни¹.

Становлення інституту правничої допомоги та захисту можна шукати в лабіринтах звичаєвого права, коли норми права і моралі можна було вважати як єдине ціле. Такі норми, піднесені самим народом до рівня законів буття, виконувалися здебільшого добровільно, а в разі потреби забезпечувались засобами впливу з боку общинного загалу. Відтак звичаєве право дуже цікаве в плані аналізу правосвідомості та правової культури, бо стає помітним – найменше правопорушень там, де право твориться самим народом і відповідає його духовності й моралі.

Правнича допомога, адвокатура та інститут захисту не виникли одразу, тим більше в юридично визначеному вигляді. Перші зачатки адвокатури можна знайти ще у *зулусів*, де спори між окремими особами розглядались публічно за участю громади, а на стороні позивача і відповідача виступали найбільш досвідчені представники громад – мужі-оратори. Подібні системи характерні були і для давньої Індії, Вавилону, Єгипту.

Більш зрілих форм адвокатура набуває в античних країнах Греції та Риму. Так, в Греції вважалось за честь вільному громадянину ві вміти захищати самому себе в суді. «Соромно, – зазначав Арис-

¹ Бобровник С. В. Історичний метод тлумачення. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Укр. енцикл.», 2004. Т. 2. С. 732.

тотель, – не вміти захищати себе рукою, але ще соромніше не вміти захищатись словом».

Час обумовив потребу в фахівцях, які допомагали спочатку складати тексти судових промов.

У Греції, в епоху розквіту афінської демократії у VI–IV ст. до н.е., їх називали логографами. Найбільш визначними професійними логографами в античній Греції були Антифон, Сократ, Есхіл, Демосфен і Лисій.

З появою в змагальному процесі офіційних обвинувачів (категорів) виникла потреба і в представниках інтересів обвинуваченого, захисниках. Логографи допомагали збирати матеріали, необхідні для захисту клієнта, систематизували їх і складали логічні, доступні для швидкого сприйняття судом та вишукані, як це було можливим і дотепним, майстерні захисні промови, які й проголошували в суді.

Розповсюдженим видом допомоги в кримінальному процесі Давньої Греції була також участь параклета – оратора з народу – який у своїй промові, як правило, зображував моральні якості чи громадянську гідність підсудного¹. З появою в змагальному процесі офіційних обвинувачів (категорів) виникла потреба і в представниках інтересів обвинуваченого, захисниках.

В Афінах в суді, де практикувалась уже промова обвинувача, запроваджувалась судова промова як самого обвинуваченого, так і його захисника (*синегора*). Така промова називалась девтерологією, а самі промовці обмежувались в часі водяними годинниками – клепсидами. Отримав існування особливий прошарок юристів законників, юрисконсультів (прагматиків), які досконало знали процесуальні норми, надавали поради і супроводжували захисників-ораторів (синегорів) на суд.

В Давньому Римі (II ст. до н.е.) адвокатами спочатку називались родичі та друзі позивача, які надавали поради в судовому процесі, а того, хто зі знанням справи захищав когось в суді, називали *патроном*. До захисту допускались також лаудатори – особи, які вели мову не про сутність справи, а характеризували особистість обвинуваченого. Згодом терміном «адвокат» стала охоплюватись і традиційна функція, яка була притаманна патрону. Якщо Пліній

¹ Стоянов А. История адвокатуры у древних народов. Харьков: в Университетской типографии, 1869. С. 26.

Молодший іменував себе адвокатом, то Цицерон все ще називав себе патроном і красно мовив: «*Legum servi sumus ut liberi esse possimus*» – «Ми – раби законів, щоб бути вільними».

Інститут представництва та захисту в Україні сягає часів Київської Русі, де в суді роль захисників виконували родичі, приятелі сторін «послухи», а основним видом сприяння сторонам у процесі була взаємодопомога сусідських громад. у той час в Україні існувало так зване судове представництво, роль захисників у судах виконували рідні та приятелі сторін, «послухи» (свідки порядного життя обвинуваченого), «видоки» (свідки вчиненого стороною або спірного факту).

Згідно з текстом просторої редакції Правди руської (Суд Ярослава Володимировича) послухи та видоки сприяли обвинуваченому «*свержеть віру*» (ст. 20) – довести безпідставність обвинувачення. Для спростування обвинувачення у вбивстві, наприклад, треба було виставити не менш як сім послухів – свідків порядності обвинуваченого (ст. 18 Просторової Правди).

В Руській Правді легалізуються дієві на той час в суспільстві звичаєві норми (їм надається значення норм права), впроваджувались норми, спрямовані на захист честі та гідності людини.

Зауважимо, що наш народ ніколи не запроваджував рабства, ніколи не запроваджував у сфері судочинства методів інквізиції. Благодійність народу, не зважаючи на всі історичні негаразди, противилась всьому ганебному, берегла віру в добро і справедливість, яка нестомно пробивала ростки благодійності в законодавстві й державності. Жадоба свободи та справедливості – це мабуть і є головним проявом генетичної пам'яті та генетичної програми нашого народу. Інститут правничої допомоги та захисту не є винятком.

Характерно, що функції правничої допомоги в статусі, що більше нагадує сьогоднішній статус представників сторони, за часів Руської правди називали «добрі люди». Сторонам дозволено було приводити лише по дві досвідчені людини з чесним ім'ям і порядною репутацією, яких називали «*добрими людьми*».

Псковська судна грамота (1467) вперше запроваджувала участь в судочинстві правозахисника, встановлюючи, що малолітні, жінки, глухі, престарілі, мали право запрошувати для захисту своїх інтересів в суді помічників – повірених.

За *Новгородською судною грамотою* (1471) повірених, тобто представників у суді, міг мати кожен, а за *Псковською судною грамотою* таке право мали лише жінки, діти, монахи, старі та глухі люди. Так само згідно з грамотою висувалися вимоги до тих, хто може бути представником: це, насамперед, люди, які пов'язані зі стороною родинними відносинами, а також інші особи, за винятком тих, хто був наділений владними повноваженнями¹.

З XV століття в загальнодержавних судах України застосовувалося магдебурзьке право, за якого захисники у кримінальних справах називалися палестрами. Але уже перший Литовського статут 1529 року в усіх трьох редакціях (1529, 1566, 1588 рр.) вживав термін «advocatus», хоча воно стосувалося державних чиновників «війтів», а фактично функції адвоката виконував «прокуратор», яким міг бути повноправний житель міста, який добре знає писане право, тобто професійний юрист. Крім того, Литовський статут 1588 року передбачав для убогих, вдів, сиріт захисника за призначенням без оплати. Таким чином, Литовським статутом запроваджувалась норма, що передбачала діяльність професійних адвокатів, які представляли інтереси сторін в суді.

В *Європейській країнах*, де розшукова форма процесу не була прийнята, наприклад в Англії, у XIII–XIV ст. розвивався інститут правозаступництва в судах. Правозаступники поділялись на дві групи, які відрізнялися один від одного – баристерів і солістерів. Перші – це правозаступники в точному змісті цього слова. Вони були юридичними радниками сторони, що їх запросила. Солістер був посередником між клієнтом і баристером і вів ділові переговори з клієнтом, домовлявся про розмір гонорару, а також збирав необхідні для ведення справи докази².

В XV–XVI ст. на теренах Європи набирають обертів гуманістичні ідеї мислителів українського походження Юрія Дрогобич-Котермака, Павла Русина та інших слов'янських просвітителів – високодуховних, талановитих, усебічно розвинених особистостей, які були гордістю прославлених європейських університетів, здобули світове визнання, а їх твори отримали значний суспільний

¹ Обзор истории русского права /Проф. М. Ф. Владимірського-Буданова. Издание шестое. С.-Петербург, Киев: Издание книгопродавца Н. Я. Оглобина, 1909. 615 с.

² Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права. Санкт-Петербург: Равена, Альфа, 1995. С. 408.

резонанс. Розвиваючи теорію суспільного договору, пропагована С. Оріховським і П. Русином ідея, що благо народу є найвищим законом і метою державної влади, пізніше була чітко сформульована Д. Локком в цілісну філософію права. Гуманісти усвідомлювали й обґрунтовували пріоритетність таких факторів історичного розвитку, як виховання, освіта, знання. «Бо, як поле, хоч яке врожайне, – писав С. Оріховський, – без обробки й посіву лишиться безплідним, так і людина, якщо не примножує знання, нічого гідного в житті не зробить»¹.

Розвиток інституту правової допомоги в кримінальному процесі європейських країн активізувався в період буржуазних революцій у європейських країнах. Це пов'язано, насамперед, з розвитком вчення про права людини. У Франції під час обговорення Статуту 1670 року Ламуаньон відзначав, що «адвокат дається обвинуваченому не в силу ордонансів, а завдяки природному праву, що є найдавнішим із усіх людських законів»².

У цей період українські землі дарували цивілізації важливий юридичний позитив. У відомому тепер уже всьому світові юридичному акті – **Конституції Пилипа Орлика** 1710 року, в якому була реалізована важлива ідея правової держави – принцип розподілу влади на законодавчу, виконавчу і судову, містились статті про захист недоторканості вільностей, права власності козаків, декларується фактично принцип верховенства права – ідея відновлення всіх природних прав та рівності³.

Французькі адвокати цього століття відіграли неоднозначну роль як в розвитку правничих інститутів, так і в історії Європи.

Один із засновників Першої французької республіки адвокат Жорж Жак Дантон, який активно пропагував радикальні революційні ідеї й закликав народ 17 липня 1791 року на Марсовому полі підтримати петицію про відсторонення від влади короля Людовика XVI і наполягав на страті його та його дружини Марії Антуанетти, дослужившись до міністра юстиції і проявляючи безпошадність до політичних опонентів, врешті-решт закінчив своє життя біля

¹ Мартиненко Д. В. Добродійність і меценатство у життєдіяльності українських просвітителів XV – XVI ст. Педагогічні науки: зб. наук. пр. / ред. кол.: А. А. Сбруева (голов. ред.) [та ін.]. Суми: СумДПУ ім. АС Макаренка, 2008. С. 124–133.

² Стоянов А. Історія адвокатури у древних народів. Харків: в Университетской типографіи, 1869. С. 1.

³ Перша конституція України гетьмана Пилипа Орлика. 1710 рік. Київ: Веселка, 1994.

гільйотини з останніми експресивними словами до свого ката: «не забувай показати мою голову народу, бо такі голови не кожен день вдається бачити».

Відомий французький революціонер, випускник юридичного факультету Сьорбони, потомствений адвокат і законник, поборник прав народу, лідер яacobinців Максиміліан Франсуа Марі Ісидор де Робесп'єр, відстоюючи вільну адвокатуру, говорив, що «право мати захисника спирається на основні начала людського розуму й у сутності воно є невідчужуваним і природнім правом». Йому належать такі слушні вислови: «Чим слабша людина, тим більше вона потребує захисту влади, уповноваженої народом», «головними правами людини є право забезпечити збереження свого існування і свободи»... Так говорив шанувальником волелюбних ідей філософа Жана-Жака Руссо, говорив водночас і той самий Робесп'єр, за наполяганням якого Конвент Франції прийняв закон, відповідно до якого протягом шести тижнів Революційний трибунал щодня виносив до 50 смертних вироків... Як тут не згадати народну мудрість: «Що посієш – те й пожнеш»... Сам правдолюбний тиран і деспот був страчений на гільйотині 28 липня 1794 року.

Інший відомий французький адвокат і палкий оратор, голова партії жирондистів депутат законодавчих зборів П'єр Вікторієн Верньо, який підтримував обвинувачення на процесі проти Людовика XVI та пропонував передати смертний вирок над королем на затвердження народом, 31 жовтня 1793 року, разом зі 20 своїми революційними товаришами був страчений на гільйотині. «Революції готують генії, здійснюють романтики, а користуються плодами – негідники», – красномовно і пророче мовив випускник Берлінського Університету Фрідріха-Вільгельма юрист, консерватор князь Отто фон Бісмарк.

А на теренах українських земель, починаючи з 1743 року, фактично діючий кодекс «Права, за якими судиться малоросійський народ» визначив, що «адвокатом, пленіпотентом, патроном, прокуратором або повіреним називається той, хто в чужій справі, за дорученням когось, замість нього в суді обстоює...»¹.

Фактично у результаті кодифікації українського права у XVIII ст. з'явився збірник «Права, за якими судиться малоросійський народ», в якому юридично вперше вживається поняття «адвокат» у кла-

¹ Синеокий О. В. Адвокатура как институт правовой помощи и защиты: учеб. пособ. Х.: Право, 2008. С. 57–60.

сичному його розумінні – в значенні захисника прав сторони. Так, у пункті 1 артикулу 7 глави 8 сказано: «Адвокатъ, пленипотентъ, патронъ, прокураторъ и повѣренний называется, который въ чужомъ дѣлѣ, съ порученія чіею, вмѣсто его, в судѣ обстоюеть, отвѣтсвуетъ и расправляется». Пункт 5 регулює питання «Какій отвѣчикъ въ подозрѣннїи за собою дѣла криминального и какъ можетъ повѣренного въ судѣ ставить»: «Кто би попался въ какое подозрѣніе дѣла криминального, а самъ би, будучи весьма простъ, не имѣлъ и не могъ, хотя и при невинности своей, себя оправдять, – таковой можетъ чрезъ поставленного отъ себе повѣренного отвѣтствовать: однако и самого его, до окончанія того дѣла и крайнего рѣшенія, изъ суда испущать не надлежитъ». У пункті 7 регламентовано обов'язкову участь захисника та його відповідальність за відмову від захисту: «Вдовамъ и сиротамъ лѣтъ недорослимъ, которіе никакого имѣнія и пожитковъ не имѣють, такожъ людемъ простимъ и невѣжамъ или въ умѣ поврежденнимъ, которіе били бѣ тожъ крайне, и дѣла своего въ судѣ производить не могли бѣ и не умѣли, судѣ оный им етъ повѣренного опредѣлить изъ тѣхъ, которіи въ таковом званіи при судахъ обрѣтаются, хотя би тѣ скуднии и простаки о то просили или и не просили; оный повѣренный дѣло ихъ в судѣ проиводить вѣрно и порядочно, безъ платежа, долженъ будетъ; а если би въ томъ отговаривался, такого и принудить; нехотящего же и съ принужденій въ той убогихъ нуждѣ способствовать, отказавъ ему отъ суда, прочъ отлучит и ни по чимъ уже другимъ дѣламъ въ ономъ судѣ повѣреннымъ битъ не допущать». Відповідно до пункту 2 артикулу 8 глави 8 «Ни въ комъ судѣ повѣренними битъ не имѣють тѣ именно: духовніе, священническаго, мирскаго и монашескаго чина, кромѣ въ поручаемихъ себѣ отъ своихъ начальниковъ дѣлахъ церковнихъ и монастирскихъ, а такожъ люде подозрительніе и опроверчение, да въ умѣ и въ тѣлеснихъ чувствахъ поврежденніе, къ тому жѣ малолѣтніе ...» Також у «Правах ...» досить детально регламентуються організаційні принципи діяльності захисників¹.

¹ Права, по котрымъ судится малороссійскій народ, Высочайшимъ Государыни Императрицы Елисаветъ Петровны, Самодержицы Всероссійскія, Ея императорскаго священнѣйшаго Величества повелѣніемъ, Изъ трехъ книгъ, а именно Статута Литовскаго, Зеркала Саксонскаго и приложенныхъ при томъ двухъ правъ, такоже изъ книги порядка, по переводѣ изъ полскаго и латинскаго языковъ на російскій діалектъ въ едину книгу сведенныя, в градѣ Глуховѣ, лѣте отъ Рождества Христова 1743 года / Подъ редакціею профессора А. Ф. Кистяковского. Київ: въ университетской типографіи (І. І. Завадзкого), 1879. С. 151–155.

Цей період можна вважати часом народження професійної адвокатури, хоча момент її організаційного оформлення ще був віддалений у термінах і по-різному реалізовувався на різних територіях роз'єднаних українських земель.

Законом від 1781 року на Буковині започатковано адвокатуру, яка була тісно пов'язана з судом, а сама вона входила до єдиного судового порядку. Законодавством передбачалися певні вимоги до кандидатів, які бажали займатися адвокатською діяльністю: громадянство, незаплямована репутація, ступінь доктора права, отриманий у вищих навчальних закладах Австрії, складання іспиту. У 1826 році декретом цісаря встановлюється правило, за яким адвокат допускався до виконання своїх обов'язків лише після ухвалення рішення міністром юстиції¹.

До судової реформи 1864 року на території, що знаходилась під юрисдикцією російських законів, роль захисників виконували *судові стряпчі*. Реформування інституту захисту ініційовано доповіддю 1864 року графа Дмитра Блудова «Про запровадження присяжних стряпчих». З прийняттям Уставу кримінального судочинства (1864 р.) для здійснення функції захисту запроваджувались «судові повірені» й «приватні повірені», які виконували захисну функцію правозаступництва та судового представництва.

Інститут повірених створювався у ролі особливої корпорації, яка існувала при судових палатах, але не входила до складу суду, користувалась самоуправлінням і діяла під контролем суду.

Вимоги до присяжних фактично були такими ж, як і до суддів. Присяжними повіреними могли бути особи, які мали вищу юридичну освіту і п'ять років юридичної практики як помічника присяжного повіреного чи іншого чиновника судового відомства (ст. 354 Положення про судові установи від 20 листопада 1864 року). Зарахування до списку присяжних повірених здійснювалось Радою присяжних повірених (ст. 380 Положення)².

Присяжні повірені за дорученням особи здійснювали її захист чи представництво її інтересів у суді. Присяжні повірені могли бути притягнуті, окрім іншого, до кримінальної відповідальності

¹ Никифорок М. В. Державний лад і право на Буковині в 1774–1918 рр. Чернівці: Рута, 2000. 279 с.

² Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. Т. 8. Судебная реформа / Отв. ред. Б. В. Виленьский. М.: Юрид. лит., 1991. С. 71–77.

за образу суду чи учасників судового процесу. Практика запровадження інституту присяжних повірених показала як потребу в цьому унікальному інституті, так і недостатній кількісний склад корпусу повірених.

Приватними повіреними могли бути особи, які здали іспит в окружному суді або судовій палаті та отримали свідоцтво на право ведення судових справ¹. Таким чином, функція захисту обвинувачених у кримінальному процесі здійснювалась «повіреними» – особами, які, окрім того, що мали належну професійну (юридичну) підготовку, користувались довірою осіб, на захист інтересів якої вони мали діяти.

За Статутом кримінального судочинства 1864 року в судовій стадії процесу визначались важливі права повірених: бути присутнім при отриманні у суді пояснень від підсудних (ст. 562), конфіденційно спілкуватись з підсудним, який утримується під вартою (ст. 569), ознайомлюватись із матеріалами справи та виписувати з них потрібні дані (ст. 570), запросити свідків, які давали показання на попередньому слідстві (ст. 574), подати клопотання про виклик обізнаних осіб – експертів (ст. 578), отримати копію вироку (ст. ст. 794, 795), відвід присяжних без пояснення причин і повторний допит свідків обвинувачення (ст. ст. 654–657).

Статутом кримінального судочинства 1864 року не передбачалась участь присяжних повірених на досудовому слідстві. На такий підхід впливали різні фактори, зокрема й недовіра до адвокатів з огляду на досвід французьких революційних потрясінь, діяльність і долю французьких адвокатів-революціонерів Мірабо, Марата, Робесп'єра та риторичні відповіді на питання «Хто погубив Францію?»... Зазначимо, що в цей період в умовах відміни кріпосного права дискусії щодо інституту адвокатури і захисту набирали неабиякої гостроти та врешті-решт отримали своєрідну, відмінну від європейської, концептуальну модель, яка склалась завдяки діяльності видатного вченого того часу, вихідця з українських земель Сергія Івановича Зарудного, завдячуючи зусиллям якого були реалізовані важливі принципи судочинства, зокрема принцип змагальності сторін, а також інститут присяжних повірених.

¹ Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. Т. 8. Судебная реформа / Отв. ред. Б. В. Виленский. М.: Юрид. лит., 1991. С. 112–116.

Адвокатура цієї епохи мала в своїх рядах багато відомих судових ораторів, які були не тільки популярними захисниками, а й великими вченими-юристами, письменниками, критиками, видними громадськими діячами напруму. Немало видатних особистостей було і в середовищі українських адвокатів минулого тисячоліття – Костя Левицький, Микола Міхновський, Михайло Гоняєв, Степан Федак, Євген Петрушевич та ін.¹. Значна заслуга адвокатів полягає в пропаганді прогресивних правових ідей і правничих знань. Так, у 1889 році К. Левицький, Є. Олесницький, М. Шухевич, О. Огоновський, А. Горбачевський та С. Федак започаткували видання першого у Східній Галичині українського правничо-фахового журналу «Часопись правнича».

Варто підкреслити, – зазначає В. А. Гвоздїй, – що в українській історії, фактично в умовах відсутності власної державності, в українській адвокатурі відбувся настільки якісний прогрес, що весь період отримав назву «адвокатська доба», і шкода, що про нього маємо так мало систематизованих відомостей. Відомі адвокати того часу мали як правило фаховий ступінь доктора права і займалися науковою діяльністю. «Неписаною» вимогою для всієї адвокатської спільноти була публікація наукових статей зі своєї галузі. Крім того, нормою і «добрим тоном» вважалася благодійна діяльність адвокатів: створення культурних фондаций, будівництво театрів, храмів, шкіл, розвитку літератури і мистецтва².

Визначну роль у становленні як системи права взагалі, так і інституту захисту, зокрема відігравали відомі вчені-юристи цієї доби, зокрема невтомна робота Олександра Федоровича Кістяківського та його відомі праці «Адвокатура у Франції, Англії та Німеччині» (1863 р.), «Виклад основ кримінального права за Наказом імператриці Катерини II» (1864 р.), «Про недопущення обвинуваченому способів ухилення від слідства і суду» (1868 р.), «Нариси волосного суду і народних юридичних звичаїв» (1872 р.). О. Ф. Кістяківський був активним прихильником судової реформи 1864 року та її найважливішого інституту – присяжних засідателів, стверджуючи, що «інститут присяжних є святе діло в нашій батьківщині».

¹ Адвокатура України: історія та сучасність: матеріали Всеукраїнського круглого столу. Київ; Тернопіль: ТНПУ ім. В. Гнатюка. 2013. 153 с.

² Гвоздїй В. А. Адвокатура України: історія та сучасність, досвід і перспективи. Адвокатура України: історія та сучасність: матеріали Всеукраїнського круглого столу. Київ; Тернопіль: ТНПУ ім. В. Гнатюка. 2013. С. 4–7.

Професіоналізм повірених особливо яскраво проявився за часів існування суду присяжних. Змістовні та майстерні судові промови видатних юристів XIX століття: Федора Никифоровича Плевако, Сергія Аркадійовича Андреевського, Костянтина Костянтиновича Арсенєва, Миколи Платоновича Карабачевського та інших є досить повчальними і сьогодні¹.

Слово – це одяг думок юриста. Влучно сказане воно несе велику енергетичну силу, часто вирішує долю не тільки справи, а й людини. Пломінке слово юриста – рушійна сила істини і боротьби за справедливість, потужний засіб виховної функції правосуддя. Мудро сказане воно переконує, вчить, виховує, лікує, збагачує, окрилює.

Величезну популярність як судовий оратор здобув Ф.Н. Плевако, беручи участь у багатьох відомих судових процесах в Росії, Україні та Польщі. Значна частина його захисних промов як присяжного повіреного викликала широкий резонанс у суспільстві, привертала увагу засобів масової інформації, була надрукована в різних виданнях: справа про «Клуб Червоних валетів» (промова в захист Мазуріна), справа у Варшавському окружному суді щодо вбивства артистки Висновської (промова в захист Бартеьнова), справа про зловживання в Саратовсько-Сібірському земельному банку, справи Качки, Ігуменії Митрофанії (промова в захист Солодовнікова і Медінцевої), Максименко, Лукашевича, Карицького та ін.

Природа наділила *Ф.Н. Плевако* могутнім талантом і працелюбством. Невтомно розширюючи коло своїх знань і маючи дивний дар красномовства, він зумів досягти найвищих висот мистецтва риторики, переконуючи й чаруючи слухачів свободою, легкістю, ясністю та красою слова.

Богатирська сила його інтелекту, емоційна потужність та яскравість мови були здатні троцнити всі перешкоди на шляху захисту прав і свобод людини. Його промови порівнювали з водоспадом. Як вказував А. Ф. Коні, він не «удостоював» справу своєю «просвіченою увагою», а вторгався в неї, як на арену боротьби, захоплюючись долею людей і вкладаючи в свої промови «почуття своєї бунтівної душі». В Плевако, крізь зовнішнє обличчя захисника,

¹ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: Изд-во Юрайт, 2012. 649 с.; Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века. Тула: Автограф, 1997. 816 с.

виступав з трибун, для якого справа була лише приводом і якому заважала огорода конкретного випадку, сковуюча змах його крил з усією присутньою їм силою»¹.

Він говорив не так, щоб кожен міг зрозуміти, а так, щоб не зміг не зрозуміти. Його промови відрізнялись вишуканими епітетами і метафорами, яскравими порівняннями і образами, вдалими афоризмами і риторичними питаннями, експресивністю і благозвучністю.

Віртуозно володіючи трояким покликанням захисту – «переконати, зворушити, вмилостити», Ф. Плевако, майстерно аналізуючи й використовуючи дані про обвинувачених осіб, часто не тільки ставав неперевершеним судовим оратором, в й добивався справедливих та гуманних судових рішень. «Але підбурювачі все ж таки були. Я віднайшов таких і з головою передаю вашому правосуддю: вони – підбурювачі, вони – призвідники, вони є причиною всіх причин. Спробуйте увійти до звіринця, коли настане час кидати їжу звірам, що зголодніли; увійдіть у дитячу, де діти, які прокинулися, не бачать няньки. Там – одночасне ричання а тут – одночасний плач. Спробуйте знати між ними підбурювача. І він знайдеться не в якомусь окремому звірі, не в старшій за віком людині чи молодшій дитині, а це буде в його голоді чи страхітті, який охопив усіх одночасно», – такими палкими словами мовив Ф. Плевако у своїй бездоганній промові на захист селян села Люторичі², яких звинувачували у бунті проти свавілля дворян і опорі владі. В суді Ф. Плевако з цифрами і фактами в руках показав, що в Люторичах життя стало «у сто разів важчим за дореформене рабство», після чого судді вимушені були виправдати 30 з 34-х підсудних.

Ф. Н. Плевако по праву вважається генієм судової риторики, видатним вченим-юристом, який зробив значний внесок у розвиток юридичної науки. Його праці не втратили актуальності, несуть високий заряд моральності, гуманізму й шляхетності. Вони з успіхом можуть використовуватись в навчальному і виховному процесі в юридичних вузах України.

Відомий судовий оратор Сергій Аркадійович Андреевський народився 29 грудня 1847 року в селі Олександрівка, поблизу Луганська. Після закінчення з золотою медаллю Катеринославської

¹ Кони А. Ф. Отцы и дети Судебной реформы. М., 1914. С. 260.

² Плевако Ф. Н. Избранные речи. Вступительная статья Г. М. Резника. Москва: Издательство Юрайт, 2012. С. 599.

гімназії, навчався на юридичному факультеті Харківського університету, де він почав проявляти не тільки талант юриста, а й поета, що згодом стало його важливим захопленням. Після закінчення юридичного вузу у лютому 1869 року С. Андреевський був визначений кандидатом на судові посади при прокурорі Харківської судової палати, де працював під безпосереднім керівництвом А. Ф. Коні. Згодом отримав досвід роботи на посаді судового слідчого та виконуючи функції захисника.

Особливістю його захисних промов є те, що, окрім традиційного аналізу доказів обставин справи, він, будучи великим гуманістом і людинолюбом, значну увагу приділяв дослідженню особи підсудного, умов його життя, внутрішніх «пружин» його вчинків. «Не будуйте вашого рішення на доведеності його вчинку, говорив він в одній справі, захищаючи підсудного, а загляньте в його душу і в те, що невідворотно викликало підсудного на його образ дій». Зазначимо, що цікава і експресивно насичена промова С. Андреевського на захист підсудного Андреева була перекладена на українську мову та подана для прикладу в підручнику з кримінального процесу України¹.

Отримавши визнання видатного адвоката та розглядаючи адвокатську діяльність як мистецтво, у 1891 році С. А. Андреевський випустив збірку своїх захисних промов, які отримали значну популярність та перевидаються і в наш час². Його промови відрізняються літературною вишуканістю, сповнені психологічним аналізом, характерними психологічними фарбами, яскравими образами, що легко запам'ятовуються. Перу С. А. Андреевського належить чимало поем і віршів, частково надрукованих у «Віснику Європи» та книзі «Літературне читання». Відомі його літературні твори – поеми: «На ранок днів», «Морок», «Заручини», а також оригінальні вірші й переклади творів Мюссе, Бодлера, Едгар По та інших митців.

Досвід адвокатури XIX ст. та концепції Судових Статутів 1864 р. – безцінний історичний та юридичний скарб для сьогодення. Фактично було закладено сучасний фундамент доктрини захисту і розуміння того, що без адвокатури та адвоката не може бути справжнього правосуддя. Інститут присяжних повірених і створен-

¹ Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України: підручник 4-те вид., доп. і перероб. Київ: А. С. К., 2003. С. 821–823.

² Андреевский С. А. Русские судебные ораторы. М.: «Юрайт», 2011. С. 599–614.

ня й діяльність Рад присяжних повірених заслуговують більш глибокого аналізу з урахуванням сучасних реформаторських тенденцій і необхідності забезпечення як професійної правничої допомоги учасникам кримінального судочинства, так і незалежності адвокатів від владних структур, зміцнення гарантій дотримання правил адвокатської професії.

Ідея судових повірених настільки цінна для правосуддя, що не може не аналізуватись під різним кутом зору в контексті сучасних проблем ефективності захисту. Ті підвищені вимоги до повірених, які закладались в названому законодавстві кінця XIX ст., придатні для втілення в сучасне українське законодавство. З можливих варіантів реформування адвокатури з урахуванням ідеї повірених оптимальним є внесення змін і доповнень до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де варто передбачити розподіл виконання функцій правничої допомоги, яку б надавали адвокати на досудових стадіях проваджень, й унормування статусу повірених, до компетенції яких має входити виконання функції захисту в судовому розгляді справи, що може розширити коло осіб, які допускаються до надання правничої допомоги, і структурувати чинний адвокатський корпус, підвищуючи вимоги до осіб, які повинні якісно здійснювати захист підозрюваних і обвинувачених у суді¹.

Революція 1917 р. не тільки повалила самодержавну владу, вона знищила цивілізаційні інституції і правові інститути, якими, попри все, після скасування кріпосного права вирізнялася і могла пишатись тодішня держава, в правовому полі якої існувала і територія сьогоднішньої України: земельна реформа, незалежна юстиція, суд присяжних, адвокатура, один з кращих Кримінально-процесуальних кодексів у світі, розвиток науки, освіти й університетів...

Те, що відбулося внаслідок революції 1917 р., можна описати як символічний переворот світу. Карнавал народу демонстрував елітам, що старий культурний код більше вже не діяв². Часи більшовизму переповнені політичними репресіями, терором, незаконними позбавленнями власності селян, так званим «розкуркулюванням», що, своєю чергою, спричинило голодомор і масові повстанські

¹ Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 7.

² Йорг Баберовскі Червоний терор. Історія сталінізму / Переклад з німецької. URL: http://www.e-reading.club/bookreader.php/1016152/Baberovski_-_Chervoniy_teror._Istoriya_stalinizmu.html

рухи серед населення. Та навіть тоталітарний режим не зміг знищити волю народу до волі, не насмівився скасувати право людини на захист. З прийняттям першого Кримінально-процесуального кодексу УРСР 13 вересня 1922 р. інститут захисту почав відновлюватися. Захисник допускався до участі у справі з моменту віддання обвинуваченого до суду, а як захисники допускалися члени колегії захисників, представники різних громадських організацій, а також в стадії судового розгляду і близькі родичі обвинуваченого.

Згідно з нормами КПК 1960 р. обвинувач, підсудний, захисник, потерпілий, а також цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники в судовому розгляді користуються рівними правами щодо подання доказів, участі в дослідженні доказів і заявленні клопотань.

За КПК України у редакції 1991 р. передбачалась участь захисника у справі до першого допиту підозрюваного, право на побачення з ним без обмеження їх кількості та тривалості, право знайомитися з матеріалами справи після закінчення слідства.

З прийняттям 28 червня 1996 року нової Конституції України (як суверенної самостійної держави) та орієнтації суспільства, державотворення і законодавчої діяльності на побудову правової держави, зміцнилися юридичні гарантії захисту прав і свобод людини. Конституція суверенної самостійної держави України від 28 червня 1996 р. закріпила більш цивілізаційні засади інституту захисту: «Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» (ст. 59).

Рішенням Конституційного Суду України № 13-рп/2000 від 16 листопада 2000 р. «Щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України та статті 44 КПК України (справа про право вільного вибору захисника)» встановлено, що функцію захисника можуть виконувати будь-які фахівці в галузі права – особи, що мають юридичну освіту і не підлягають відведенню від справи.

Прибічники рішення Конституційного Суду України про вільний вибір захисника звертають увагу на наступне.

По-перше, виходячи з проголошених Конституцією України прав людини та громадянина, особа (в тому числі особа, яка при-

тягується до кримінальної відповідальності) має право самостійно вирішити питання про те, хто буде захищати її інтереси в суді чи іншій інстанції – адвокат або інший спеціаліст у галузі права.

По-друге, кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури перетворились на сьогоднішній день не у кваліфікаційний бар'єр, який визначає рівень знань адвокатів, а у майновий бар'єр, де знання вже не мають первісного значення.

По-третє, участь у кримінальному процесі поруч з адвокатами інших захисників дозволить усунути монопольне становище адвокатури у питаннях надання правової допомоги населенню¹.

На сьогодні, боляче мовив В. Т. Маляренко, «захищають у кримінальному процесі України, як правило, лише заможних. Бідні залишаються сам на сам зі своїми проблемами»².

На жаль, вчені-юристи, заглибившись в пошуках юридичної казуїстики, зосередили свою увагу в основному на вузькому предметі – хто з-поміж юристів має здійснювати функцію захисту, а в підтексті деяких дебатів інколи промальовується один банальний мотив – хто має бути допущеним до заробітку на адвокатській ниві. Часто-густо за цим не видно головної ідеї правової держави – забезпечення верховенства права.

У 2012 році Україна отримала новий Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (набрав чинності 15 серпня 2012 р.), а також одержала новий Кримінальний процесуальний кодекс (Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI, набув чинності 19 листопада 2012 р.), який задекларував запровадження змагальної моделі правосуддя та зробив спробу реалізувати європейську модель захисту в кримінальних провадженнях. Спроба виявилась невдалою. Згідно зі ст. 45 чинного КПК України захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, 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). За приписами даного Кодексу права захисників зрівняли з правами осіб, яких вони захищають, а реалізація повно-

¹ Миколенко А. И., Миколенко А. Н. Законы Украины «О прокуратуре», «О милиции», «Об адвокатуре»: комментарии. Х.: ООО «Одиссей», 2002. С. 233.

² Маляренко В. До питання доктрини кримінальної юстиції в Україні. Право України. 2009. № 2. С. 21.

важень адвокатів, передбачених ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ускладнилась конкуренцією норм даного закону з кримінально-процесуальними нормами.

2 червня 2016 р. Верховна Рада України прийняла Закон № 3524 «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», яким здійснено ще одну спробу запровадження в Україні так званої «адвокатської монополії на правничу допомогу та захист». Спроба знову невдала, що проілюстровано аналізом проблем практичного застосування чинного законодавства, поданим в наступних розділах даної роботи.

Зазначимо нелогічність положення ст. 131^{–2} Конституції України про те, що «виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення», чим юридично усувається представництво юридичних осіб гносеологічно, юридично та організаційно більш готовими до цього такими фахівцями, як юрисконсульти. Також незрозуміло чи може здійснюватися захист особи не в суді, а на досудовому слідстві, і не «від обвинувачення», а «від підозри» іншими фахівцями в галузі права, які не є адвокатами.

Тим більше, алогічним є встановлення указаною статтею допустимості винятків з цього правила «щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів і референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб», адже захист соціальних прав, а тим більше захист малолітніх за логікою здорового глузду має здійснюватися найбільш підготовленими юристами.

Паралельно з тенденціями запровадження адвокатської монополії на захист в ході перманентних правових реформ вбачається тенденція до звуження прав захисників (скасування права самостійно залучати експертів до проведення експертизи (зміни в КПК України 2017 року)), ініціювання прийняття новел адвокатського самоврядування, якими розширюються можливості позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю тощо.

Реалізація конституційних засад правничої допомоги та захисту в кримінальних провадженнях потребує чіткого визначення кола суб'єктів надання правничої допомоги та здійснення захисту в кримінальних провадженнях, юридичного визначення процесуального статусу захисника, представника особи та правничого по-

віреного свідка тощо, розробки та прийняття системних норм щодо становлення інституту незалежного правничого розслідування, який має стати самостійним розділом кримінально-процесуального права. Відтак, з урахуванням безлічі інших нововиявлених проблем юридичної практики, потребують розробки і прийняття новий КПК України та нове законодавство щодо адвокатури і адвокатської діяльності – «Кодекс правничої допомоги та захисту».

Розвиток права неминучий. Як мовить О.Б. Костенко, – нове завжди шукає у собі свободу. В новому сама свобода відпускає себе на волю. В оновленні завжди є страждання. Нове ранить. Розум шукає ідеальний образ власної краси. Законом надає форму красі. Можливо, що у нормі є мить застиглої один в одному істини й правди? Неос права: є нормативною діалектикою ідеї; є розумним виміром свободи, що увібрала в себе дух справедливості; є фокусом всіх нормативних інтенцій; є актом, дією норми як метафізичного суб'єкта з метою самовідкриття, виявлення власної неповноти, відносності та незавершеності; зобов'язує норму шукати свою власну, але найсправедливішу реальність, в якій буде дійсною лише її власна свобода¹.

В розвитку інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі важливо домогтись балансу приватних і публічних інтересів, гармонізації національних правових доктрин і міжнародного права.

§ 3. Міжнародні стандарти забезпечення ефективності інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі

*Учітесь, читайте, чужому научайтесь,
й свого не цурайтесь*
Т. Шевченко

Стандарт, у широкому розумінні, – це зразок, еталон, модель, які приймаються за вихідні для порівняння з ними інших подібних об'єктів.

¹ Костенко О.Б. Евристика права у пошуку епістемі // Вісник Академії адвокатури України. Том 13. Число 2(36). 2016. С. 10–15.

Міжнародні стандарти – це міжнародно-правові норми і принципи, що закріплюють стандартизовані правила поведінки. Стандарти встановлюють певні мінімальні вимоги, дотримуватися яких повинні всі держави, і містяться у міжнародних договорах та інших джерелах міжнародного права¹.

Аналізуючи поняття «міжнародні стандарти кримінального судочинства» О.І. Коровайко зазначає, що під такими пропонується розуміти закріплені в міжнародно-правових актах відповідні мінімальні вимоги (правила, норми, настанови тощо) до діяльності чи її результатів у галузі судочинства, ухвалені з метою досягнення оптимального ступеня впорядкованості суспільних відносин у цій галузі, охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів учасників кримінальних процесуальних правовідносин. За своєю суттю ці стандарти виступають нормами права, які втілюються у відповідних міжнародно-правових актах².

Україна є досить молодою та разом з тим і достатньо креативною державою, яка декларує забезпечення верховенства права та прихильність до інших цивілізаційних цінностей. Сьогодні наша держава має одну з найбільш шляхетних у світі Конституцій, а також певну систему прийнятих на її основі законів, що спрямовані на розбудову правової держави. Важливо на основі конституційних засад і норм міжнародного права створити кращу систему правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі.

У статті 62 Конституції України вперше отримав належне юридичне оформлення та законодавче закріплення принцип презумпції невинуватості обвинуваченого, який створює суттєві гарантії захисту від безпідставних кримінальних репресій, дозволяє людині за відповідних умов домагатись реального справедливого правосуддя та отримувати виправдання і право на реабілітацію: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто

¹ Савчук К. О. Стандарти міжнародні. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Укр. енцикл.», 2004. Т. 4. С. 615.

² Коровайко О.І. Реалізація міжнародних стандартів кримінального судочинства в судовому провадженні України: автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Харків: Харківський національний університет внутрішніх справ. 2017. С. 14.

не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням».

Згідно зі ст. 8 Конституції України в Україні діє принцип верховенства права, норми Конституції України є нормами найвищої юридичної сили та прямої дії. З цього випливає, що: норми Конституції мають фундаментальний і концептуальний характер для всієї системи права, є його генетичним кодом, фундаментом, принциповими непорушними основами; норми права, включаючи і міжнародні правові акти, які ратифікуються Україною, не повинні суперечити Конституції України і прийматись у відповідності з її положеннями; при розв'язанні проблемних ситуацій і конкуренції правових норм перевагу слід віддавати нормам конституційного права; нормативні акти, які суперечать Конституції України, не мають юридичної сили і не підлягають застосуванню; норми конституційного права є нормами прямої дії і безпосередньо застосовуються у випадках неурегульованості якихось відносин галузевим законодавством.

Виходячи з положення ст. 9 Конституції України про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, при здійсненні процесуальної діяльності міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України.

Значення міжнародних правових актів й викладених в них уніфікованих принципів, модельних інститутів і правил та інших елементів щодо прав людини та гарантій їх захисту полягає в тому, що таким чином створюються єдині міжнародні правові стандарти, які стають фундаментальною основою для формування гармонізованого законодавства окремих держав, сприяють втіленню в їх правові системи прогресивних цивілізаційних ідей і концепцій, а тим самим дають необхідний поштовх для розвитку і вдосконалення.

Міжнародні стандарти в галузі правничої допомоги та захисту – звід основних природних прав і свобод людини, загально-визнаних і заохочуваних до виконання міжнародною спільнотою

загальнообов'язкових принципів, норм, правових позицій та прецедентів, приписів, правил, постулатів, концептів, доктринальних положень, рекомендацій, мінімальних вимог, викладених як у міжнародних правових актах, так і в прецедентних рішеннях Європейського суду з прав людини, які закріплюють стандартизовані правовідносини в забезпеченні ефективної правничої допомоги та захисту в державі, а також в міждержавних стосунках у сфері правосуддя.

Європейські стандарти в галузі правничої допомоги та захисту – сформульована з метою оптимального ступеня впорядкованості інститутів правничої допомоги та захисту, забезпечення ефективності їх застосування для виконання завдань кримінального судочинства система загальновизнаних європейською спільнотою природних прав і свобод людини та загальнообов'язкових дефініцій, приписів, принципів, норм, правових позицій і прецедентів, викладених в окремих конвенціях, резолюціях, рекомендаціях чи інших правових актах, у правових позиціях та прецедентних рішеннях Європейського суду з прав людини.

Стаття 38 Статуту міжнародного Суду ООН до джерел міжнародного права відносить: а) міжнародні договори; б) міжнародні звичаї; в) загальні принципи права, визнані цивілізованими народами; г) судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців у сфері публічного права різних націй як допоміжні засоби для визначення правової норми¹.

Зазначимо, що в питаннях конкуренції національного і міжнародного права країни дотримуються різних підходів: одні держави віддають пріоритет національному законодавству (Індія, Бразилія, Китай), другі визначають перевагу конвенцій та інших міжнародних нормативно-правових актів над національними джерелами права (Німеччина, Нідерланди), треті надають обом джерелам статус рівності (США), а деякі (наприклад, Норвегія, Швеція) дотримуються необхідності імплементації норм міжнародного права в закони держави, а до того, коли цього ще не відбулося, надають перевагу національному закону.

Характерно, що в США при конкуренції правових норм національних законів і міжнародних актів застосовуються ті норми, які

¹ Денисов В. Н. Норма міжнародного права. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемпученко (голова редкол.) та ін. Т. 4. К.: Укр. енцикл., 1998. С. 187.

прийняті пізніше, тобто є більш наближеними до регулювання сучасних проблем суспільних відносин. Безумовно, принцип рівності заслуговує на увагу, але дозволяє девальвувати окремі норми міжнародного акта шляхом прийняття свого нового національного закону.

Україна обрала оптимальний варіант вирішення проблеми, обумовивши, що міжнародні правові акти діють на території України лише в тій частині, в якій вони ратифіковані Україною, і лише ті, які не суперечать Конституції України.

Разом з тим частина перша ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» під назвою «Дія міжнародних договорів України на території України» передбачає, що «чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства» (тобто тут визнається принцип рівності).

Але вже частина друга цієї статті встановлює правило, згідно з яким «якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору». Мабуть згодом Україні доречно буде запроваджувати підхід, який визнає Конституція США.

За своєю юридичною силою норми права, що регулюють праводносини в нашій державі, поділяються на такі рівні:

- конституційні норми (норми найвищої юридичної сили);
- норми, викладені в рішеннях Конституційного Суду України;
- норми ратифікованих Україною міжнародних правових актів;
- правотворчі рішення Європейського суду з прав людини;
- норми кодексів та інших Законів України;
- норми інших підзаконних правових актів.

Норми правових актів меншої юридичної сили мають відповідати нормам правових актів більшої юридичної сили, в іншому випадку вони не підлягають застосуванню. Так, суд не може застосувати закон, який регулює праводносини, що розглядаються інакше як міжнародний договір. Водночас міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України.

У разі невизначеності в питанні про те, чи відповідає Конституції України застосований закон або закон, який підлягає застосуванню в конкретній справі, суд за клопотанням учасників процесу

або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, який відповідно до ст. 150 Конституції може порушувати перед Конституційним Судом України питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів. Таке рішення може прийняти суд у будь-якій стадії розгляду справи.

У правовій системі України взагалі і в контексті розвитку інституту реабілітації застосовуються як загальні міжнародні правові акти (планетарної дії), що приймаються в рамках ООН, так і загальноєвропейські джерела права:

1) *загального характеру*: Загальна декларація прав людини ООН від 10 грудня 1948 р.; Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р.; Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою, прийнята на сороковій сесії Генеральної Асамблеї ООН 29 листопада 1985 р.; Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила) від 14 грудня 1990 р.¹; Мінімальні стандартні правила поведіння з в'язнями (Резолюція 45/111 Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1990 р.); Звід принципів захисту всіх осіб, підданих затриманню або арешту в будь-якій формі, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1988 р.; Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті 8 Конгресом ООН у серпні 1990 р.; Резолюція 34/169 Генеральної Асамблеї ООН «Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку» від 17 грудня 1979 р.²; Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя; Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р.)³.

2) *європейського значення*: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 р., Протоколом № 14 від 13 травня 2004 р.)⁴; Європейська конвенція з відшкодування шко-

¹ URL: <http://zako№2.rada.gov.ua>;

² URL: <http://zako№2.rada.gov.ua>

³ Принципи и руководящие положения Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа к юридической помощи в системах уголовного правосудия. URL: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86672_e_book.pdf

⁴ Офіційний вісник України. 1998. № 13.

ди жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р.; Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню 1987 р.; Резолюція 78 (8) Комітету Міністрів Ради Європи про юридичну допомогу і консультації від 2 березня 1978 р.; Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті Конгресом ООН 27 серпня – 7 вересня 1990 року; Основні положення про роль адвокатів (прийняті Восьмим Конгресом ООН з попередження злочинів у серпні 1990 р.).

Європейська комісія за демократію через право або Венеціанська комісія, як її скорочено називають за місцем розташування, дорадчий орган Ради Європи з питань конституційного права, котрий надає висновки про відповідність проектів законодавчих актів і законів європейським стандартам та цінностям, була створена у 1990 р. згідно з Резолюцією 90(6) Комітету Міністрів Ради Європи.

Висновки Венеціанської комісії, незважаючи на їх рекомендаційний характер, містять змістовний аналіз «чистоти права» та гармонізації його з європейськими стандартами.

Парламентська асамблея Ради Європи, ПАРЄ (англ. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, PACE) – головний статутний консультативний орган Ради Європи, що складається з представників парламенту всіх держав-членів, який, окрім виборів суддів Європейського суду з прав людини, приймає висновки на проекти всіх міжнародних конвенцій, які розробляються в Раді Європи, а також резолюції та рекомендації правового характеру щодо законодавчих актів на основі доповідей, що їх готують депутати, і є найстарішим в Європі органом міжпарламентської співпраці.

Проблеми реалізації міжнародних правових актів і прецедентної практики Європейського суду з прав людини сьогодні жваво дискутуються і достатньо глибоко аналізуються в юридичній літературі¹. Наявні наукові здобутки в сфері питань захисту прав лю-

¹ . Бутенко С. Ю. Імплементация рішень Європейського суду з прав людини щодо права на захист у кримінальне процесуальне законодавство України. Митна справа. 2013. № 3. С. 70–76; Буткевич В. Якість закону і питання ефективності застосування рішень Європейського суду з прав людини судами України // Право України. 2011. № 7. С. 48–63; Головатий С. Нові можливості щодо захисту прав людини в Україні. Практика Європейського суду з прав людини: Рішення. Коментарі. 1999. № 1. С. 11; Гончаренко С. Виконання рішень Європейського Суду з прав людини: два виміри однієї проблеми. «Адвокат». 2004. № 3. С. 35–38; Джемчевскі

дини та гармонізації українського і європейського законодавства не вичерпали усю складну проблему, а скоріше мають вагомий фундамент для подальшого поглиблення досліджень у цій сфері.

Розглянемо спершу коротким тезовим методом основні положення найбільш важливих міжнародних правових актів в контексті розвитку інституту реабілітації та попередження незаконних кримінальних переслідувань і зловживань владою.

Міжнародні правові акти загального характеру

Загальна декларація прав людини, яка прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року, будучи універсальним міжнародно-правовим актом, закріплює основні права людини та окреслює головні механізми їх захисту. Декларація закріплює права кожного бути захищеним від свавільного арешту й затримання чи засудження; встановлює заборону на застосування катувань, жорстокого, нелюдського або принижуючого людську гідність поводження, довільного втручання в особисте й сімейне життя, зазіхань на недо-

А. Європейська система захисту прав людини сьогодні і завтра. Український часопис прав людини. 1998. № 1. С. 32; Дженис М. Європейське право в області прав человека: Практика и комментарии / М. Дженис, Р. Кэй, Е. Бредли. Москва-Будапешт, 1997; Дроздов О., Дроздова О. Огляд справ щодо іноземних країн, розглянутих ЄСПЛ протягом квітня травня 2016 року. Вісник НААУ. 2016. № 7–8 (25). С. 61–72; Дудаш Т. І. Практика Європейського Суду з прав людини: навч. – практ. посіб. К.: Алерта, 2013; Євінтов В. Пряме застосування міжнародних стандартів прав людини (коментар до статті 9 Конституції України). Український часопис прав людини. 1998. № 1. С. 26–28; Коровайко О. І. Міжнародні стандарти кримінального судочинства в судовому провадженні України: монографія. Х.: Панов, 2016. – 492 с.; Коровайко О. І. Щодо значення міжнародно-правових актів у сфері прав людини для кримінального процесу України. Верховенство права. 2017. № 1. С. 109–115; Ставнійчук М. Окремі проблеми новітнього конституційного процесу у світлі висновків Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія). Право України. 2012. № 8. С. 146–153; Узункова О. В. Місце міжнародно-правових норм у правовій системі України. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: збірник наукових праць. 2006. № 1 (26). С. 108–112. Шевчук С. Європейський суд з прав людини та українська судова система: необхідність узгодження судової практики. Право України. 2011. № 7. С. 88–91; Маринів В. Конституційні гарантії забезпечення права людини на свободу й особисту недоторканність та їх реалізація в кримінально-процесуальному законодавстві України. Вісник Академії правових наук України. 2005. № 1; Трагнюк Р. Принципи і стандарти захисту учасників кримінального судочинства у міжнародних документах. Право України. 2002. № 8. С. 26–30; Уваров В. Г. Реформування кримінального процесу України в контексті міжнародних правових актів та прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 3. С. 148–153; Тертишник В. М. Реалізація правових позицій та прецедентної практики Європейського суду з прав людини в розв'язанні проблем кримінально-процесуального права України. Правова позиція. 2016. № 1 (16). С. 7–13; Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. К., 2006. 848 с.; Шемшученко Ю. Конституція України і права людини // Право України. 2001. № 8. С. 13–15; Фурса С. Я., Фурса Є. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». К., 2007.

торканність житла й таємницю листування. У Загальній декларації прав людини встановлено, що «ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання» (ст. 9); «кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися невинною доти, поки її винність не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, при якому їй забезпечують усі можливості для захисту» (ст. 11); «при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» (ст. 29); «кожна людина має право на соціальний і міжнародний порядок, при якому права і свободи, викладені в цій Декларації, можуть бути повністю здійснені» (ст. 28).

Загальна декларація прав людини, як зазначає О. М. Костенко, стала реалізацією у контексті ХХ ст. ідеї природного права. Саме втілення у декларації ідеї природного права забезпечило видатну роль цього акта ООН у сприянні соціальному прогресу¹.

Завдяки величезному цивілізаційному значенню, політичному і моральному авторитету Декларації 1948 р. її положення стали включатися в конституції багатьох держав.

У ст. 16 Конституції Португалії, наприклад, визначається: «Приписи, що містяться в Конституції та законах і стосуються основних прав громадян, повинні тлумачитися і застосовуватися відповідно до Загальної декларації прав людини».

Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (від 16 грудня 1966 р.) містить такі важливі концепти і норми.

Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується поважати і забезпечувати всім, хто перебуває у межах її території та під її юрисдикцією особам, права, визнані в цьому Пакті, без будь-якої різниці щодо раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншої обставини, забезпечити будь-якій особі, права і свободи якої, визнані в цьому Пакті, порушено, ефективний засіб правового захисту, навіть коли це порушення було вчинене особами, що діяли як особи офіційні (ст. 2).

¹ Костенко О. М. Концепція прав людини: сучасний стан і перспективи розвитку. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 11. С. 6.

Нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність поводженню чи покаранню. Зокрема, жодну особу не може бути без її вільної згоди піддано медичним чи науковим досліддам (ст. 7).

Всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і поважання гідності, властивої людській особі (ст. 10).

Ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання чи таких посягань (ст. 17).

Стаття 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права закріплює такі фундаментальні правові речі:

«1. Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути полишено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, яку встановлено законом.

2. Кожному заарештованому повідомляються при арешті причини його арешту і в терміновому порядку повідомляється будь-яке пред'явлене йому обвинувачення.

3. Кожна заарештована або затримана за кримінальним обвинуваченням особа в терміновому порядку доставляється до судді чи до іншої службової особи, якій належить за законом право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд протягом розумного строку або на звільнення. Тримання під вартою осіб, які чекають судового розгляду, не має бути загальним правилом, але звільнення може ставитись у залежність від подання гарантій явки на суд, явки на судовий розгляд у будь-якій іншій його стадії і, в разі необхідності, явки для виконання вироку.

4. Кожному, хто позбавлений волі внаслідок арешту чи тримання під вартою, належить право на розгляд його справи у суді, щоб цей суд міг невідкладно винести постанову щодо законності його затримання і розпорядитися про його звільнення, якщо затримання є незаконним.

5. Кожен, хто був жертвою незаконного арешту чи тримання під вартою, має право на компенсацію, якій надано позовної сили».

Стаття 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права поряд з проголошенням принципу презумпції невинуватості закріплює такі суттєві гарантії від незаконних кримінальних переслідувань:

«1. Всі особи є рівними перед судами і трибуналами. Кожен має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або при визначенні його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону. Преса і публіка можуть не допускатися на весь судовий розгляд або частину його з міркувань моралі, громадського порядку чи державної безпеки в демократичному суспільстві, або коли того вимагають інтереси приватного життя сторін, або – в тій мірі, в якій це, на думку суду, є строго необхідним, – при особливих обставинах, коли публічність порушувала б інтереси правосуддя; однак будь-яка судова постанова в кримінальній або цивільній справі повинна бути публічною, за винятком тих випадків, коли інтереси неповнолітніх вимагають іншого чи коли справа стосується матримоніальних спорів або опіки над дітьми.

2. Кожен обвинувачений в кримінальному злочині має право вважатися невинуватим доти, поки винуватість його не буде доведена згідно з законом.

3. Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення, як мінімум, на такі гарантії на основі цілковитої рівності:

а) бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому обвинувачення;

б) мати достатньо часу і можливостей для підготовки свого захисту і спілкуватися з обраним самим ним захисником;

в) бути судженим без невинуватого затримки;

д) бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безплатно для нього у будь-якому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника;

е) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право

на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього;

f) користуватися безплатною допомогою перекладача, якщо він не розуміє мови, використовуваної в суді, або не говорить цією мовою;

g) не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винуватим.

4. Щодо неповнолітніх процес повинен бути таким, щоб враховувались їх вік і бажаність сприяння їх перевихованню.

5. Кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті вищою судовою інстанцією згідно з законом.

6. Коли будь-яку особу остаточним рішенням було засуджено за кримінальний злочин і коли винесений їй вирок був потім скасований або їй було даровано помилування на тій підставі, що якась нова чи нововиявлена обставина незаперечно *доводить наявність судової помилки, то ця особа, котра зазнала покарання в результаті такого засудження, одержує компенсацію згідно з законом*, коли не буде доведено, що зазначена невідома обставина не була свого часу виявлена виключно або частково з її вини.

7. Ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він уже був остаточо засуджений або виправданний відповідно до закону і кримінально-процесуального права кожної країни».

Стаття 15 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права «Ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні будь-якого кримінального злочину внаслідок якоїсь дії чи упущення, що, згідно з діючим на момент його вчинення внутрідержавним законодавством або міжнародним правом, не були кримінальним злочином. Так само не може призначатися більш тяжке покарання, ніж те, яке підлягало застосуванню на момент вчинення кримінального злочину. Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на даного злочинця».

Названі норми міжнародно-правових актів, з одного боку, є складовою частиною національного права і безпосередньо породжують права людини, а з іншого, є важливою передумовою у визначенні напрямів розвитку та вдосконалення законодавства України.

Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою під терміном «жертви» розуміє осіб, яким індивідуально чи колективно було завдано шкоди, включаючи тілесні ушкодження або моральні збитки, емоційні страждання, матеріальні збитки або суттєве ураження їхніх основних прав у результаті дії чи бездіяльності, включаючи злочинне зловживання владою. Термін «жертва» у відповідних випадках включає близьких родичів чи утриманців безпосередньої жертви, а також осіб, яким було завдано збитків при спробі надати допомогу жертві.

Розділ «В» даної Декларації присвячений проблемам жертв зловживання владою. Згідно з п. 18 під «жертвами» розуміються особи, яким індивідуально або колективно було завдано шкоди, включаючи тілесні ушкодження або моральні збитки, емоційні страждання, матеріальні збитки або суттєве обмеження їх основних прав в результаті дії або бездіяльності, що не являє собою порушення національних кримінальних законів, але що є порушенням міжнародно визнаних норм, що стосуються прав людини. У пункті 21 Декларації рекомендується державам розвивати і широко забезпечувати права та засоби правового захисту для жертв зловживання політичною чи економічною владою¹.

Відповідно до ст. 4 Декларації до жертв слід ставитися із співчуттям та поважати їх гідність. Вони мають право на доступ до механізмів правосуддя та якнайшвидшу компенсацію завданих збитків у відповідності з національним законодавством.

Згідно зі ст. 5 Декларації у випадках, коли це необхідно, слід створити і зміцнити судові та адміністративні механізми, для того щоб забезпечити жертвам можливість отримувати компенсацію за допомогою офіційних або неофіційних процедур, які мали б оперативний характер, були справедливими і недорогими. Жертви, що намагаються отримати компенсацію за допомогою таких механізмів, мають бути поінформовані про їхні права.

Декларація акцентує увагу на необхідності того, щоб судові та адміністративні процедури більшою мірою відповідали потребам жертв шляхом: вжиття заходів для зведення до мінімуму незручності для жертви, охорони її особистого життя у тих випадках, коли це необхідно, та забезпечення їх безпеки, а також безпеки їх

¹ Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочину і зловживання владою 29 листопада 1985 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_114.

сімей та свідків з їхнього боку і захисту їх від залякування та пошти (ст. 6). Реституція повинна включати повернення власності або виплату за спричинені збитки чи шкоду, відшкодування витрат (ст. 8).

Згідно з рекомендаціями ст. 19 Декларації: «Державам слід розглянути питання про включення в національні закони норм, які забороняють зловживання владою та передбачають засоби захисту для жертв таких зловживань. До числа таких засобів слід, зокрема, включити право на реституцію та/або компенсацію і необхідну матеріальну, медичну, психологічну та соціальну допомогу і підтримку».

Коли державні посадові особи або інші представники, що діють в якості офіційних чи напівофіційних, порушують національні кримінальні закони, жертви повинні отримати реституцію від держави, посадові особи чи представники якої несуть відповідальність за завдану шкоду (ст. 11). Жертвам слід надавати необхідну матеріальну, медичну психологічну та соціальну допомогу урядовими, добровичними, громадськими та місцевими каналами (ст. 14).

Декларація підкреслює: «Державам слід періодично переглядати існуючі закони та практику для забезпечення їх здатності реагувати на умови, що змінюються, у випадку необхідності приймати та вводити в дію законодавчі положення, що забороняють дії, які являють собою серйозні типи зловживання політичною або економічною владою та сприяють заходам і механізмам запобігання таким діям, а також розвивати та широко забезпечувати відповідні права та засоби правового захисту для жертв таких дій».

Як бачимо, в цьому унікальному міжнародно-правовому акті цілком виправдано зроблено акцент на необхідності вжиття заходів запобігання зловживанням владою як важливої складової забезпечення прав і свобод людини, а тим самим попередження можливості настання тяжких шкідливих наслідків можливих політичних репресій чи незаконних кримінальних переслідувань.

*Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, яка набула чинності в червні 1987 р. {Ратифікована Указом Президії ВР N3484-XI (3484-11) від 26.01.87}*¹ є одним з важливих

¹ Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки. 1989. № 13. Ст. 108.

міжнародно-правових актів, яким має бути забезпечено захист від катувань як від міжнародного злочину, а також закладено засади запобігання політичним репресіям та іншим формам зловживань владою. Вона включає такі важливі положення.

Катування – будь-яка дія, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа, чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.

Кожна держава-сторона вживає ефективних законодавчих, адміністративних, судових та інших заходів для запобігання актам катувань на будь-якій території під її юрисдикцією. Жодні виняткові обставини, якими б вони не були, стан війни чи загроза війни, внутрішня політична нестабільність чи будь-який інший надзвичайний стан не можуть бути виправданням катувань. Наказ вищого начальника або державної влади не може служити виправданням катувань (ст. 2).

Жодна держава-сторона не повинна висилати, повертати чи видавати будь-яку особу іншій державі, якщо є серйозні підстави вважати, що їй там може загрозувати застосування катувань (ст. 3).

Кожна держава-сторона забезпечує розгляд всіх актів катування згідно з її кримінальним законодавством як злочини. Те саме стосується спроби піддати катуванням і тих дій будь-якої особи, що являють собою співучасть у катуванні (ст. 4).

Кожна держава-сторона повною мірою забезпечує включення навчальних матеріалів та інформації про заборону катувань до програм підготовки персоналу правових органів, цивільного чи військового медичного персоналу, державних посадових осіб, які можуть мати відношення до утримання під вартою й допитів осіб, які зазнали будь-якої форми арешту, затримання чи ув'язнення, або до поводження з ними (ст. 10).

Кожна держава-сторона забезпечує у своїй правовій системі одержання відшкодування жертвою катувань й підкріплене правовою санкцією право на справедливу й адекватну компенсацію, включаючи заходи для якомога повнішої реабілітації. У разі смерті жертви внаслідок катування право на компенсацію надається її утриманцям (ст. 14).

Кожна держава-сторона зобов'язується запобігати на будь-якій території, що перебуває під її юрисдикцією, іншим актам жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження й покарання, що не підпадають під визначення катування, викладеного у ст. 1, коли такі акти здійснюються державними чи посадовими особами або іншими особами, що виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи з їх мовчазної згоди (ст. 16).

Звід принципів захисту всіх осіб, затриманих чи ув'язнених у будь-якій формі, який був затверджений резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 р., містить приписи, які спрямовані на забезпечення належного захисту всіх осіб, що піддані затриманню або ув'язненню у будь-якій формі. Звід передбачає, що всі особи, піддані затриманню чи ув'язненню, мають право на гуманне ставлення до них та повагу до їх гідності. Щодо цих категорій осіб не може бути застосоване будь-яке обмеження або зменшення прав людини, які визнаються або існують у будь-якій державі у відповідності з правом, конвенціями, правилами або звичаями на тій підставі, що ці права не визнаються або визнаються у меншому обсязі у Зводі. Затримання або ув'язнення у будь-якій формі повинні підлягати ефективному судовому контролю.

Жодний затриманий або ув'язнений не може бути підданий катуванням, нелюдському або такому, що принижує його гідність поводженню чи покаранню. До затриманих застосовується режим, який відповідає їх статусу не засуджених осіб. Вони утримуються окремо від останніх. Кожному арештованому повідомляються при арешті причини арешту і повідомляється без зволікань пред'явлене обвинувачення (принцип 10). Затримані та арештовані мають право на юридичну допомогу адвоката та час на конфіденційне спілкування з ним. *Побачення з адвокатом затриманого чи арештованого можуть мати місце в умовах, які дозволяють посадовій особі правоохоронного органу бачити її, але не чути.*

Забороняється зловживати положенням затриманих або ув'язнених осіб, змушуючи їх зізнатися у будь-якому іншому злочині, або іншим чином викривати самого себе чи свідчити проти іншої особи. Жодна затримана особа не може зазнавати під час допиту насильства, погроз або таких методів розслідування, які порушують її здатність приймати рішення або висловлювати судження. Жодна особа, яка перебуває в ув'язненні, не повинна навіть з її згоди бути підданою будь-яким медичним або науковим досліддам, які можуть зашкодити її здоров'ю (п. 22).

Тривалість будь-якого допиту затриманих або ув'язнених і перерв між опитуваннями, а також прізвища офіцерів, фахівців із проведення допитів та інших присутніх осіб, повинна бути зафіксованою і засвідченою в такій формі, яка може бути приписана правом.

Затриманим або ув'язненим повинна надаватись можливість належного медичного обстеження негайно після їх поміщення до місця затримання або тюремного ув'язнення, а також належного медичного обслуговування та лікування, щоразу, коли виникає необхідність. Догляд та лікування є безкоштовними (п. 23).

Якщо смерть або зникнення затриманих чи ув'язнених відбувається під час його затримання або тюремного ув'язнення, то судова або інша влада розслідує це або за власною ініціативою або на вимогу членів сім'ї такої людини або будь-якої людини, що надала інформацію у справі (п. 34).

Збитки від дій чи бездіяльності органів держави в порушення прав, що містяться в цих принципах, відшкодовуються відповідно до чинних правил відповідальності, передбачених внутрішнім законодавством (п. 35).

Затримана особа, підозрюваний або звинувачуваний в кримінальному злочині вважаються невинуватими і мають право на поведження з ними як з такими, доки їх вина не буде доведена в публічному судовому процесі, на якому б вони мали усі гарантії для свого захисту (п. 36)

Мінімальні стандартні правила поведження з в'язнями (Резолюція 45/111 Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1990 р.) містять низку демократичних принципів і положень, які можуть мати суттєве значення щодо запобігання зловживанню владою та соціальної реабілітації ув'язнених:

- усі ув'язнені користуються повагою, притаманною гідності та значущості як людей (принцип 1);
- тюрми несуть відповідальність за утримання ув'язнених і захист суспільства від правопорушень у відповідності з іншими соціальними завданнями будь-якої держави і її основними обов'язками (принцип 4);
- необхідно створювати умови, які дають в'язням можливість займатися корисною оплачуваною працею, що полегшить їх реінтеграцію на ринку робочої сили їх країн і зобов'яже їх надавати фінансову допомогу своїм сім'ям і родичам (принцип 8);
- ув'язнені користуються медичним обслуговуванням, яке є в даній країні, без дискримінації у зв'язку з їх юридичним станом (принцип 9);
- за участю і за сприяння громадських і соціальних інститутів, з належним урахуванням інтересів потерпілих створюються сприятливі умови для реінтеграції колишніх в'язнів у суспільство в найбільш сприятливих умовах (принцип 10).

Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, який прийнятий у грудні 1979 р. Генеральною Асамблеєю, складається з восьми основних статей, що містять положення: про службові обов'язки осіб з підтримання правопорядку; необхідність захисту прав людини; застосування сили; використання конфіденційної інформації; заборону тортур і жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження чи покарання; необхідність охорони здоров'я осіб, які утримуються під вартою; дотримання закону.

Основні принципи застосування сили та вогнепальної зброї посадовими особами з підтримання правопорядку були прийняті Восьмим конгресом ООН із попередження злочинності та поводження з правопорушниками, який відбувся в 1990 р. У принципах підкреслюється, що застосування сили можливе лише у разі абсолютної необхідності і лише в тій мірі, в якій це потрібно для виконання законних функцій з підтримання правопорядку. Принципи забезпечують точний баланс між обов'язками посадових осіб з підтримання громадського порядку та їх обов'язком захищати право людини на життя, свободу і безпеку.

В практичній діяльності в розвиток цих положень слід застосовувати принцип пропорційності, визначений у рішеннях Європей-

ського суду з прав людини, згідно з яким мета застосування сили має бути досить вагомою, а засіб її досягнення – найменш обтяжливим у конкретних умовах.

Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті Конгресом ООН 27 серпня – 7 вересня 1990 року, передбачають, що кожна людина має звернутись до *будь-якого юриста* за допомогою для захисту й відстоювання своїх прав та захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства.

Основні положення про роль адвокатів (прийняті Восьмим Конгресом ООН з попередження злочинів у серпні 1990 р.) передбачають наступні принципи щодо адвокатів:

Будь-яка людина в праві звернутися по допомогу до адвоката за своїм вибором для підтвердження своїх прав і захисту в усіх стадіях кримінальної процедури;

Уряди повинні гарантувати ефективну процедуру і працюючий механізм для реального і рівного доступу до адвокатів усіх осіб, що проживають на його території і підлеглих його юрисдикції;

Уряди мають забезпечити необхідне фінансування та інші ресурси для юридичної допомоги бідним та іншим незаможним людям. Професійні асоціації адвокатів мають співробітничати в організації та створенні умов подання такої допомоги;

Будь-яка особа, яка не має адвоката, у випадках, коли інтереси правосуддя вимагають цього, повинна бути забезпечена допомогою адвоката, котрий має відповідну компетенцію та досвід ведення таких справ, щоб забезпечити її ефективну допомогу без оплати з її боку, якщо у неї немає необхідних коштів;

Уряди повинні забезпечити людині, підданій затриманню, арешту або поміщеній у тюрму з пред'явленням або без пред'явлення обвинувачення у вчиненні кримінального злочину, швидкий допуск до адвоката, у будь-якому випадку не пізніше ніж через 48 годин з моменту затримання або арешту.

Затриманій, заарештованій або поміщеній в тюрму особі мають бути забезпечені необхідні умови, час і засоби для зустрічі або комунікацій й консультацій з адвокатом без зволікань, перешкод і цензури, з повною їх конфіденційністю. Такі консультації можуть бути в полі зору, проте, за межами чутності уповноважених посадових осіб.

Уряди, професійні асоціації адвокатів та навчальні інститути мають забезпечити, щоб адвокати отримали відповідну освіту,

підготовку і знання як ідеалів та етичних обов'язків адвокатів, так і прав людини та основних свобод, визнаних національним і міжнародним правом;

Адвокати повинні постійно дбати про честь і гідність своєї професії як важливі учасники здійснення правосуддя;

Обов'язки адвоката щодо клієнта мають включати:

а) консультації клієнта про його права та обов'язки, з роз'ясненням принципів роботи правової системи, оскільки вони стосуються прав і обов'язків клієнта;

б) надання допомоги клієнту будь-яким законним способом та вчинення правових дій для захисту його інтересів;

в) надання клієнту допомоги в судах, трибуналах та адміністративних органах.

Надаючи допомогу клієнтам при здійсненні правосуддя, адвокати повинні додержувати прав людини й основних свобод, визнаних національним і міжнародним правом, діяти вільно і наполегливо відповідно до закону і визнаних професійних стандартів та етичних норм.

Адвокат має бути лояльним до інтересів свого клієнта.

Там, де безпека адвокатів перебуває під загрозою у зв'язку з виконанням професійних обов'язків, вони мають бути адекватно захищені властями.

В розвитку інституту правничої допомоги в кримінальному провадженні варто орієнтуватись на концептуально слушні для демократичних суспільств положення такого відносно нового міжнародно-правового джерела права, як *«Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя»* (Резолюція Економічного та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р.).

Звернімо увагу, зокрема, на такі його основні концепти і положення, що спрямовані на розширення доступу до юридичної допомоги в системах кримінального судочинства: «особа, яка надає юридичну допомогу, називається юрисконсультом»; «держави використовують різні форми надання юридичної допомоги, це можуть бути державні захисники, приватні адвокати, адвокати за угодою, помічники адвокатів та інші»; «без шкоди для прав обвинувачених слід надавати юридичну допомогу потерпілим і свідкам на всіх етапах кримінального правосуддя»; «державам слід визнавати і заохо-

чувати внесок асоціації юристів, університетів, громадянського суспільства і інших груп та установ у надання юридичної допомоги»; з метою сприяння функціонуванню загальнонаціональної системи юридичної допомоги державам слід, коли це необхідно, вжити заходів, щоб ... «надати помічникам адвокатів можливість надавати дозволені внутрішнім законодавством чи практикою форми юридичної допомоги особам, арештованим, затриманим, підозрюваним, чи обвинуваченим у скоєнні кримінального правопорушення, зокрема в поліцейських дільницях чи інших місцях тримання під вартою»; у разі нестачі кваліфікованих адвокатів юридична допомога може також надаватись особами, які не є юристами або середнім юридичним персоналом, водночас державам слід заохочувати зростання кількості юристів і усувати фінансові бар'єри на шляху отримання юридичної освіти» (ст. 65); «державам доцільно, коли це необхідно... заохочувати і підтримувати створення юридичних служб при юридичних факультетах університетів...»; розробити, якщо їх ще немає, правила проходження практики студентами... в судах під наглядом кваліфікованих юристів і викладачів...»¹.

Європейські стандарти

*Ратифікація Україною 17 липня 1997 р. Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод і Протоколів до неї (Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод 1950 року»)*² стала важливим кроком на шляху утвердження європейських цінностей у правовій системі України. Положення Конвенції увійшли в систему права України як важливого її елемента. Норми Конвенції можуть застосовуватись як норми права на території України, якщо вони не суперечать Конституції України.

Згідно з положеннями ст. 3 Конвенції: «Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню».

Відповідно до пункту 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод нікого не може бути полишено свободи інакше, ніж відповідно до процедури, встановленої законом, і в таких випадках, як:

¹ Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя. Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р. Нью-Йорк: ООН, 2013 URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU13168.html

² Офіційний вісник України. 1998. № 13.

a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;
b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом;

c) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою провадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою провадження його до компетентного органу;

e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів;

f) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції.

У статті 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплено відомі й іншим міжнародно-правовим актам концепти і концептуальні положення:

Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього (ст. 2).

Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судове засідання (ст. 3).

Кожен, кого лишено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним (ст. 4).

Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування (ст. 5).

Стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод названа «Право на справедливий суд» і включає ряд фундаментальних положень, які повністю чи частково увійшли в тексти конституцій та інших законів європейських держав, застосовуються та набувають розвитку в рішеннях ЄСПЛ.

Зокрема, ця норма визначає:

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

2. Кожен, кого звинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

а) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього;

б) мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;

в) захищати себе особисто чи використовувати 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;

г) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

е) якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача.

Згідно зі ст. 7 Конвенції «Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання, ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення».

Стаття 8 Конвенції проголошує право кожного на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Не можна обійти увагою і ст. 17 «Заборона зловживання правами», згідно з якою «Жодне з положень цієї Конвенції не може тлумачитись 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 на їх обмеження в *більшому обсязі*, ніж це передбачено в Конвенції», а також приписи ст. 18: «Обмеження, дозволені згідно з цією Конвенцією щодо зазначених прав і свобод, не застосовуються для інших цілей, ніж ті, для яких вони встановлені». Ці положення стали основою ст. 22 чинної Конституції України, згідно з якою при прийнятті нових законів не допускається звуження існуючих прав і свобод людини.

Рекомендація 971 (1983) «Про захист затриманих від тортур та жорстокого, нелюдського або принижуючого гідність поведження або покарання», прийнято Консультативною асамблеєю Ради Європи 28 вересня 1983 р. в доповнення до Європейської конвенції по попередженню катувань та нелюдського або принижуючого гідність поведження або покарання.

Резолюція № (78)8 «Про юридичну допомогу і консультації», прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 2 березня 1978 р. зазначає:

Безоплатна правова допомога має завжди надаватися особою, яка має право практикувати в якості адвоката у відповідності з пра-

вовими нормами держави як у випадках, коли система правової допомоги передбачає участь захисника, так і у випадках, коли:

- а) сторони мають бути представлені такою особою в судовому органі держави згідно із законом такої держави;
- б) орган, уповноважений забезпечити надання безоплатної правової допомоги, доходить висновку, що допомога адвоката є необхідною з огляду на конкретні обставини у справі.

Концепт даного нормативного акта про те, що «Юридична допомога завжди має здійснюватися особою, яка має право практикувати як адвокат («professionally qualified to practise law»), означає: «що має професійну кваліфікацію для юридичної практики» відповідно до юридичних норм даної держави.

Зауважимо і тут категорично не стверджується, що юридична допомога завжди має здійснюватися виключно адвокатом, а зазначається лише, що така юридична допомога завжди має здійснюватися особою, яка, підкреслимо, «має право практикувати як адвокат».

Дана Резолюція також передбачає, що держава має забезпечувати особам, які перебувають в економічно несприятливому становищі, можливість одержання необхідних юридичних консультацій з усіх питань, які можуть зачіпати їхні права та інтереси.

У *Кодексі поведінки європейських адвокатів*, прийнятому 28 жовтня 1988 року Радою адвокатських асоціацій та спілок адвокатів Європи (зі змінами і доповненнями від 28 листопада 1988 року, 6 грудня 2002 року та 19 травня 2006 року), підкреслено, що у суспільстві, яке ґрунтується на верховенстві права, адвокат відіграє особливу роль, а його призначення не обмежено лише сумлінним виконанням свого обов'язку в межах закону. Адвокат має слугувати інтересам правосуддя, діяти в інтересах права в цілому так само, як і в інтересах тих, чий права і свободи йому довірено захищати; він має не лише виступати в суді від імені клієнта, а й надавати йому правничу допомогу у вигляді порад і консультацій. Повага до професійної діяльності адвоката є суттєвою умовою для ствердження верховенства права і демократії у суспільстві.

Безумовно, що даний документ не має нормативного характеру, але його положення заслуговують на реалізацію у законодавстві європейських держав і мають сприяти його гармонізації та удосконаленню.

Кодекс декларує такі вагомні принципи і цінності:

Незалежність адвоката, який має бути вільним від будь-якого впливу та інтересу. Оскільки поради адвоката, які він надає клієнтові, «не мають сенсу, якщо адвокат надає їх лише для того, щоб здобути його прихильність, слугувати своїм власним інтересам або внаслідок зовнішнього тиску» (п. 2.1).

Довіра та доброчесність (п. 2.2).

Конфіденційність. Найголовніше в діяльності адвоката – це те, що клієнт розповідає адвокатові речі, які він не розповість іншим. Дотримання конфіденційності є першочерговим і основним правом та обов'язком адвоката (п. 2.3).

Повага до прав інших осіб (п. 2.4).

Дотримання правил несумісних видів діяльності (п. 2.5).

Точність інформації і дотримання вимог конфіденційності та прав інших при її розповсюдженні (п. 2.6).

Дотримання прав та інтересів клієнта (п. 2.7).

Недопустимість повідомлення суду хибної або такої, що вводить оману інформації (п. 4.4).

Дані положення заслуговують на включення до національного законодавства та можуть стати частиною системи принципів проекту Кодексу правничої допомоги та захисту.

У 2006 році Україна прийняла один з найбільш прогресивних законів нашого часу – Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»¹. Цим самим Україна взяла на себе дуже важливу і складну місію, яка полягає не тільки у виконанні рішень міжнародної судової інстанції індивідуального характеру (наприклад, рішень щодо реабілітації та справедливої сатисфакції щодо конкретної особи), але й надаючи правовим позиціям і прецедентній практиці цього суду пріоритетне значення джерел права, унікальних джерел права, які слугують як раз тими самими європейськими стандартами – орієнтирами, зразками, еталонами, для подальшого удосконалення вітчизняної системи права, нормами, на які покликаний орієнтуватись у своїй діяльності законодавчий орган держави.

Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. ви-

¹ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006р. // Офіційний вісник України. 2006. № 12.

значено фундаментальні для правової системи України положення: суди мають застосовувати при розгляді справ практику Європейського суду з прав людини як джерело права (ст. 17); законодавчий орган держави (орган представництва) має здійснювати експертизу та перевірку чинних законів і підзаконних актів на відповідність Конвенції та практиці Європейського суду з прав людини (ст. 19).

У рішенні у справі «Ван Гейсегем проти Бельгії» від 21 січня 1999 р. Європейський суд з прав людини встановив, що «право кожної особи, обвинуваченої у вчиненні кримінального злочину, на ефективний адвокатський захист є одним із атрибутів справедливого судового процесу».

Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року», Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» у ч. 1 зазначає, що Україна повністю визнає на своїй території дію статті 25 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року щодо визнання компетенції Європейської комісії з прав людини приймати від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб заяви на ім'я Генерального Секретаря Ради Європи про порушення Україною прав, викладених у Конвенції, та ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції.

Разом з тим ратифікація Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7, 11 і 14 до Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод відкрила можливість для українських громадян і всіх осіб, що перебувають під юрисдикцією України, не тільки користуватись усіма правами і свободами, проголошеними Конвенцією, а більше того – здійснювати їх захист із застосуванням юрисдикції Європейського суду з прав людини. Кожен громадянин України може звертатись до ЄСПЛ для захисту своїх прав і свобод, коли використані національні засоби захисту таких.

Європейський Суд з прав людини – заснований на основі Європейської Конвенції про захист прав та основних свобод людини та Протоколів до неї, загальноєвропейський судовий орган, в компетенцію якого входить розгляд спорів у правовідносинах між громадянами і державами з метою забезпечення верховенства права

та захисту прав і свобод людини, який здійснює свою діяльність шляхом розгляду індивідуальних чи колективних заяв та встановлення справедливих компенсацій, а його рішення отримують обов'язковий та прецедентний характер для держав-учасниць Конвенції.

Європейський суд з прав людини стає все більш рушійною силою самої Європейської Конвенції про захист прав та основних свобод людини, постійно приводячи в дію її приписи та сприяючи її тлумаченню і належному дотриманню. Французький автор Ж. – П. Маргено писав: «Безсумнівно, якби Суду не вдалося затвердити свій авторитет і підняти свій престиж, Європейська конвенція залишилася б загальним каталогом гуманітарних побажань, не дуже здатним впливати на долю конкретних жертв порушень прав людини і на право держав-порушників. Знадобилося кілька десятиліть діяльності Суду і багато сотень його рішень, щоб Конвенція виявилася за сучасних умов життєздатною і набула конкретного ефективного змісту»¹.

Правові позиції та прецедентна практика Європейського суду з прав людини стають не тільки європейськими правовими стандартами, а й наповнюють правову систему України цілісними і важливими принципами, дефініціями, гарантіями, нормами, які мають гармонізувати національне право і правосвідомість, унормувати існуючі прогалини законодавчого регулювання.

Прецедентне право – це не все рішення в цілому, а лише та його частина, що має назву *ratio decidendi* (вирішальний довід, аргумент, принцип, на якому воно ґрунтується)².

Прецедентні судові рішення ЄСПЛ як взагалі, так і в аспектах гарантій правничої допомоги і захисту встановлюють певні правничі стандарти, які обмежують владу правом в цілому та «поліцейське та суддівське свавілля», зокрема, сприяють чіткому розумінню й правильному тлумаченню та універсалізації розуміння Конвенції, конкретизують і розвивають конвенційні положення, даючи змогу правильно зрозуміти їхню букву та дух, сприяють їх логічному і системному сприйняттю, оперативно усувають існуючі прогалини права в існуючих викликах часу та швидкоплинних змінах суспільства.

¹ URL: www.eurocourt.org.ua

² Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (Голова редкол. та ін.). Т. 5. К.: Укр. енцикл., 1998. С. 78.

Англійські юристи визнають прецедентне право ефективною системою, перевагами якої є визначеність, конкретність, передбачуваність, практичність, здатність до саморозвитку та пристосування до нових суспільних відносин. Однак воно має і певні недоліки: жорсткість, громіздкість, складність, загроза непослідовності¹.

В аспекті безпосереднього застосування інституту правничої допомоги та захисту Європейський суд з прав людини ухвалив низку рішень, якими зобов'язав Україну відшкодувати шкоду, завдану незаконними діями та рішеннями органів досудового розслідування, прокуратури та суду.

У справі «*Нечипорук і Йонкало проти України*» (заява № 42310/04, рішення від 21 квітня 2011 р.) Суд оприлюднив жакливі факти катувань і нелюдського поводження з затриманими. Так, 20 травня 2004 р. працівники міліції затримали заявника І. М. Нечипорука за підозрою в незаконному зберіганні наркотичних засобів й доправили його до Південно-Західного відділу міліції м. Хмельницького. Того самого дня до заявника було застосовано адміністративний арешт. Згідно з твердженнями заявника, 21 травня 2004 р. у зв'язку з його відмовою надати зізнавальні показання у вчиненні вбивства пані І. до нього було застосовано заходи фізичного та психологічного впливу, які полягали у катуванні електричним струмом, побитті протягом тривалого часу та у погрозах застосувати такі ж заходи до його дружини, яка перебувала на восьмому місяці вагітності та допитувалась у той час в сусідньому кабінеті відділу міліції.

Відповідно до декількох експертних висновків, виданих у червні 2004 р. та 2005 р., заявник мав тілесні ушкодження, які могли бути завдані в період перебування заявника у відділі міліції у травні 2004 року. Остання експертиза підтвердила, що тілесні ушкодження заявника могли бути завдані внаслідок застосування до нього електричного струму.

У відповідь на скарги заявника щодо поганого поводження органи прокуратури неодноразово відмовляли в порушенні кримінальної справи, відповідні постанови про відмову в порушенні кримінальної справи скасовувались судом як необґрунтовані. У подальшому в оскарженні постанови про відмову в порушенні кримінальної справи за фактом поганого поводження з заявником було

¹ Уолкер Р. Англійська судебная система. М.: Юридическая литература, 1980. С. 76.

відмовлено судом на підставі того, що питання оскаржуваного поведіння працівників міліції має розглядатись у ході провадження стосовно обвинувачення заявника у вчиненні злочинів.

23 травня 2004 р. після закінчення строку адміністративного затримання заявника було звільнено. Того ж дня щодо заявника було порушено кримінальну справу за підозрою у вчиненні розбійного нападу з метою заволодіння майном та у вчиненні вбивства з корисливих мотивів. Заявника було взято під варту.

5 травня 2005 р. Хмельницький міський суд постановив виправдувальний вирок щодо заявника за всіма пред'явленими йому обвинуваченнями.

11 серпня 2005 р. апеляційний суд Тернопільської області, до якого було передано справу, скасував виправдувальний вирок і повернув справу на новий судовий розгляд.

31 серпня 2007 р. апеляційний суд Тернопільської області визнав заявника винним у вчиненні низки злочинів та призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на п'ятнадцять років. 20 березня 2008 р. цей вирок було залишено без змін Верховним Судом України.

До Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) заявник скаржився за такими статтями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція): ст. 3 – щодо поганого поведіння з ним з боку працівників міліції та неефективності проведеного за цим фактом розслідування; пункти 1, 2, 3, 4, 5 ст. 5 – щодо незаконності, необґрунтованості та тривалості тримання його під вартою, неповідомлення про причини його затримання, відсутності швидкого розгляду судом його заяв про звільнення з-під варти, незабезпечення його права негайно після затримання постати перед суддею для вирішення питання законності затримання, а також щодо відсутності права вимагати відшкодування шкоди, завданої затриманням всупереч положенням Конвенції; пункти 1 і 3(с) ст. 6 – щодо необґрунтованості його засудження, незабезпечення права на захист та права не свідчити проти себе.

Порушення ст. 3 Конвенції було встановлено з огляду на те, що у справі було підтверджено отримання заявником тілесних ушкоджень під час його перебування під вартою та що державою-відповідачем не було надано обґрунтованих пояснень щодо їх походження. З огляду на характер заходів фізичного впливу, про які стверджував

заявник і застосування яких не було спростовано державними органами в ході розслідування відповідної скарги, і враховуючи також узгодженість та детальність пояснень заявника як щодо оскаржуваних заходів, так і щодо психологічного тиску, Європейський суд дійшов висновку, що поведження, якого зазнав заявник з боку працівників міліції, прирівнюється до катування.

Порушення п. 1 ст. 5 Конвенції було встановлено щодо відповідних періодів тримання заявника під вартою у зв'язку з тим, що: заявника тримали під вартою фактично в якості підозрюваного з метою відібрання у нього свідчень щодо вчинення злочину, використовуючи для цього адміністративне затримання і тим самим позбавляючи заявника відповідних прав; заявника тримали під вартою за відсутності будь-якого рішення суду; тримання заявника під вартою здійснювалось всупереч вимог національного законодавства; рішення суду про тримання заявника під вартою не мали належного обґрунтування та визначеного строку застосування такого запобіжного заходу.

Порушення п. 3 ст. 5 Конвенції було встановлено у зв'язку з тим, що заявник постав перед суддею тільки через 6 днів після затримання, що не відповідає вимогам «негайності», передбаченій вказаним положенням, а також у зв'язку з неналежністю обґрунтування рішень про продовження тримання заявника під вартою у відповідні періоди.

Порушення п. 5 ст. 5 Конвенції було встановлено у зв'язку з тим, що заявник не отримав права на відшкодування шкоди, завданої затриманням всупереч ст. 5 Конвенції.

Порушення п. 1 та п. 3(с) ст. 6 Конвенції було встановлено у зв'язку з тим, що зізнання заявника у вчиненні злочину, дане ним внаслідок катування, було прийняте судами в якості доказу, що є порушенням вказаної статті незалежно від ступеню впливу цього зізнання на рішення суду та кількості підтверджень таких зізнавальних показів, наданих заявником в подальшому; фактично виступаючи в якості підозрюваного у вчиненні відповідного злочину – статус, що за національним законодавством вимагає обов'язкової участі захисника, – заявник не мав можливості користуватись послугами захисника у відповідний період; суди не надали належного обґрунтування обвинувального вироку у справі заявника.

Європейський суд з прав людини *постановив*, що, відповідно до п. 2 ст. 44 Конвенції держава-відповідач має виплатити заявнику

такі суми, які мають бути конвертовані в українські гривні за курсом на день здійснення платежу: 35 000 € (тридцять п'ять тисяч євро) відшкодування моральної шкоди з урахуванням будь-якого податку, який може бути стягнуто; 13 594 (тринадцять тисяч п'ятсот дев'яносто чотири) євро компенсації судових витрат.

У Справі № 15825/06 **«Яковенко проти України»** від 25 січня 2008 року встановлено, що підозрюваний був затриманий протягом доби без складання протоколу, без надання доступу до адвоката, викривальні свідчення були дані із застосуванням фізичного насильства, затриманий подавав скарги на дії працівників міліції, що спричинили тілесні ушкодження, але відповідей не отримав, умови тримання в СІЗО жакливі, умови перевезення із СІЗО до суду нелюдські, затриманий мав тяжкі захворювання, але скарги на стан здоров'я не були розглянуті, внаслідок чого обвинувачений помер в СІЗО. Європейський Суд з прав людини констатував, що тяжкий фізичний стан з'явився внаслідок жакливих умов тримання в камерах досудового ув'язнення, затриманому не було надано медичну допомогу, що дорівнює нелюдському поводженню, умови перевезення затриманих не відповідають мінімальним стандартам.

У справі **«Шабельник проти України»** Європейський Суд з прав людини констатував: заявник був допитаний в якості свідка, зізнався в процесі такого допиту у відсутності адвоката у вчиненому злочині; брав участь у відтворенні обстановки і обставин злочину в якості свідка і без захисника, де підтвердив свої зізнання; скаржився на те, що в основу обвинувачення покладені докази, здобуті незаконним шляхом. Суд установив, що засудження ґрунтується на показаннях, здобутих із порушенням права особи «на мовчання та права не свідчити проти самого себе» та з перешкодами для здійснення права на захист.

Порушення забезпечення права на захист органами кримінального судочинства встановлено Європейським судом з прав людини у справі **«Балицький проти України» (2002 р.)**. У цій справі заявник скаржився на те, що його засуджено на підставі визнавальних показань, отриманих під примусом і за відсутності захисника, та що суди не допитали важливих свідків захисту. Розглянувши справу, ЄСПЛ вбачає порушення пунктів 1 і 3 статті 6 Конвенції зважаючи на те, що його засуджено на підставі визнавальних показань, отриманих у результаті порушення його права не давати показання

та права не свідчити проти себе, та що йому чинилися перешкоди щодо ефективного здійснення ним права на захист під час допиту на первісній стадії досудового слідства, прийнятними та постановляє, що було порушення пункту 1 і підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції щодо права заявника на захист.

У справі № 40852/05 «Шличков проти Російської Федерації» від 09 лютого 2016 р., (рішення набрало чинності 09 травня 2016 р.) ЄСПЛ визначив, що надані у відсутності адвоката свідчення не можуть вважатися достовірними, оскільки немає ніяких доказів, які б спростовували, що вони могли з'явитися під примусом. Заявник скаржився, в тому числі на порушення ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що він був засуджений на підставі свідчень, отриманих під примусом за відсутності адвоката.

Європейський Суд знову наголосив, що «... право не давати показання та право не свідчити проти себе є загальновизнаними міжнародними стандартами, які лежать в основі поняття справедливого розгляду, передбаченого статтею 6 Конвенції. Сенс цих прав полягає в тому числі в забезпеченні захисту підозрюваних від будь-яких проявів незаконного примусу з боку влади; таким чином їх дотримання допомагає уникнути судових помилок і сприяє реалізації цілей статті 6 Конвенції. Право не свідчити проти самого себе, зокрема, передбачає, що сторона звинувачення в кримінальній справі прагне довести свою версію по справі проти обвинуваченого, не вдаючись до доказів, отриманих шляхом примусу або придушення волі обвинуваченого».

Суд встановив, що «... явка з повинною, яку заявник написав за відсутності адвоката в якості свідчення проти самого себе після затримання і взяття під варту, була одним із доказів сторони обвинувачення під час розгляду кримінальної справи. Суд звернув увагу на твердження влади, що «... заявник відмовився від своїх процесуальних прав і посилалися на його письмові свідчення від 19 березня 2004 року». У зв'язку з цим Суд нагадав, що відмова від прав, гарантованих Конвенцією – в тій мірі, в якій це допустимо, – не повинна суперечити будь-яким важливим суспільним інтересам, і має бути виражена в однозначному вигляді і супроводжуватися мінімальними гарантіями, порівнянними зі ступенем значущості відмови. З огляду на обставини цієї справи Суд не зміг погодитися з твердженням влади про відмову заявника від своїх прав, так

як письмові свідчення від 19 березня 2004 року були надані після написання явки з повинною 18 березня 2004 року. Більше того, заявник не може вважатися таким, що відмовився від права не свідчити проти себе.

Європейський Суд дійшов висновку, що «... внутрішньодержавні суди прийняли явку заявника з повинною як доказ його провини, і що розгляд справи був несправедливим незалежно від того, яку доказову цінність мали ці свідчення і від того, наскільки вирішальну роль вони зіграли в засудженні заявника» (п. 86 постанови). Таким чином, мало місце порушення ст. 3 Конвенції у її процесуальному та матеріально-правовому аспектах, а також порушення пункту 1 ст. 6 Конвенції.

У справі **«Загородній проти України»** Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 24 листопада 2011 року встановив:

5 серпня 2004 року було порушено кримінальну справу щодо заявника. 16 листопада 2004 року слідчий допустив до справи як захисника пана М., який не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. 5 серпня 2005 року Димитровський міський суд Донецької області повернув справу на додаткове розслідування у зв'язку з порушенням права заявника на захист. Суд вказав, що оскільки відсутній спеціальний закон, який би врегулював участь у кримінальних справах фахівців у галузі права, які не є адвокатами, такі фахівці не можуть бути захисниками. Заявник оскаржив це рішення в апеляційному та касаційному порядку, однак у задоволенні відповідних скарг йому було відмовлено.

В подальшому питання щодо права заявника мати захисником пана М. неодноразово було предметом розгляду судами першої, апеляційної та касаційної інстанцій. Суди доходили висновку про неможливість участі пана М. як захисника у зв'язку з відсутністю законодавчого регулювання участі в кримінальних справах фахівців в галузі права, які не є адвокатами. Протягом провадження інтереси заявника представляли різні захисники, призначені слідчим або судом.

До Європейського суду з прав людини заявник скаржився за п. 1 та підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо незаконності відмови йому в праві на вільний вибір захисника та несправедливість судового розгляду його справи.

Європейський суд з прав людини визнав порушення п. 1 та підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, адже право заявника на вільний вибір захисника було обмежене у спосіб, несумісний із вимогами вказаних положень, з огляду на те, що, не вирішуючи протягом тривалого періоду питання щодо обмеження вибору захисника, держава створила ситуацію, несумісну з принципом юридичної визначеності, що становить один із базових аспектів верховенства права. Суд постановив, що в цій справі спостерігалось порушення пунктів 1 та 3 статті 6 Конвенції.

Європейський суд з прав людини в аспекті доказової діяльності сторони захисту у своїх рішеннях у справах *«Преич проти Хаорватії»* від 27 березня 2008 року, *«Домбо Бехеєр проти Нідерландів»* від 27 жовтня 1993 року та *«Мірілашвілі проти Росії»* від 11 грудня 2008 року підтвердив право захисника самостійно збирати докази і висловив досить чітку позицію, яку можна узагальнюючи звести до такого змісту – «сторони кримінального провадження мають право подавати суду свої докази, а сторона захисту повинна мати право збирати і подавати докази на тих же умовах, що й сторона обвинувачення».

Функціонування Європейського суду з прав людини стає не тільки стримувальним фактором від зловживань судової чи іншої влади на теренах Європи, а й є запорукою стабільності інституту реабілітації, його непорушності і життєвості, незважаючи на можливі коливання політичного курсу чи ситуації в тій чи іншій державі. Адже його виважені позиції і рішення створюють по суті наддержавну систему стабільного не тільки природного, а і юридично визначеного права та механізмів його захисту, які стають не тільки загальнообов'язковими, а й незмінюваними, непорушними і незалежними від європейського простору і часу.

Основна концептуальна ідея ЄСПЛ – забезпечення принципу верховенства права, який, за визначенням Ю. С. Шемшученка, є головним чином принципом природного права як сукупності ідеальних, духовних і найвищою мірою справедливих понять про право¹.

Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) у доповіді про верховенство права вказала на такі його необхідні елементи: *законність і прозорість ухвалення законів; правову визначеність*, яка передбачає легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечену можливість скористатись цим правом; *заборону державного свавілля*, зокрема, обмеження

¹ Шемшученко Ю. С. Вибране. К.: Юридична думка, 2005. С. 76.

дискреційних повноважень органів держави, обґрунтованість їх рішень; *ефективний доступ до правосуддя* у незалежних і неупереджених судах, судовий контроль за законністю та конституційністю актів державної влади, функціонування незалежної адвокатури, виконання рішень судів; *дотримання прав людини*, передусім гарантованість права на ефективний засіб правового захисту, на справедливий суд, право бути вислуханим, презумпція невинуватості, заборона зворотної дії закону; *недискримінацію і рівність перед законом*, що передбачає відсутність законів, які містять дискримінаційні положення або закріплюють правові привілеї, заборону дискримінаційного тлумачення або застосування закону.

У рішеннях ЄСПЛ час від часу викладаються певні правові позиції, за основу яких беруться такі принципи, як *принцип юридичної визначеності та принцип пропорційності*.

Пропорційність, як один із загальних принципів, який був закріплений як загальний принцип в Угодах про утворення ЄС (зокрема, в ст. 5 Договору про заснування Європейського співтовариства), за своїм змістом в узагальненому формулюванні звучить так: для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, що впливають з публічного інтересу.

Головна ідея, яка покладена в основу принципу пропорційності, полягає в таких постулатах: при застосуванні будь-якого примусу чи обмежень прав учасників процесу мета таких дій має бути соціально корисною і достатньо вагомою, такої мети неможливо досягти іншими мінімальними засобами; засоби досягнення суспільно вагомої мети мають бути найменш обтяжливими для осіб в конкретних умовах; завдана обмеженням прав шкода має бути мінімально необхідною за відповідних умов і бути меншою, ніж та шкода, яка відвернута завдяки застосуванню обмежень.

Правова система України має реформуватись відповідно до основних засад міжнародно-правових актів і укорінених в практиці Європейського суду з прав людини принципів верховенства права, юридичної визначеності, пропорційності, забезпечення захисту честі та гідності людини.

Виникає проблема уніфікації правових актів, гармонізації чинного національного і міжнародного права з урахуванням загального характеру правових засад, викладених в Конституції України.

§ 4. Досвід європейських країн в розбудові інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі

Порівняльне правознавство – метод вивчення правових систем різних держав шляхом зіставлення однойменних правових норм, інститутів, принципів тощо та практики їх застосування, який дає можливість на основі зіставлення відібрати кращі зразки з правового досвіду для удосконалення національних правових систем. Метод є також основою уніфікації і гармонізації права через міжнародні договори, засобом виявлення загального і особливого у правових системах у цілому та окремих країн¹.

Визнання вченими неминучості національного різноманіття та нетотальності, нетрансцендентності, нематеріальності, процесуального та іманентного характеру соціального загального в праві ставило своє національне право в діалог з іншими. Засади концепцій у цій сфері є сумісними, а найбільш принципові з них співпадають: розуміння сучасних правопорядків як відкритих, неунікненності їх взаємодії й більшої чи меншої користі від неї; визнання наявності подібних проблем у різних правопорядках і, відповідно, припущення існування досконаліших моделей їх вирішення, що можуть бути запозичені; припущення можливості перенесення елементів права від одного правопорядку в інший без втрати їх змісту; ідея добровільної й обмеженої рецепції, що виходить з усвідомлених потреб суспільства-реципієнта та сумісності правопорядків; вимога адаптації форми запозичених елементів і кореляції їх змісту для забезпечення відповідності умовам суспільства-реципієнта; презумпція формування іманентного загального в праві в результаті історичної, конкретної, постійної взаємодії правопорядків².

¹ . Батлер У.Е., Шемшученко Ю. С. Порівняльне правознавство. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Укр. енцикл.», 2004. Т. 4. С. 666–667.

² Кресін О.В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація: монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2017. С. 618–619.

В сучасній юридичній літературі законодавству зарубіжних країн приділяється все більша увага¹. Значною мірою розкрито особливості інститутів правничої допомоги і захисту та іншого процесуального права країн зі сталими, стабільними законодавчими системами. Стабільність правових норм – важливий позитивний фактор правопорядку, якого бракує нині нашій державі, яка переживає часи бурхливих перманентних реформ, нерідко позбавлених доктринальних ознак і стратегічних цілей – «реформ з метою реформ». Між тим, проблеми порівняльного правознавства ще не вичерпані, а законодавство переважно східних європейських країн швидкоплинно змінюється, що, незважаючи на те, що це ускладнює його аналіз, посилює актуальність подальших порівняльно-правових досліджень.

Як справедливо наголошує О. Дроздов та Т.Б. Вільчик, чинні європейські стандарти передбачають, що на ринку правових послуг можуть здійснювати діяльність як професійні адвокати, так і особи, що не є адвокатами. Що стосується практики європейських країн, то останні можуть бути поділені на три групи:

1) держави, де адвокати володіють монополією на представництво в судах і на консультування, іншими словами мають повну монополію на надання 68 правових послуг. У таких країнах особи,

¹ Молдован А. В., Савченко В. А., Садова Т. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, США. Навчальний посібник. К.: Алерта, 2014. 334 с.; Банчук О. А., Демкова М. С. Правова допомога: Зарубіжний досвід та пропозиції для України. Київ: Факт, 2004. 504 с.; Вільчик Т. Б. Конституційне право на правову допомогу адвоката у країнах Європейського Союзу та в Україні: монографія. Х.: Право, 2015. 400 с.; Гловацький І. Ю. Адвокатура зарубіжних країн (Англія, Німеччина, Франція): навч. – практ. посіб. Київ: Атіка, 2007. 588 с.; Дубівка І. В. Правова регламентація участі захисника в кримінальному процесі за законодавством зарубіжних країн. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1(13). С. 350–360; Молдован В. В. Молдован А. В. Порівняльне кримінально-процесуальне право: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 1998. 400 с.; Савченко В. А., Соловій Я. І., Фелик В. І., Юрчишин В. Д. Основи кримінального процесу Федеративної Республіки Німеччина: навч. посіб. Х.: Право, 2017. 372 с.; Воскобитова М. Р., Диков Г. В., Насонов С. А. і др. Стандарти справедливого правосуддя: міжнародные и национальные практики / под ред. Т. Г. Морщаковой. Москва: Мысль, 2012. 583 с.; Кресін О. В. Перспективи розвитку порівняльного правознавства в Україні. Правова держава: зб. наук. праць. 2003. Вип. 14. С. 438–443; Молдован А. В., Тилик Т. М. Адвокатура України: навч. посіб. К.: Алерта, 2013. 256 с.; Петров Р. А. Транспозиція «acquis» Європейського Союзу у правові системи третіх країн: монографія. К.: Істина, 2012. 384 с.; Гуценко К. Ф., Головка Л. В., Филімонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. М.: «Зерцало–М», 2002. 528 с.; Шевчук С. Порівняльне процесне право з прав людини. К., 2002. 344 с.; Махов В. Н., Пешков М. А. Уголовный процесс США. М., 1998; Менахем Элон Еврейское право. СПб.: Изд-во «Юридический центр пресс», 2002; Самарын В. І. Кримінальні процеси Японії. Юстиція Беларусі. 2014. № 3. С. 45–48; Тертышник В. М. Компромис в уголовном процессе Украины, России и США. Право и политика. 2003. № 8. С. 62–67.

не будучи адвокатами, надавати правові послуги не можуть (Австрія, Кіпр, Чехія, Німеччина, Угорщина);

2) держави, де адвокати володіють монополією на представництво в судах. У таких країнах консультування з правових питань не є прерогативою адвокатів, тому представники інших професій, а можливо і будь-яка особа, можуть давати консультації з правових питань. Однак право на здійснення представництва в судах належить тільки адвокатам (Бельгія, Литва, Норвегія, Португалія);

3) держави, де юристи не володіють будь-якою монополією на юридичні послуги (Фінляндія, Швеція). Проте останнім часом у Фінляндії прийнято закони, якими виключно юристам надано право надавати юридичні послуги¹.

Певною креативністю відзначаються правові норми інститут захисту у державі Ізраїль, де право особи на захист закріплено Законом «Про кримінальне судочинство держави Ізраїль» (ст. 13), яким визначено, що 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 знайомитися з матеріалами, зібраними стороною обвинувачення².

Незважаючи на певну позитивну тенденцію до зближення правових систем європейських країн, все ж таки досі існують певні особливості окремих приписів інститутів захисту в різних країнах.

Класична європейська (континентальна) форма кримінального процесу представляє здебільшого романо-германську правову систему сучасності. Вона бере свої корені від Кримінально-процесуального кодексу Франції 1808 року. Подарувавши світові Декла-

¹ Дроздов О. Науковий висновок щодо відповідності ст. 131–2 та підп. 11 п. 16–1 Розділу XV «Перехідні положення» законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. Вісник Національної асоціації адвокатів. 2016. № 1–2. С. 17–24; Вільчик Т.Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.10; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Х., 2016. С. 82–83.

² Татаров О.Ю. З досвіду організації досудового розслідування злочинів в державі Ізраїль (порівняльно-правовий аналіз). Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. 2010. № 5 (72). С. 253–266.

рацію прав і свобод людини, Цивільний кодекс та інші актуальні і змістовні ідеї юриспруденції, французькі вчені на багато років обумовили розвиток кримінально-процесуальної науки в Європі. Французька модель була сприйнята Австрією, Італією, Німеччиною, Росією, Іспанією, Україною і багатьма іншими країнами.

Кримінальний процес Франції є зразком класичної континентальної, так званої змішаної, моделі кримінального судочинства.

Кримінальні діяння у Франції поділяються на три категорії:

- *злочини* – діяння, за які передбачається довічне або довгострокове позбавлення волі;
- *делікти* – діяння, які караються позбавленням волі від двох місяців до п'яти років чи штрафом понад 2 тис. франків;
- *проступки* – незначні діяння, які можуть каратися позбавленням волі на строк не більше двох місяців чи штрафом до 2 тис. франків.

Свідки перед допитом складають присягу *«говорити без ненависті та страху всю правду і нічого, крім правди»*. Потерпілий згідно зі ст. 114 Кримінально-процесуального кодексу Франції також має право на допомогу адвоката з першого допиту.

Законодавством Франції змінено перелік осіб, які можуть бути захисником у кримінальному процесі – адвокатом. Так, у Законі № 71–1130 від 31 грудня 1971 року «Про реформу низки судових і юридичних професій» (у редакції станом на 22 вересня 2015 року) Титул 1 має назву «Запровадження нової професії адвоката і її організаційні правила». У статті 1 зазначено, що нова професія, кожен представник якої наділений статусом адвоката, замінює собою колишні професії: адвоката, судового повіреного при апеляційному суді та юридичного консультанта. Представник нової професії виконує всі функції будь-якої з трьох професій: адвоката, судового повіреного при апеляційному суді та юридичного консультанта. Адвокат є особою вільної професії і зберігає професійну незалежність¹.

На відміну від кримінального законодавства США, визнання обвинуваченим своєї вини у Франції не є вирішальним доказом і не тягне за собою спрощення подальшої процедури розгляду справи.

Обвинувачений, який був затриманий або арештований, має бути допитаний протягом 48 годин. Затриманий відповідно до по-

¹ Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування: дис. канд. юрид. наук. Київ, 2017. С. 44.

ложень ст. 116 КПК Франції може вільно спілкуватися зі своїм адвокатом, починаючи з першого допиту його слідчим. Але слідчий має право накласти заборону на спілкування строком до 10 днів.

Адвокат має брати участь в усіх слідчих діях, які проводяться за участю підзахисного, включаючи перший допит. Затримана особа має право без зволікань після фактичного затримання зустрітись з адвокатом.

Кримінально-процесуальний кодекс Федеративної Республіки Німеччина діє в новій редакції від 07 квітня 1987 року і передбачає здійснення професійного захисту *захисником (Verteidiger)*.

У КПК ФРН застосовуються відповідно до стадій процесу чотири поняття: «verdachtiger» – особа, відносно якої є підстави для підозри її у скоєнні злочину; «berschuldigter» – особа, відносно якої здійснюється кримінально-процесуальне провадження; «angeschuldigter» – особа, відносно якої висунуто обвинувачення; «angeklagter» – підсудний¹.

Згідно зі § 136 [Перший допит] (1) На початку першого допиту обвинуваченому має бути указано, в якому діянні він обвинувачується та які кримінально-правові норми можуть бути застосовані. Йому слід указати, що відповідно до закону він має право висловити свою думку щодо обвинувачення чи відмовитись від дачі показань у будь-який час, в тому числі перед допитом, поставити питання захиснику, якого вибере сам. Окрім того, йому необхідно роз'яснити, що він може клопотати про отримання окремих доказів для виправдання.

Захисту прав і свобод обвинувачених в цілому сприяють демократичні процедури й приписи багатьох норм КПК ФРН, яка при таманні і вітчизняному процесуальному законодавству. Наприклад, не використовувати заборонені методи допиту (§ 136а КПК ФРН), не розголошувати передчасно несприятливі відомості про обвинуваченого (§ 256 КПК ФРН), повідомляти про арешт обвинуваченого і місце його перебування дружину чи іншого родича, а також за місцем його роботи (§ 114в КПК ФРН) тощо.

§ 136а [Заборонені методи допиту] (1) визначає, що «свобода прийняття рішень таї волевиявлення обвинуваченого не може бути

¹ Уголовно-процесуальный кодекс ФРГ / Пер. Германского Фонда международного правового сотрудничества и Организации безопасности и сотрудничества в Европе. Днепропетровский: Юридична академія МВС, 2004.

обмежена в результаті жорстокого поводження, втоми, фізичного впливу, застосування засобів впливу, мук, обману чи гіпнозу».

Аналізуючи особливості КПК ФРН, А. В. Молдован цілком слушно пропонує доповнити КПК України нормою такого змісту «Свобода волі і волевиявлення обвинуваченого не повинні пригнічуватися шляхом грубого поводження, виснаження, фізичного впливу, введення в організм спеціальних препаратів, мук, обману, гіпнозу. Погроза застосування недопустимих законом засобів і обіцянки не передбачених законом вигоди заборонені»¹.

Статтями 52, 53 КПК ФРН передбачено право відмови від дачі показань для близьких родичів, священників, журналістів, членів уряду, захисників, малолітніх, членів бундестагу, ландтагу, членів консультативної установи. Цими нормами передбачено навіть право відмови від дачі показань: осіб, які заручені з обвинуваченим, перебувають у фактичних шлюбних відносинах або шлюбні відносини яких вже розірвані, податкових повірених, аптекарів і акушерів, щодо відомостей, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням професійних обов'язків.

Згідно з § 137 КПК ФРН [Вибір захисника] «Обвинувачений у будь-який момент розгляду кримінальної справи може скористатись допомогою з боку захисника. Кількість вибраних захисників не може перевищувати трьох».

За приписами § 138 [Вибраний захисник], в якості обраного захисника може бути адвокат, який має допуск до адвокатської діяльності одного з німецьких судів, а також професори та викладачі права з німецьких вищих навчальних закладів (університетів). Інші особи допускаються як обрані захисники тільки з дозволу суду, і, якщо це випадок обов'язкового захисту, а обраного обвинуваченим захисника немає серед осіб, що можуть здійснювати функції захисників, – виключно разом з однією з таких осіб.

Демократизм даних приписів закону та їх відповідність принципу верховенства права дозволяє висловити думку про можливість застосування аналогічних концептів у законодавстві України.

Отже, за законодавством ФРН, крім адвокатів, до захисту допускаються й інші суб'єкти – викладачі права німецьких вищих

¹ Молдован А. В. Забезпечення обвинуваченому права на захист у кримінальному процесі Федеративної Республіки Німеччини та України (порівняльно-правове дослідження): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Київ, 2003. С. 12.

навчальних закладів, коло яких визначається чіткими рамками та вимогами приналежності до групи саме викладачів права вищих навчальних закладів, що обмежує можливості участі в німецькому кримінальному процесі будь-якого юриста. Крім того, зазначені параграфи КПК ФРН практичні працівники тлумачать вузько: якщо особа не є адвокатом, але вона юрист, то, як визначив в одному зі своїх рішень Вищий земельний суд Карлсруе, ця особа не володіє вимогами особливої здатності здійснювати захист у кримінальних справах. Відповідно, сформована пропозиція і в Україні на законодавчому рівні вирішити питання про визнання фахівцями у галузі права, крім адвокатів, викладачів кримінально-правових дисциплін вищих навчальних закладів України, які мають науковий ступінь кандидата або доктора юридичних наук зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право та спеціальності 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність¹.

Згідно з § 139 КПК ФРН [Делегування референдарію (referendariù)] вибраний обвинуваченим чи іншим учасником процесу в якості захисника адвокат може за згодою такої особи делегувати її захист фахівцю в галузі права, який на даний час здав державний іспит, необхідний для роботи в системі юстиції і зайнятий на юридичній службі не менше одного року і трьох місяців.

Введено інститут відсторонення захисника від участі у процесі. За приписами § 138а та 138б КПК ФРН захисник може бути відстороненим від участі у провадженні, якщо серйозно підозрюється в тому, що він безпосередньо брав участь у діях, які можуть бути предметом розслідування, зловживає спілкуванням з обвинуваченим, що створює значну загрозу для безпеки знаходження обвинуваченого в місцях позбавлення волі, або вчинив діяння, які за умови засудження обвинуваченого будуть мати ознаки приховування або придбання здобутих злочинним шляхом цінностей, а також коли його участь у справі може представляти загрозу безпеці ФРН. При цьому закон ФРН детально регламентує процедуру відсторонення захисника від участі у справі, що є певною гарантією від можливих зловживань самою владою.

¹ Скрябін О. М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя: Просвіта, 2017. С. 65–66.

Кримінально-процесуальний кодекс ФРН передбачає досить широкі випадки обов'язкової участі захисника. Окрім захисту малолітніх і різної категорії осіб з обмеженими можливостями, згідно з § 140. [Обов'язковий захист] (1) участь захисника є обов'язковою, якщо судовий розгляд в першій інстанції здійснюється вищим судом землі чи судом землі; обвинуваченому інкримінується вчинення злочину; судочинство може призвести до заборони на професію; обвинувачений знаходився під арештом і не звільнений як мінімум за два тижні до початку судового засідання; попередній захисник відсторонений від участі в провадженні.

Дисципліні адвокатів та інших учасників процесу може сприяти припис § 145, згідно з яким «якщо у справі, в якій захист є обов'язковим, захисник відсутній в судовому засіданні, завчасно покидає його чи відмовляється від захисту, головуючий суду повинен назначити підсудному іншого захисника. Суд може також прийняти постанову про відкладення розгляду справи».

§ 147 КПК ФРН передбачає ознайомлення захисника з доказами обвинувачення.

В силу § 149 КПК ФРН дружина чи чоловік або інша, спільно проживаюча з обвинуваченим особа, допускається в судове засідання як помічник здійснення захисту підсудної особи.

У *КПК Литовської Республіки* закріплено також вимогу щодо професійності адвоката (ст. 47 КПК Литовської Республіки), а разом з тим передбачено також можливість здійснення захисту помічником адвоката та визначено умови такої можливості ч. 2. ст. 47 КПК Литовської Республіки).

У *КПК Чеської Республіки* (ст. 35) також передбачено, що захисником у кримінальному процесі може бути лише особа, яка є адвокатом. Згідно з Законом Чеської Республіки «Про адвокатуру» адвокатом є особа, яка зазначена у списку Чеської колегії адвокатів.

У статті 36 КПК Чеської Республіки йдеться про випадки, коли участь адвоката є обов'язковою. Так, обвинувачений зобов'язаний мати захисника під час підготовчого досудового провадження якщо: 1) він перебуває під вартою, позбавлений волі або до нього застосовані спеціальні заходи примусового лікування; 2) особа недієздатна або її правоздатність обмежена; 3) розгляд стосується біженця; 4) йдеться про переговори про укладення угоди про винуватість і покарання; 5) у ході досудового розгляду прокурор дійде

висновку, зокрема, у зв'язку з фізичними або розумовими недоліками обвинуваченого, що існують сумніви щодо можливості себе захищати; б) за злочин передбачено позбавлення волі на строк більше п'яти років. На інших стадіях кримінального судочинства особа повинна мати адвоката під час розгляду справи у суді у вигляді спрощеного судочинства, якщо особа перебуває під вартою, під час провадження, у якому приймається рішення про взяття під варту або про зміну умов тримання під вартою, рішення про призначення примусового лікування або його припинення, за винятком обов'язкового лікування алкоголізму. Також обвинувачений повинен мати адвоката у судочинстві, що стосується екстрадиції у іноземну державу або передачі його іншій державі – члену ЄС¹.

Відповідно до положень частини першої ст. 67 КПК Республіки Молдови захисником є особа, яка представляє у кримінальному судочинстві інтереси підозрюваного, обвинуваченого, підсудного і надає йому юридичну допомогу всіма засобами і способами, незабороненими законом. У якості захисника у кримінальному процесі можуть брати участь: 1) адвокат; 2) інші особи, яким законом надаються повноваження захисника; 3) іноземний адвокат з присутністю при цьому особи, зазначеної у частині першій ст. 67 КПК Республіки Молдови².

Англосаксонська модель, представляючи систему загального права і базуючись на традиціях англосаксонського права, віддає перевагу не стільки ініціативній діяльності правоохоронних органів, скільки самим громадянам: кримінальний процес починається, як правило, з ініціативи потерпілого, а потім розвертається як суперечка між обвинувачем і обвинувачуваним. Тут головну роль відіграє судове слідство з його характерними атрибутами змагальності. Досудове розслідування або зовсім не проводиться, або має спрощений характер.

В Англії дотепер немає свого Кримінально-процесуального кодексу, діють правові інститути, що виникли ще декілька століть тому, а саме судочинство ґрунтується на більш ніж 300 законодавчих актах і численних судових прецедентах. Кримінально-процесуальне право складається із загального (неписаного) права – права, заснованого на прецедентах, і статутного права – правових норм, викладених в окремих парламентських актах. Наприклад, в сучас-

¹ Дубівка І.В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. С. 49–50.

² Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова № 122-XV от 14 марта 2003 года (по состоянию на 27 марта 2013 г.). URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3833

ному процесі нерідко юристи Англії використовують «Велику хартію вольностей» 1215 року для обґрунтування права кожної людини бути судимою собі рівними.

Перед допитом обвинувачуваного попереджають: «Вам буде надана можливість дати показання під присягою і викликати свідків, але перед усім я повинен Вас запитати, чи маєте Ви що-небудь сказати у відповідь на пред'явлене Вам обвинувачення? Ви можете нічого не говорити, якщо не бажаєте. Вам не слід ні покладатись на обіцянки, ні боятися погроз, мета яких полягає в тому, щоб спонукати Вас до зізнання або визнання своєї вини. Все, що Ви скажете, буде записане і може бути використане як доказ при розгляді справи в суді. Чи бажаєте Ви що-небудь сказати у відповідь на обвинувачення?».

Функцію захисту виконують баристери та соліситори.

Баристери – адвокати вищого рангу, що працюють в суді («біля бар'єра»), тобто здійснюють захист підсудного у процесі судового розгляду справи. Звання баристерів присвоюється особам, які мають юридичну освіту і є членами адвокатських корпорацій. Баристери поділяються на юніорів і королівських радників, яких іменують «шовковими», оскільки останні мають з'являтися до суду в шовкових мантиях і рукавичках.

Соліситори – захисники, що надають допомогу підслідному й збирають докази на досудових стадіях кримінального процесу.

Баристер отримує матеріали для захисту підсудного від соліситора й виконує функцію захисту перед судом. При цьому він не має права відмовити у захисті жодному з клієнтів.

Допит свідка в суді здійснюється в три етапи: головний допит, перехресний і повторний. Головний допит – це допит свідка тією стороною, яка його викликала.

Перехресний допит – це допит свідка після головного допиту, який здійснює протилежна сторона. При цьому дозволяється ставити навідні запитання.

Особливості кримінального процесу США. Одним з найважливіших факторів забезпечення справедливого правосуддя в США виступають конституційні норми чіткого розподілу влади на законодавчу, виконавчу та судову, реальна незалежність не тільки судової гілки влади, а й правоохоронних органів, запровадження унікальних механізмів стримувань і противаг проти зловживань, корупції та упередженості, розвинуті інститути захисту.

Поняття «достатні підстави» для арешту сформульовані так: співробітник поліції має достатні підстави для арешту, «якщо факти й обставини, сприйняті ним, такі, що переконали б розумну й обережну людину в тому, що вчинено злочин» (Рішення Верховного суду США у справі Стейсі, 1878 р.).

У кримінальному процесі встановлено раціональне правило: ніхто не повинен примушуватися до давання показань проти самого себе. Ця гарантія права на захист розглядається як *привілея проти самозвинувачення* (self-incrimination privilege). Заарештований вправі відмовитися відповідати на будь-які запитання, відповіді на які можуть бути використані як докази проти нього.

Захисту інтересів обвинувачуваного (арештованого) слугує *правило Міранди*, установлене Верховним судом США (1966 р.). Суть його зводиться до того, що перед тим, як поставити будь-яке перше запитання чи розпочати офіційний допит, співробітник поліції зобов'язаний попередити заарештованого, будь-яку іншу особу, свобода якої обмежується реальним перебуванням під вартою або його фактичним утриманням і обмеженням права на пересування (це прирівнюється до арешту), що: *він має право зберігати мовчання; все, що він скаже, може бути використано як доказ проти нього; у нього є право на присутність адвоката під час допиту.*

Допит припиняється, якщо заарештований зажадає консультації з адвокатом. Право на захист надається з моменту першого допиту. При цьому поліція зобов'язана надати заарештованому можливість зустрітися з адвокатом або поговорити з ним телефоном до початку допиту.

Законодавством США передбачається, що адвокати на стадії досудового розслідування мають можливість здійснювати власне, причому паралельне поліцейському, адвокатське розслідування, хоча процедура такого розслідування не отримала достатнього юридичного визначення.

В кримінальному процесі України, де реалізується принцип змагальності сторін, де є нагальна потреба забезпечувати верховенство права та активно протистояти обвинуваченню, до послуг якого весь арсенал як слідчих, так і негласних слідчих (розшукових) дій, обумовлює необхідність як збільшення адвокатського корпусу та зміцнення його професіоналізму, так і розширення повноважень захисника, надання права проводити самостійне правозахисне розслідування, удосконалення гарантій діяльності захисника з урахуванням кращого досвіду зарубіжних країн.

Нормативні акти

Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28 черв. 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141 (Із змінами, внесеними згідно із Законами № 2222-IV від 08 груд. 2004 р. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 2. Ст. 44; № 2952-VI від 01 лют. 2011 р. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 10. Ст. 68; № 586-VII від 19 верес. 2013 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 11. Ст. 142; № 742-VII від 21 лют. 2014 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 11. Ст. 143; № 1401-VIII від 02 черв. 2016 р. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 28. Ст. 53). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року). Офіційний вісник України. 1998. № 13.

Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. У кн.: Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. К., 1992 р. С. 18–24.

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. У кн.: Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. К., 1992. С. 36–62.

Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями (Резолюція 45/111 Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1990 року).

Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою. Прийнята на сороковій сесії Генеральної Асамблеї ООН 29 листопада 1985 року.

Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятий на пленарному засіданні в Страсбурзі у жовтні 1988 р.

Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті Конгресом ООН 27 серпня – 7 вересня 1990 року.

Основні положення про роль адвокатів. VIII Конгрес ООН, Нью-Йорк, серпень 1990 р.

Загальні принципи етики юристів (затверджені Міжнародною асоціацією адвокатів). Адвокат. 1996. № 1.

Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи від 2 березня 1978 р. № (78)8 «Про юридичну допомогу і консультації».

Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R (99) 19 «Про посередництво (медіацію) у кримінальних справах» від 15 вересня 1999 року. Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. 2005. С. 53–56.

Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя: Резолюція Економічного та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р. URL: http://search.legazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU13168.html

Кримінально-процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88 (Із змінами, внесеними згідно із Законами № 5076-VI від 05 лип. 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 1492-VIII від 07 верес. 2016 р.). URL: www.rada.gov.ua

Закон України № 5076- VI від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.

Закон України «Про безоплатну правову допомогу». Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 51. Ст. 577. (Із змінами, внесеними згідно із Законами № 3671-VI (3671–17) від 08 лип. 2011 р. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 16. Ст. 146. Кодексом № 4651-VI (4651–17) від 13 квіт. 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. Законами № 4652-VI (4652–17) від 13 квіт. 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 21. Ст. 208. № 5076-VI (5076–17) від 05 лип. 2012 р. № 5290-VI (5290–17) від 18 верес. 2012 р.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545; 2017. № 2. Ст. 25. № 7–8. Ст. 50.

Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини». Відомості Верховної Ради України. 1998. № 20. Ст. 99.

Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. Офіційний вісник України. 2006. № 12.

Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голована Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про правову допомогу) від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09/conv>

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Яременко проти України». URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19618>.

Рішення Європейського Суду з прав людини від 24 листопада 2011 року «Загородній проти України», у рішенні (Заява № 27004/06). Офіційний вісник України від 18 трав. 2012 року № 35.

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Шабельник проти України». URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19618>.

Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Луценко проти України» (рішення від 19 листоп. 2012 р.). URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19618>.

Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Білий проти України» (CASE OF BILYY v. UKRAINE) (заява № 14475/03, остаточне рішення 21. січ. 2001 р. URL: <http://hand-help.ru/documents/>

Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Класс та інші проти Німеччини» від 6 верес. 1978 р. Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. 2002. № 4.

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Мащенко проти України» (заява № 42279/08 від 11 черв. 2015 р.). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_a69.

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Чанев проти України» (остаточне рішення від 09 січ. 2015 р.). Рішення Європейського суду з прав людини URL: <http://old.minjust.gov.ua/19612>.

Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, затверджено Наказом Генерального прокурора України № 69 від 17 серп. 2012 р.

Порядок інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 28 груд. 2011 р. № 1363.

Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, затверджено Наказом Міністерства юстиції України 02 лип. 2012 р. № 967/5.

Література

Адвокатура України: підручник у двох книгах / за заг. ред. д. ю. н., проф. заслуженого юриста України С. Я. Фурси та к. ю. н, доцента Н. М. Бакаян-вої. 2-ге вид. доповн. і перероб. К.: Алерта, 2016. 864 с.

Басай В. Д., Савченко В. А., Садова Т. В. Кримінальний процес України, Республіки Польщі та ФРН: порівняльний аналіз: навч. посіб. К.: Алерта, 2015. 480 с.

Варфоломеева Т. В. Впровадження міжнародних правил адвокатської етики в Україні. Вісник Академії адвокатури України. 2009. № 1(14). С. 7–20.

Варфоломеева Т. В., Святоцький О. Д., Кульчицький В. С., Багринієвський З. М., Кисельова Т. В., Михеєнко М. М., Пушенко О. Г., Чехович В. А. Історія адвокатури України. Ч. 1. 2-е вид., переробл. і доповн. К.: СДМ–Студіо, 2002. 285 с.

Джемчевські А. Європейська система захисту прав людини сьогодні і завтра. Український часопис прав людини. 1998. № 1. С. 32.

Дроздов О., Дроздова О. Огляд справ щодо іноземних країн, розглянутих ЄСПЛ протягом квітня – травня 2016 року. Вісник НААУ. 2016. № 7–8 (25). С. 61–72.

Дубівка І. В. Правова регламентація участі захисника в кримінальному процесі за законодавством зарубіжних країн. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1(13). С. 350–360.

Дудаш Т. І. Практика Європейського Суду з прав людини: навч. – практ. посіб. К.: Алерта, 2013. 368 с.

Заборовський В. В. Професійна діяльність адвоката – це правова, юридична чи професійна правничка допомога. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2016. Серія Право. Випуск 38. Том 2. С. 140–145.

Зейкан Я. П., Сафулько С. Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ: Дакор, 2013. 576 с.

Корнієнко М. В., Тertiшник В. М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.

Малахова О. В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. (спец. 12.00.09). Одеса, 2015. 20 с.

Михайлова Н. В. Інститут захисту прав потерпілого за новим КПК України. Право і суспільство. 2013. № 2. С. 211–216.

Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, США. Навчальний посібник / А. В. Молдован, В. А. Савченко, Т. В. Садова. К.: Алерта, 2014. 334 с.

Молдован А. В., Тилик Т. М. Адвокатура України: навч. посіб. К.: Алерта, 2013. 256 с.

Ольховська М. М. Застосування стороною захисту правових висновків Європейського суду з прав людини при апеляційному оскарженні ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Одеса: ВД Гельветика, 2017. № 25. С. 113–116.

Сачко О. В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145.

Скрябін О. М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя: Просвіта, 2017. 380 с.

Сучасні проблеми порівняльного правознавства: зб. наук. праць / за ред. Ю. С. Шемшученка, Я. В. Лазура; упор.: О. В. Кресін, М. В. Савчин. Ужгород. Київ: Вид-во «Говерла», 2015. 218 с.

Татаров О. Ю., Черняєвський С. С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання. Вісник кримінально-судочинства. 2015. № 2. С. 77–83.

Тертишник В. Захисник у змагальному кримінальному процесі. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2010. № 12. С. 90–95.

Тертишник В. М. Кримінальний процес України: підручник. 7-ме вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.

Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 13-те доповн. і перероб. К.: Правова єдність, 2017. 824 с.

Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171.

Ткачук А. С. Адвокатура Німеччини та України: порівняльно-правовий аспект. Альманах права. Ціннісно-правові засади сучасних інтеграційних процесів в Україні. Випуск 6. Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2015. С. 527–532.

Уголовный процесс европейских государств (Criminal Procedure of European States). Монографія. Под ред. Самарина В. И., Луцка В. В. (Ed. Vadzim Samaryn and Vasył Lutsyk) Москва (Moscow): Проспект, 2018. 660 с.

Фіолєвський Д. П. Адвокатура: підручник. К.: Алерта, 2014. 624 с.

Харви-Смит Н. Методические пособие по ведению дебатов в Британском Всемирном парламентском формате. Пер с англ. А. А. Беляева. Нью-Йорк, Лондон, Амстердам: IDEA. 2012. 208 с.

Шемшученко Ю. С., Тертишник В. М. Доктринальні проблеми забезпечення верховенства права в процесі конституційної й судово-правової реформи в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Спецвипуск. Ч. 1. 2017. С. 46–52.

Глава 2.

Форми правничої допомоги у кримінальному процесі

«Процесуальне право – алгебра правосуддя».

В. Тертишник

§ 1. Функція захисту у змагальному кримінальному процесі

Правнича допомога за своїм змістом включає надання просвітницьких, роз'яснювальних, консультативних і правотлумачувальних послуг особі, що їх потребує, а також надання їй допомоги в оцінці доказів, складанні юридичних документів та здійснення юридично значимих дій.

В кримінальному процесі правнича допомога здійснюється в таких формах: представництво потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та інших осіб у передбаченому законом порядку; юридична допомога свідку та іншим учасникам процесу, які не є сторонами в провадженні; захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та інших осіб, щодо яких застосовуються примусові заходи.

Захист в кримінальному процесі є різновидом правничої допомоги і виступає юридичною формою протистояння обвинуваченню (підозрі) та здійснюється учасником кримінального процесу, якого іменують захисником.

Недостатньо чітке визначення статусу захисника на досудовому слідстві та засобів і форм надання правничої допомоги посилюється наявними юридичними фікціями, конкуренцією правових норм, недостатньою логікою та термінологічними вадами закону, що знижує ефективність усієї кримінально-правової діяльності.

Реалізація в кримінальному процесі принципу змагальності сторін потребує чіткого юридичного визначення статусу та форми

діяльності захисника на досудовому слідстві, розбудови кримінально-процесуальної форми судочинства на основі балансу приватних і публічних інтересів, доктринальної розробки і системного законодавчого регламентування функції захисту.

Функція (від лат. *functio* – виконання, здійснення) означає: діяльність, обов'язок, робота, призначення¹. Функція – одне з основних загальнонаукових багатозначних понять, яке відіграє велику роль у науковому пізнанні світу, і, зазвичай, в гуманітарних науках означає характерний рід діяльності, роль, призначення.

На погляд О. Ларіна, процесуальні функції в кримінальному судочинстві – «це види (компоненти, частини) процесуальної діяльності, що розрізняються за особливими безпосередніми цілями, які досягаються у підсумку провадження у справі»².

Слід відокремлювати функцію кримінального судочинства в цілому як виду соціальної діяльності, кримінально-процесуальні функції, що здійснюються в межах кримінально-процесуальних відносин, та функції окремих суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності. Кожен з названих рівнів або аспектів розуміння поняття «функція» має в кримінальному процесі свій сенс і змістовне наповнення. Функція захисту належить до другого ієрархічного рівня цієї системи, слугує досягненню загальних завдань кримінального судочинства і базується на реалізації відповідними учасниками процесу своїх прав та обов'язків³.

У кримінальному процесі як багатогранній правозастосовній системі можна виділити *п'ять основних функцій*: 1) розслідування, 2) нагляд і контроль, 3) обвинувачення, 4) захист, 5) правосуддя.

Функція захисту – одна з основних кримінально-процесуальних функцій, невід'ємна складова системи забезпечення справедливого судочинства, обов'язковий елемент змагального кримінального процесу, який слугує противагою функції обвинувачення та виступає фактором стримування і противаг проти судового свавілля і помилок.

В юридичній науковій думці функцію захисту визначають в різних інтерпретаціях:

¹ Словник іншомовних слів. К., 1975. С. 727.

² Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М., 1986. С. 5.

³ Маланчук П. М. Функція захисту в кримінальному процесі України: дис. канд. юрид. наук. Київ, 2007. С. 22.

а) як визначений процесуальною формою напрямок діяльності підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, їх законного представника, захисника, цивільного відповідача та його представника щодо захисту прав і законних інтересів особи, стосовно якої ставиться питання про притягнення до кримінальної відповідальності, спростування підозри й обвинувачення, встановлення невинуватості особи або пом'якшення її відповідальності¹;

б) як здійснюваний у формі правових відносин компонент (напрямок, вид) діяльності при провадженні у кримінальній справі, що реалізується суб'єктами захисту і спрямований на повне або часткове спростування обвинувачення, реабілітацію невинуватого, пом'якшення відповідальності та покарання, охорону прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого і виправданого²;

в) як використання системи легітимних засобів і способів застосування яких дає можливість спростувати факт вчинення кримінального правопорушення, винність особи у його вчиненні (повністю або частково), захистити її права та законні інтереси³.

Думається, що варто відрізнити поняття «захист», яке включає як професійну діяльність захисника щодо захисту свого клієнта, так і надавану законом можливість самозахисту підозрюваним та обвинуваченим своїх прав і законних інтересів, від поняття «функції захисту», яка має характер державницької і суспільно вагомій діяльності, покладається на представника правничої інституції, на спеціально уповноваженого і професійно підготовленого суб'єкта, з наданням йому для цього спеціального статусу.

Самозахист є правом, яке дається «зацікавленим» у захисті своїх прав і законних інтересів учасникам процесу, а професійний захист – є обов'язком, який може бути покладений на незацікавленого у справі представника правничої інституції.

На відміну від вільної реалізації підозрюваним чи обвинуваченим свого права на захист (може реалізовувати, а може й ігнорувати

¹ Маланчук П. М. Функція захисту в кримінальному процесі України: дис. канд. юрид. наук. Київ, 2007. С. 26.

² Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: монографія. Острог: Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2009. С. 104.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012. С. 77.

ти), виконання функції захисту захисником носить елементи професійного обов'язку.

На відміну від інших форм правничої допомоги в кримінальному процесі концепт «функція захисту» доречно розглядати: *по-перше*, лише в контексті діяльності захисника в кримінальному процесі; *по-друге*, лише в контексті захисту найбільш уразливих суб'єктів кримінального процесу (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, 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), засудженого, виправданого).

Захист – система дій, спрямованих на спростування підозри чи обвинувачення, виявлення сумнівів щодо обґрунтованості застосовуваних запобіжних та інших примусових заходів та обмежень прав і свобод людини, обґрунтованості обвинувачення, на здобуття даних, які вказують на невинність підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, або на пом'якшуючі його відповідальність обставини, на оскарження незаконних дій і рішень щодо підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, та забезпечення належного застосування інституту реабілітації при винесенні оправдального вироку чи іншого юридичного рішення.

Функція захисту – правнича професійна діяльність спеціально уповноваженого на її виконання, незалежним і самостійним суб'єктом кримінального процесу – захисником, яка спрямована на забезпечення верховенства права в кримінальному судочинстві, захист прав і законних інтересів особи, стосовно якої ставиться питання про притягнення її до кримінальної відповідальності, спростування підозри й обвинувачення, встановлення невинуватості особи або обставин, які пом'якшують її відповідальність, реабілітація незаконно звинувачених.

Значення функції захисту можливо розглядати у чотирьох аспектах: державно-політичному, юридичному, морально-етичному і суто кримінально процесуальному.

Державно-політичне значення функції захисту проявляється у її важливій ролі в формуванні цивілізаційної доктрини державотворення, в системі стримування і протидії проти свавілля і тоталітаризму, в реалізації ідей правової держави.

Юридичне значення функції захисту проявляється в тому, що її виконання є важливим фактором гармонізації приватних і публічних інтересів, забезпечення верховенства права в державі.

Морально-етичне значення функції захисту проявляється в його духовній, виховній, культурологічній та просвітницькій ролі. Виправдання невинуватого та процедура досягнення такого рішення можуть чинити значний позитивний виховний вплив на людський загал, утверджувати віру в добро і справедливість, зміцнювати моральні засади суспільних відносин.

Кримінально-процесуальне значення функції захисту проявляється в тому, що її належне виконання є локальним засобом захисту прав і законних інтересів конкретного підозрюваного (обвинуваченого), засобом встановлення істини та забезпечення справедливого і законного рішення в конкретній справі.

Функція захисту є самостійною юридично визначеною функцією кримінального процесу, виконання якої покладено на спеціального і незалежного від інших учасників процесу фахівця в галузі права – захисника.

За чинним процесуальним законодавством України (ст. 45), захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, 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). Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України, або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю.

Виконання функції захисту полягає в здійсненні захисником системи незаборонених законом юридично визначених актів та дій, які можуть включати юридичні консультації та роз'яснення прав і процедур їх реалізації, допомогу в складанні й поданні заяв, клопотань, скарг та інших юридичних документів, ініціювання та участі у проведенні процесуальних дій і належному фіксуванні їх перебігу і результатів, оцінку належності, достовірності та допустимості доказів, аналізу законності юридичних рішень, вжиття заходів щодо поновлення порушених прав та відшкодування шкоди, заподіяної правопорушенням.

До загальних положень виконання функції захисту можна віднести такі:

Підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий є вільним у виборі захисника, а також засобів і способів захисту.

Особа, яка має право на правничу допомогу захисника, має право обрати як одного, так і двох або більше (але не більше п'яти) захисників, а також у будь-який момент відмовитись від захисника або замінити його іншим.

Державні органи і посадові особи, які здійснюють кримінальне провадження, зобов'язані роз'яснити особі, переслідуваній у вчиненні кримінального правопорушення, право на захист та забезпечити його реалізацію.

Захисник не вправі відмовитись від надання особі, переслідуваній у вчиненні кримінального правопорушення, необхідної юридичної допомоги та від виконання обов'язків захисника (за винятком випадків, передбачених законом).

Захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу.

Захисник не вправі вчиняти дії, які б могли зашкодити інтересам особи, переслідуваної у вчиненні кримінального правопорушення, або так чи інакше розцінені останнім, як дії, що слугують на користь сторони обвинувачення.

Захисник зобов'язаний використовувати передбачені законом засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, та надавати їм необхідну правничу допомогу.

Захисник повинен дотримуватись принципу чесного проведення судового розгляду. Він ні при яких обставинах не повинен повідомляти суду явно неймовірну або недостовірну інформацію.

Основний принцип захисника, якого він має дотримуватись, беручи участь у справі, – презумпція невинуватості обвинуваченого. Захисник повинен керуватись принципом невинуватості підзахисного і зробити все для його реалізації у кримінальному процесі.

Документи, пов'язані з виконанням захисником його обов'язків, без його згоди не підлягають огляду, вилученню чи розголошенню слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника, дотримуватись гарантій адвокатської діяльності.

Особливість діяльності захисника в кримінальному процесі полягає в тому, що він може одержувати від підзахисного відомості, які той ні при яких обставинах не повідомив би іншій людині. Адвокат узагалі, як і захисник зокрема, зобов'язаний однаковою мірою зберігати в таємниці як відомості, отримані від клієнта, так і інформацію про самого клієнта.

За чинним законодавством, відповідно до частини четвертої ст. 46 КПК України, «захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює», крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, якими може скористатись лише сам підозрюваний чи обвинувачений.

Такий підхід законодавця щодо юридичного визначення статусу захисника та процесуальної форми виконання ним покладеної на нього важливої функції не можна визнати доктринально і технологічно виправданим.

Аналіз практики показує, що: *по-перше*, наданих професійному захиснику процесуальних прав замало для реалізації ним своїх завдань і суспільно-корисних професійних знань і здібностей; *по-друге*, явно недостатньо для адекватного протистояння в змагальному судовому процесі стороні обвинувачення; *по-третє*, надані таким чином права не досить чітко прописані в законі, засіяні юридичними фікціями і невдалою, розпливчатою термінологією, що ускладнює можливість ефективного їх використання.

Наприклад, чи може захисник, з огляду на положення ст. 1 КПК України, в якій зазначено, що «порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України», користуватись для виконання функції захисту правами, наданими адвокату в Законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Згідно з пунктом 9 частини третьої ст. 42 КПК України підозрюваний (обвинувачений) має право (а відтак таке право надається і його захиснику) «брати участь у проведенні процесуальних дій». Виникають питання: «В яких саме?»; «Чи може захисник брати

участь у провадженні негласних слідчих дій, в тому числі (риторично мовлячи) при візуальному спостереженні за підозрюваним тощо.

Більше того, згідно з пунктом 15 частини третьої ст. 42 КПК України підозрюваний (обвинувачений) має право «одержувати копії процесуальних документів». Знову питання: «Яких документів і коли?»; «Чи може він, а рівно і захисник, вимагати надання йому копії ухвали суду, винесеної в режимі конфіденційності, наприклад, щодо зняття інформації з його телефонних розмов, тощо?». Чому пункт 13 частини першої ст. 56 КПК України закріплює редакційно інше право потерпілого – «одержувати копії процесуальних документів та письмові повідомлення у випадках, передбачених цим Кодексом?». Чітке визначення переліку процесуальних документів, які вправі отримувати підозрюваний (обвинувачений), а, відповідно, і захисник, усувало б ситуацію «змагальності заради змагальності», сприяло б як забезпеченню прав підслідних осіб, так і прискоренню розв'язання справи, а тим самим і дотримання принципу розумних строків провадження.

Вочевидь, в чинному КПК України здійснено штучну формалізацію доказового права та інституту захисту, яка суперечить об'єктивним законам пізнання, логіки та природнього права, здатна перетворити судовий процес в безкінечну тяганину, за якою важко буде побачити піклування про долю людини. *Corruptissima re publica plurimae leges* – «чим гірша держава, тим більше в ній законів», – мовили в давній Греції. Сучасне кримінально-процесуальне законодавство та законодавство про адвокатуру і адвокатську діяльність потребують гармонізації та суттєвого удосконалення.

§ 2. Проблеми застосування інституту правничої допомоги щодо свідка, заявника та інших учасників кримінального процесу, які не є сторонами кримінального провадження

Згідно зі ст. 59 Конституції України «кожен має право на професійну правничу допомогу». Відповідно, право на правничу допомогу в кримінальному провадженні має кожна людина, яка вступає в кримінально-процесуальні правовідносини.

Конституційний Суд України у своєму рішенні 30 вересня 2009 р. у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу), визначив: 1. Положення частини першої ст. 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу» треба розуміти як гарантовану державою можливість *будь-якій особі* незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує¹.

Учасники кримінального провадження, відповідно до пункту 25 частини першої ст. 3 КПК України, – це «сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), *заявник, свідок* та його адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, представник персоналу органу пробації, секретар судового засідання, судовий розпорядник».

До сторін кримінального провадження законодавець за приписами пункту 19 частини першої ст. 3 КПК України відносить «з боку обвинувачення: слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники.

¹ Рішення Конституційного Суду України прийняте 30 вересня 2009 р. у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). Офіційний сайт Конституційного Суду України. URL: www.ccu.gov.ua.

Користуючись правилами здорового глузду, положення про те, що «кожен має право на правову допомогу» можна стверджувати, що з названих учасників кримінального провадження надання правничої допомоги особам, які володіють владно-розпорядчими повноваженнями в кримінальному процесі, самі ініціюють і здійснюють кримінальне провадження, виконуючи функцію розслідування, нагляду, обвинувачення та правосуддя, є нелогічним і непотрібним, оскільки такі учасники процесу самі є фахівцями права та несуть обов'язки щодо забезпечення прав і свобод інших учасників процесу. В теорії кримінального процесу таких осіб пропонувалось іменувати суб'єктами процесу.

Отже, з усіх осіб, що вступають в кримінально-процесуальні відносини та користуються правом на правничу допомогу, виключаються представники *судової влади*: судді, слідчі судді, присяжні, секретарі судових засідань, судові розпорядники, *представники сторони обвинувачення та посадові особи правоохоронних органів*: слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, представники персоналу органу пробації, а також сам захисник, як представник сторони захисту.

Не викликає сумнівів право інших учасників процесу користуватись правничою допомогою. При цьому надання такої правничої допомоги в галузевому законодавстві – в кримінальному процесі України отримало різні форми і різний ступінь правової регламентації.

Так, як уже зазначалось, правнича допомога таким учасникам кримінального провадження як підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому та виправданому, особам, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, а також стосовно яких передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), та особам, щодо яких застосовується інститут реабілітації в кримінальному провадженні, надається в формі застосування інституту захисту.

Відносно самого захисника законодавець використовує формулу «захисник користується правами особи, які захищає».

Правнича допомога таким учасникам кримінального провадження, як потерпілому (ст. 58 КПК України), цивільному позивачу, цивільному відповідачу; третій особі (ст. 63 КПК України), особі, щодо майна якої розглядається питання про арешт (ст. 64–2

КПК України), надається в формі представництва її інтересів, а сам «представник», згідно з тією ж логікою законодавця наділяється правами особи, інтереси якої представляє.

Білою плямою в застосуванні правничої допомоги залишаються форми і засоби надання такої допомоги свідку (ст. 66 КПК України), а також таким учасникам процесу, як понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, заявник та особа, яка з'явилась з повинною або яка застигнута на місці злочину до початку кримінального провадження.

Свідком є учасник кримінального процесу, який не має статусу потерпілого, підозрюваного чи обвинуваченого і якому відомі будь-які обставини, що підлягають встановленню у справі, та відсутні обставини, що заважають його допиту, і яка викликана для давання показань.

До прийняття чинної Конституції України свідок у кримінальному процесі реальних прав практично не мав. Складалась ситуація, коли особа, щодо якої порушувались справа, допитувалась як свідок, при цьому вона попереджалась про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за давання заздальгід неправдивих показань. У такій ситуації у допитуваного нерідко складалось уявлення про безвихідність свого положення: сказати правду, відмовитися від давання показань або давати неправдиві показання – все одно нести кримінальну відповідальність. Більше того, допитуваний під загрозою кримінального покарання по суті примушується свідчити проти інших осіб, навіть близьких родичів і членів сім'ї.

На необхідність чіткого законодавчого визначення прав свідка нами неодноразово зверталась увага в роботах тих часів, де зроблена спроба системно викласти права свідка¹. У 2001 році окрім обов'язків свідок у кримінальному процесі отримав певні права, здійснення яких максимально гарантувало правильність його свідчень і забезпечення захисту його прав (ст. 69–1 КПК України).

За чинним законодавством у ст. 66 КПК України права свідка викладені з урахуванням його статусу, але не виправдано виключені права, що були передбачені процесуальним законодавством станом на 2011 рік: власноручно викладати свої показання в протоколі допиту, подавати скарги прокурору на дії слідчого.

¹ Тертышник В. М. Свидетель. Свидетель. 1996. № 1. С. 4–7.

Незважаючи на зміни законодавства, досі лишаються проблеми допиту очевидців злочину на початкових етапах слідства, в умовах інформаційної невизначеності. Стабільно проблемною є ситуація, коли особи, затримані на місці злочину, допитуються в якості свідків відносно їх ролі в розслідуваній події, а в подальшому отримують статус підозрюваних.

Допит особи в якості свідка відносно діянь, вчинених ними ж, став нормою у справах про ухилення від сплати податків, коли до ЄРДР заносяться уже конкретні відомості про факт злочину та його суб'єкт, але останній не затриманий і йому не повідомлено про підозру, тобто він не отримав ще статусу підозрюваного, а з наданням такого статусу у слідчих немає підстав, мотивів і законодавчих приписів поспішати.

Часто системні й виснажливі допити осіб в якості свідків спостерігаються в справах щодо латентного характеру економічних і так званих господарських злочинів, коли спочатку особа дає показання по факту і причинах нестачі матеріальних цінностей, щодо результатів ревізій і перевірок тощо.

У таких випадках складається ситуація, коли справа розслідується відносно конкретної посадової чи матеріально-відповідальної особи, а сама така особа тривалий час перебуває в статусі свідка і не може скористатись інститутом захисту та здійснити належний захист своїх прав.

За таких умов надання правничої допомоги свідкам є актуальною проблемою.

Правнича допомога свідку лише отримує певне законодавче визначення та доктринальне висвітлення¹. Стаття 66 КПК України містить незначну та явно недостатню і суперечливу інформацію щодо отримання свідком правничої допомоги, зазначаючи, що свідок має право «користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу».

¹ Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування щодо надання правової допомоги свідку. Науковий вісник публічного та приватного права. 2016. № 1. С. 145–150; Рокуль С. В. Проблеми визначення правового статусу особи, яка надає правову допомогу свідку в кримінальному провадженні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 5. С. 155–158; Бояров В. Деякі питання захисту свідків за законодавством України. Право України. 2001. № 12. С. 99–102. Сачко О. В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145.

Зазначимо, що відносно свідка законодавець не передбачає права користуватись ні послугами інституту захисту (як, наприклад, щодо підозрюваного), ні інституту представництва (як, наприклад, щодо потерпілого).

Конституційний Суд України у своєму рішенні 30 вересня 2009 р. у справі за конституційним зверненням громадянина І. В. Голованя щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України фактично залишив ситуацію в такому ж стані, визначивши, що «особа під час допиту її як свідка в органах досудового слідства чи дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами має право *на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи в статусі адвоката*, що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень¹.

Надання свідку права скористатись допомогою адвоката не вирішує проблему. Адвокат – представник правничої інституції – адвокатури і лише є потенційним учасником процесу, а стати таким може після отримання певного процесуального статусу, наприклад, для захисту підозрюваного він отримує статус захисника, для надання правничої допомоги потерпілому – статус представника, а для надання правничої допомоги свідку ніякого процесуального статусу не отримує, залишаючись «просто адвокатом». Виникає питання: «Якими правами він буде користуватись і чи допустимо тут використовувати уже застосовану формулу законодавства «особа, яка надає правничу допомогу – користується правами тієї особи, допомогу якій надає»?». Відповіді законодавець не дав, залишаючи ці питання на сумлінні правозастосовної практики та юридичної науки.

Як слушно зазначає І. Дубівка, КПК України не містить норми, що визначає права адвоката, який надає правову допомогу свідку, і так само відсутнє положення про те, що адвокат, який надає правову допомогу свідку, користується процесуальними правами останнього, крім випадків, коли реалізація цих прав можлива винятково свідком (за аналогією законодавчого врегулювання прав, що стосуються участі захисника підозрюваного, обвинуваче-

¹ Рішення Конституційного Суду України прийняте 30 вересня 2009 р. у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). Офіційний сайт Конституційного Суду України. URL: www.ccu.gov.ua.

ного, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача). Це негативно впливає на визначення змісту такої допомоги, оскільки відсутня можливість бути обізнаним про тактику досудового розслідування, зібрані докази, вибір, послідовність процесуальних дій, тактику і мету їх проведення, вживати заходів для забезпечення і недопущення процесуальних порушень¹.

В науковій літературі викладено певні слушні думки щодо удосконалення правничої допомоги свідку.

На цілком слушну думку І. Дубівки, для вирішення цієї проблеми потрібно удосконалити положення КПК України із урахуванням позитивного досвіду регулювання цього питання у КПК 1960 року. Зокрема, доцільно: передбачити право свідка відмовитись від адвоката, запрошувати адвоката іншими особами на його прохання; відтворити положення КПК 1960 року у КПК України із певними змінами, а саме: захисник має право бути присутнім при допиті; надавати у присутності слідчого консультації свідку, зупиняти свідка, якщо він під час надання відповіді на запитання або з власної ініціативи дає свідчення проти себе, членів сім'ї, близьких родичів, ставити з дозволу слідчого запитання, що підлягають занесенню до протоколу допиту свідка, для уточнення і доповнення його відповідей; заперечувати проти незаконних дій слідчого щодо порядку проведення ним допиту з посиланням на норму закону, яка порушується, що підлягає занесенню до протоколу допиту свідка; оскаржувати дії слідчого в порядку, встановленому цим Кодексом².

Автором запропоновано доповнити КПК України окремою статтею 66–1 «Адвокат, який надає правову допомогу свідку» наступного змісту: «1. Адвокатом, який надає правову допомогу свідку, є особа, повноваження якої підтверджено у порядку, передбаченому статтею 50 цього Кодексу. 2. Адвокат має право: 1) бути присутнім та брати участь у проведенні слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, які проводяться за участю свідка; 2) ознайомлюватись зі змістом протоколів слідчих (розшукових) дій, які проводились за участю свідка, робити письмові зауваження; 3) складати від імені свідка письмові заяви, скарги, клопотання та інші документи правового характеру; 4) подавати клопотання про застосування заходів

¹ Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування: дис. ... канд. юрид. наук (спеціальність 12.00.09). Київ, 2017. С. 181–182.

² Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування: дис. ... канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.09. Київ, 2017. С. 181–182.

безпеки до свідка; 5) подавати скарги на рішення, дії, бездіяльність слідчого, прокурора, що стосуються інтересів свідка. 3. Адвокат може бути запрошений свідком або іншими особами на його прохання або в його інтересах»¹.

На погляд С. Рокуня, правничу допомогу свідкам можуть надавати не тільки адвокати, а й інші фахівці у галузі права, а права особи, яка надає правову допомогу свідку в кримінальному провадженні, мають бути обмежені необхідними і достатніми засобами для забезпечення верховенства права та ефективної реалізації принципів кримінального процесу. *Пропонується* наділити згаданих учасників процесу *наступними правами*: ознайомлюватись з повідомленням про виклик свідка для допиту; подавати клопотання про застосування заходів безпеки до свідка; бути присутнім при проведенні слідчих та інших процесуальних дій, які проводяться за участю свідка; роз'яснювати свідку право на відмову від дачі показань і відповідей на питання щодо самого себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів; заперечувати проти незаконних дій слідчого; ознайомлюватись з протоколами слідчих дій, які проводились за участю свідка, та робити письмові зауваження; заявляти клопотання про недопустимість використання в якості доказів показань свідка, отриманих з порушенням закону, надавати допомогу свідку в складанні письмових заяв, скарг, клопотань чи позовів².

Одна з проблем сьогоденного законодавства полягає в тому, що закон юридично не визначив ні назву, ні статус осіб, які надають правничу допомогу свідку, заявнику, особі, що подає явку з повинною.

Логічно буде в КПК України відмовитись від концепції, за якої «захисник користується правами особи, яку захищає», а представник – «правами особи, яку представляє», що не знайшла продовження щодо надання правничої допомоги свідку, особі, яка з'явилась з повинною, та інших учасників процесу. Отже, є потреба за аналогом статусу захисника чи представника чітко визначити саме процесуальний статус фахівця, який буде надавати правничу допомогу іншим учасникам процесу, а більше того в КПК України

¹ Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.09. Київ, 2017. С. 13–14.

² Рокунь С. В. Проблеми визначення правового статусу особи, яка надає правову допомогу свідку в кримінальному провадженні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 5. С. 157–158.

в окремих нормах системно й окремо сформувати права, відповідно, «захисника», «представника», «правничого повіреного».

Правничу допомогу свідкам, заявникам та іншим учасникам процесу можуть здійснювати як адвокати і їх помічники, так і інші фахівці у галузі права, які можуть виступати в процесуальному статусі правничих повірених (юрисконсультів), тобто осіб, які надають правничу допомогу поза межами застосування представництва чи захисту.

В розвитку системи правничої допомоги варто враховувати такий важливий нормативний акт, як «Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя» (2012 р.), в якому містяться такі концепти і рекомендації:

- «без шкоди для прав обвинувачених слід надавати юридичну допомогу потерпілим і свідкам на всіх етапах кримінального правосуддя»;
- «особа, яка надає юридичну допомогу, називається юрисконсультом»;
- «в ролі юрисконсультів виступають адвокати, але держави мають залучати для надання юридичної допомоги значну кількість інших сторін, таких, як недержавні організації, ... професійні об'єднання, асоціації та наукові установи»;
- «держави використовують різні форми надання юридичної допомоги, це можуть бути державні захисники, приватні адвокати, адвокати за угодою, помічники адвокатів та інші» тощо.

Разом з тим проблема надання правничої допомоги учасникам кримінального процесу, які не є сторонами кримінального провадження, не обмежується проблемою юридичної допомоги свідку, оскільки в законі досі немає навіть згадки про статус заявників та осіб, які зівились з повинною, хоча стосовно них діє конституційна норма «кожен має право на правничу допомогу».

Розв'язання проблеми бачимо в необхідності доповнити кримінально-процесуальну доктрину теоретичною моделлю інституту правничого повіреного (процесуального юрисконсульта) та, відповідно, для його закріплення доповнити КПК України нормою «Юридична допомога правничим повіреним» такого змісту.

«Юридична допомога свідкам, заявникам, представникам юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, понятим, за-

ставадвцям, перекладачам, експертам, спеціалістам, особам, які з'явилися з повинною або які застигнуті на місці злочину та доставлені до правоохоронного органу чи обмежені в свободі пересування через примус перебувати поряд з посадовою особою правоохоронного органу, але не отримали статусу підозрюваного, надається обраними ними на власний розсуд правничими повіреними.

Правничим повіреним може виступати як адвокат чи його помічник, так і інший фахівець в галузі права, відносно яких немає передбачених законом підстав для відводу від участі в справі.

Правничий повірений має право:

- 1) бути повідомленим про те, в якому процесуальному статусі перебуває особа, що потребує правничої допомоги;
- 2) ознайомлюватись з документом про виклик чи іншими документами, обґрунтовуючими присутність особи в правоохоронному органі;
- 3) надавати особі, якій надається правнича допомога, консультацію з юридичних питань в обсязі та формах, як вона того потребує, в тому числі й конфіденційно в межах часу, що не обмежує прав інших осіб;
- 4) заявляти клопотання про зміну процесуального статусу особи, якщо такий не відповідає приписам закону;
- 5) заявляти, при наявності передбачених законом підстав, відвід детективу, слідчому, прокурору, слідчому судді, судді;
- 6) подавати клопотання про застосування передбачених законом заходів безпеки до особи, якій надається правнича допомога;
- 7) бути присутнім при проведенні слідчих та інших процесуальних дій, які проводяться за участю особи, якій надається правнича допомога;
- 8) роз'яснювати особі, якій надається правнича допомога, право на відмову від дачі показань і відповідей на питання щодо самого себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів;
- 9) під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, що заносяться до протоколу;
- 10) знайомитися з протоколами слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, виконаних за його участі, та робити письмові зауваження, уточнення і доповнення;

- 11) застосовувати технічні засоби для фіксації результатів процесуальних дій, в яких бере участь;
- 12) подавати слідчому, прокурору, слідчому судді, суду докази;
- 13) заперечувати проти незаконних дій детектива, слідчого, прокурора, слідчого судді, судді;
- 14) надавати юридичну допомогу особі в складанні письмових заяв, скарг, клопотань чи позовів, або за згодою такої особи складати від її імені письмові документи правового характеру;
- 15) подавати скарги на рішення, дії, бездіяльність детектива, слідчого, прокурора, що стосуються інтересів особи, якій надається правнича допомога.

Правничий повірений зобов'язаний:

- дотримуватися прав і свобод людини і громадянина;
- не перешкоджати встановленню істини у справі;
- дотримуватись принципу чесного проведення судового розгляду і ні при яких обставинах не повідомляти суду явно неймовірну або недостовірну інформацію;
- не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду дані досудового слідства та інші відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю у кримінальному провадженні і які становлять охоронювану законом таємницю;
- не допускати розголошення в будь-який спосіб конфіденційної інформації, яку йому було довірено або яка стала відома у зв'язку з виконанням обов'язків;
- уникати вчинення дій, які б могли зашкодити інтересам особи, якій надає допомогу, або правам і свободам інших людей».

§ 3. Представництво потерпілого, цивільного позивача і відповідача у кримінальному процесі

Право отримати правову допомогу у кримінальному процесі України, мають усі учасники кримінально-процесуальних правовідносин, в тому числі потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач. Закон визначає таку спеціальну форму надання правничої допомоги для даних учасників процесу, як *представництво*, але досі так і не визначився з її особливостями та допускає непослі-

довність щодо тих фахівців, які таку допомогу мають і можуть надавати, особливо тих, хто може її надавати найбільш ефективно.

По відношенню до потерпілого мало щирого співчуття чи жалості, потрібне мудре, дієве сприяння відновленню його прав, використання всієї сили закону та державного впливу для їх захисту. Людина, яка постраждала від злочину, часто залишається в скрутному фінансовому і соціальному становищі, а нерідко і в тяжкому фізичному стані, а, отже, безумовно, потребує реальної і ефективної професійної правничої допомоги, включаючи застосування інституту безоплатної правової допомоги.

Потерпілий – фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Недоліком законодавства є те, що процесуальний закон не передбачає можливості визнання юридичної особи потерпілим на підставі заподіяння шкоди її діловій репутації. Хоча фактично така шкода може бути набагато більшою, ніж майнова.

Чинне кримінально-процесуальне право визначило широкий перелік прав потерпілого. *За своїм змістом та джерелом походження права потерпілого можна поділити на дві групи.*

Перша група – це природно-юридичні права: право на відшкодування завданої злочином матеріальної та компенсації моральної шкоди. Вони виникають відразу ж після вчиненого злочину, мають ту ж природу походження що і обов'язок злочинця нести кримінально-правову відповідальність: саме злочин є юридичним фактом, що породжує відповідні права та обов'язки. Відповідно, і процесуальне законодавство, даючи визначення поняття, слушно вказує, що потерпілим є особа, якій злочинними діями заподіяна моральна, фізична чи матеріальна шкода.

Друга група – це процесуальні права потерпілого, якими він наділяється для відновлення своїх порушених та захисту реальних прав і свобод (право надавати докази, заявляти відводи тощо). *Ubi jus ibi reme dium* (Коли закон дає право, він має дати і засіб його захисту). Процесуальними правами потерпілого особа наділяється з моменту отримання статусу відповідного учасника процесу. Очевидно, що для забезпечення захисту своїх природно-юридичних прав необхідно реалізувати таку модель судочинства, за якої потерпілий мав би цілком достатні (до того ж рівні з обвинуваченим)

процесуальні права та отримував би змогу якомога швидше скористатись такими правами.

Забезпечення прав потерпілого здійснюється в умовах реалізації в кримінальному процесі принципу змагальності сторін. Змагальність передбачає процесуальну рівність сторін та їх активність у використанні своїх прав, що неможливе без знання системи таких прав і порядку їх реалізації, без належної правничої допомоги, яка, до речі, має надаватись також на рівних умовах з наданням її протилежній стороні.

Потерпілий має право мати представника та в будь-який момент кримінального провадження відмовитися від його послуг.

Потерпілого у кримінальному провадженні за чинним законодавством може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником.

Таке обмеження числа представників потерпілого як фізичної особи не витримує логіки, хоча з огляду на те, що представником потерпілого як юридичної особи відповідно до частини другої ст. 58 КПК України є не тільки адвокат, а практично будь-хто (представником юридичної особи, яка є потерпілим «може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю»).

Тобто, на слідстві чи в суді інтереси підприємства, установи чи організації, яким кримінальним правопорушенням завдано шкоди, може за довіреність представляти бухгалтер, охоронець, секретар, водій чи будь-хто інший, кому видана така довіреність. Тоді виникає питання: «В чому сенс заборони на участь у справі як представника потерпілого, яким є фізична особа, юристів чи інших осіб, яким він довіряє?».

Юридичних колізій в наданні правничої допомоги потерпілому додає і нова редакція Конституції України.

За прописами ст. 131–2, «Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена».

Занадто заумною виглядає логіка законодавця, який буцімто піклується про якість правничої (юридичної) допомоги, пов'язуючи

можливість найбільш ефективного надання такої допомоги з діяльності виключно адвоката, як найбільш підготовленого «кваліфікованого» професіонала-юриста, а стосовно найбільш вразливих верств населення (неповнолітніх тощо) допускає її надання іншими особами, не встановлюючи навіть мінімальних вимог щодо їх фаховості. Для повноти комізму, категорію осіб, правничу допомогу яким можуть надавати і не адвокати, за такої логіки цілком можливо (хоча було б явно жакливо) доповнити пенсіонерами і вагітними жінками.

З цього приводу Ігор Головань іронічно і влучно зазначає, що «виходить, «адвокатська монополія» – для багатих і здорових, а хворі і бідні обійдуться»¹.

Чинне законодавство пропонує інститут представництва в ускладненому і забюрократизованому, а місцями і нелогічному вигляді.

Згідно з частиною першою ст. 58 КПК України «Потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником».

А вже в наступних приписах законодавець застосовує інший, більш «демократичний» підхід щодо кола осіб, допущених до виконання функції представництва. Так, у частині другій ст. 58 КПК України стверджується, що «представником юридичної особи, яка є потерпілим, може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні». Згідно зі ст. 59 КПК України «якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник». Як законні представники потерпілого можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний.

Представником цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні може бути: особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником; керівник чи інша особа, уповноважена законом або установчими документами, пра-

¹ Головань І. Правнича монополія або позбавлення конституційного права. URL: <http://blogs.pravda.com.ua>

цівник юридичної особи за довіреністю – у випадку, якщо цивільним позивачем, цивільним відповідачем є юридична особа.

Якщо цивільним позивачем є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, її процесуальними правами користується законний представник.

Представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, може бути: особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником; керівник чи інша особа, уповноважена законом або установчими документами; працівник юридичної особи.

Безумовно, що розширення кола осіб, які допускаються до виконання функції представництва юридичних осіб, виправдане. Адже спори юридичних осіб можуть торкатись багатьох податкових, фінансових, екологічних та інших питань, де доречна допомога не стільки адвоката, який може мати здебільшого досвід захисту в справах щодо злочинів проти життя і здоров'я особи, скільки фахівця-економіста, бухгалтера, еколога, податківця, товарознавця тощо. За своїм змістом діяльність представника цивільного позивача в таких випадках буде торкатись як підготовки цивільного позову, кваліфікованого визначення і обґрунтування виду і розміру шкоди; встановлення причинного зв'язку між певним діянням і завданою шкодою тощо. Тому тут спеціальні норми щодо переліку можливих представників (і не більше того) будуть виправдані.

За загальним правилом при визначенні прав представників закон застосовує формулу – «представники користуються процесуальними правами осіб, інтереси яких вони представляють».

Між тим, стосовно представника юридичної особи, законодавець чомусь вирішив за необхідне чи спромігся нарешті поліпшити якість закону, посиливши його багатослівність, врешті-решт подав окрему норму, в якій виклав права представника юридичної особи, які будуть дещо відмінні від можливих прав, наприклад, представника потерпілого.

Так, представник юридичної особи, відповідно до ст. 64–1 КПК України, отримує такий статус:

«Протягом кримінального провадження представник юридичної особи має право:

1) знати, у зв'язку із вчиненням якого кримінального правопорушення здійснюється провадження щодо юридичної особи, та давати пояснення з цього приводу;

- 2) користуватися правовою допомогою;
 - 3) збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді, суду докази;
 - 4) брати участь у проведенні процесуальних дій;
 - 5) під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, що заносяться до протоколу, а також знайомитися з протоколами слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, виконаних за його участі;
 - 6) застосовувати з додержанням вимог цього Кодексу технічні засоби під час проведення процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосування технічних засобів під час проведення окремої процесуальної дії чи на певній стадії провадження з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься (постановляється) вмотивована постанова (ухвала);
 - 7) заявляти клопотання про проведення процесуальних дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо;
 - 8) заявляти відводи;
 - 9) одержувати копії процесуальних документів та письмові повідомлення;
 - 10) оскаржувати рішення, дії та бездіяльність слідчого, прокурора, слідчого судді в порядку, передбаченому цим Кодексом;
 - 11) користуватися рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою він володіє, та в разі необхідності користуватися послугами перекладача.
4. Під час досудового розслідування представник юридичної особи має право:
- 1) брати участь у слідчих (розшукових) та інших процесуальних діях, під час проведення яких ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дії, що заносяться до протоколу, а також знайомитися з протоколами слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, виконаних за його участі;
 - 2) ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому статтею 221 цього Кодексу, та вимагати відкриття матеріалів згідно із статтею 290 цього Кодексу.

5. Під час судового провадження представник юридичної особи має право:

- 1) бути завчасно поінформованим про час і місце судового розгляду;
- 2) брати участь у судовому провадженні;
- 3) виступати в судових дебатах;
- 4) ознайомлюватися з журналом судового засідання та технічним записом судового процесу, які йому зобов'язані надати уповноважені працівники суду, і подавати щодо них свої зауваження;
- 5) оскаржувати в установленому цим Кодексом порядку судові рішення та ініціювати їх перегляд, знати про подані на них апеляційні та касаційні скарги, заяви про їх перегляд, подавати на них заперечення.

6. Представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, має також інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом.

7. Представник юридичної особи зобов'язаний:

- 1) прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а в разі неможливості своєчасного прибуття – завчасно повідомити про це, а також про причини неможливості прибуття;
- 2) не перешкоджати встановленню обставин вчинення кримінального правопорушення;
- 3) не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю у кримінальному провадженні і які становлять охоронювану законом таємницю».

Уявляється, що закон може бути більш простим і зрозумілим, а його концепти і приписи уніфіковані, гармонізовані й максимально стандартизовані.

Для цього, на наш погляд, необхідно запровадити таку модель: а) поряд зі збереженням існуючого процесуального статусу «законний представник» і детальною регламентацією в законі статусу захисника, в КПК України доцільно регламентувати статус більш універсального правозахисника – «правничого повіреного»; б) в КПК України статус правничого повіреного викласти в окремій нормі «юридична допомога правничим повіреним», модель якої подана в попередньому параграфі; в) в нормах КПК України, якими визначаються інститути представництва, закріпити положення, що представництво потерпілого, цивільного позивача і відповідача у кримінальному процесі можуть здійснювати як адвокати, так і інші фахівці у галузі права, відносно яких немає передбачених законом

підстав для відводу від участі в справі (перелік представників юридичної особи може бути більш широким з урахуванням існуючих положень ст. 64–1 КПК України), г) в процесуальному законі визначити, що представник в кримінальному провадженні користується статусом правничого повіреного, має права і несе обов'язки, які передбачені щодо правничого повіреного. Реалізація такої пропозиції дасть змогу більш лаконічно викласти процесуальні норми та спростить процедури надання правничої допомоги учасникам процесу.

Нормативні акти

Конституція України: Прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. ст. 141). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року). Офіційний вісник України. 1998. № 13.

Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою, прийнята на сороковій сесії Генеральної Асамблеї ООН 29 листопада 1985 року.

Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи від 2 березня 1978 р. № (78)8 «Про юридичну допомогу і консультації».

Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя. Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU13168.html

Кримінально-процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: www.rada.gov.ua

Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.

Закон України «Про безоплатну правову допомогу». Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 51. Ст. 577 (Із змінами, внесеними згідно із Законами № 3671-VI (3671–17) від 08 липня 2011 р. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 16. Ст. 146; Кодексом № 4651-VI (4651–17) від 13 квітня 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. Законами № 4652-VI (4652–17) від 13 квітня 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 21. Ст. 208. № 5076-VI (5076–17) від 05 липня 2012 р. № 5290-VI (5290–17) від 18 вересня 2012 р.).

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про правову допомогу) від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09/conv>

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Шабельник проти України». URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19618>.

Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Білий проти України» (CASE OF BILYY v. UKRAINE) (заява № 14475/03, остаточне рішення 21 січня 2001 р. URL: <http://hand-help.ru/documents/>)

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Чанєв проти України» (остаточне рішення від 09 січня 2015 р. Рішення Європейського суду з прав людини. URL: <http://old.minjust.gov.ua/19612>)

Література

Абламський С. Актуальні питання регламентації права на захист через призму конституційних змін. Вісник Національної академії прокуратури України. 2017. № 2.(48). С. 88–94.

Адвокатура України: підручник у двох книгах / За заг. ред. д. ю. н., проф. заслуженого юриста України С. Я. Фурси та к. ю. н, доцента Н. М. Бакаєнової. 2-ге вид. доповн. і перероб. К.: Алерта, 2016. 864 с.

Блажівський Є. М., Козьяков І. М., Толочко О. М., Мірошніченко С. С., Власова Г. В. та ін. Актуальні питання кримінального процесу України / за заг. ред. Є. М. Блажівського, 2013. 304 с.

Балита Р. І., Блажівський Є. М., Вернидубов І. В., Власова Г. П., Гаєвий В. Ф. Підтримання прокурором публічного обвинувачення: підручник. Київ: Нац. акад. прокуратури України, 2017. 629 с.

Банчук О. А., Демкова М. С. Правова допомога: Зарубіжний досвід та пропозиції для України. Київ: Факт, 2004. 504 с.

Брюкова А. Проблемні аспекти здійснення захисту та надання правової допомоги адвокатами. Юридична Україна. 2005. № 1. С. 49.

Борзих Н. В. Проблеми надання юридичної допомоги адвокатом за призначенням. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: збірник наукових праць. 2008. № 3(398). С. 303–310.

Бояров В. Деякі питання захисту свідків за законодавством України. Право України. 2001. № 12. С. 99–102.

Вільчик Т. Б. Конституційне право на правову допомогу адвоката у країнах Європейського Союзу та в Україні: монографія. Х.: Право, 2015. 400 с.

Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юридична література, 2015.

Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування щодо надання правової допомоги свідку. Науковий вісник публічного та приватного права. 2016. № 1. С. 145–150.

Зейкан Я. П., Сафулько С. Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ: Дакор, 2013. 576 с.

Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.

Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шушила. К.: Юстініан, 2012.

Маланчук П.М., Маслак О.В., Воронкова М.Ю. Актуальні проблеми участі захисника у кримінальному провадженні. Правові горизонти. 2017. № 3. С. 82–85.

Малахова О.В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. (спец. 12.00.09). Одеса, 2015. 20 с.

Маляренко В.Т. Про сумні тенденції в розвитку інститут захисту в Україні. Адвокат. 2001. № 1–2. С. 42–75.

Михайлова Н.В. Інститут захисту прав потерпілого за новим КПК України. Право і суспільство. 2013. № 2. С. 211–216.

Молдован А.В., Тилик Т.М. Адвокатура України: навчальний посібник. К.: Алерта, 2013. 256 с.

Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: монографія. Острог: Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2009. С. 104.

Рокунь С.В. Проблеми визначення правового статусу особи, яка надає правову допомогу свідку в кримінальному провадженні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 5. С. 155–158.

Сачко О.В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145.

Скрябін О.М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя: Просвіта, 2017. 380 с.

Тертишник В.М. Кримінальний процес України: підручник. 7-е вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.

Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 15-те, доповн. і перероб. К.: Правова Єдність, 2018. 854 с.

Тертишник В.М., Одинцова І.М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171.

Фіолевський Д.П. Адвокатура: підручник. К.: Алерта, 2014. 624 с.

Шемшученко Ю.С., Тертишник В.М. Доктринальні проблеми забезпечення верховенства права в процесі конституційної й судово-правової реформи в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Спецвипуск. Ч. 1. 2017. С. 46–52.

Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ. 2018. 661 с.

Яновська О.Г. Адвокатура України: навчальний посібник. К.: Юрінком Інтер, 2007. 280 с.

Глава 3.

Захисник у кримінальному провадженні

§ 1. Поняття захисника, визначення кола осіб, які допускаються до виконання функції захисту, та проблема конкуренції правових норм

Захисник – це фахівець у галузі права на якого в кримінальному процесі покладено виконання функцію захисту, унаслідок чого він зобов'язаний надавати юридичні консультації та іншу правову допомогу особі, яку захищає, використовувати всі передбачені законом форми, засоби і способи з метою захисту його прав і законних інтересів, з'ясування обставин, що виправдовують підзахисного чи пом'якшують його відповідальність.

За чинним процесуальним законодавством України (ст. 45) захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, 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). Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Процесуальне законодавство України всупереч положень міжнародно-правових актів та рішень Конституційного Суду України поступово торує шлях до встановлення монополії адвокатури на виконання функції захисту в кримінальних провадженнях, що не може дати позитиву для правосуддя.

В цьому сенсі певною новелою конституційного права стала ст. 131–2: «Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Незалежність адвокатури гарантується. Засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення».

Ці положення створюють певну конкуренцію правових норм національного законодавства та міжнародних правових актів, носять внутрішньо суперечливий і дискусійний характер.

По-перше, припис ст. 131–2 Конституції України про те що «виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення» не означає встановлення монополії адвокатів на виконання функції захисту в кримінальних провадженнях, оскільки обвинуваченою особою, згідно з частиною другою ст. 42 КПК України, є «особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому статтею 291 цього Кодексу». Тобто, за чинного КПК України захист від акту підозри здійснюється на досудовому слідстві, а захист від обвинувачення можливий лише в судовій стадії процесу. Отже, положення конституційних приписів про те, що «виключно адвокат здійснює захист від кримінального обвинувачення» не виключає захисту підозрюваного (особи, яка ще не обвинувачена), іншим правником, який не є адвокатом. Відповідно, норми Конституції України, як норми найвищої юридичної сили, мають знайти чітку реалізацію в галузевому законодавстві, на що уже зверталась увага в наукових дослідженнях і публікаціях¹.

По-друге, вказана новела не відповідає вимогам ст. 22 Конституції України щодо недопустимості звуження існуючих прав і свобод людини при прийнятті нових законів, а також суперечить рішенням Конституційного суду України та основним міжнародно-правовим актам. Розглянемо ситуацію детальніше.

Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті Конгресом ООН 27 серпня – 7 вересня 1990 року, передбачають, що

¹ Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171; Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 7–8.

кожна людина має звернутись до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання своїх прав та захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства.

У зв'язку з даними та іншими положеннями міжнародних правових актів Конституційний Суд України в своєму рішенні № 13-рп/ 2000 від 16 листопада 2000 року скасував положення ч. 1 ст. 44 КПК України, згідно з яким як захисники допускались лише особи, які мали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, як положення, що не відповідають Конституції України, і роз'яснив, що захисником у кримінальному процесі може бути будь-який фахівець в галузі права, якщо за законом він має право (може бути допущеним, відсутні обставини для його відводу) на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Жваві наукові дискусії з приводу позиції КС України та неоднозначне розуміння його приписів призвели до ще одного розгляду цього питання в КС України.

Конституційний Суд України у своєму рішенні 30 вересня 2009 р. у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу), дав розгорнуте тлумачення конституційного права на захист.

Головань Ігор Володимирович у контексті положень ст. 59 Конституції просив роз'яснити, чи має громадянин право на правову допомогу адвоката під час допиту його як свідка або у разі виклику для надання пояснень до державних органів. Відмова посадових осіб слідчих органів проводити процесуальні дії зі свідком у присутності його адвоката та у наданні правової допомоги особі під час дачі пояснень в інших державних органах, на думку автора звернення, є обмеженням конституційного права на правову допомогу і може призвести до порушення прав людини і громадянина.

Конституційний Суд, розглядаючи дане звернення, зазначив, що право особи на правову допомогу, закріплене у ст. 59 Конституції України, є одним із основних конституційних, невід'ємних прав людини і має загальний характер. У контексті частини першої цієї статті «кожен має право на правову допомогу» поняття «кожен» охоплює всіх без винятку осіб – громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України. Реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від

статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права.

Правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом і формами й може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати.

Право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, або ту, яку вона потребує незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права.

Крім того, гарантування кожному права на правову допомогу є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, а й дотриманням взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань відповідно до положень Загальної декларації прав людини 1948 року, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року.

Відповідно до Основного Закону України положення «кожен має право на правову допомогу» є нормою прямої дії, і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації. Це стосується, зокрема, і права свідка на отримання правової допомоги під час допиту у кримінальному процесі та особи у разі надання нею пояснень у державних органах.

Згідно з Конституцією України особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Конституційний Суд України відзначає, що кожній особі, зокрема свідку під час допиту в органах дізнання чи досудового слідства та особам при наданні пояснень у державних органах, має бути забезпечена реальна можливість отримувати правову допомогу для захисту від можливого порушення права не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, які можуть бути використані у кримінальному процесі для доведення обвинувачення зазначених осіб.

У частині першій ст. 59 Конституції України не міститься обмежень стосовно кола суб'єктів надання правової допомоги та вимог щодо їх професійної підготовки, які мають визначатися в зако-

нах України, а в частині другій передбачено, що для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Системний аналіз ст. 59 Конституції України, Закону України «Про адвокатуру» дає підстави для висновку, що положення частини другої цієї статті «для ... надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» є однією з конституційних гарантій, яка надає свідку під час допиту в органах дізнання, досудового слідства чи особі у разі дачі пояснень в інших державних органах право вільно отримувати правову допомогу адвоката. У такий спосіб держава бере на себе обов'язок забезпечувати можливість надання кваліфікованої правової допомоги особам у правовідносинах з державними органами. Зазначене не виключає і права на отримання особою такої допомоги від інших суб'єктів, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень.

Враховуючи наведене, Конституційний Суд України *в и р і ш и в*:

1. Положення частини першої статті 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу» треба розуміти як гарантовану державою можливість *будь-якій особі* незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує.

2. Особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами має право на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи в статусі адвоката, що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень¹.

Свою позицію з цього питання чітко визначив Європейський суд з прав людини у справі «Загородній проти України». У своєму рішенні від 24 листопада 2011 року² Європейський суд з прав лю-

¹ Рішення Конституційного Суду України, прийняте 30 вересня 2009 р. у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). Офіційний сайт Конституційного Суду України URL: www.ccu.gov.ua.

² Офіційний вісник України. 2012. № 35. 18 травня.

дини визнав порушення п. 1 та підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, адже право заявника на вільний вибір захисника було обмежене, а держава створила ситуацію, *несумісну з принципом юридичної визначеності, що становить один з базових аспектів верховенства права.*

Конкуренцію правових норм, що виникає, варто вирішувати з огляду на ст. 22 Конституції України, згідно з якою під час прийняття будь-яких нових правових норм не допускається звуження наявних прав і свобод людини. Цей принцип слід застосовувати і до змін конституційних норм.

Під час вирішення проблеми кола осіб, які можуть виконувати функцію захисту в кримінальних провадженнях, слід керуватися також концептуально слушними для демократичних суспільств положеннями такого нового міжнародно-правового джерела права, як *«Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя»* (Резолюція Економічного та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р.).

Зокрема, варто врахувати такі його положення, що спрямовані на розширення доступу до юридичної допомоги в системах кримінального судочинства: «юридична допомога є важливим елементом справедливої, гуманної та ефективної системи кримінального правосуддя, заснованого на верховенстві права»; «особа, яка надає юридичну допомогу, називається юрисконсультом»; в ролі юрисконсультів виступають адвокати, але держави мають залучати для надання юридичної допомоги значну кількість і інших сторін, таких, як недержавні організації, ...професійні об'єднання, асоціації та наукові установи; «надати помічникам адвокатів можливість надавати дозволені внутрішнім законодавством чи практикою форми юридичної допомоги особам, арештованим, затриманим, підозрюваним, чи обвинуваченим у скоєнні кримінального правопорушення, зокрема в поліцейських дільницях чи інших місцях тримання під вартою»...¹.

Відтак виникає ситуація, коли на досудовому слідстві є допустимим виконання функції захисника як адвокатом, так і іншим фахівцем у галузі права, а «захист від кримінального обвинувачення»

¹ Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя: Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р. Нью-Йорк: ООН, 2013 URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU13168.html

в суді, згідно зі ст. ст. 131–132 Конституції України може здійснювати «виключно адвокат». Хоча і остання позиція проблематична з огляду на положення ст. 22 Конституції України.

Якщо будь-яка людина постає перед судом, «вона повинна мати впевненість що її будуть професіонально і добросовісно захищати, і не важливо хто це буде – дорогий адвокат, і безоплатно представник профспілки (бухгалтер за освітою, який може більше допомогти в господарських справах, ніж юрист), і «фахівець у галузі права» – магістрант чи аспірант – її товариш, знайомий, сусід, член команди гірських мандрівників тощо, і близький родич, навіть теща, головне щоб це була «повірена особа», особа, якій довіряють в найбільш складних ситуаціях. І боятись конкуренції, коли йдеться про долю людини, не варто. Змагальний судовий процес буде кращим, коли змагатись будуть не тільки прокурор з адвокатом, а й захисники між собою щодо здійснення якісного захисту.

Судді на питання про те «як вони будуть вирішувати означену ситуацію на практиці», заявили, що кращий варіант – допускати до виконання функції захисту поряд з професійними адвокатами також обраних підозрюваними (обвинуваченими) за їх клопотанням інших фахівців у галузі права.

На наш погляд, дискусія щодо більшої чи меншої професійності різних фахівців у галузі права взагалі і її складової частини – адвокатів, зокрема, безперспективна. Хто з них може надавати більш якісніший захист, не залежить від наявності чи відсутності посвідчення адвоката.

Важко говорити про якісний захист адвокатом у справі Василя Стуса чи Світлани Зайцевої. Остання, нагадаємо, була незаконно притягнута до кримінальної відповідальності за вбивство. Головним доказом її вини послужили відбитки пальців рук на речах жертви. С. Зайцева, перебуваючи в ув'язненні, захворіла на туберкульоз. Коли вона вже відбувала покарання, в процесі розслідування іншої кримінальної справи було з'ясовано, що вбивство, в якому вона обвинувачувалась, було вчинене іншими особами. С. Зайцева після оправдання померла від хвороб, отриманих в ув'язненні, залишивши в сирітстві двох малолітніх дітей. І ось у той час, коли суд присудив на користь її дітей відшкодування завданої незаконним засудженням матері моральної шкоди в сумі 2 млн грн, виявляється, що адвокат, який практично нічого не зробив для її захи-

сту, ще до смерті обвинуваченої встиг укласти з нею угоду, згідно з якою в разі її виправдання половину суми компенсації за завдану моральну шкоду його підзахисна має сплатити йому – адвокату.

Проблема полягає не в тому, щоб законодавець дав перелік того, хто із фахівців може виконувати функцію захисту. Це не задача законодавця взагалі, і в правовій державі, тим більше, де, як відомо, людина може робити все, що не заборонено. Проблема в забезпеченні вчасного, дієвого та ефективного захисту.

Між тим, чинний закон ускладнив також можливості отримання статусу адвоката, а проектами законодавчих актів передбачається ускладнення також можливості отримання юридичної освіти.

Адвокатом, відповідно до ст. 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

В сучасних реформаторських процесах самої освіти поняття «повна вища юридична освіта» втрачає сенс, оскільки зміни рівнів освіти призводять до більш логічного використання більш конкретнішого поняття «вища освіта», а тим самим і поняття «вища юридична освіта».

Стаж роботи в галузі права – стаж роботи особи за спеціальністю після здобуття нею повної вищої юридичної освіти.

Перманентні зміни законодавства постійно ускладнюють можливості отримання юристами адвокатського статусу. Так, якщо за попереднім законом стаж юридичної роботи вираховувався після отримання юридичної освіти будь-якого рівня, включаючи роботу після отримання диплома бакалавра, то за чинним законом такий стаж за фахом уже вважається таким, коли мав місце після отримання вищої юридичної освіти. Наразі до розгляду законодавчою радою подається новий законопроект, за яким для даного випадку «стаж роботи в галузі права – стаж роботи фахівця лише в якості стажера адвоката чи на посаді судді». Так би мовити «відчуйте різницю».

Кваліфікаційний іспит є атестуванням особи, яка виявила бажання стати адвокатом і полягає у виявленні теоретичних знань

у галузі права, історії адвокатури, адвокатської етики особи, яка виявила бажання стати адвокатом, а також у виявленні рівня її практичних навичок та умінь у застосуванні закону.

Організація та проведення кваліфікаційного іспиту здійснюється кваліфікаційною палатою кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури. Особа, яка виявила бажання стати адвокатом та відповідає встановленим законом вимогам, має право звернутися до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за місцем проживання із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту.

Складання кваліфікаційного іспиту кандидатом на вступ до адвокатської корпорації в самій адвокатській корпорації може бути пов'язане не тільки з конфліктом інтересів, або «ходінням по муках», про які красномовно веде мову Олеся Гресь¹, висвітлюючи комічні моменти того, як досвідчений юрист робив спробу здати іспит про право на заняття адвокатською діяльністю. Існуюча система іспитів претендентів на адвокатську діяльність в сукупності з запроваджуваною концепцією підвищення кваліфікації та іншими важелями впливу в системі адвокатського самоврядування тяжіє до створення системних механізмів управління адвокатами, що не може, м'яко кажучи, оцінюватись схвально. Якщо вже потрібен іспит, – то може доцільно організувати його здавання незалежним комісіям за участі відомих учених-юристів, створюваних окремо, або під юрисдикцією, наприклад, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини чи при судовій гілці влади, уникаючи корпоративної заангажованості.

За вимогою сучасного закону, особі, яка склала кваліфікаційний іспит, протягом десяти днів з дня складення кваліфікаційного іспиту кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури безоплатно видає свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту. Свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту дійсне протягом трьох років з дня складення іспиту (ст.ст. 8–9 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Стажування осіб, які не мають стажу помічника адвоката, здійснюється протягом шести місяців під керівництвом адвоката за направленням ради адвокатів регіону та відбувається на платній

¹ Гресь О. Поспішаючи здихатися здобувача... Закон і бізнес. 2018. 2 лют. URL: http://zib.com.ua/ua/131730-pospishayuchi_zdihatisya_zdobuvacha_u_kdka_regionu_perepluta.html

основі. Керівником стажування може бути адвокат України, який має стаж адвокатської діяльності не менше п'яти років. Від проходження стажування звільняються особи, які на день звернення із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту мають стаж роботи помічника адвоката не менше одного року за останні два роки. За оцінкою результатів стажування рада адвокатів регіону приймає рішення про: видачу особі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю; продовження стажування на строк від одного до трьох місяців (ст. 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Присяга адвоката України складається перед радою адвокатів регіону особою, стосовно якої радою адвокатів регіону прийнято рішення про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, не пізніше тридцяти днів з дня прийняття цього рішення. Присяга адвоката України має такий зміст: «Я, (ім'я та прізвище), урочисто присягаю у своїй адвокатській діяльності дотримуватися принципів верховенства права, законності, незалежності та конфіденційності, правил адвокатської етики, чесно і сумлінно забезпечувати право на захист та надавати правову допомогу відповідно до Конституції України і законів України, з високою відповідальністю виконувати покладені на мене обов'язки, бути вірним присязі». Текст присяги адвоката України підписується адвокатом і зберігається радою адвокатів регіону, а її копія надається адвокату (ст. 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю і посвідчення адвоката України видається у день складення присяги безоплатно, не обмежуються віком особи та є безстроковими.

Законодавство України до видів адвокатської діяльності в кримінальному провадженні відносить: надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру (правнича допомога загального характеру); захист 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, яка притягається до адміні-

стративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення (суто виконання функції захисту); надання правової допомоги свідку у кримінальному провадженні (функція правничого повіреного); представництво інтересів потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні (виконання функції представництва). Адвокат може здійснювати інші види адвокатської діяльності, не заборонені законом (ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Законом залишаються не достатньо врегульованими питання участі помічника адвоката в забезпеченні правничої допомоги в сфері кримінального судочинства.

Разом з тим чинним законом не передбачена можливість участі в судовій стадії процесу як захисників близьких родичів підсудного, хоча це правило було закріплене в попередньому Кримінально-процесуальному кодексі, отримало перевірку на доцільність юридичною практикою минулих століть і має право на існуванні сьогодні.

Відомий юрист П. С. Пороховщиків (псевдонім – П. Сергеїч), автор цікавої праці «Мистецтво промови на суді», не без підстав захоплювався народною мудрістю, описуючи такий випадок із судової практики.

Молодий юрист не зважувався взятися за захист підсудного і заявив самовідвід. Батько останнього, не бажаючи залишати сина без захисту, попросив допустити до участі у справі як захисника рідного дядька підсудного, який працював візником.

«Ваше благородіє, – почав він, – я людина неосвічена і малограмотна. Що я буду говорити – це те саме, якби ніхто не говорив. Я не знаю, що треба сказати. Ми на Вас сподіваємося»...

Виступаючи в судових дебатах, він говорив, хвилюючись, кваплячись. Але промовляв щиро, по суті і от що встиг висловити: 1) Калкін не хотів заподіяти настільки тяжкого ушкодження Федорову, «він ударив його, відмахуючись, не оглядаючись; це був нещасний випадок, що удар влучив у живіт»; 2) Калкін не хотів цього; «він сам шкодує, що трапилося таке нещастя; він одразу пожалкував»; 3) він не мав жодних претензій до Федорова; він не хотів ударити саме його; 4) удару зазнав Федоров тому, що він був ближче за інших: «той йому топче п'яти, він його і вдарив»; 5) він не нападав, а тікав від нападників; 6) «Їх шестеро, вони із залізними ціпками, він один; він рятував своє життя і вдарив»; 7) нещастя

в тому, що в нього опинився цей ніж: «Йому б ударити ціпком, залізною палицею, як його били; він лише збив би Федорова з ніг; тоді не було б і такої рани; так ціпка у нього із собою не було»; 8) «Який це ніж? Канцелярський ніжик; він не для чогось лихого його носив у кишені; у нас в усіх такі ножі для потреби, для роботи»; 9) він не бешкетник, він сумирний; «вони за те його не люблять, що він з ними горілку не пив і їм на горілку не давав»; 10) «Він сумирний; він не бешкетник. Якби він залишився над Федоровим, коли той упав, та кричав: «Підходь ще, хто хоче», – тоді б можна сказати, що він їх зачіпав; а він утік; ...розмахнувся назад, вдарив і втік».

Закінчив захисник тим, із чого почав: «Я не знаю, що треба говорити, ваше благородіє. Ви краще знаєте. Ми сподіваємося на Ваше правосуддя...»¹

Ось так у лаконічній формі, за логікою здорового глузду самотній оратор із народу переконливо довів дію підсудного у стані необхідної оборони (що звільняє від відповідальності), сказавши саме стільки, скільки сказав би мудрець.

Згадується повчальний приклад з юридичної практики. Обвинувачений у розкраданні майна в особливо великих розмірах, водій, який водночас працював і реалізатором продукції, вину свою визнавав. Під час першого допиту він підтверджував, що часто після реалізації продукції «відпочивав на широку ногу» в ресторані, витрачаючи як свої кошти, так і кошти, отримані від реалізації продукції. Скільки витрачав і чиїх грошей не пам'ятає. Однак сумніви викликала сума розтрати за відносно короткий проміжок часу її виникнення. Обвинувачений, перебуваючи під вартою, в подальшому взагалі відмовився від свідчень.

Для надання допомоги в захисті обвинуваченого була запрошена його дружина – бухгалтер за освітою, яка після ознайомлення зі справою звернула увагу на такі факти: обвинувачений щодня вранці йшов на ринок з метою реалізації товарів, отримуючи певну їх кількість під свою матеріальну відповідальність; працював він на ринку увесь день; отримані гроші здавав у касу наприкінці дня; між тим, накладних на отриманий реалізатором товар оформлялось по три щодня, що було нелогічним; за переліком кількості і вартості товарів дві накладні за один і той же день в сумі відповідали одній, складеній у цей же день.

¹ Сергєєв П. Искусство речи на суде. Тула: Автограф, 1998. С. 235–238.

На повторному допиті обвинувачений згадав, що фактично в процесі роботи на ринку йому не вдавалось реалізувати всю отриману на складі продукцію і за пропозицією завідувача складу він часто під кінець дня не здавав нереалізовану продукцію на склад (щоб не додавати роботи працівникам складу), а залишав її на зберігання в автомобілі. До того ж завідувач складу після завершення роботи шовечора пропонував йому оформити ще дві накладні – одну на продукцію, яку він отримав і реалізував, а другу на ту, яка була отримана і не реалізована та залишалась в його віданні, запевняючи, що накладна (складена вранці) на весь обсяг товару буде анульована.

Додатковим вивченням накладних з'ясувалось, що до звітної документації про отримання товару під матеріальну відповідальність приєднувались усі три накладні. Фактично обвинувачений через свою довірливість один і той же товар отримував під свою відповідальність двічі. За результатами розслідування, до відповідальності за шахрайство і розкрадання в особливо великому розмірі був притягнутий завідувач складу. Справа ж відносно водія-реалізатора була закрита за відсутністю складу злочину. Ось так зусилля захисника з числа близьких родичів допомогли правосуддю.

На жаль, в КПК України право обвинувачених мати захисника з числа близьких родичів поспішно скасовано, чого в принципі робити не можна, адже, ще раз підкреслимо, згідно зі ст. 22 Конституції України під час прийняття нових законів не допускається звуження існуючих прав і свобод людини. Закони, що звужують права людини, не підлягають застосуванню. У практичній діяльності слідчі і судді мають керуватись положеннями як Конституційного суду та рішеннями Європейського суду з прав людини, так і нормами попереднього Кодексу, які надавали і людині, і захиснику більш широкі права, ніж ті, які передбачені новим законодавством.

Невгомонні реформи процесуального законодавства, адвокатури та правових засад адвокатської діяльності здійснюються без виваженої доктрини і концептуальної моделі, часто не стільки розв'язують існуючі проблеми захисту, скільки створюють певний правовий колапс і ускладнюють реальні можливості забезпечення верховенства права в державі. Інколи виникає питання щодо сенсу таких реформ.

Ігор Головань, відомий адвокат і ініціатор конституційного розгляду справи (від 30 вересня 2009 року про право на правову допомогу), аналізуючи конституційні новели 2016 року, риторично

зазначає «Чи не є це простим і ясним підтвердженням того, що вся ця історія з «монополією» є кісткою, кинутою адвокатам, щоб тихо і спокійно проковтнули скасування права на правову допомогу? Щоб відмовилися від результатів багаторічної боротьби, від масиву судової практики, офіційних тлумачень і теоретичних надбань?»¹.

§ 2. Обов'язкова участь захисника та обставини, що виключають участь захисника у справі

Здійснення захисту в кримінальному процесі досить тонка матерія, яка має максимально враховувати свободу вибору підзахисного.

Стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначає, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право «захищати себе особисто чи використовувати 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».

Надаючи підозрюваному, обвинувачуваному (підсудному) свободу вибору захисника і засобів захисту, законодавець, разом з тим, має забезпечити їх захист в складних юридичних ситуаціях, за наявності яких цілком виправдано не допускає відмови осіб, щодо яких здійснюється провадження, від участі в справі захисника. Відтак закон встановлює правила обов'язкової участі захисника в кримінальному провадженні.

Закон передбачає обов'язкову участь захисника з моменту набуття особою статусу підозрюваного у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів.

В інших випадках обов'язкова участь захисника за приписами ст. 52 КПК України, забезпечується у кримінальному провадженні:

а) *щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, – з моменту*

¹ Головань І. Правнича монополія або позбавлення конституційного права. URL: <http://blogs.pravda.com.ua>

встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

б) *щодо осіб*, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру, – з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

в) *щодо осіб*, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права, – з моменту встановлення цих вад;

г) *щодо осіб*, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, – з моменту встановлення цього факту;

д) *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;

е) *щодо реабілітації* померлої особи – з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи;

ж) *щодо осіб*, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування (in absentia) або спеціальне судове провадження (спеціальне досудове розслідування (заочне провадження) здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, з урахуванням ст. ст. 297–¹–297–⁵ КПК України, а також п. 20–¹ Перехідних положень КПК України) у зв'язку з тим, що такі особи переховуються від органів слідства і суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошені у міждержавний або міжнародний розшук, – з моменту прийняття відповідного процесуального рішення);

з) *у разі укладення угоди* між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості – з моменту ініціювання укладення такої угоди.

Вимоги обов'язкової участі захисника у справі щодо неповнолітніх потребують удосконалення механізмів забезпечення такого права на захист як з урахуванням відсутності у малолітніх фінансових можливостей оплати послуг захисника, так і необхідності якісної правової допомоги з урахуванням вікових особливостей розвитку таких осіб.

Відповідно до частини першої ст. 412 КПК істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушен-

ня вимог цього Кодексу, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення. Згідно з частиною другою цієї статті здійснення судового провадження за відсутності захисника, якщо його участь є обов'язковою, входить до переліку істотних порушень вимог кримінального процесуального закону, які вимагають скасування судового рішення у будь-якому разі¹.

Обґрунтованість вимоги закону про те, що участь захисника є обов'язковою у справах щодо особливо тяжких злочинів сумнівів не викликає. Однак в слідчій практиці можливі як помилкові відступи від цього права, так і зловживання правовими концептами. Наприклад, на початковому етапі слідства можуть бути виявлені лише окремі епізоди злочинної діяльності підозрюваного, в силу чого його дії кваліфікуються за статтями КК України, які не можуть давати підстави для висновків про наявність в діях підозрюваного особливо тяжкого злочину. Нерідко слідчі органи навмисно допускають кваліфікацію дій підозрюваного за менш тяжким злочином. Часто-густо в таких випадках підозрюваний відмовляється від захисника, слідство ведеться в таких справах досить тривалий час без участі в справі захисника, а уже на завершальному етапі слідства, захисник нарешті допускається до участі в справі. Формально важко стверджувати про явні порушення прав особи на захист, але по суті воно присутнє.

В цьому аспекті варто звернути увагу на положення КПК ФРН, яким передбачена обов'язкова участь захисника (§ 140), якщо *обвинувачений знаходився під арештом* і не звільнений як мінімум за два тижні до початку судового засідання. Думається, що дане положення є таким, що заслуговує на запровадження в законодавство України. Варто доповнити частину другу ст. 52 КПК України пунктом, яким передбачувалась би обов'язкова участь захисника в усіх кримінальних провадженнях, в яких підозрюваний перебуває під вартою.

Інтереси правосуддя потребують викладення більш широкого переліку випадків обов'язкової участі захисника у справі. До такого переліку, на слухний погляд І. Одинцової, слід віднести усі справи, які розглядаються в особових формах чи режимах провадження, включаючи застосування інститутів дієвого каяття, при-

¹ Про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні. Лист ВССУ від 25 вересня 2015 року.

мирення сторін чи перегляд справ за заново відкритими обставинами¹.

Залучення захисника. Захисник може у будь-який момент, відповідно до приписів ст. 48 КПК України, бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках, якщо: 1) відповідно до вимог [ст. 52](#) цього Кодексу участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника; 2) підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно; 3) слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його. Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги. У названих випадках слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя та суд постановляє ухвалу, якою доручає відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням і забезпечити його прибуття у зазначені в постанові (ухвалі) час і місце для участі у кримінальному провадженні приписів (ст. 48 КПК України).

При виконанні функції захисту важливо забезпечити відсутність конфлікту інтересів захисника, в тому числі і адвоката, який здійснює захист, незалежність захисника, унеможливити небажаний на нього вплив владних структур. З огляду на це законодавець

¹ Одицова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 99.

передбачив умови, за яких особа не допускається до виконання функції захисту.

Захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу.

Не може бути адвокатом особа, яка:

1) має непогашену чи не зняту в установленому законом порядку судимість за вчинення тяжкого, особливо тяжкого злочину, а також кримінального правопорушення середньої тяжкості, за який призначено покарання у виді позбавлення волі;

2) визнана судом недієздатною чи обмежено дієздатною;

3) позбавлена права на заняття адвокатською діяльністю, – протягом двох років з дня прийняття рішення про припинення права на заняття адвокатською діяльністю;

4) звільнена з посади судді, прокурора, слідчого, нотаріуса, з державної служби або служби в органах місцевого самоврядування за порушення присяги, вчинення корупційного правопорушення, – протягом трьох років з дня такого звільнення.

Несумісною з діяльністю адвоката є:

1) робота на посадах осіб, зазначених у пункті 1 частини першої статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції»;

2) військова або альтернативна (невійськова) служба;

3) нотаріальна діяльність;

4) судово-експертна діяльність.

Згідно зі ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вимоги щодо несумісності з діяльністю адвоката не поширюються на депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад (крім тих, які здійснюють свої повноваження у відповідній раді на постійній основі). Думається, що такі приписи закону є недоречними і не відповідають одному з принципів правової держави – принципу розділу влади. Адвокат має бути, з одного боку, максимально незалежним від будь-якої з гілок влади, з іншого боку, не мати можливості використовувати владні повноваження на користь влади.

Недоцільно залучати в якості захисника також депутатів Верховної Ради та органів місцевого самоврядування. Основний принцип, який час від часу нагадує Європейський Суд з прав людини в своїх рішеннях – захисник повинен бути незалежним від вла-

ди, від будь-якої з гілок влади. Відповідно, він не повинен і мати можливості використовувати будь-яку владу на користь захисту. Так, наприклад, в одному з кримінальних проваджень захисник, поєднуючи також статус депутата Верховної Ради, ініціював розробку і прийняття Закону про амністію, який, як з'ясувалось пізніше, включав підстави для амністії, що дали змогу звільнити його підзахисного від відповідальності. Необхідно законодавчо визначити, що представник будь-якої гілки влади не може допускатись до виконання функції захисту.

Захисником у кримінальному провадженні не може бути особа: яка брала участь у цій справі як слідчий, прокурор, слідчий суддя, секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, перекладач, понятий, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача; яка є свідком і в зв'язку з цим допитувалась або підлягає допиту; яка є родичем особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого зі складу суду, потерпілого, цивільного позивача; щодо якої порушено кримінальну справу; визнана недієздатною чи обмежено дієздатною; яка у цій справі надає або раніше надавала юридичну допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, котра звернулася з проханням про надання юридичної допомоги; дію свідоцтва якої про право на заняття адвокатською діяльністю або права на надання правової допомоги зупинено чи анульовано у порядку, встановленому законодавчими актами України; яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок у судовому засіданні чи не виконує розпоряджень голови під час судового розгляду справи.

Захисником за чинним законом не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України.

Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються: 1) свідоцтвом про право на заняття адвокатською діяльністю; 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

§ 3. Реалізація в кримінальному провадженні права особи на безоплатну правничу допомогу

Запровадження інституту безоплатної правничої допомоги малозабезпеченим верствам населення стало важливим демократичним завоюванням цивілізації. Певні стандарти забезпечення права на безоплатну правничу допомогу закладені в Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи 78 (8) від 2 березня 1978 року «Про безоплатну правову допомогу і юридичні консультації».

Для забезпечення виконання функції захисту слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд мають використовувати також приписи таких нормативних актів, як Закон України «Про безоплатну правову допомогу»; Порядок інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 р. № 1363; Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, затверджено Наказом Міністерства юстиції України 02 липня 2012 р. № 967/5.

Право на безоплатну вторинну правничу допомогу для захисту від обвинувачення мають особи, які затримані за підозрою у вчиненні злочину, особи, або до яких як запобіжний захід обрано тримання під вартою, особи, у кримінальних провадженнях стосовно яких захисник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням або проведення окремої процесуальної дії; діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, безпритульні діти, діти, які можуть стати або стали жертвами насильства в сім'ї, особи середньомісячний сукупний дохід їхньої сім'ї нижчий суми прожиткового мінімуму, інваліди, які отримують пенсію або допомогу, що призначається замість пенсії, у розмірі менше двох прожиткових мінімумів для непрацездатних осіб; особи, на яких поширюється дія Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»; ветерани війни та особи, на яких поширюється дія Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», особи, які мають особливі заслуги та особливі трудові

заслуги перед Батьківщиною, особи, які належать до числа жертв нацистських переслідувань.

Законом України «Про безоплатну правову допомогу передбачено дві форми безоплатної правничої допомоги: а) первинна безоплатна правова допомога; б) вторинна безоплатна правова допомога.

Згідно з Законом України «Про безоплатну правову допомогу» *первинна безоплатна правова допомога* за своїм змістом носить характер юридичних консультацій та допомоги при складанні невідкладних юридичних документів і організації доступу до подальшої професійної правничої допомоги. Вона включає такі види юридичних дій: 1) надання правової інформації; 2) надання консультацій і роз'яснень з правових питань; 3) складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру); 4) надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації.

Безоплатна вторинна правова допомога носить характер сприяння чи здійснення захисту та включає такі види правових послуг: 1) захист; 2) здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу в судах; 3) складення документів процесуального характеру.

Суб'єктами надання безоплатної вторинної правової допомоги в Україні є: 1) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги; 2) адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу (ст. 15 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Виходячи зі змісту ст. 6 § 3 (с) Європейської конвенції з прав людини та рішень ЄСПЛ, виокремлюються дві *умови забезпечення права людини на безоплатну правову допомогу*: «*умова стану*», відома також як «тест на бідність, нужденність», в основі якого лежить фінансовий критерій, що дозволяє визначити брак у особи достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника; «*умова суті*» («тест на наявність інтересів правосуддя»), яка пов'язує надання безоплатної юридичної допомоги з вимогами інтересів правосуддя¹.

¹ Оверчук С. В. Умови надання безоплатної правової допомоги в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2016. № 1(13). С. 1–43.

З приводу приписів Закону України «Про безоплатну правову допомогу» вчені-юристи висувають певні зауваження і пропозиції. *По-перше*, специфіка захисту в кримінальному провадженні така, що її не можна чітко поділити на первинну і вторинну. Вона завжди носить невідкладний характер і має носити комплексний системний характер. *По-друге*, підставами надання безоплатної правничої допомоги і захисту мають бути не якісь заслуги чи їх відсутність у людини (наявність у них статусу біженців чи ветеранів тощо), а такі обставини, як, в першу чергу, об'єктивно та юридично необхідна обов'язковість участі захисника (за приписами закону), а, в другу чергу, відсутність коштів на оплату послуг адвоката. Саме об'єктивна відсутність можливості оплати має бути з'ясована перевіркою статків особи і в залежності від цього вирішуватись питання про право на безоплатну допомогу. При такому підході відпадає необхідність створення довгих списків претендентів на відповідні пільги, а також унесенні в нього змін і доповнень в залежності від тих чи інших соціальних і політичних процесів. Коротко кажучи, має бути запроваджена проста формула «є статки – заплати, немає – держава шляхетно забезпечує безоплатну правову допомогу». На таких принципах має бути забезпечена діяльність центрів з надання безоплатної правової допомоги¹.

Разом з тим, як зазначає С. Оверчук, Закон України «Про безоплатну правову допомогу» (п. 2 ч. 1 ст. 15) обмежує коло суб'єктів надання безоплатної вторинної правової допомоги лише адвокатами, включеними до Реєстру адвокатів, які надають цю допомогу, а, отже, не враховує конвенційне право особи на вибір адвоката. Крім того, створено власні стандарти і правила роботи адвокатів в системі БПД, які конкурують з Правилами адвокатської етики та нормативними актами, що регламентують адвокатську діяльність. Така позиція держави є досить суперечливою, оскільки професійні асоціації адвокатів фактично позбавлені можливості впливати на одержавлену систему БПД, вибір адвокатів для надання правової допомоги значно обмежений «державними адвокатами», адвокати поза цією системою не можуть виконати свій важливий професійний обов'язок. Все це призводить до зниження ефектив-

¹ Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 90–92.

ності надання адвокатами безоплатної правової допомоги та втрати адвокатурою, як самоврядної професійної інституції, власної незалежності¹.

Для забезпечення дієвості захисту, на основі «Принципів і керівних положень Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя», на думку І. Одинцової, доцільно законодавчо передбачити можливість залучення до надання невідкладної безоплатної правничої допомоги у кримінальних провадженнях, не тільки адвокатів, а й помічників адвокатів, фахівців, які мають юридичну освіту фахового рівня не нижче магістра, працюючих на викладацькій роботі в університетах та інших навчальних чи науково-дослідних установах².

За приписами чинних підзаконних нормативних актів, у разі затримання підозрюваного згідно з Порядком інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 р. № 1363, негайно після фактичного затримання особи уповноважена службова особа суб'єкта подання інформації, яка здійснила затримання, повідомляє за допомогою телефонного, факсимільного зв'язку, електронної пошти або через комплексну інформаційно-аналітичну систему забезпечення надання безоплатної правничої допомоги відповідному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Протягом години з моменту реєстрації повідомлення про затримання особи уповноважена службова особа центру з надання правничої допомоги в установленому порядку призначає адвоката та видає доручення для підтвердження його повноважень для надання такій особі безоплатної вторинної правової допомоги, копія якого із зазначенням реєстраційного номера повідомлення за допомогою факсимільного зв'язку, електронної пошти передається суб'єкту подання інформації та реєструється ним.

Час прибуття адвоката до затриманої особи, а також час завершення надання ним безоплатної вторинної правничої допомоги

¹ Оверчук С. В. Умови надання безоплатної правової допомоги в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2016. № 1(13). С. 1–43.

² Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти). Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 101.

такій особі фіксується службовою особою суб'єкта подання інформації, відповідальною за перебування затриманих, в системі та/або відповідному журналі реєстрації, а також на копії доручення (відповідному корінці) центру з надання допомоги.

Службова особа суб'єкта подання інформації, відповідальна за перебування затриманих, повертає адвокатові відривний корінець копії доручення з відповідними зауваженнями, який долучається до оригіналу доручення, виданого центром з надання допомоги.

Призначений центром з надання допомоги адвокат повинен прибути протягом години з моменту видання йому доручення, а у виняткових випадках – не пізніше ніж протягом шести годин з моменту видання йому доручення до затриманої особи для надання безоплатної вторинної правничої допомоги.

У разі, якщо призначений адвокат на підставах, визначених законом, або з інших незалежних від нього причин не може надати безоплатну вторинну правничу допомогу, він негайно повідомляє про це центр з надання допомоги, який протягом однієї години з моменту надходження повідомлення призначає іншого адвоката.

У разі відсутності реагування центру з надання допомоги на повідомлення про затримання осіб або порушення встановлених цим Порядком строків прибуття адвоката негайно, але не пізніше ніж протягом 24-х годин, інформують про це Координаційний центр за телефоном або адресою електронної пошти, що оприлюднені на офіційному веб-сайті Мін'юсту, головних управлінь юстиції.

У рішенні Європейського суду від 15 листопада 2012 року у справі «Гриненко проти України» Європейський суд констатував порушення пункту 1 та підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції у зв'язку з тим, що заявнику не було забезпечено право на захист за таких фактичних обставин: «незважаючи на те, що заявнику було призначено двох захисників, його було неодноразово допитано виключно в присутності захисника, якого йому було призначено слідчими органами».

Проблема організації безоплатної правової допомоги тісно пов'язана з проблемою якості такої правової допомоги. У рішенні Європейського суду з прав людини від 12 червня 2008 року у справі «Яременко проти України» зазначено, що «той факт, що кожен із двох інших захисників, які представляли заявника, бачив його

лише один раз і тільки під час допиту і що до допиту ніхто з них із заявником не бачився, найімовірніше свідчить про символічний характер їхніх послуг». Справа честі адвокатів України в умовах сьогодення – спростувати англійське прислів'я «Порада адвоката нічого не варта, доки за неї не заплачено».

§ 4. Процесуальний статус захисника у кримінальному процесі

Захисник – це учасник кримінального процесу, на якого покладено функцію захисту, і в силу цього він зобов'язаний використовувати всі зазначені в законі засоби та способи з метою з'ясування обставин, що виправдовують підзахисного чи пом'якшують його відповідальність, і надавати правову допомогу особі, яку захищає.

Права захисника є важливою складовою успішного виконання покладеної на нього функції захисту.

Важливо, що до першого допиту підозрюваного або обвинуваченого захисник має право на побачення з ним віч-на-віч, а після першого допиту – без обмеження їх кількості і тривалості, а також мати побачення з засудженим чи з особою, щодо якої здійснюється провадження чи застосовано примусові заходи медичного чи виховного характеру, а також право бути присутнім при допитах підозрюваного і обвинуваченого, а також при провадженні слідчих дій, що проводяться за їх участі або за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого або його самого, а при провадженні інших слідчих дій з дозволу слідчого, або особи, що провадить розслідування, чи прокурора.

Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, якими може скористатись лише сам підозрюваний чи обвинувачений.

Виникає певна колізія. *По-перше*, таких прав може бути замало для реалізації реального принципу змагальності; *по-друге*, система прав захисника звужується порівняно з процесуальними нормами попереднього КПК України; *по-третьє*, Законом України «Про ад-

вокатуру та адвокатську діяльність» адвокату в цілому надано більше прав, ніж захиснику в кримінальному провадженні.

Наприклад, ст. 20 Закону України від 05 липня 2012 р. «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, незаборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги.

Зокрема, адвокат вправі: ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом; доповідати клопотання та скарги на прийомі в посадових і службових осіб та відповідно до закону одержувати від них письмові мотивовані відповіді на ці клопотання і скарги; бути присутнім під час розгляду своїх клопотань і скарг на засіданнях колегіальних органів та давати пояснення щодо суті клопотань і скарг; збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою; застосовувати технічні засоби, у тому числі для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом; посвідчувати копії документів у справах, які він веде, крім випадків, якщо законом встановлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів; одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань, тощо.

Безумовно, що такої системи прав не має підозрюваний чи обвинувачуваний, а, отже, і захисник, який користується правами особи, яку захищає.

Така еквілібристика законодавця має певні вади. Адже, якщо захист буде здійснювати не адвокат, а інший фахівець у галузі права, то останній може застосовувати лише ряд прав, які надані особі, яку він захищає, тоді як адвокат для тих же функцій захисту буцім-то може скористатись більш широкими правами адвоката. На перший погляд, це ставить у нерівні умови адвоката й іншого фахівця

у галузі права як захисника, чого мабуть і хотів досягти законодавець, створюючи умови для недобросовісної конкуренції.

Але слід також зазначити, що, скористатись визначеними у ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» правами, у кримінальному провадженні навіть захиснику-адвокату навряд чи буде можливим. Адже в ст. 1 КПК України міститься припис – «порядок кримінального провадження на території України визначається *лише* кримінальним процесуальним законодавством України».

Потрібно усунути штучні перепони для використання в кримінальному судочинстві процедур та отриманих поза межами кримінального процесу фактичних даних, тобто в порядку, визначеному іншими законами.

Систематизуючи існуючі концепти і визначення прав захисника, можна дати таке розширене їх викладення.

Захисник як самостійний учасник процесу і як особа, яка користується правами особи, яку захищає, за чинним законодавством має право:

– до першого допиту підозрюваного або обвинуваченого мати з ним побачення віч-на-віч, а після першого допиту – без обмеження їх кількості і тривалості, а також мати побачення із засудженим чи з особою, щодо якої здійснюється провадження чи застосовано примусові заходи медичного або виховного характеру;

– бути присутнім при допитах підозрюваного й обвинуваченого, а також під час провадження інших слідчих дій, що проводяться за їх участі або за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого або його самого;

– із дозволу слідчого брати участь і в інших слідчих діях;

– заявляти клопотання та відводи;

– подавати докази;

– застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, у яких бере участь захисник, а також при ознайомленні з матеріалами справи – із дозволу слідчого, а в суді, якщо справа розглядається в судовому засіданні, – із дозволу судді або суду;

– ознайомлюватися на підприємствах, в установах та організаціях із необхідними документами і матеріалами, за винятком тих, таємниця яких охороняється законом;

– збирати відомості про факти, що можуть бути використані

як докази у справі, зокрема, одержувати копії документів від підприємств, установ, організацій, об'єднань, а від громадян – за їх згодою;

– одержувати засвідчену письмову інформацію та висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань;

– оскаржувати дії і рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду;

– виписувати з матеріалів справи, із якими він ознайомився, необхідні відомості;

– ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного або обрання запобіжного заходу, або пред'явлення обвинувачення, а після закінчення досудового слідства – з усіма матеріалами справи;

– подавати скарги на дії та рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, судді та суду;

– виписувати з матеріалів справи, із якими він ознайомився, необхідні відомості;

– брати участь у судовому розгляді справи;

– застосовувати науково-технічні засоби в суді, якщо справа розглядається у відкритому судовому засіданні, – із дозволу судді чи суду;

– ставити в судовому засіданні запитання підсудним, потерпілому, свідкам, експерту, спеціалісту, позивачу та відповідачу, брати участь у дослідженні інших доказів (судді можуть відхилити поставлене захисником запитання, але вони зобов'язані занести його до протоколу судового засідання);

– висловлювати в судовому засіданні свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду;

– виступати в судових дебатах;

– ознайомлюватися з протоколом судового засідання та подавати на нього зауваження;

– знати про принесені у справі подання прокурора, апеляції, подавати на них заперечення;

– вимагати вжиття дій щодо забезпечення своєї безпеки.

Основний принцип захисника, якого він має дотримуватись, беручи участь у справі, – презумпція невинуватості обвинуваченого. Захисник повинен керуватися принципом невинуватості підзахисного і зробити все для його реалізації у кримінальному процесі.

Якщо підсудний заперечує свою винуватість, стверджує, що він не вчиняв злочину, в якому його обвинувачують, захисник не може обрати протилежну позицію – стверджувати, що він вважає підсудного винуватим, і звести захист до виявлення у діянні підсудного пом'якшувальних обставин. Якщо захисник так будуватиме захист, це фактично буде означати, що підсудний не тільки залишився без захисту, а ще й отримав в особі захисника додаткового обвинувача.

Якщо підсудний заперечує свою винуватість у суді, захисник не має права будувати захист на своєму суб'єктивному переконанні про його винуватість або на визнанні підзахисним своєї вини на досудовому слідстві або під час побачень з ним віч-на-віч.

Разом з тим захисник не слуга свого підзахисного, не його інтелектуальний помічник у досягненні ним бажаної для нього мети будь-якими засобами і не повинен перетворюватись на засіб протидії намірам слідчого встановити істину, дозволяти собі втягуватись в брудну гру, в співучасть із приховування злочину.

У Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятому в Страсбурзі у жовтні 1988 року, слушно зазначається, що захисник повинен дотримуватись принципу чесного проведення судового розгляду. Він за жодних обставин не повинен повідомляти суду явно неправдиву або недостовірну інформацію.

Якщо захисник не згоден з позицією підзахисного, він не повинен діяти всупереч його інтересам, не має права висловлювати своє переконання у винності підзахисного, якщо той себе таким не визнає. «Не зашкодь» – основна етична засада діяльності адвоката.

Захисник не вправі розголошувати дані, що стали відомі йому у зв'язку з виконанням професійних обов'язків. З цих причин він не може бути допитаний, захисник зобов'язаний зберігати адвокатську таємницю, предметом якої є всі дані, отримані ним під час здійснення своїх фахових обов'язків.

Красномовно з цього приводу мовив А. Ф. Коні. «Між захисником і тим, хто в тривозі і тузі від обвинувачення, яке грізно насунулось, звертається до нього з надією на допомогу, встановлюється зв'язок довіри і щирості, – зазначав А. Ф. Коні, – захисникові відкриваються тайники душі, йому намагаються роз'яснити свою винність чи пояснити своє падіння і свою ганьбу, яка приховується від

інших, такими подробицями особистого життя і сімейного побуту, щодо яких сліпа Феміда повинна бути і глуха»¹.

Адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності.

Обов'язок зберігати адвокатську таємницю поширюється на адвоката, його помічника, стажиста та осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також на особу, стосовно якої припинене або зупинене право на заняття адвокатською діяльністю. Адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання зобов'язані забезпечити умови, що унеможливають доступ сторонніх осіб до адвокатської таємниці або її розголошення.

Особливість діяльності захисника у кримінальному процесі полягає в тому, що він може одержувати від підзахисного відомості, які той за жодних обставин не повідомив би іншій людині. Адвокат узагалі, як і захисник зокрема, зобов'язаний однаковою мірою зберігати в таємниці як відомості, отримані від клієнта, так і інформацію про самого клієнта. На обов'язок дотримання конфіденційності не поширюється термін давності.

Захисник несе кримінальну відповідальність нарівні з іншими учасниками процесу за розголошення без дозволу слідчого даних досудового слідства.

Захисник зобов'язаний: використовувати засоби захисту, передбачені законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого; не перешкоджати встановленню

¹ Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе. Собр. соч. в 8-ми томах. Т. 4. М., 1967. С. 132.

істини у справі шляхом вчинення дій, спрямованих на те, щоб схилити свідка чи потерпілого до відмови від показань або до давання завідомо неправдивих показань, схилити експерта до відмови від надання висновку чи надання і заздалегідь неправдивого висновку, іншим чином сфальсифікувати докази у справі або затягнути розслідування чи судовий розгляд справи; перебувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого. У разі неможливості прибути в призначений строк захисник зобов'язаний завчасно повідомити про таку неможливість та її причини слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, а у разі, якщо він призначений органом (установою), уповноваженим законом на надання безоплатної правової допомоги, – також і цей орган (установу).

Захисник має за будь-яких обставин бути доброчесним і професійним борцем за справедливість. Професіонал – це людина, яка перетворила професію на кредо свого життя, а компоненти системи цього терміну охоплюють ерудицію, принциповість і сумлінність¹. Діяльність сумлінного і доброчесного професіонала в будь-якій справі може ставати мистецтвом. Захисник-професіонал має перетворювати алгебру правосуддя в мистецтво істини, добра і справедливості.

§ 5. Гарантії діяльності захисника

Гарантії захисту – це визначена в законі цілісна система принципів, умов, засобів і методів, які забезпечують практичну реалізацію функції захисту, а також система стримувань і противаг, які забезпечують можливість її ефективного здійснення без утисків і протидії.

Гарантії діяльності адвокатури, як важливої інституції і адвоката, як захисника в кримінальному провадженні, мають включати комплекс різних заходів, які умовно поділяються на: 1) економічні; 2) політичні; 3) ідеологічні; 4) юридичні.

Юридичні гарантії захисту включають систему норм і вимог закону, які забезпечують, з одного боку, незалежне здійснення адвокатської діяльності в цілому, а, з іншого, – процесуальні гарантії діяльності захисника в кримінальному провадженні.

¹ Песімко О. Д., Слива С. С., Штангерт М. Й. Сучасна особа юриста: монографія. Л.: ДІВС при УАВС, 1997. С. 20.

Процесуальні гарантії захисту – закладена у процесуальній формі система правових принципів, приписів, санкцій та інших засобів, які забезпечують можливість реалізації захисником своїх прав і обов'язків, належне виконання функції захисту.

Забороняється прослуховування телефонних розмов адвокатів у зв'язку з перевіркою їх діяльності без дозволу суду.

Документи, пов'язані з виконанням обов'язків захисника у кримінальній справі, не підлягають огляду, розголошенню чи вилученню особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором, суддею або судом без згоди захисника.

Не може бути винесено окрему постанову судді або ухвалу суду щодо правової позиції захисника у справі.

Забороняється будь-яке втручання в адвокатську діяльність і діяльність захисника в кримінальному процесі.

Стосовно адвоката Законом України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» встановлено більш вагомі гарантії його діяльності. Так, ст. 23 «Гарантії адвокатської діяльності» цього Закону визначає:

«1. Професійні права, честь і гідність адвоката гарантуються та охороняються Конституцією України, цим Законом та іншими законами, зокрема:

1) забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності;

2) забороняється вимагати від адвоката, його помічника, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, що є адвокатською таємницею. З цих питань зазначені особи не можуть бути допитані, крім випадків, якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила цих осіб від обов'язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом;

3) проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального Прокурора України, його заступників, прокурора, області та міста Києва;

4) забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності;

5) адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками провадження, дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості;

6) життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом;

7) адвокату гарантується право на забезпечення безпеки під час участі у кримінальному судочинстві в порядку, встановленому законом;

8) забороняється залучати адвоката до конфіденційного співробітництва під час проведення оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, якщо таке співробітництво буде пов'язане або може призвести до розкриття адвокатської таємниці;

9) забороняється втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом;

10) забороняється внесення подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката у справі;

11) забороняється втручання у правову позицію адвоката;

12) орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону;

13) повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором області та міста Києва;

14) забороняється притягати до кримінальної чи іншої відповідальності адвоката (особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю) або погрожувати застосуванням відповідальності у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності згідно із законом;

15) не можуть бути підставою для притягнення адвоката до відповідальності його висловлювання у справі, у тому числі ті, що відображають позицію клієнта, заяви у засобах масової інформації, якщо при цьому не порушуються професійні обов'язки адвоката;

16) забороняється ототожнення адвоката з клієнтом;

17) дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється в особливому порядку.

2. У разі проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката слідчий суддя, суд у своєму рішенні в обов'язковому порядку зазначає перелік речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії чи застосування заходу забезпечення кримінального провадження, а також враховує вимоги пунктів 2–4 частини першої цієї статті.

Під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону, крім випадків, передбачених абзацом четвертим цієї частини. Для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, завчасно повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії.

З метою забезпечення дотримання вимог цього Закону щодо адвокатської таємниці під час проведення зазначених процесуальних дій представнику ради адвокатів регіону надається право ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення процесуальних дій, що зазначаються у протоколі.

Неявка представника ради адвокатів регіону за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону не перешкоджає проведенню відповідної процесуальної дії.

3. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи у відносинах з адвокатами зобов'язані дотримуватися вимог Конституції України та законів України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та протоколів до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, практики Європейського суду з прав людини».

Кримінальним кодексом України встановлено кримінальну відповідальність за порушення права на захист та втручання в діяльність захисника. Зокрема, згідно зі ст. 374 КК України недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, вчинене особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором або суддею, – карається штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних міні-

мумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Ті самі дії, які призвели до засудження невинуватої у вчиненні кримінального правопорушення особи, або вчинені за попередньою змовою групою осіб, або такі, що потягли інші тяжкі наслідки, – караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Відповідно до ст. 397 КК України вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці – карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років. Ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища, – караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади, або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Чергові реформаторські процеси щодо організації діяльності адвокатури мають забезпечити максимальну незалежність адвоката, як важливої передумови його ефективної діяльності.

За красивим фасадом декларативних ідей і концептів, що реалізуються в законодавство в умовах перманентних реформ адвокатури, рівно як і слідчих органів, можна побачити наростаючі тенденції посягання на принцип незалежності та створення механізмів керованості даними інституціями. І справа не тільки в ускладненні процедури отримання адвокатського посвідчення, а і в багатьох, на перший погляд, дрібницях – від зобов'язання платити обов'язкові внески і податки, незалежно від отриманого прибутку, до зобов'язання обов'язково «підвищувати кваліфікацію та отримувати відповідні сертифікати», до встановлення системи відповідальності та навіть покарання адвокатів.

Наприклад, згідно зі ст. 31 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зупинення права на заняття адвокат-

ською діяльністю може мати місце при накладенні на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю, а останнє може застосовуватися у разі «повторного протягом року вчинення дисциплінарного проступку» чи «систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики». Зміст, термінологія і стиль законодавчих приписів в окремих моментах не витримує критики. Так, накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю, згідно зі ст. 31 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», може застосовуватися виключно у разі: 1) порушення присяги адвоката України; 2) розголошення адвокатом відомостей, що становлять адвокатську таємницю, використання їх у своїх інтересах або в інтересах третіх осіб; 3) заподіяння протиправними діями адвоката, пов'язаними із здійсненням ним адвокатської діяльності, значної шкоди клієнту, якщо така шкода встановлена судовим рішенням, що набрало законної сили; 4) систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет адвокатури України».

Може комусь це щось нагадує з традицій далекого минулого, наприклад, коли подивитись кіно зі сценами, де виключали молодь з комсомолу чи з піонерів...

Незважаючи на дивне застосування самого терміна «дисципліна» до адвоката, де доречно вести мову про сумління і етику, для притягнення адвоката до «дисциплінарної» відповідальності створена ціла система органів і процедур. Адвокат може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності протягом року з дня вчинення дисциплінарного проступку дисциплінарною палатою кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, за результатами перевірки відомостей членом дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (ст. ст. 33–42 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Як зазначає І. Головань, «адвокатура не стала сильнішою, а адвокати не отримали нічого крім обов'язку утримувати за рахунок внесків власну бюрократію». «Адвокатуру слід реформувати, керуючись не інтересами адвокатів, тим більше не в інтересах адвокатської бюрократії, а в інтересах клієнтів. А клієнтам важливо, щоб

адвокат був незалежним не тільки від чиновника державного, а й від чиновника власної професійної організації»¹.

Якщо до адвокатів України може застосовуватись комплекс заходів «дисциплінарної відповідальності, передбачених ст. 35 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (попередження; зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року; позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України), то до адвоката іноземної держави можуть бути застосовані дисциплінарні стягнення виключно у вигляді попередження або виключення з Єдиного реєстру адвокатів України.

Відчуйте різницю, дивлячись на цю «дрібницю». А дрібниці ж складаються в таку цілісну систему, за якої мотивації працювати адвокатом може ставати все менше і менше, кількість адвокатів може стати явно недостатньою для забезпечення ефективної правничої допомоги, а незначні привілеї, встановлювані для іноземних адвокатів, навряд чи стануть поштовхом для їх напливу в Україну, скоріше призведуть до того, що українські правники будуть намагатись отримати свідоцтво адвоката за кордоном, там реєструвати свою фірму, а працювати на території України, як це уже частково і спостерігається не тільки щодо адвокатів, а й щодо програмістів та інших фахівців.

Може «хотіли як краще, а вийшло як завжди», але ефективність захисту тісно пов'язана як з правами адвоката, так і з гарантіями адвокатської діяльності. Ці питання потребують дотримання міжнародних правових стандартів та зміцнення принципів незалежності адвокатської діяльності, що сприятиме ефективності застосування інституту захисту.

Реалізація ідеї правової держави, безумовно, потребує, з одного боку, удосконалення самого інституту захисту, а, з іншого, – підвищення ефективності діяльності захисників у кримінальному процесі. *Aequam mentem rebus in arduis servare mentem* – «пам'ятай, старайся зберігати присутність духу в несприятливих обставинах».

¹ Головань І. Реформа адвокатури. Незалежність і самоврядність чи моноліт і вертикаль? Українська правда. 28 січня 2018 р. URL: <http://blogs.pravda.com.ua/authors/golovan/5a6de17dea98a/>

Нормативні акти

Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року). Офіційний вісник України. 1998. № 13.

Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою. Прийнята на сороковій сесії Генеральної Асамблеї ООН 29 листопада 1985 року.

Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи від 2 березня 1978 р. № (78)8 «Про юридичну допомогу і консультації».

Принципи і керівні положення Організації Об'єднаних Націй, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системі кримінального правосуддя. Резолюція Економічного та Соціального Ради ООН 2012/15 від 26 липня 2012 р.) URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU13168.html

Кримінально-процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88 (із змінами, внесеними згідно із Законами України). URL: www.rada.gov.ua

Закон України № 5076-VI від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.

Закон України «Про безоплатну правову допомогу». Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 51. Ст. 577.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про правову допомогу) від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09/conv>

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Шабельник проти України». URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19618>.

Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Білий проти України» (CASE OF BILYY v. UKRAINE) (заява № 14475/03, остаточне рішення 21 січня 2001 р.). URL: <http://hand-help.ru/documents/>

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Чанев проти України» (остаточне рішення від 09 січня 2015 р.). Рішення Європейського суду з прав людини URL: <http://old.minjust.gov.ua/19612>

Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, затверджено Наказом Міністерства юстиції України 02 липня 2012 р. № 967/5.

Порядок оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 18 квітня 2012 р. № 305. Офіційний вісник України. 2012. № 30. Ст. 1114, № 71. Ст. 2870.

Література

Абламський С. Є., Юхно О. О. Сучасний стан регламентації повноважень захисника за КПК України 2012 року. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2016. № 2(14). С. 1–16.

Адвокатський іспит: підготовчий курс: Навч. посіб. / О. В. Баулін, В. І. Лебідь, П. С. Матвеев та ін. 6-те вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2018. 864 с.

Адвокатура України: підручник у двох книгах / за заг. ред. д. ю. н., проф. заслуженого юриста України С. Я. Фурси та к. ю. н, доцента Н. М. Бакаянної. 2-ге вид. доповн. і перероб. К.: Алерта, 2016. 864 с.

Борзих Н. В. Діяльність захисника на досудових стадіях кримінального процесу та при судовому розгляді справи: монографія. Донецьк: «Ноулідж», 2010. 113 с.

Виткаускас Д., Диков Г. Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Совет Европы (Страсбург, 2012). Воронеж: Элист, 2012. 211 с.

Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: навч. посіб. К.: Атіка, 2003. 352 с.

Зейкан Я. П., Сафулько С. Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ: Дакор, 2013. 576 с.

Кейп Е., Наморадзе З. Ефективний захист у кримінальному процесі в країнах Східної Європи: Болгарія, Грузія, Литва, Молдова, Україна. К.: Міжнародний фонд «Відродження», 2012. 516 с.

Корнієнко М. В., Тertiшник В. М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.

Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції. Харків, 2007. 200 с.

Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012.

Маланчук П. М., Маслак О. В., Воронкова М. Ю. Актуальні проблеми участі захисника у кримінальному провадженні. Правові горизонти. 2017. № 3. С. 82–85.

Малахова О. В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. (спец. 12.00.09). Одеса, 2015. 20 с.

Молдован А. В., Тилик Т. М. Адвокатура України: навчальний посібник. К.: Алерта, 2013. 256 с.

Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. Х.: Фактор, 2013. 1072 с.

Нор В. Т. Сприяння захисту як необхідна умова забезпечення реалізації застави змагальності у кримінальному провадженні. Матеріали IV Міжнар. наук. – практ. конф. «Маліновські читання», Острог, 13–14 листопада 2015 р. Острог: Вид-во Національного університету «Острозька академія», 2015. 260 с.

Оверчук С. В. Умови надання безоплатної правової допомоги в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Часопис

Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2016. № 1(13). С. 1–43.

Одинцова І. М. Інститут самостійного адвокатського розслідування у кримінальному процесі. Правова позиція. 2016. № 2(17). С. 170–175.

Письменний Д. П. Реалізація функції захисту в чинному Кримінально-процесуальному кодексі України. Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві. К.: Академія адвокатури України, 2002. С. 43–46.

Плевако Ф. Н. Избранные речи; вступительная статья Г. М. Резника. М.: Издательство Юрайт, 2012. 649 с.

Рибалка О. В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі./ Адвокат. 2011. № 7(130). С. 35–40.

Сачко О. В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145.

Святоцька В. Практика Європейського Суду з прав людини у діяльності українських адвокатів: проблемні аспекти. Право України. 2011. № 7. С. 111–114.

Скрябін О. М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя: Просвіта, 2017. 380 с.

Тертишник В. М. Кримінальний процес України: підручник. 7-е вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.

Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 15-те, доповн. і перероб. К.: Правова Єдність, 2018. 854 с.

Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171.

Тертишник В. М., Марченко А. В., Тертишник А. И. Защита прав и свобод человека: научно-практическое издание. Харьков: Арсис, 2000. 288 с.

Тесленко М. Право кожного бути вільним у виборі захисника своїх прав. Право України. 2002. № 3. С. 55–58.

Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві: монографія. Донецьк, 2005. 244 с.

Уголовный процесс европейских государств (Criminal Procedure of European States). Монография. Под ред. Самарина В.И., Луцка В.В. (Ed. Vadzim Samaryn and Vasyl Lutsyk) Москва (Moscow): Проспект, 2018. 660 с.

Фіолевський Д. П. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Коментар. К.: Алерта, 2013. 368 с.

Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. – 2-ге вид. випр., допов. – К., 2015. – 208 с.

Чернявський С. С., Петков С. В., Удалова Л. Д., Стратонов В. М. Зразки процесуальних документів у кримінальному судочинстві. К.: «Центр учбової літератури», 2016. 92 с.

Шрамко Ю. Конституційне регулювання інституту безоплатної правової допомоги в країні СНД і Балтії (порівняльний аналіз). Віче. 2009. № 5 (242). С. 41–43.

Яновська О. Г., Лазебний Л. Л. Кримінальне провадження. Процесуальні документи захисту: навч. посіб. К.: Прецедент, 2013. 160 с.

Особлива частина

Глава 4.

Захист на досудовому слідстві

§ 1. Право підозрюваного на захист та форми і засоби його реалізації

Підозрюваним є особа, якій у законному порядку повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не було вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений законом для вручення повідомлень.

Поняття підозрюваного в чинній редакції закону досить невдале і не охоплює особи, яка з'явилась з повинною, або щодо якої була заява про вчинення нею кримінального правопорушення і відомості про правопорушення якої внесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань, але вона не затримувалась. Фактично за чинної конструкції відносно особи може здійснюватися кримінальне провадження, про це вона може певний час не довідуватись, їй взагалі протягом відповідного часу не надається ніяких процесуальних прав для захисту своїх інтересів.

Аналізуючи поняття та статус підозрюваного та обвинуваченого, нами висловлювалась пропозиція ввести в законодавчий обіг замість поняття «підозруваний» новий термін «підслідний»¹. В українській мові синонімами слова «підозра» є слова «припущення» та «сумнів». «Сумнівний» учасник процесу – це гірка реальність сьогодення.

Вживання терміну «підслідний» було б правильнішим. Адже він вказує саме на фактичне становище особи, а не на суб'єктивне

¹ Тертишник В. М. Гарантії істини та захисту прав і свобод людини в кримінальному процесі: монографія. Дніпропетровськ: Юридична академія МВС України, 2002. С. 88–89.

уявлення про ситуацію з боку слідчого. Крім того, він стилістично нейтральний і з усього синонімічного ряду має мінімальну експресію, несе найменше емоційне забарвлення. Характерно, що стосовно стадії судового розгляду законодавець тривалий час використовував термін «підсудний».

На наш погляд, в законі слід було б дати таку дефініцію: «*Підслідною є особа, стосовно якої розпочато кримінальне провадження або винесено постанову про визнання її такою, що перебуває під слідством, особа, затримана за підозрою у вчиненні злочину, особа, до якої вжито запобіжний захід, а також неосудна, невеликтоздатна чи малолітня особа, стосовно якої здійснюється судочинство для вирішення питання про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру*». Згідно з цим і визначення прав цього учасника виходить з його фактичного становища.

Відповідно до ст. 276 КПК України «Повідомлення про підозру обов'язково здійснюється в порядку, передбаченому статтею 278 цього Кодексу, у випадках: 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; 2) обрання до особи одного з передбачених цим Кодексом запобіжних заходів; 3) наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення».

Між тим, Міжнародним пактом про громадянські і політичні права передбачено, що «кожному заарештованому повідомляються при арешті причини його арешту і в терміновому порядку повідомляється будь-яке пред'явлене йому обвинувачення» (ст. 9).

У частині другій ст. 5 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини визначено: «Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього».

Отже, взятим під варту все ж таки слід негайно інформувати про суть висунутого обвинувачення, а не про підозру, що буде більшою мірою відповідати доктрині змагального процесу. Це не прості тонкощі, а важлива річ, яка указує на вектор розвитку процесуальної форми судочинства і на її поважні проблеми, яких стає все більше.

Для захисту своїх прав і законних інтересів чинним законодавством підозрюваний наділяється певною системою прав, які може реалізувати як самостійно, здійснюючи «самозахист», так і з допомогою захисника.

Підозрюваний, обвинувачений, відповідно до ст. 42 КПК України, в цьому сенсі наділений правом:

- 1) знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення його підозрюють, обвинувачують;
- 2) бути чітко і своєчасно повідомленим про свої права, а також отримати їх роз'яснення;
- 3) на першу вимогу мати захисника і побачення з ним до першого допиту з дотриманням умов, що забезпечують конфіденційність спілкування, а також після першого допиту – мати такі побачення без обмеження їх кількості й тривалості; на участь захисника у проведенні допиту та інших процесуальних дій; на відмову від захисника в будь-який момент кримінального провадження; на отримання правової допомоги захисника за рахунок держави у випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги, в тому числі у зв'язку з відсутністю коштів на її оплату;
- 4) не говорити нічого з приводу підозри проти нього, обвинувачення або у будь-який момент відмовитися відповідати на запитання;
- 5) давати пояснення, показання з приводу підозри, обвинувачення чи в будь-який момент відмовитися їх давати;
- 6) вимагати перевірки обґрунтованості затримання;
- 7) у разі затримання або застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою – негайне повідомлення членів сім'ї, близьких родичів чи інших осіб про затримання і місце свого перебування згідно з положеннями статті 213 КПК України;
- 8) збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази;
- 9) брати участь у проведенні процесуальних дій;
- 10) під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу;
- 11) застосовувати з додержанням вимог закону технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосування технічних засобів при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься (постановляється) вмотивована постанова (ухвала);

12) заявляти клопотання про проведення процесуальних дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо;

13) заявляти відводи;

14) ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому статтею 221 КПК України, та вимагати відкриття матеріалів;

15) одержувати копії процесуальних документів та письмові повідомлення;

16) оскаржувати рішення, дії та бездіяльність слідчого, прокурора, слідчого судді в порядку, передбаченому законом;

17) вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, в порядку, визначеному законом, а також відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердилися;

18) користуватися рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою він володіє, та в разі необхідності користуватися послугами перекладача за рахунок держави.

Підозрюваний, обвинувачений може мати також інші процесуальні права, передбачені законом. Підозрюваний, обвинувачений, який є іноземцем і тримається під вартою, має право на зустріч з представником дипломатичної чи консульської установи своєї держави, яку йому зобов'язана забезпечити адміністрація місця ув'язнення.

Підозрюваному, обвинуваченому вручається пам'ятка про його процесуальні права та обов'язки одночасно з їх повідомленням особою, яка здійснює таке повідомлення.

Якщо порівняти положення ст. 42 КПК України з міжнародними правовими актами та іншими джерелами процесуальних норм, то можна помітити, що права підозрюваного ширші, ніж ті, які викладені у коментованій статті. Наприклад, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права проголосив що: «Кожний, хто був жертвою незаконного арешту або тримання під вартою має право на компенсацію, яка має позовну силу» (ст. 9); «Всі особи, які позбавлені волі, мають право на гуманне звернення та повагу гідності, притаманні людській особистості» (ст. 10); «кожен обвинувачува-

ний в кримінальному злочині має право вважатись невинуватим, доки винуватість його не буде доведена відповідно до закону» (ст. 14); «не бути примушеним давати свідчення проти самого себе чи до визнання себе винним» (ст. 14). Окрім того, підозрюваний має право «за наявності відповідних підстав – на забезпечення безпеки». Відповідно до принципу презумпції невинуватості підозрюваний має право на поводження з ним, як з невинуватим у вчиненні злочину.

Право підозрюваного знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення його підозрюють, обвинувачують забезпечується вимогою закону про те, що суть підозри має бути відображена в протоколі затримання, копія якого надається затриманому; письмове повідомлення про підозру вручається в день його складення слідчим або прокурором, а у випадку неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений для вручення повідомлень. У разі якщо особі не вручено повідомлення про підозру після двадцяти чотирьох годин з моменту затримання, така особа підлягає негайному звільненню. Дата та час повідомлення про підозру, правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність невідкладно вносяться слідчим, прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ст. 278).

Право підозрюваного бути чітко і своєчасно повідомленим про свої права, а також отримати їх роз'яснення забезпечується вимогою закону, *по-перше*, про те, що уповноважена службова особа, що здійснила затримання особи, повинна негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього, негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування відповідно до положень [статті 213](#) цього Кодексу, вимагати перевірки обґрунтованості затримання; *по-друге*, приписами ч. 8 ст. 42 КПК України про те, що підозрюваному вручається пам'ятка про його процесуальні права та обов'язки одночасно з їх повідомленням особою, яка здійснює таке повідомлення; *по-третьє*, вимогами закону про те, що повідомлення про підозру поряд з викладенням змісту підозри, має містити також відомості про пра-

ва підозрюваного. Письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання.

Право підозрюваного, обвинувачуваного на першу вимогу мати захисника і побачення з ним до першого допиту з дотриманням умов, що забезпечують конфіденційність спілкування, а також після першого допиту – мати такі побачення без обмеження їх кількості й тривалості; на участь захисника у проведенні допиту та інших процесуальних дій; на відмову від захисника в будь-який момент кримінального провадження; на отримання правничої допомоги захисника за рахунок держави у випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги, в тому числі у зв'язку з відсутністю коштів на її оплату, гармонізовано з обов'язками слідчих органів щодо забезпечення даних прав.

У п. 63 рішення ЄСПЛ від 09 червня 2011 року у справі «Лучанінова проти України», зазначено, що «для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження».

Захисник має бути без зволікань допущений до справи з моменту затримання особи, яка підозрюється у вчиненні злочину. Уповноважена службова особа, що здійснила затримання, зобов'язана негайно повідомити про це орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правничої допомоги. Перший допит підозрюваного має відбутись негайно і не пізніше 24 годин з моменту затримання. Відповідно до першого допиту слідчий має забезпечити побачення підозрюваного з захисником для отримання правової консультації.

Право підозрюваного, обвинувачуваного не говорити нічого з приводу підозри проти нього чи обвинувачення або у будь-який момент відмовитися відповідати на запитання, та право давати пояснення, показання з приводу підозри, обвинувачення чи в будь-який момент відмовитися їх давати, реалізується дотриманням вимог закону про те, що обвинувачений не несе ніякої відповідальності за відмову від давання показань або за давання хибних показань.

Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував на необхідності чіткого роз'яснення права особи «на мовчання та права не свідчити проти самого себе» і не перешкоджа-

ти здійсненню цього права (справа «Шабельник проти України»; справа «Ван Вандел проти Нідерландів», рішення від 23 березня 2006 року; справа Яременко проти України», рішення від 12 червня 2008 року).

Давання показань – право, а не обов'язок підозрюваного. Підозрюваний має право викласти свої показання власноручно, а також скористатися послугами перекладача. Підозрюваному слід чітко роз'яснити його право на відмову від давання показань.

Для самого підозрюваного мовчання може стати доленосним, а своїм правом мовчати він має користуватись без обмеження. De nihilo nihil – «з нічого не буде нічого», мудро мовили греки, а ця мудрість як ніде знадобиться для захисту. Silentium est aurum – «Мовчання – золото».

Між тим, нерідко підозрювані обирають, на їхню думку, «найлегший шлях до свободи» піддаються на спокуси законодавчих норм про амністію, та під впливом такого роду «аргументів» зізнаються в тому, чого не вчиняли. Розплата приходить після розуміння наявності факту притягнення до кримінальної відповідальності та обов'язку задовільнити цивільний позов і компенсувати судові витрати. Як мовиться, «Faber est suae quisque fortunae – Кожен сам коваль своєї долі».

Підозрюваний має право на повагу його гідності, а затримані чи заарештовані – на людські умови тримання під вартою, на медичну допомогу, на незастосування катувань.

Звід принципів захисту всіх осіб, затриманих чи ув'язнених у будь-якій формі, який був затверджений резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1988 р., містить приписи, які спрямовані на забезпечення належного захисту всіх осіб, що піддані затриманню або ув'язненню у будь-якій формі. Звід передбачає, що всі особи, піддані затриманню чи ув'язненню, мають право на гуманне ставлення до них та повагу до їх гідності. Звід передбачає, що всі особи, піддані затриманню чи ув'язненню, мають право на гуманне ставлення до них та повагу до їх гідності.

Забороняється зловживати положенням затриманих або ув'язнених осіб змушуючи їх зізнатися в будь-якому іншому злочині, або іншим чином викривати самого себе чи свідчити проти іншої особи. Жодна затримана особа не може зазнавати під час допиту насильства, погроз або таких методів розслідування, які порушують

її здатність приймати рішення або висловлювати судження. Жодна особа, яка перебуває в ув'язненні, не повинна навіть з її згоди бути підданою будь-яким медичним або науковим досліддам, які можуть зашкодити її здоров'ю (п. 22).

Тривалість будь-якого допиту затриманих або ув'язнених і перерв між опитуваннями, а також прізвища офіцерів, фахівців із проведення допитів та інших присутніх осіб, повинна бути зафіксованою і засвідченою в такій формі, яка може бути приписана правом.

Затриманим або ув'язненим повинна надаватись можливість належного медичного обстеження негайно після їх поміщення до місця затримання або тюремного ув'язнення, а також належного медичного обслуговування та лікування, щоразу, коли виникає необхідність. Догляд та лікування є безкоштовними (п. 23).

Згідно з Конвенцією проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання, яка набула чинності в червні 1987 р. {Ратифікована Указом Президії ВР № 3484-XI (3484-11) від 26 січня 1987 р.}¹, кожна держава вживає ефективних законодавчих, адміністративних, судових та інших заходів для запобігання актам катувань, зобов'язується запобігати на будь-якій території, що перебуває під її юрисдикцією, іншим актам жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поведження й покарання (ст. 16).

Проблема обмови підозрюваними самих себе у вчиненні злочинів, яких вони ніколи не вчиняли, залишається «Ахіллесовою п'ятою» правосуддя з найбільш негативними її наслідками.

Причинами таких «зізнань» стають нерідко умови знедоленого життя певної категорії громадян (наприклад, бомжів), коли для них стає «все рівно де – дома чи в тюрмі» і вони «залюбки беруть на себе глухарі».

Характерно, що, за результатами соціологічних досліджень, 25% засуджених вважають, що вони невинуваті у вчиненні кримінальних правопорушень, за які відбувають покарання, 20% стверджують, що вони злочинів не вчиняли взагалі та лише 55% опитаних засуджених вважають себе винуватими у вчиненні злочину. Відповідно, 55% вважають покарання справедливим; байдуже

¹ Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки. 1989. № 13. Ст. 108.

ставляться до покарання 14%; 18,8% вважають покарання несправедливим; 12,2% не відповіли на поставлене запитання¹.

Разом з тим з практики діяльності слідчих органів ще не викорінені як факти порушень норм процесуального законодавства, так і факти тортур, фальшувань доказів та інших зловживань владою, наслідками яких ставало притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих осіб.

Варто нагадати резонансну справу одного із серійних убивць, маніяка Ткача С. Ф., який гвалтував та вбивав дівчат і молодих жінок з 1980 до 2005 рр. і був затриманий у своєму будинку у м. Пологи в 2005 році. Непрофесіоналізм, безвідповідальність слідчих органів, тиск керівництва і необхідність звітувань про досягнуті успіхи в розкритті злочинів призвели до того, що за злочини Ткача суди України за сумнівних доказів засудили десятох невинних людей. Один із них – Володимир Світличний – повісився в камері слідчого ізолятора, шість були взяті під варту, з них Якову Поповичу і Віталієві Каїрі суди винесли обвинувальні вироки та призначили покарання по 15 років позбавлення волі, а Максимові Дмитренку – 13 років тюрми. 14-річний Яків Попович написав зізнання у вбивстві 9-річної двоюрідної сестри Яни, як видно з матеріалів справи, після тортур і насилля в райвідділі міліції. Його батьки вимушені були продати хату в Пологах і переїхати до родичів під Житомир, бо мати загинула дівчинки постійно дорікала їм, що виростили звіра. 23-річного Віталія Каїру арештували на підставі свідчень двох школярок, які бачили лише той факт, що запідозрений повертався додому дорогою, де знайшли тіло 13-річної Олени Прищепи. Тіло 19-річної Олени Курілової знайшов в очереті 55-річний Олександр Шерстяченко, який сам викликав міліцію і на тиждень опинився в камері райвідділу. Колегія суддів Апеляційного суду Дніпропетровської області 23 грудня 2008 р. винесла вирок серійному вбивці та гвалтівнику Сергію Ткачу («пологівському маніяку»), засудивши його до довічного ув'язнення², тим самим надавши і юридичні підстави для застосування реабілітації стосовно невинно засуджених за ті ж самі діяння. Суд щодо виплат компенсації Віталію Каїрі за-

¹ Авраменко А. М. Моніторинг засуджених, які відбувають покарання у вигляді арешту. Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. Запоріжжя: ЗЮІ ДДУВС. 2010. № 2. С. 163–169.

² УНІАН. URL: <http://www.unian.ua/society/174608-pologivskiy-maniyak-otrimav-dovichne-uvyaznennya.html>

кінчився: людині вирішили виплатити 500 тис. гривень компенсації моральної шкоди.

Мати Миколи Демчука в суді розказала унікальну річ, про яку мовчали всі, навіть прокуратура – ще в 2003 р., вона описала міліціонерам убивцю Ткача, якого бачила неподалік від місця злочину, але її слова не були прийняті до уваги. Сказали: «Ми взяли вбивцю. Твій син зізнався. Решта нас не цікавить». Якби міліція взяла до уваги її свідчення, склала фоторобот, можливо, життя п'ятох дівчат вдалося б урятувати. Але міліціонери повірили свідченням її сусідки, яка розповіла оперативникам, що бачила, як Микола йшов на роботу стежкою і зайшов у кущі біля місця, де сталася спроба згвалтування. У міліції вирішили, що злочинця тягне на місце злочину. Микола розказує, що після години тортур він зрозумів, що його просто вб'ють – і все підписав¹.

В складних ситуаціях підозрюваний має знати, що він може вимагати медичної допомоги, освідування і фіксації тілесних ушкоджень, побачення з захисником, подавати скарги прокурору та слідчому судді. Він має усі права громадянина України і може по можливості задіяти правозахисні та інші громадські організації та засоби масової інформації, може звертатись із заявами до омбудсмена та вимагати зустрічі з Уповноваженим Верховної Ради з прав людини, який вправі відвідувати слідчі ізолятори та спілкуватись з заарештованими.

Треба вірити в справедливість і боротись за неї «до останнього патрона». А той хто бореться, часто стає переможцем.

Так, у справі «Савін проти України» (*Savin v. Ukraine*) (заява № 34725/08, рішення від 16 лютого 2012 р.) Європейський суд з прав людини визнав, що підозрюваний був підданий катуванню з метою примусити заявника зізнатися в скоєнні злочину. Відповідно, визнаючи порушення Конвенції, Суд постановив забезпечити сатисфакцію.

Європейський суд з прав людини в подібних випадках застосовує стандарт доведення «поза розумним сумнівом», а також презумпцію того, що, якщо особа перебуває під контролем держави (під вартою), то тягар доведення факту, що тілесні пошкодження особі не були заподіяні з вини працівників органів, які утримували

¹ Ясинський С. Після дзвінка Аллі Мазур герой сюжетів «Звільнити людину» плакав. Телекритика URL: <http://www.telekritika.ua/tebachennya/2012-12-18/77541>

особу під вартою, лягає на органи держави. Вони мають довести Судові, що застосування фізичної сили до особи було правомірним і необхідним, або що тілесні ушкодження особи з'явилися у неї цілком з іншої причини, аніж через негуманне поводження з нею під час перебування під вартою.

Особливо резонансною стала справа «Каверзін проти України»¹. Зі скарги заявника та інших обставин справи вбачається, що 12 січня 2001 року заявника було затримано та було доставлено до відділу міліції, де його, як стверджувалося, катували невідомі працівники міліції з метою отримання визнавальних показань про вчинення ним злочинів, щодо яких його підозрювали. Згідно з твердженнями заявника, під час такого жорстокого поводження, яке тривало ще декілька днів, він отримав ушкодження очей, наслідком якого зрештою стала повна втрата зору. 15 січня 2001 року прокурор допитав заявника з метою вирішення питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання його під вартою. Допит проводився у присутності захисника, призначеного для надання юридичної допомоги. Прокурор помітив гематому на обличчі заявника поряд з його правим оком. Декілька працівників міліції надали письмові пояснення щодо затримання заявника, в яких вони стверджували, що заявник при затриманні чинив опір, який полягав у «застосуванні прийомів рукопашного бою та у спробі втекти». Згідно з їхніми твердженнями, до заявника були застосовані «заходи фізичного впливу та спецзасоби, тобто наручники» та його було доставлено у відділ міліції. Судово-медичний експерт зазначив, що більшість ушкоджень, включаючи крововиливи у білкові оболонки очей, було завдано тупими твердими предметами. Під час провадження у суді першої інстанції заявник заперечував проти висунутих щодо нього обвинувачень і стверджував, що його визнавальні показання щодо вчинення деяких з інкримінованих йому злочинів, були отримані в результаті фізичного і психологічного примусу з боку працівників міліції. 23 вересня 2002 року за вказівкою суду першої інстанції медична комісія встановила, що заявник став повністю сліпим та, відповідно, належав до найвищої офіційно встановленої в Україні групи інвалідності.

13 листопада 2002 року суд визнав заявника винним, а обвинувачений був визнаний особливо небезпечним для суспільства та за-

¹ Європейський суд з прав людини. Справа «Каверзін проти України» (Заява № 23893/03) СТРАСБУРГ 15 травня 2012 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_851

суджений до довічного позбавлення волі з конфіскацією усього його майна.

Уряд зазначив, що тілесні ушкодження заявника, виявлені під час медичних обстежень у січні 2001 року, виникли внаслідок законного і пропорційного застосування працівниками міліції сили під час затримання заявника. Суд зазначає, що в постанові прокурора не розглядалась скарга заявника про його катування після затримання. Враховуючи зазначені недоліки прокурорської перевірки, Суд визнає, що вона не була ретельною і, отже, не відповідала вимогам статті 3 Конвенції. Звертаючись до матеріального аспекту скарги заявника, Суд зазначає, що оцінка доказів стверджуваного порушення статті 3 Конвенції має здійснюватися за критерієм доведення «поза розумним сумнівом» (див. рішення у справах «Ірландія проти Сполученого Королівства» (Ireland v. the United Kingdom) від 18 січня 1978 року, п. 161, серія А, № 25, і «Авсар проти Туреччини» (Avsar v. Turkey), заява № 25657/94, п. 282, ECHR2001-VII).

Європейський суд з прав людини зазначив, що коли вся чи значна частина інформації щодо подій, про які йдеться, відома виключно органам влади – як це має місце у справі щодо ув'язнених осіб, які перебувають під контролем органів влади, – і коли у таких осіб під час їхнього ув'язнення з'являються тілесні ушкодження, це породжує відповідні обґрунтовані презумпції факту. При цьому тягар доведення можна вважати покладеним на органи влади, адже саме вони мають надати задовільні та переконливі пояснення (див. рішення у справах «Рибіч проти Австрії» (Ribitsch v. Austria) від 4 грудня 1995 року, п. 34, серія А, № 336, і «Салман проти Туреччини» (Salman v. Turkey) [ВП], заява № 21986/93, п. 100, ECHR2000-VII).

Суд вважає встановленим, що всю відповідальність за тілесні ушкодження заявника несе міліція. Лише цього висновку Суду достатньо, щоб констатувати порушення статті 3 Конвенції, незалежно від того, чи були заподіяні тілесні ушкодження під час затримання заявника, чи згодом під час допиту його в міліції (див. рішення у справі «Силенок і «Техносервіс-плюс» проти України» (Sylenok and Tekhnoservis-Plus v. Ukraine).

Суд визнає, що скарги заявника до Суду за статтею 3 Конвенції про побиття його працівниками міліції після затримання є цілком правдоподібними, оскільки підтверджуються як документальними доказами, так і заснованими на фактах висновками. Враховуючи

високі стандарти, які вимагаються у сфері захисту прав людини та основоположних свобод, і більшу рішучість, яка відповідно й неминуче вимагається при оцінці порушень основоположних цінностей демократичного суспільства (див. рішення у справі «Сельмуні проти Франції» (заява № 25803/94); рішення у справах «Коробов проти України» і «Тесленко проти України». Суд визнає, що жорстоке поводження, якого заявник зазнав у міліції, має кваліфікуватися як катування з огляду на тяжкість його тілесних ушкоджень та умисний характер їх заподіяння. Отже, Суд вважає, що у зв'язку з цим мало місце порушення ст. 3 Конвенції.

Суд вважає за необхідне наголосити на тому, що Україна має терміново реформувати правову систему, щоб забезпечити викорінення практики катування осіб, які тримаються під вартою, та забезпечити проведення ефективного розслідування відповідно до ст. 3 Конвенції у кожній конкретній справі, в якій заявляється небезпідставна скарга на жорстоке поводження, та ефективне вправлення на національному рівні будь-яких недоліків такого розслідування.

Суд постановляє, що було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з катуванням заявника працівниками міліції, було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з непроведенням органами влади ефективного розслідування за скаргою заявника на катування, було порушення статті 3 Конвенції з огляду на відсутність у період з січня до вересня 2001 року адекватної медичної допомоги у зв'язку з ушкодженням ока заявника, що мало місце порушення статті 3 Конвенції у зв'язку із застосуванням до заявника наручників в Дніпропетровській колонії. Беручи до уваги серйозність і кількість порушень, констатованих у цій справі, і керуючись принципом справедливості в оцінці розміру відшкодування, Суд присуджує заявникові 40 000 євро на відшкодування моральної шкоди.

Головний урок історії для українців – «ніколи не здавайся», залишається актуальним і сьогодні, особливо у сфері правосуддя. «Боріться і поборете»...

Право збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази підозрюваний здійснює: безпосередньо передаючи особи, у провадженні якої перебуває справа, речові докази, що є в його розпорядженні, сліди злочину, матеріали відеозапису, звукозапису, кінозйомки, фотознімки, інші матеріали технічного документування

своїєї діяльності, комп'ютерні дискети, факси, телетайпограми, а також письмові документи та інші докази; даючи показання та пояснення у справі; заявляючи клопотання про провадження слідчих дій або про поставлення додаткових запитань перед експертами; особисто беручи участь у слідчих діях, а також у судовому слідстві та ставлячи запитання свідкам, експертам й іншим учасникам процесу.

Уже в судовому розгляді, беручи участь у судових дебатах або виступаючи з останнім словом, обвинувачений (підсудний) може піддати докази аналізу, дати їм оцінку, звернути увагу на прогалини, сумніви, алібі або недоброякісність тих чи інших доказів.

Органи та особи, які ведуть кримінальний процес, не мають права перекладати обов'язок доказування на обвинуваченого.

Право на ознайомлення з доказами сторони обвинувачення забезпечується дотриманням вимог ч. 1–2 ст. 221 КПК України, згідно з якими слідчий зобов'язаний, за клопотанням сторони захисту, надати їм матеріали досудового розслідування, за виключенням матеріалів які не носять конфіденційного характеру, тобто матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню, а відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається. Надання доступу до матеріалів включає в себе можливість робити копії або відображення матеріалів.

Право застосовувати технічні засоби при проведенні процесуальних дій реалізується підозрюваним чи його захисником шляхом аудіо- чи відеофіксації перебігу і результатів затримання, допиту, обшуку чи інших слідчих дій, в яких бере участь підозрюваний, з урахуванням закріплених в законі обмежень, згідно з якими слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосування технічних засобів при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься (постановляється) вмотивована постанова (ухвала).

Право на забезпечення безпеки реалізується за наявності відповідних підстав шляхом переведення арештованого в іншу камеру,

тимчасового переведення із слідчого ізолятора в ізолятор тимчасового утримання, зміни місця роботи і проживання та інших заходів, передбачених Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві».

Підозрюваний має право заявити відвід слідчому, детективу, прокурору, слідчому судді, якщо за будь-якими обставинами вони будуть зацікавленими в результаті справи.

Право користуватись презумпцією невинуватості та на поводження з ним як з невинуватим у вчиненні злочину до набрання обвинувальним вироком законної сили – фундаментальне право підозрюваного (обвинуваченого), закріплене в ст. 62 Конституції України, ст. 6 Конвенції про захист прав і свобод людини, ч. 4 ст. 296 ЦК України, а також безпосередньо в ст. 17 КПК України, згідно з яким: 1) Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили; 2) Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом; 3) Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом; 4) Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи; 5) Поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою.

Практика Європейського суду з прав людини, як було зазначено ЄСПЛ у справі «Грабчук проти України» (Заява № 8599/02, рішення від 21 вересня 2006 року), підтверджує, що презумпція невинуватості порушена, якщо твердження посадової особи щодо особи, обвинуваченої у вчиненні злочину, відображає думку, що особа винна, коли цього не було встановлено відповідно до закону. Питання, чи порушує твердження посадової особи принцип презумпції невинуватості, має бути з'ясоване у контексті тих фактичних обставин, у яких це твердження було зроблене. У справі «Аллєне де Рібємон проти Франції», де заявник скаржився на порушення презумпції невинуватості міністром внутрішніх справ, який зробив публічну

заяву з твердженням про винуватість заявника, Суд вказує, що «заява про винуватість, з одного боку, спонукала громадськість повірити в неї, а з іншого – випереджала оцінку фактів справи компетентними суддями. Отже, порушення статті 6 п. 2 мало місце». Цю правову позицію ЄСПЛ підтвердив і в рішенні у справі «Довженко проти України» (2012). У справі «Шагін проти України» (Заява № 20437/05, Рішення, від 10 грудня 2009 року), заявник скаржився, що заяви про його вину, зроблені в засобах масової інформації посадовими особами державних органів до того, як його було засуджено судом, вплинули на громадську думку та наперед визначили результат вирішення справи. Європейський суд з прав людини наголосив на тому, як важливо державним посадовим особам добирати слова, оприлюднюючи свої заяви ще до судового розгляду справи, порушеної проти особи, та визнання її винною в тому чи іншому злочині (див. рішення у справі «Дактарас проти Литви»). Таким чином, слід принципово розрізняти повідомлення про те, що когось лише підозрюють у вчиненні злочину, та чітку заяву, зроблену за відсутності остаточного вироку, про те, що особа вчинила злочин (див. рішення у справі «Ісмоїлов та інші проти Росії» (Рішення від 24 квітня 2008 року). Суд наголошує, що пункт 2 статті 6 Конвенції не може завадити відповідним органам інформувати громадськість про перебіг розслідування в кримінальних справах, адже це суперечило б праву на свободу вираження поглядів, проголошеному статтею 10 Конвенції. Однак він зобов'язує робити це з усією необхідною обережністю та обачністю, щоб дотримати принцип презумпції невинуватості.

Дотримання принципу презумпція невинуватості є актуальною для сторони захисту в різних аспектах: *по-перше*, при аналізі достатності та допустимості системи доказів сторони обвинувачення; *по-друге*, в аспекті обґрунтованості юридичних рішень слідчих; *по-третє*, в аспекті забезпечення належного поведіння з підозрюваним; *по-четверте*, в аспекті аналізу дій посадових осіб щодо розголошення чи оприлюднення матеріалів кримінальної справи та констатації ролі окремих підозрюваних у кримінальних провадженнях.

Останнім часом, як зазначає омбудсмен України, «мають місце непоодинокі випадки поширення посадовими особами правоохоронних органів різного рівня у ЗМІ інформації, яка за своїм зміс-

том порушує принцип презумпції невинуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення»; «порушенням презумпції невинуватості є публічні висловлювання про винуватість до завершення суду, а інколи навіть і до офіційного обвинувачення»; принцип презумпції невинуватості особи порушується коли оприлюднення інформації стосовно неї має публічний характер, офіційна особа, зокрема слідчий, прокурор або суддя, вважають таку особу винною, а також коли особі заподіяно шкоди, яка може бути завдана помилковим визнанням її винною, особливо беручи до уваги «репутаційні» та соціальні наслідки (ганьбу, осуд у суспільстві тощо)¹. Необачливі повідомлення керівників правоохоронних органів, до яких, в разі огульного обвинувачення окремих підозрюваних (іменування їх злочинцями ще до визнання судом їх винними, безапеляційних заяв щодо доведеності їх вини беззаперечними доказами тощо), може бути заявлений цивільний позов про відшкодування моральної шкоди, а за таких умов не тільки самі такі посадовці опиняються в стані зацікавлених у справі осіб, а й до слідчих, які знаходяться в їх підлеглих, стороною захисту можуть бути заявлені претензії щодо їх неупередженості, а до отриманих ними доказів висловлені щонайменше сумніви щодо їх допустимості та достовірності. *In dubio pro reo* – «У випадку сумнівів справа вирішується на користь підсудного чи відповідача».

§ 2. Захист при затриманні та допиті підозрюваного

Сучасний стан інституту затримання підозрюваного, з його застарілими формами і реформаторськими опусами, змістовними недоліками і відвертими юридичними фікціями є по суті «джерелом підвищеної небезпеки» як для правоохоронних органів, так і для суспільства, а разом з тим і невичерпним покладом колізій та приводів для системної й успішної адвокатської діяльності при здійсненні захисту в кримінальних провадженнях.

Закон передбачає дві форми затримання слідчими чи іншими посадовими особами правоохоронних органів особи, яку вважає підозрюваною у вчиненні злочину, – це затримання за ухвалою

¹ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ. 2018. С. 151–152.

слідчого судді з метою приводу (ст. ст. 188–191 КПК України) та затримання уповноваженою службовою особою на місці події з полічним без ухвали слідчого судді (ст. ст. 208–213 КПК України).

Якщо затримання за ухвалою слідчого суддя здійснюється значною мірою в умовах системного судового контролю за його законністю, то застосування інституту затримання уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді (затримання з полічним), будучи необхідною процедурою протидії злочинності, не має ще достатніх гарантій проти свавілля і помилок.

Слідчий, детектив, прокурор чи інша уповноважена службова особа, відповідно до ст. 208 КПК України, має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі, лише у випадках:

1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення;

2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин

3) якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Таке, запозичене з сивої давнини та досі «живуче» визначення законом підстав затримання, є досить колізійним приписом закону, не витримує жодного логічного аналізу, чим може скористатись сторона захисту.

По-перше, затримання є кримінально-процесуальною дією. За чинним законом (ст. 2014 КПК України), досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом. До внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань закон дозволяє проведення у невідкладних випадках лише огляду місця події.

По-друге, особа, відповідно до ст. 209 КПК України, є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Отже, фактичне затримання реально має місце до початку кримінального провадження.

Про можливість затримання до початку слідства закон «скромно» мовчить, а відповідно до ст. 19 Конституції України ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством, органи влади та їх посадові особи «зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України».

Відтак, затримання особи з поличним (затримання підозрюваного на місці події, коли цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення), здійснене поза межами внесеного до Єдиного реєстру досудових розслідувань провадження, стає незаконним, що під силу довести фаховому захиснику.

Захиснику доцільно звертати увагу на зафіксовані в протоколі підстави, обставини і час фактичного затримання та оформлення протоколу і вручення його підозрюваному.

Закон визначає, що строк затримання особи без ухвали слідчого судді, суду не може перевищувати сімдесяти двох годин з моменту «змушування особи залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою», тобто фактичного затримання (захвату), обмеження свободи пересування. Час такого обмеження в можливості вільного пересування має фіксуватись в протоколі затримання.

Для затримання (взяття особи під варту) недостатньо ні наявності на її одязі очевидних слідів злочину, оскільки всі речові докази – докази непрямі, ані показань очевидців, в тому числі й потерпілих, які прямо покажуть на певну особу як на таку, що вчинила злочин.

Можна уявити таку ситуацію: очевидець, який вказав на підозрюваного як на особу, що вчинила злочин, вмер до його допиту, або виявилось, що він психічно хворий і не підлягає допиту як свідок; потерпілий, який був сам винуватим у вчиненні злочину (наприклад, спровокувавши застосування засобів необхідної оборони своїми насильницькими діями), відверто збрехав; очевидець помилився, а у затриманого є неспростовне алібі.

Разом з тим, відповідно до ст. ст. 1 і 2 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду», незаконно затриманий має право на відшкодування заподіяної йому матеріальної та моральної шкоди. Виходячи із змісту цього Закону, затримання буде визнане незаконним, якщо згодом кримінальну справу щодо підозрюваного, обвинуваченого або підсудного, якого затримали, буде закрито за відсутністю складу злочину або за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину. Отже, законним буде лише таке затримання, яке проведене за наявності на момент затримання неспростовної системи доказів вчинення підозрюваним злочину.

Це один з відправних пунктів для позиції захисту.

Затримання і тримання підозрюваного під вартою визнаються незаконними, якщо пізніше справа щодо затриманого закривається через недоказаність його провини, або за іншими реабілітуючими підставами, або якщо у справі виноситься виправдувальний вирок.

У справі «Степуляк проти Молдови» (2007 р.) суд констатував, що єдиною підставою, на яку посилався слідчий орган, беручи під варту заявника та просячи суд видати постанову про його досудове ув'язнення, було те, що потерпіла особа прямо указала на нього, як на виконавця злочину. Слідчі органи, не здійснивши ретельної перевірки фактів з метою встановити наявність обґрунтованої підозри, взяли особу під варту. Виходячи з аналізу обставин справи, суд робить висновок, що інформація, яка є в його розпорядженні, не може «переконати об'єктивного спостерігача в тому, що відповідна особа могла вчинити це правопорушення». На підставі цього суд констатував, що незалежно від того, чи заявника заарештували навмисно, чи внаслідок прикрої помилки (*bona fide mistake*), суд не бачить у матеріалах справи яких-небудь доказів на підтвердження обґрунтованості підозри в тому, що заявник скоїв злочин.

На підставі аналізу приводів, підстав, обставин і часу фактичного і юридичного затримання та фіксації початку кримінального провадження в ЄРДР захисник має можливість оскаржувати законність затримання та готувати матеріали для позову до судових інстанцій, включаючи ЄСПЛ.

Так, у справі «Корнейкова проти України» (*Заява № 39884/05*, рішення від 19 січня 2012 року) ЄСПЛ установив, що заявницю, яка

на той час була неповнолітньою, було затримано в Харківській області за підозрою у вчиненні нею тяжкого злочину. Протокол затримання заявниці не містив підстав для такого затримання, а містив лише посилення на окрему статтю Кримінально-процесуального кодексу, яка не містить виключного переліку підстав для затримання, а відсилає до інших статей цього Кодексу. Порушення підп. «с» п. 1 ст. 5 Конвенції було констатовано Європейським судом з огляду на те, що «у протоколі затримання заявниці не було наведено чітких підстав для такого затримання, а зазначені у ньому посилення були стандартними та не були проаналізовані у світлі обставин конкретної справи заявниці».

Згідно з частиною четвертою ст. 208 КПК України «уповноважена службова особа, що здійснила затримання особи, повинна негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього, негайно повідомити інших осіб про його затримання і місце перебування відповідно до положень [статті 213](#) цього Кодексу, вимагати перевірку обґрунтованості затримання та інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом».

У справі «Смолик проти України» (Case of Smolik v. Ukraine) (Заява № 11778/0, рішення від 19 січня 2012 року) ЄСПЛ зазначив, що громадянина Смолика було затримано за підозрою у вчиненні злочину, але співробітниками міліції не було складено протокол про затримання заявника. Європейський суд встановив порушення п. 1 ст. 5 Конвенції у зв'язку з тим, що тримання заявника під вартою на початковому етапі провадження було незаконним, оскільки, по-перше, до 13 травня 2004 року заявнику не було роз'яснено його процесуальні права; по-друге, в період з 17.00 год 12 травня 2004 року до 17.10 год 13 травня 2004 року тримання заявника під вартою не було документально фіксоване, що призвело до того, що він тримався під вартою без судового рішення більше ніж встановлені національним законодавством 72 години. Розглянувши справу, Європейський суд постановив, відповідно до пункту 2 статті 44 Конвенції, держава-відповідач має виплатити заявнику 6 000 (шість тисяч) євро відшкодування моральної шкоди.

У Справах № 40774/02 та № 4048/03 «Соловей та Зозуля проти України» від 27 листопада 2008 р. Європейський Суд з прав люди-

ни зробив висновки: після сплину значного проміжку часу повторне затримання за однією і тією ж справою не виправдовує позбавлення волі, у таких випадках влада повинна обирати інший запобіжний захід.

У резонансній справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (Заява № 42310/04, рішення від 21 квітня 2011 року) ЄСПЛ, виходячи з необхідності наявності доказів вчинення злочину для застосування інституту затримання, зазначив, що термін «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення; вимога, що підозра має ґрунтуватись на обґрунтованих підставах, є значною частиною гарантії недопущення свавільного затримання і тримання під вартою; негайний судовий контроль є вагомим аспектом гарантії, закріпленої в пункті 3 статті 5, яка покликана зводити до мінімуму ризик свавілля і забезпечувати верховенство права – один з основоположних принципів демократичного суспільства

У справі «Котій проти України» (Заява № 28718/09, рішення від березня 2015 року) ЄСПЛ, аналізуючи законність застосування запобіжних заходів, зазначив, що вислів «згідно із законом» вимагає, *по-перше*, щоб оскаржуваний захід мав певне підґрунтя у національному законодавстві; *по-друге*, цей вислів також стосується якості закону, про який йдеться, вимагаючи, щоб такий закон був доступний для зацікавленої особи (яка, крім того, повинна мати можливість передбачити наслідки дії такого закону щодо себе) та відповідати принципам верховенства права. Суд доходить висновку, що національне законодавство не забезпечило при застосуванні вищезазначених заходів достатніх гарантій від свавілля і воно не відповідає вимогам щодо якості законодавства у розумінні Конвенції.

Проблеми затримання підозрюваного та його захисту часто пов'язані як з недосконалістю законодавства, так і з браком досвіду правоохоронців.

Наприклад, в м. Дніпро в денний час був затриманий «з поличним» при отриманні «хабаря» викладач одного із вузів. З протоколу затримання вбачалось, що він був «захоплений» в момент передачі в складений протокол його затримання, здійснений допит і «підозрюваний» був поміщений в ізолятор тимчасового утримання. В матеріалах справи мала місце заява старости групи студентів, що

він повідомляє слідчого про намір передати певну суму хабаря (з грошей, які отримав від однокурсників) «за лояльність при заліку», а також його свідчення, що він зайшов до викладача і поклав конверт йому в ящик стола зі словами – «це від нашої групи Вам на книжки». Така добровільна заява була певною формальністю, оформленою для надання заявнику підстав для звільнення від відповідальності за дачу «хабаря».

Концепція захисту в цій справі. Оскарження факту затримання до початку кримінального провадження. Оскарження допиту у відсутності захисника. З'ясування факту відсутності вимагання хабаря. З'ясування факту відсутності відбитків пальців рук викладача на конверті. При спробі отримати пояснення від студента, який буцімто здавав кошти старості, йому було поставлено питання щодо того, чи написав він до початку кримінального провадження добровільну заяву про участь в дачі хабаря, що мало б бути в даних умовах єдиною підставою для звільнення його від відповідальності за співучасть в дачі хабаря, студент замовчав і відмовився давати свідчення. «Інформаційний бумеранг спрацював швидко – усі інші студенти на наступних допитах заявили, що ніяких грошей старості не здавали і про дачу хабаря викладачу нічого не знають, а до іспиту готуються ретельно і воліють здавати його чесно. Як кажуть, «винуватим став крайній». Підозрюваний звільнений з-під варті і виправданий... староста групи перестав бути старостою і «носити конверти» ...

Інколи, «більш досвідчені» правоохоронці, не ризикують здійснювати кримінально-процесуальне затримання особи з поличним на місці злочину, а здійснюють її доставлення до підрозділу поліції, навіть пишуть рапорти про «безпосереднє виявлення злочину» і реєструють їх в ЄРДР, а потім розпочинають офіційне розслідування і здійснюють допит такої особи.

Питання в тому, що без процесуального затримання відповідна особа зазвичай не отримує статусу підозрюваного (якщо тільки їй не вручена підозра). А, отже, виникає колізія з її допитом. Допит затриманої (чи доставленої до поліції) особи в якості свідка може тягти негативні судові рішення як щодо допустимості доказів, так і щодо забезпечення права на захист.

Доктринально важливою у цьому плані є прецедентна практика Європейського суду з прав людини.

Європейський суд з прав людини у справі «Харченко проти України» звертає увагу на недопустимість практики застосування адміністративного арешту з метою кримінального переслідування без дотримання процесуальних прав ув'язненого, що набуло поширення в поліцейській практиці. На недопустимість використання адміністративного арешту для обмеження волі людини, яка підозрюється у вчиненні злочину, а також на недопустимість в якості доказів отриманих за таких умов свідчень затриманого вказує ЄСПЛ і у справі «Балицький проти України».

У справі «Шабельник проти України» суд установив, що заявник Шабельник в процесі досудового провадження на Україні був допитаний в якості свідка, зізнався в процесі такого допиту у відсутності адвоката у вчиненому злочині; брав участь у відтворенні обстановки і обставин злочину в якості свідка і без захисника, де підтвердив свої зізнання. Європейський суд з прав людини установив у цій справі порушення п. 1 та п. 3 ст. 6 Конвенції, а також у своєму рішенні зазначив, що засудження обвинуваченого ґрунтується на показаннях, здобутих із порушенням права особи «на мовчання та права не свідчити проти самого себе» та з перешкодами для здійснення права на захист.

Більше того, відповідно до приписів частини другої ст. 87 КПК України Суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння, як «отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні», або «отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права», а відповідно до ч. 3 даної статті отримані таким шляхом докази «повинні визнаватися судом недопустимими».

Тут просто патова ситуація для слідства і «непочатий край роботи з шансом на успіх» для сторони захисту. Які б дії не здійснили в означених умовах поліцейські при затриманні особи з поличним та при її допиті – професіонал-захисник може побачити їх вразливі сторони.

В наукових працях юристів-адвокатів уже запропоновано ст. 20 КПК України доповнити приписами такого змісту: «Будь-яка особа, яка обмежена в своєму пересуванні через вимогу представника вла-

ди, або примусово перебуває в правоохоронному органі з будь-яких причин і вступає чи змушена вступати в правовідносини з представниками поліції чи іншого правоохоронного органу, має право на отримання невідкладно правничої допомоги, у тому числі безоплатної у визначених законом випадках, конфіденційних консультацій з адвокатом чи іншими обраними нею фахівцями в галузі права з метою ефективного забезпечення права на захист»¹.

Відносно особи, яка доставлена з місця події, та щодо якої здійснюється допит про її причетність до такої події, в якому б статусі вона не допитувалась (навіть у статусі свідка) чи давала пояснення, має бути надано право скористатись юридичною допомогою захисника по правилах допуску захисника для надання допомоги підозрюваному, що витікає як з прецедентної практики ЄСПЛ (справи «Шабельник проти України», «Харченко проти України», «Балицький проти України»), а також з рішень Конституційного суду України (справа Ігоря Голованя). Відмова в допуску захисника в таких ситуаціях буде порушенням права на захист, а отримані показання втрачають ознаки допустимості як докази, на чому має наполягати сторона захисту.

У Справі «Яковенко проти України» від 25 січня 2008 р. з'ясовано, що підозрюваний написав явку з повинною та заяву про відмову від захисника, а в процесі допиту визнав свою вину. В процесі відтворення обстановки події він уже в присутності адвоката заявив про непричетність до злочину і що первинні показання дав після застосування тортур. Європейський суд з прав людини, приймаючи рішення про порушення ст. ст. 3 та 6 Конвенції про захист прав і свобод людини ухвалив, що було порушено право обвинуваченого не свідчити проти самого себе та не давати показань взагалі, а також було порушено право на захист. Зокрема, справу було порушено за ознаками тяжких тілесних ушкоджень, де відмова від захисника допустима, а сама відмова від захисника була в ситуації, коли цей захисник уже захищав його в іншій порушеній проти нього справі. За таких умов порушення двох справ Суд визнав як штучне створення умов для можливості допиту без участі захисника².

¹ Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 4.

² Справа Яременко проти України, Рішення Європейського Суду з прав людини від 12 червня 2008 року // Вісник Верховного Суду України. 2009. – № 3 (103). – С. 41–42.х

Європейський суду з прав людини у справі «Шличков проти Російської Федерації» (2016 р.) вкотре наголосив, що право не давати показання та право не свідчити проти себе є загальновизнаними міжнародними стандартами, які лежать в основі поняття справедливого розгляду, передбаченого ст. 6 Конвенції. Сенс цих прав полягає, в тому числі в забезпеченні захисту підозрюваних від будь-яких проявів незаконного примусу з боку влади; таким чином, їх дотримання допомагає уникнути судових помилок і сприяє реалізації цілей ст. 6 Конвенції. Надані у відсутності адвоката свідчення особи щодо самої себе не можуть вважатися достовірними, оскільки немає ніяких доказів, які б спростовували, що вони могли з'явитися під примусом.

Безумовно, що маса колізій з затриманням та проблем з забезпеченням прав людини було набагато менше при належному регламентуванні законом самої процедури затримання з поличним, яка є найбільш вразливою з огляду на екстремальні умови її провадження.

І.Л. Петрухін ще багато років тому зазначав, що «захоплення» та доставлення осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, – «нічийна зона», оскільки ці дії не регламентовані ані адміністративним, ані кримінально-процесуальним правом». Одне, безперечно, вважає він: діяльність, спрямовану на «захоплення» та доставлення в органи дізнання осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, не слід залишати поза рамками кримінально-процесуального регулювання¹.

Удосконаленню забезпечення верховенства права при затриманні запідозрених осіб сприяла диференціація інститутів «затримання з поличним» і «тимчасового взяття під варту» (тимчасове обмеження волі на строк до 72 годин), а на цій основі окрема і детальна регламентація кожної з названих процесуальних дій. При цьому «затримання» («затримання на місці злочину чи з поличним») містить у собі великий комплекс заходів: переслідування та захоплення підозрюваного, запобігання або попередження злочину, знайдення та закріплення слідів та інших фактичних даних. Вочевидь, що провадження даної дії, так само як і огляд місця події, має бути дозволеним до початку кримінального провадження та слугувати приводом до його початку. Пропозиції з цієї поважної проблеми давно викладені², але «візок і нині там».

¹ Петрухін І.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном. М., 1989. С. 19–39.

² Тертишник В. Проблеми процесуальної форми затримання особи у кримінальному процесі. Підприємництво, господарство і право. 2003. № 8. С. 99–103.

Колись написані такі поетичні строки не втрачають своєї актуальності:

А біди ті ж самі
Реформ круговорот
І граблі знов старі
Вітають наш народ...

(Володимир Тertiшник, 2000)

У наукових роботах юристів ще в 2005 році доречно було запропоновано включити до КПК України окрему статтю «Ознайомлення захисника з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного»¹. Такі приписи закону були б доречними для забезпечення ефективності захисту на перших стадіях процесу в складних інформаційному плані умовах. На жаль, в поривах реформ сучасне процесуальне законодавство в аспекті забезпечення ефективного виконання функції захисту стало здебільшого кроками назад.

Фактично, найактивнішою фазою досудового розслідування для сторони захисту, зазначає Д. В. Пономаренко, є момент, коли особа стає підозрюваним у кримінальному провадженні, коли її затримали, проте не вручили повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 42, ст. ст. 208, 209 КПК України), або коли їй уже вручено повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 42, ст. ст. 276–278 КПК України)².

До Уповноваженого продовжують надходити скарги від затриманих осіб про: порушення їхнього права органом досудового розслідування на повідомлення близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб про їхнє затримання та місце перебування; проведення першого допиту без присутності захисника; примушування відмовитися від захисника неправдивість відомостей про фіксацію часу фактичного затримання особи; неповідомлення регіональних центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги та підпорядкованих їм місцевих центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про їх затримання тощо³.

¹ Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника у на досудовому слідстві: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (спеціальність 12.00.09). Донецьк, 2005. С. 153.

² Пономаренко Д. В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. Книга перша: практ. посіб. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 34.

³ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ. 2018. С. 151–152.

Концепція технології захисту при застосуванні інституту затримання має акцентувати увагу на таких основних моментах.

1. Сторона захисту має отримати копію протоколу затримання та здійснити аналіз щодо відповідності його вимогам законодавства та законності самого ув'язнення підозрюваного.

Згідно з частиною п'ятою ст. 208 КПК України «про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, складається протокол, в якому, крім відомостей, передбачених статтею 104 цього Кодексу, зазначаються: місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання відповідно до положень статті 209 цього Кодексу; підстави затримання; результати особистого обшуку; клопотання, заяви чи скарги затриманого, якщо такі надходили; повний перелік процесуальних прав та обов'язків затриманого. Протокол про затримання підписується особою, яка його склала, і затриманим. *Копія протоколу негайно під розпис вручається затриманому, а також надсилається прокурору*».

При аналізі протоколу затримання слід звернути увагу на співвідношення часу фактичного затримання, точного часу (година і хвилини) доставлення затриманого до правоохоронного органу, часу складання протоколу і часу занесення повідомлення про злочин в Єдиний реєстр досудових розслідувань. Захист має наполягати на повідомленні точних даних про номер кримінального провадження. Нерідко можна побачити, що процесуальне затримання було здійснене до початку процесу як такого.

2. З'ясувати факт і форму роз'яснення особі у вчиненні якого злочину вона підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника.

Важливо пересвідчитись в наявності заяви затриманого щодо бажання мати захисника, наявності підстав для обов'язкової участі захисника, а також в праві затриманого на безоплатну правову допомогу і чи були вжиті заходи щодо її забезпечення.

3. Враховуючи, що слідчий (детектив, прокурор), при затриманні особи, на підставі частини третьої ст. 208 КПК України, може здійснити обшук затриманої особи, захисник має пересвідчитись дотриманням при такому обшуку правил, передбачених частиною сьомою ст. 223 і ст. 236 КПК України. Зокрема, досягненню завдань захисту сприятиме аналіз дотримання новацій процесуального закону: для участі в проведенні обшуку може бути запрошений захисник; «слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення

присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Обшук особи здійснюється з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії; обшук особи повинен бути здійснений особами тієї ж статі; другий примірник протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів і тимчасово вилучених речей (за наявності) вручається особі, у якої проведено обшук.

Зважаючи на слушність припису закону, а разом з тим і на його не досить чітку юридичну визначеність (ч. 3 ст. 87 КПК України) про те, що недопустимими є докази, що були отримані «під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії», позиція захисника може бути спрямована, *по-перше*, на обґрунтування того, що факт недопущення захисника до участі в обшуку його підзахисної особи (який тим більше проводиться без ухвали слідчого судді з більшими ризиками відступу від принципу пропорційності), є аналогічними істотним обмеженням прав людини, які обумовлюють визнання отриманих при цьому доказів недопустимими, *по-друге*, обґрунтувати те, що під іншим володінням особи, окрім житлового приміщення, логічно розуміти також речі, які знаходяться при особі, яка затримується (портфель, сумка, планшет, ноутбук, фотоапарат тощо). Нарешті, захисник може вимагати дотримання наданого йому права «безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису», яке надано стороні захисту ч. 1 ст. 107 КПК України, зауважимо, надано, судячи з термінології закону, стосовно усіх форм обшуку. На основі сформованих позицій з цих питань можна здійснювати дискредитацію доказів сторони обвинувачення.

4. З'ясувати дотримання особою, відповідальною за перебування затриманих в ізоляторі тимчасового тримання, приписів ст. ст. 212–213 КПК України. Зокрема, перевірити забезпечення запису усіх дій, що проводяться із залученням затриманого, у тому числі час їх початку та закінчення, а також осіб, які проводили такі дії або були присутні при проведенні таких дій, злічити ці дані з записами в протоколі затримання.

5. З'ясувати компетентність осіб правоохоронного органу на застосування інституту затримання і провадження слідства за факта-

ми, що стали підставою затримання підозрюваного. Насамперед, слід проаналізувати дотримання правил підслідності, а також наявність чи відсутність підстав для відводу детективу, слідчому чи прокурору, які приймали рішення про затримання.

Варто звернути увагу на дві проблемні речі.

По-перше, правоохоронці, які затримували особу на місці злочину, зазвичай стають очевидцями злочину і, відтак, підлягають допиту в якості свідків (отримувати імунітет свідка), а тим самим мають відводитись від подальшої участі в справі. Єдино вірне їх рішення в умовах здійснення затримання особи на місці злочину – повідомити за допомогою технічних засобів відповідальних осіб у підрозділі органу досудового розслідування про захоплення особи на місці події, доставити особу підрозділу органу досудового розслідування, скласти рапорт про затримання та самостійно взяти відвід від подальшої участі у справі, від здійснення в подальшому будь-яких процесуальних дій. Рішення у справі уже мають приймати інші слідчі, які не були учасниками фактичного затримання. Невиконання цих вимог може давати підстави для висновків щодо упередженості, зацікавленості в справі, а тим самим щодо законності затримання та допустимості отриманих доказів.

По-друге, перевірити дотримання принципу презумпції невинуватості підозрюваного. Захиснику варто з'ясувати чи не було заяв і повідомлень посадових осіб в пресі щодо «героїчного розкриття злочину» та затримання підзахисного, чим часто полюбляють вихвалитися сьгоднішні керівники поліцейських установ та їх радники. В цьому аспекті варто звернути увагу на рішення ЄСПЛ у справі «Довженко проти України».

6. Звернути увагу на заяви і клопотання затриманого, зафіксовані в протоколі затримання чи в інших документах, особливо заяв і клопотань, щодо надання медичної допомоги, перевірки фактів тортур, клопотань про допуск захисника, надання безоплатної правової допомоги, про повідомлення про затримання близьких родичів, заяв про незаконність затримання. Захисник має наполягати на розгляді усіх заяв і клопотань затриманої особи, вжити заходів до захисту її прав.

7. З'ясувати наявність доказів вчинення затриманою особою кримінального правопорушення та правильну правову кваліфікацію її дій.

В нагоді може бути позиція ЄСПЛ у справі «Степуляк проти Молдови» (2007 р.), в якій Суд визнав порушення Конвенції в силу того, що не бачить у матеріалах справи яких-небудь доказів на підтвердження обґрунтованості підозри в тому, що заявник скоїв злочин.

Зазначимо, що слідчий, прокурор, відповідно до ч. 1–2 ст. 221 КПК України, зобов'язаний за клопотанням сторони захисту надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. Відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається. Під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування особа, що його здійснює, має право робити необхідні виписки та копії.

Відсутність доказів кримінального правопорушення не може замінюватись наявністю доказів «поза розумним сумнівом» про те, що затриманий скривається від слідства.

8. Узагальнення допущених при затриманні порушень законодавчих норм, недотримання прав і свобод затриманого та формування вимог щодо звільнення затриманого з-під варті.

За термінової необхідності захисник у порядку ст. 206 КПК України може ставити питання про незаконність утримання під вартою особи перед слідчим суддею. Згідно ч. 2 ст. 206 КПК України «Якщо слідчий суддя отримує з будь-яких джерел відомості, які створюють обґрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду знаходиться особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варті після внесення застави в установленому цим Кодексом порядку, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службову особу, під вартою яких тримається особа, негайно доставити цю особу до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи».

Захист при підготовці до першого допиту та при допиті підозрюваного ґрунтується на важливих процесуальних засадах.

Праву підозрюваного на першу вимогу мати захисника і побачення з ним до першого допиту з дотриманням умов, що забезпе-

чують конфіденційність спілкування, а також після першого допиту – мати такі побачення без обмеження їх кількості й тривалості та на участь захисника у проведенні допиту та інших процесуальних дій (ст. 42 КПК України), кореспондує обов’язок слідчого та прокурора забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника (ст. 20 КПК України), право захисника брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості, з дотриманням умови, що такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування (ст. 46 КПК України), а також зобов’язання захисника перебувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого та використовувати належні і необхідні засоби захисту (ст. 47 КПК України).

Перша зустріч з підозрюваним, особливо в умовах тримання останнього під вартою, є найбільш відповідальною і найбільш складною формою надання правничої допомоги, потребує від захисника не тільки юридичних знань, а й моральних якостей – людяності, співчуття, терплячості, шляхетності.

Захисник має бути максимально зосередженим, оцінювати усі потоки інформації, зуміти заглянути в душу співрозмовника. Він і його проблеми мають бути на першому місці. І мабуть ніякі розповіді захисника про свої професійні здібності для встановлення психологічного контакту тут будуть недоречні. Доречніше буде коректне з’ясування комплексу усіх проблем підзахисного.

Ми не маємо прав спрощувати і схематизувати ситуацію та пропонувати лише перелік питань, які захисник має з’ясувати при першій зустрічі.

Для досвідченого захисника зі знанням психології важливо тут все – від мови жестів, до тональності голосу та змісту відповідей на питання. Слід враховувати, що перші часи ув’язнення для людини є самі по собі певним шоком, який до того ж може супроводжуватись багатьма насиченими подіями конфліктного характеру, включаючи знайомство з співкамерниками.

Оцініть психологічний стан клієнта по перших проявах поведінки.

Шаркання ногами об поверхню підлоги, хаотичні рухи рук, стискання та викручування пальців, дрижання колінок, покусування губ, потирання висків, термосіння гудзиків, покачування тулубу, крутіння у різні боки на стільці, постукування пальцями по столу, – все це свідчить про нервозність людини, її невпевненість, тривогу.

Характерно, що брехун, сидячи на табуретці, частіше нахиляє корпус вперед; надмірний, закидає голову назад, та розташовує своє тіло комфортніше; невпевнений, сідає на край стільця, наче б то вибачаючись за свою присутність...

Зжаті губи, пересихання рота, поява краплин поту на верхній губі, зміна кольору обличчя та тембру голосу – ознаки негативних емоцій і критичного психологічного стану. Потухлий погляд, в'ялість рухів часто показують на знесилення. Захисник має оволодівати мистецтвом емпатії, рефлексивного мислення та встановлення довірливого спілкування, невтомно оволодівати необхідними знаннями для цього¹.

Постарайтесь бути поблажливим, максимально уважним, толерантним, спокійним і розсудливим, одночасно беріть до уваги комплекс жестів, позу, міміку обличчя, вираз очей співрозмовника, застосуйте рефлексивне мислення ... У відносинах з підзахисною особою неприпустимі артистичність, гра, бо в напруженій психологічній ситуації фальш особливо помітна. Доброта або злоба, безпристрасність або упередженість – все це відображається на манері поведінки людини (навіть з розвинутим самоконтролем), відчувається іншими. Захисник повинен бути серйозним, але без сухості, строгим, але без черствості, добрим без солодкості, ввічливим без лицемірства, турботливим без нав'язливості, жартівливим без блазнювання, інтелігентним без хизування. Безпосередність і коректність у поєднанні з упевненістю в успіху, – така лінія поведінки дає більше шансів на успіх.

При першій зустрічі з підозрюваним до його першого допиту, важливо встановити психологічний контакт з затриманим і з'ясувати наступне.

¹ Биркенбил В. Язык интонации, мимики, жестов. СПб.: Питер Пресс, 1997. 224 с.; Гертенберг П. Опыт научной физиогномики. Одесса, 1912; Бадалев А. А. Восприятие и понимание человека человеком. М., 1982; Лафатер Новейший и любопытный способ, как узнать каждого человека. СПб, 1808; Тертышник В. М. Характер по внешности. Версия. 1995. № 6. С. 101–107; Аудиовизуальна психофізіологічна діагностика людини: історія, теорія, практика: [монографія] / ПД Біленчук, ОІ Мотлях, ОМ Рибальченко, ІІІ Усіков / за ред. ПД Біленчука. К.: Атіка, 2013.

1. *Встановити стан здоров'я підозрюваного, а також наявність чи відсутність фактів тілесних ушкоджень, заподіяних при затриманні чи в ув'язненні, фактів тортур, нелюдського поводження, катування, фізичного та психічного тиску на підзахисного.*

При появі підтвердження фактів незаконних дій щодо затриманого потрібно негайно ставити питання перед прокурором про їх невідкладне і належне розслідування. Захисник має наполягати на проведенні негайного медичного освідчення за його участі, та наданні необхідної медичної допомоги, або заявити клопотання про призначення судово-медичної експертизи.

Нерідко «вишуканими» засобами тортур виступають нелюдські умови тримання в місцях ув'язнення, скупченість затриманих в одному приміщенні, антисанітарія, нестача кисню, наявність агресивних співкамерників або навмисне поміщення затримуваного в «кримінальне середовище», де відбуваються нетрадиційні відносини і знущання в рамках «внутрішньокамерних обробок розробок».

Захисник має перевірити дотримання визначених нормативними актами умов утримання в'язнів (особи, які вперше притягаються до кримінальної відповідальності, мають утримуватись окремо від інших; неповнолітні – окремо від інших; колишні працівники правоохоронних органів – окремо від інших тощо), а за згодою підзахисного може заявляти клопотання щодо переведення його в іншу камеру.

2. *Отримати дані, які характеризують підозрюваного, його родинні зв'язки та професійну і суспільну діяльність.* Співбесіда щодо життя, роботи, діяльності підзахисного дозволяє закріпити психологічний контакт, сприяти заспокоєнню, отримати відомості, які можуть стати підставою для амністії, звільнення від кримінальної відповідальності, або мати значення пом'якшуючих обставин. Варто перевірити чи буде здійснене повідомлення близьких родичів про затримання, яку допомогу від близьких очікує затриманий.

3. *Вислухати вільну розповідь підозрюваного щодо обставин його затримання та його бачення важливих обставин справи.*

Інколи серед адвокатів з минулих часів можна було почути застарілу схему захисту – «розкажи, що відбулося, потім я розкажу, що було насправді». Безумовно, що така позиція не відповідає етичним і законодавчим засадам захисту. Захисник не повинен ставати співучасником свого клієнта в здійсненні укриття злочину.

4. *Захисник, виходячи зі знань норм кримінального та доказового права, має з'ясувати: чи немає в діях підзахисного відсутності хоча б одного з елементів складу злочину; чи не діяв підозрюваний в стані необхідного оборони, крайньої необхідності чи немає інших обставин, що виключають кримінальну відповідальність. При цьому доречною є професійна консультація з юридичних питань.*

5. *Здійснити експрес-аналіз ситуації та побудову позиції захисту на допиті.*

Позиція захисту при допиті, залежно від обставин справи та обраних різновидів тактики захисту (*наступальна, оборонна, компромісна*), може мати такі напрями: скористатись правом нічого не говорити проти себе, або повністю відмовитись від дачі показань; визнати часткову вину, конкретизуючи факти і відношення до них підзахисного; визнати вину повністю, розкаятись і розраховувати на застосування інститут закриття справи за примиренням. Важливий при цьому принцип дій захисника – не нашкодь. Захисник має надати необхідну юридичну консультацію, допомогти підозрюваному зняти стрес і підготуватись психологічно та інформаційно до зустрічі зі слідчим на допиті.

Участь захисника у допиті підозрюваного.

Підозрюваний допитується негайно, а за неможливості негайного допиту – не пізніше двадцяти чотирьох годин після затримання або арешту. Під час допиту підозрюваного присутність захисника має обов'язковий характер, крім випадків, коли підозрюваному надане право відмовитися від захисника, а така відмова прийнятна за нормами закону.

Захиснику важливо акцентувати увагу на дотриманні таких приписів закону, викладених в ст. ст. 11, 15, 17, 18, 29, 42, 223, 224 КПК України.

Допит не можна проводити в нічний час (з 22.00 до 6.00), крім випадків, коли його неможливо відкласти.

Слідчий, детектив чи прокурор, які здійснюють допит, мають представитись, а також назвати осіб, що присутні при допиті, і їх процесуальний статус.

Допитуваному роз'яснюються процесуальні права та обов'язки, а також порядок проведення допиту. Підозрюваному має бути чітко повідомлено його право давати показання, або відмовитись від дачі будь-яких показань, а не тільки право відмови від пока-

зань відносно самого себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів, як це часто буває, коли підозрюваному роз'яснюють ст. 63 Конституції України. Якщо роз'яснення ст. 63 Конституції може бути корисним відносно свідка, то воно є недоречним стосовно допиту підозрюваного, оскільки може тягти звуження прав допитуваного чи неправильне розуміння ним своїх прав, які є більш широкими – право взагалі відмовитись від дачі показань і відповідей на будь-які питання. Захисник має пильнувати як за належним роз'ясненням прав підозрюваному, так і за наданням реальної можливості ними скористатись.

Підозрюваний вправі не говорити нічого з приводу підозри проти нього, обвинувачення або у будь-який момент відмовитися відповідати на запитання. У разі відмови підозрюваного відповідати на запитання, давати показання особа, яка проводить допит, зобов'язана його зупинити одразу після отримання такої заяви.

Слідчий, детектив, прокурор забезпечують учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, право давати показання в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі потреби послугами перекладача.

Допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря.

Допитувана особа має право використовувати під час допиту власні документи і нотатки, якщо її показання пов'язані з будь-якими обчисленнями та іншими відомостями, які важко зберегти в пам'яті.

Під час кримінального провадження повинна бути забезпечена повага до людської гідності, прав і свобод кожної особи. Забороняється під час кримінального провадження піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поведженню чи покаранню, вдаватися до погроз застосування такого поведження, утримувати особу у принизливих умовах, примушувати до дій, що принижують її гідність.

Кожному гарантується невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя.

Забороняються довгі виснажливі допити. До таких можуть належати допити тривалістю понад дві години без перерви або допит

протягом доби загальною тривалістю понад вісім годин. Допит малолітньої або неповнолітньої особи не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом – понад дві години на день.

Забороняється домагатися показань шляхом насильства, погроз, брехні, шантажу та інших незаконних засобів. Під час допиту неприпустимо застосовувати гіпноз або психотропні засоби. Не передбачена можливість отримання показань за винагороду, адже цінність «такого товару» може буде «з присмаком корисливого інтересу». Межа між допустимим психологічним впливом і насильством, яку беззастережно відкидає законодавець, визначається свободою вибору варіантів відповідей на поставлені запитання.

Жодна особа не може бути примушена визнати свою винуватість у вчиненні кримінального правопорушення або примушена давати пояснення, показання, які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні нею кримінального правопорушення.

Поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вирокком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою.

У разі отримання під час проведення допиту доказів, які можуть вказувати на невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, слідчий, прокурор зобов'язаний провести відповідну слідчу (розшукову) дію в повному обсязі, долучити складені процесуальні документи до матеріалів досудового розслідування, та прийняти рішення відповідно до принципу презумпції невинуватості.

Захисник в процесі допиту може ставити запитання допитуваним особам і подавати зауваження з приводу питань слідчого.

Захисник і допитуваний підозрюваний вправі застосовувати технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор мають право заборонити застосування технічних засобів при проведенні процесуальної дії з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься вмотивована постанова.

Якщо в процесі допиту слідчим, детективом чи прокурором застосовуються звукозапис, кінозйомка, відеозапис або інші технічні засоби документування, то про це допитувач зобов'язаний попередити допитуваного, повідомивши йому найменування, технічні характеристики та мету застосування цього засобу фіксації показань.

Після закінчення допиту результати застосування технічних засобів надаються допитуваному для ознайомлення.

Допитуваний і захисник мають право знайомитися з протоколом допиту, робити свої заяви, зауваження, доповнення та уточнення, які підлягають занесенню до протоколу. Допитуваний засвідчує своїм підписом правильність записів у протоколі, він підписує кожен сторінку протоколу допиту, а за бажанням має право викласти свої показання власноручно.

В слідчій практиці все частіше зустрічаються випадки, коли заплутавшись в шквалах інформації і будучи емоційно подавленим, підозрюваний схиляється до визнань вини, розраховуючи на обіцяну амністію чи інші покращення свого стану, навіть визнаючи те, чого не вчиняв.

Так, у справі бійця АТО, який притягнувся до відповідальності за напад в стані «злочинної групи» та заподіяння тілесних ушкоджень громадянці України в її комунальному житлі, з наявних доказів випливало, що він був лише присутнім при спробах її виселення з кімнати, в якій проживав його безпосередній командир та яку, як він розумів зі слів самого командира (командир запрохав його на допомогу в наведенні порядку), громадянка незаконно захопила, коли його друзі були на завданнях в зоні АТО. Боець АТО був настільки добросовісним, що сам себе корив за свій вчинок і був впевнений, що без його присутності, події, яка виявилась злочинною, не відбулося б. Не переконали його і аргументи про ексцес виконавця та інші доводи адвоката. Він безапеляційно визнавав себе винним і «рвався на фронт», де мав виконувати свій обов'язок.

Та які б показання не дав підозрюваний, захисник не повинен йти у нього на поводу. Він має займати виважену позицію і самостійно збирати дані та вживати дії щодо забезпечення законного і справедливого рішення у справі. В «Основних положеннях про роль адвокатів», вказано що адвокати не повинні ідентифікуватися з клієнтами і справами клієнтів у зв'язку з виконанням їх професійних обов'язків, адвокат є самостійним учасником кримінального процесу, має свої процесуальні права та обов'язки і, як правило, не залежить від підзахисного у визнанні тактики захисту.

Адвокат повинен побудувати свій захист, визнаючи його засоби і способи, ґрунтуючись на показаннях підзахисного та на оцінці інших доказів у справі.

На основі отриманих відомостей на першому етапі участі у справі захисник має сформувати стратегію і тактику захисту, які, безумовно, будуть корегуватись з урахуванням подальшого перебігу кримінального провадження.

§ 3. Стратегія і тактика захисту

С*тратегія* – мистецтво досягнення важливої мети. Якщо метою захисту є забезпечення прав і законних інтересів підзахисного, то для досягнення такої мети передусім необхідно сформувати модель й генеральну програму діяльності, спрямованої на досягнення такої мети.

Під стратегією забезпечення правової допомоги під час здійснення адвокатом захисту Н. В. Хмелевська розуміє встановлення довготривалої мети, широкої програми дій, завдань, загальної довготривалої лінії поведінки адвоката, основних напрямів його діяльності, науково обґрунтованого розвитку реальних подій і явищ щодо надання чітко окресленої правової допомоги клієнту¹.

Стратегія захисту – інтелектуальний задум і сформована на основі усієї отриманої системи інформації у справі інтегральна модель діяльності захисника, яка спрямована на забезпечення прав, свобод і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого, підсудного), розв'язання кримінального конфлікту з найменш обтяжливим наслідком для нього.

Стратегія захисту може стати стратегією успіху при максимальному використанні здібностей до системного та оперативного аналізу інформації, рефлексивного мислення, прогнозування, вміння працювати на упередження, творчого і креативного підходу до розв'язання завдань.

Стратегія захисту ґрунтується на оперативній оцінці інформації, побудові версій події, щодо якої здійснюється провадження, та можливих версій розвитку справи, пошуку алібі й виправдувальних чи пом'якшуючих відповідальність доказів, можливостей спростування чи дискредитації доказів обвинувачення.

В науковій літературі виділяють декілька стратегічних ліній (типів стратегій) захисту:

¹ Хмелевська Н. В. Стратегія забезпечення правової допомоги адвокатом в кримінальному провадженні // Вісник Академії адвокатури України. Том 12. Число 2(33) 2015. С. 194.

1. «Стратегія повного виправдання», стратегія направлена на повне виправдання клієнта, який не визнає себе винним у повному обсязі пред'явленого звинувачення. Така стратегія може розроблятися та здійснюватися лише в тому випадку, коли не тільки сам клієнт, але й адвокат-захисник переконані в повній невинуватості та відсутності доказів, що підтверджують подію злочину, адміністративного порушення, інших подій, що потребують захисту, склад вказаних подій, а також в наявності інших обставин, які є основою для закриття справи.

2. «Стратегія часткового виправдання», або стратегія діяльності захисника, яка направлена на виправдання підзахисного за окремими епізодами діяльності, що викликала необхідність захисту (злочину, адміністративного порушення, інших подій, що потребують захисту) та пошук пом'якшуючих обставин за епізодами, які визнаються клієнтом.

3. «Стратегія пом'якшення вини», стратегія направлена на пошук обставин, що пом'якшують вину за епізодами діяльності, що викликала необхідність захисту, які повністю визнаються клієнтом.

4. «Стратегія замовчування» застосовується коли підзахисний відмовляється відповідати на питання щодо справи, за якою виникла потреба у захисті, відмовляється брати участь в інших діях¹.

Безумовно, що такі узагальнення і систематизації є корисними для удосконалення технології захисту.

Між тим, на нашу думку, в доктринальному сенсі до самостійних типів стратегії можна віднести лише три стратегічні лінії:

- а) *стратегія повного виправдання;*
- б) *стратегія часткового виправдання;*
- в) *стратегія пом'якшення відповідальності.*

Так названа «стратегія замовчування» не носить концептуальних ознак довготривалої стратегічної лінії поведінки, спрямованої на досягнення вагової мети, а скоріше є тактичним засобом її забезпечення. Тобто, можна вести мову про окрему тактику замовчування, як складову частину однієї з стратегій, яка до того ж може носити тимчасовий характер, доречний за умови впевненості підозрюваного (обвинуваченого) в своїй невинуватості та в ситуації браку інформації щодо матеріалів справи.

¹ Хмелевська Н. В. Стратегія забезпечення правової допомоги адвокатом в кримінальному провадженні // Вісник Академії адвокатури України. Том 12. Число 2(33) 2015. С. 194–201.

При реалізації стратегії повного виправдання діяльність захисника полягає в професійному і ретельному здійсненні самостійного правозахисного розслідування, систематичній та ініціативній участі захисника в процесуальних діях, які проводяться слідчим чи прокурором, вжиття своєчасних, виважених і доречних в конкретних обставинах простору і часу заходів законної протидії кримінальному переслідуванню його підзахисного за усіма обставинами і обсягом звинувачення.

Дана стратегія захисту, як зазначає Н. В. Хмелевська, може бути ефективно використана у наступних випадках: 1) захисник бачить реальні підстави для закриття кримінального провадження; 2) має місце введення підзахисного в оману (самим чи іншими) в суттєвих обставинах справи, коли здійснене ним визнання своєї вини містить юридичну помилку. Слід відмітити, що вказана стратегічна лінія вимагає великої напруги, сил та засобів¹.

Стратегія часткового виправдання застосовується здебільшого в багатоепізодних справах в напрямку спростування доведеності окремих епізодів підозри (обвинувачення), а також коли є підстави для досягнення поліпшуючої становище підзахисного юридичної перекваліфікації його дій.

В стратегії як повного, так і часткового *виправдання*, залежно від ситуації і системи доказів захисту, може застосовуватись як наступальна, так і оборонна чи нейтральна або тимчасово очікувальна тактика захисту.

Стратегія пом'якшення відповідальності застосовується в ситуаціях беззаперечного визнання підозрюваним (обвинуваченим) своєї вини, яка підтверджується неспростовними доказами стороною обвинувачення. При реалізації даної стратегії захисник має узгодити з підзахисним можливість застосування інституту дієвого каяття, вжиття заходів щодо відшкодування завданої потерпілому матеріальної та компенсації моральної шкоди, можливості укладення угоди з потерпілим про примирення. На наш погляд, захисник не повинен проявляти схильність до укладення угоди про визнання вини, оскільки це є юридичною фікцією, посліхом включеною до КПК України, при відсутності такого інституту в кримінальному праві. Досягти більш успішної реалізації стра-

¹ Хмелевська Н. В. Стратегія забезпечення правової допомоги адвокатом в кримінальному провадженні // Вісник Академії адвокатури України. Том 12. Число 2(33) 2015. С. 196–197.

тегії пом'якшення відповідальності можна на основі застосування передбаченого ст. 45 КК України інституту дієвого каяття, згідно з яким особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Варто також визначитись із застосуванням припису ст. 46 КК України, згідно з яким, особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим і відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

В реалізації стратегії захисту можна виділяти тактику захисту, складовими елементами якої можуть застосовуватись окремі прийоми захисної діяльності.

Тактика захисту – це система заснованих на кримінально-процесуальному законі правил, методів і прийомів виконання функції захисту, які забезпечують отримання необхідної системи доказів та прийняття бажаних сторони захисту рішень.

Можна виділити наступальну, оборонну, нейтральну та очікувальну тактику захисту (тактику мовчання до певного часу).

У науковій літературі слушно наголошується на тому, що захисник має у кожному конкретному випадку піддати обрану ним тактику захисту на своєрідне випробування її надійності, перевіряючи її за такими позиціями, як:

- переконливість;
- логічність;
- послідовність;
- суперечливість;
- відповідність здоровому глузду;
- відповідність доказам¹.

Методи тактики захисту – це засоби досягнення стратегічних цілей захисної діяльності, які являють собою певну систему характерних для них прийомів, правил і рекомендацій. Можна ви-

¹ Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. К.: Атіка, 2003. С. 165.

ділити три методи – *метод з'ясування, метод переконання, метод викриття*.

Метод з'ясування – це метод пошуку характеру поінформованості особи та отримання інформації шляхом розпитування, який застосовується, коли немає конфлікту інтересів.

Метод переконання – один з методів тактики, який заснований на словесному або іншому впливі на розум, свідомість, почуття особи і спрямований на спонукання її до повідомлення правдивої інформації. Метод переконання являє собою систему прийомів психологічного впливу на допитуваного, до яких належать:

- роз'яснення протиправності занятої позиції та можливих її негативних наслідків;
- апелювання до морально-етичних цінностей або релігійних заповідей;
- використання стосунків з іншими особами;
- активізація позитивних якостей особистості учасника процесу, так званий «метод морального стимулювання».
- *Метод викриття* полягає в демонстрації наявних доказів, що спростовують позицію учасника процесу.
- Залежно від психологічних особливостей особи, яка викривається, рекомендується один з варіантів:
- пред'являти докази послідовно відповідно до їх доказової сили;
- пред'являти спочатку найбільш важливий доказ.

Прийоми тактики захисту – це найбільш раціональні та ефективні способи дії сторони захисту у конкретній слідчій ситуації, що склалася, найбільш доцільна лінія поведінки захисника при виконанні окремих дій чи участі в їх провадженні.

До прийомів тактики дій захисника можна віднести такі засоби впливу, як переконання (прямий і побічний спосіб), створення перебільшеного уявлення у допитуваного про обсяг доказів сторони захисту, приховання істинної поінформованості, або приховання відсутності доказів, психологічні комбінації, викриття, пробудження асоціативних зв'язків, формування благоприхильності до клієнта.

Застосування так званих «психологічних пасток» допускається в діяльності як слідчого, так і захисника за умови, що ніякої заздалегідь неправдивої інформації апіорі особі не повідомляється, а створювані обставини можуть призвести особу до помилкового

припущення про наявність у сторони процесу певних конкретних доказів, яких насправді немає. Наприклад, допитуваному повідомляється певна частина достовірної інформації, яка в силу наявності в пам'яті такої особи зафіксованих реальних подій пробуджує асоціації саме з конкретним фактом, призводить до неправильного висновку про повну обізнаність про нього сторони процесу, хоча може бути витлумачена й інакше, не позбавляє особу можливості вибору іншого варіанта пояснення смислу наданої інформації та її значення. Неправильні висновки з даної інформації робляться особами в силу впливу на характер їх мислення, відбитої в їх пам'яті істинної конкретної події і тієї ролі, яку вони виконували на різних її етапах. В особу, яка не має ніякого відношення до такої події, подібних припущень не виникає, оскільки в її свідомості немає «відповідних асоціативних зв'язків».

Психічний вплив і «психологічні пастки» є допустимими прийомами, якщо вони не позбавляють особу свободи вибору поведінки та не суперечать нормам закону.

Безперечно, у будь-якій інформації, яка повідомляється людині, закладено величезну енергетичну силу. Свідомо відібрана і цілеспрямована інформація, як зазначає В.Г. Афанасьєв, має велику доказову силу і може так змінювати думки, формувати погляди і вчинки людей, щоб вони відповідали певним вимогам¹.

У цілому тактика захисту складається з низки тактичних прийомів. Втім, використання таких прийомів – це справжнє мистецтво, яке передбачає вміння їх подання, певного розташування, яке б найкращим чином дозволило захисникові виконати функцію захисту².

Тактичні прийоми захисту обираються залежно від конкретних обставин справи. Якщо кінцевою метою стратегії є певний результат, на який максимально розраховує захисник, то кінцевою метою кожного тактичного кроку мусить бути цілеспрямований успішний крок на шляху до стратегічної мети у конкретній справі³.

Формування стратегії і тактики захисту включає необхідність отримання необхідної інформаційної певності щодо обставин

¹ Афанасьєв В.Г. Социальная информация и управление обществом. М.: Политиздат, 1975. С. 49.

² Гловацький І.Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. К.: Атіка, 2003. С. 157.

³ Тактика защиты на предварительном следствии и в суде первой инстанции: практ. рек. / Под. ред. Т.В. Варфоломеевой. К.: Изд-во Киевского ун-та, 1979. С. 121.

справи та формування на цій основі позиції захисту, яка, на думку Є. Ю. Львової, має містити такі елементи:

- 1) вивчення матеріалів справи;
- 2) бесіда з підзахисним;
- 3) вирішення питання про визнання вини;
- 4) аналіз версій обвинувачення;
- 5) висунення зустрічних версій захисту та аналізу усіх можливих версій;
- 6) вибір однієї найперспективнішої версії захисту (формула обвинувачення «навпаки», тобто формула захисту);
- 7) аналіз доказів «за» і «проти» версій захисту;
- 8) остаточне відтворення картини подій, фактичне та юридичне пояснення її (обвинувальний висновок «навпаки», тобто захисний висновок)¹

Безумовно, стратегії і тактики не є сталими догмами в діалектичній швидкоплинній діяльності захисту, вони можуть корегуватись і певним чином мінятись. Наприклад, «тактика замовчування», яка була доречною на досудовому слідстві, може змінитись переходом до заяви алібі та реалізації тактики активного спростування обвинувачення шляхом даванням детальних показань і використанням інших доказів в рамках обраної стратегії «повного виправдання», або очікувальна тактика може змінюватись на тактику наступальну.

Є. Ю. Львова вказує, що оцінка тієї чи іншої позиції повинна здійснюватися за наступними параметрами: переконливість (непереконливість); логічність (нелогічність); послідовність (непослідовність); суперечливість (несуперечливість); відповідність здоровому глузду (невідповідність здоровому глузду); відповідність доказам (невідповідність доказам)².

Слушною є думка Т. В. Варфоломєєвої та Б. В. Русанова щодо необхідності зайняти самостійну позицію адвокатом в умовах самообмови чи визнання вини підозрюваним. Захисник вправі та зобов'язаний відстоювати невинуватість обвинуваченого, якщо у нього є підстави вважати, що його підзахисний себе обмовляє³.

¹ Защита по уголовному делу / Под ред. Е. Ю. Львовой. М.: Юристь, 1998. С. 153.

² Защита по уголовному делу: [пособие для адвокатов] / [под ред. Е. Ю. Львовой]. М.: Юристь, 1999. 216 с.

³ Варфоломеева Т. В., Русанов Б. В. Советская адвокатура: задачи и формы деятельности. К.: Вища школа, 1983. 43 с.

В умовах інформаційної невизначеності часто застосовується очікувальна тактика, заснована на системі прийомів моделювання ситуації та евристичного пошуку інформаційних джерел і логічних зав'язків отримуваної інформації для конкретизації подальшої тактики захисних дій.

На наш погляд, підвищенню результативності захисту сприятиме використання тактики захисту *на основі евристичного методу*.

Захисну діяльність найбільш доцільно провадити за такою схемою (програмою): отримання та аналіз інформації у справі, висунення реально можливих версій події – моделювання і прогнозування розвитку кримінального провадження – перевірка отриманих даних та уточнення і конкретизація тактики захисту.

Таку лінію захисту ми називаємо евристичною тактикою, заснованою на оперативному аналізі, безперервному системному інтегративному мисленні та уявному моделюванні.

Рефлексивне мислення в сукупності з евристикою незмінно присутні при використанні практично будь-якої стратегії та тактики захисту. Вони за своєю суттю є одними з основоположних засад захисту.

Важливою умовою успішності обраної стратегії і тактики захисту є здатність захисника до здійснення усього комплексу допустимої законом доказової діяльності, фундаментальні знання захисником як норм матеріального і процесуального права, так і конституційних норм, норм міжнародного права, прецедентної практики ЄСПЛ та правових позицій Верховного Суду України, а головне здатність захисника до аналізу правових норм в умовах їх конкуренції і протиріч в сучасних правничих реаліях.

В наступальній тактиці в рамках стратегії виправдання чи часткового виправдання важливим засобом досягнення мети захисту є оскарження основного документа обвинувачення – повідомлення про підозру.

Оскарження повідомлення про підозру може бути здійснено як щодо змісту підозри (фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа), так і щодо закріплених у такому документі юридичних висновків (констатації вчинення злочину підозрюваним, правової кваліфікації кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті закону України про кримінальну відповідальність),

а також дотримання процесуальних вимог щодо повідомлення про підозру (вчасність повідомлення, забезпечення права на захист, дотримання вимог ст. ст. 276–279 КПК України).

Відповідно до чинної редакції ст. 303 КПК України на досудовому провадженні, за приписами п. 10 даної норми (доповненої до КПК України *Законом України № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 р.*), слідчому судді може бути оскаржене «повідомлення слідчого, прокурора про підозру після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, але не пізніше закриття прокурором кримінального провадження або звернення до суду із обвинувальним актом – підозрюваним, його захисником чи законним представником».

Дане положення закону відтепер є сталою нормою застосування інституту захисту і уже не може бути скасоване, адже при спробі скасування такого вагомого права підозрюваного і захисника будуть порушені приписи ст. 22 Конституції України.

З моменту набрання чинності даною новелою законодавства застосування механізмів скасування підозри та виключення даних про підозру з ЄРДР набирає обертів в судовій практиці, зменшуючи контингент ув'язнених за ґрати, надаючи додаткові гарантії ефективного виконання функції захисту.

В юридичній літературі зустрічаються роздуми щодо тактики захисту *«побудований на системі психологічних пасток для слідчого»*. Легше лише від того, що поки що не пропонуються *«пастки для суду»*. Моделювати такого роду стратегію чи тактику навряд чи потрібно, оскільки вона є недопустимою в юридичній діяльності, рівно як недопустимі провокації та повідомлення неправди, або здійснення дій, спрямованих на протидію досягненню суспільно корисної мети, здійсненню правосуддя.

Між тим, психологічні хитрощі допускаються як в роботі слідчого, так і захисника, коли, *по-перше*, вони спрямовані на викриття неправди, *по-друге*, застосовуються для здобуття достовірних доказів у справі, або їх перевірки. Пошук слідчих помилок можливий і має використовуватись, але не для дискредитації самого слідчого, а для доведення недопустимості чи недостовірності тих чи інших доказів, які використовуються стороною обвинувачення для доказування вини підозрюваного чи обвинуваченого. Саме такими мо-

жуть бути етичні та правові межі допустимості використання психологічних прийомів у діяльності захисту.

Захисник має готуватись до майбутнього судового процесу уже при прийнятті участі в застосуванні інституту повідомлення про підозру, всебічно аналізувати складений слідчим документ, звертаючи увагу на дотримання встановлених вимог щодо його форми і змісту, а також перевіряти правильність даної юридичної кваліфікації та застосування норм кримінального права, частина з яких досі носить проблематичний характер, не позбавлена декларативності та ознак юридичних фікцій.

Наприклад, ст. 232 КК України визначає, що «Умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності, – карається штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років». Вживання в законі таких концептів, як «з корисливих чи інших особистих мотивів», створює ситуацію, коли довести саме мотиви таких дій є практично неможливим, оскільки мотиви поведінки особи є суб'єктивними явищами, які фактично не піддаються доведенню об'єктивними фактами. «Cogitationum poenam nemo luit» (Нікого не карають за думки).

Аналогічні проблеми має і юридична техніка ст. 258⁴ КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за «навчання особи з метою вчинення терористичного акту». Цікаво, не тільки як буде встановлюватись мета навчання, а і його зміст, наприклад, якщо це навчання буде навчанням правознавству. На так давно існувала навіть кримінальна відповідальність за «незаконне навчання карате». При цьому, для показу абсурдності законодавчого припису, слідчого запросили в спортзал, де тренувався і автор цієї роботи, й запропонували встановити чим карате відрізняється від інших технік самооборони. Згодом слідчий сам записався в спортивну секцію, де протягом двох років вивчав прийоми карате, але так і не усвідомлюючи, що це є саме карате.

Ускладнені конструкції норм кримінального права вбачаються в диспозиціях норм щодо фінансування тероризму (дії, вчинені

«з корисливих мотивів» – ч. 2 ст. 258⁵⁾), відповідальності за хуліганство, «грубе порушення громадського порядку з *мотивів явної неповаги* до суспільства, що супроводжується *особливою зухвалістю* чи винятковим цинізмом» (ст. 296 КК України) тощо.

Захисник має готувати своє досьє, накопичуючи як докази захисту, так і аргументи щодо юридичної визначеності норм права, зорієнтованих на можливість заяви клопотань щодо звернення до Конституційного Суду для дачі необхідних роз'яснень з питань застосування окремих положень КК України. В цьому плані буде корисним отримання необхідних консультативних чи доктринальних висновків фахівців і експертів. Нещодавно з такими пропозиціями відомий адвокат звернувся і до одного з авторів даної роботи. Враховуючи певний елемент новизни концепції захисту в відповідній справі, вважаємо можливим запропонувати вашій увазі сам висновок фахівця щодо поставлених адвокатом питань.

ДОКТРИНАЛЬНИЙ ВИСНОВОК

щодо недоліків юридичної визначеності елементів складу злочину «маніпулювання на фондовому ринку», які унеможливають застосування ст. 222–1 КК України

Розділ 1. Предмет дослідження

Законом України № 3267 від 21 квітня 2011 року Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 222–1 «Маніпулювання на фондовому ринку», диспозиція якої викладена через спробу застосування бланкетного способу формування приписів права, але не містить чітких, юридично визначених і достатніх об'єктивних критеріїв розмежування протиправних і юридично допустимих дій, що не відповідає вимогам принципу юридичної визначеності та забезпечення верховенства права, потребує додаткового аналізу та належного правничого тлумачення.

Предметом дослідження є юридична визначеність та доктринальна і правова якість інституту кримінального права – «маніпулювання на фондовому ринку».

Стаття 222¹ КК України «маніпулювання на фондовому ринку», викладена в такій редакції:

«1. Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені від-

повідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, – караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, – караються штрафом від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. 1. Значним розміром у цій статті вважається розмір, який у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. 2. Значною шкодою у цій статті вважається шкода, яка у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. 3. Тяжкими наслідками у цій статті вважається шкода, яка у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

Приймаючи даний закон, в КК, КУпАП та Законі України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» мало б бути чітко визначено, які конкретно діяння підпадають під ознаки «маніпулювання на фондовому ринку», і лише за цих умов передбачити відповідні санкції. Однак цього досі не було зроблено, оскільки це стало фактично неможливим з огляду на об'єктивні умови діяльності на фондовому ринку та не завжди доступну прогнозованість її наслідків.

Розділ 2. Аналітична частина

Термін «маніпуляція», чи «маніпулювання» походить від латинського слова «manipulare» та означає «управляти», «управляти зі знанням справи» тощо, а його первинний зміст охоплює як дії позитивного характеру, так і діяння негативного характеру, включаючи різні «махінації». Закон не дає чітких розмежувань «позитивних маніпуляцій» від суспільно-небезпечних, а тим самим не подає

критеріїв визначення кримінально карних «махінацій», змішуючи усі діяння в ознаки «маніпулювання», якого неналежним чином не розкриває. Відтак, може скластись ситуація, коли до відповідальності за формальними ознаками може притягатись особа, яка вчинила суспільно корисні дії, або яка діяла в інтересах держави.

Досить розпливчатим і недостатньо зрозумілим та деякою мірою нелогічним є словосполучення «ознаки маніпулювання на фондовій біржі», що тягне за собою ризик спричинити низку проблем у процесі застосування означеної норми.

Не додає чіткої юридичної визначеності й фразеологізм закону, що кримінально карними є діяння «що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб». З даного розпливчатого словосполучення випливає, що учасник фондового ринку за формально означеними в законі приписами має нести кримінальну відповідальність, навіть, якщо своїми «маніпуляціями» спричинив «значну шкоду» самому собі.

Свобода взагалі, і свобода ринкових відносин, зокрема, полягає в тому, що людина може робити все що не заборонено. Встановлюючи відповідальність за певні дії, законодавець мав би, по-перше, сформулювати ознаки суспільної небезпечності певних дій, по-друге, визначити, що саме заборонено, по-третє, чіткою і зрозумілою мовою, достатньою для диференціації того, що можна від того чого не дозволено, вказати, порушення яких саме заборон тягне кримінальну відповідальність. Недотримання цих вимог показує на недотримання принципу юридичної визначеності, перетворює норми закону в юридичну фікцію.

Не усувають ознак очевидних юридичних фікцій і приписи ст. 10–1 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», згідно з визначеннями якого «маніпулювання цінами під час здійснення операцій з цінними паперами – це неправомірний вплив посадової особи учасника фондового ринку на ринкову вартість цінних паперів на організаційно оформленому фондовому ринку в інтересах такого учасника або третіх

осіб, у результаті чого придбання або продаж цих цінних паперів відбувається за іншими цінами, ніж ті, які існували б за відсутності такого неправомірного впливу», або «надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, що не мають *очевидного економічного сенсу* або очевидної законної мети, якщо за результатами таких торгів власник таких фінансових інструментів не змінюється». В швидкоплинних процесах очевидне від неочевидного відрізнити не те що важко, скоріше у розумних людей завжди будуть сумніви щодо будь-чого, на перший погляд, «очевидного» для інших.

Однією з недосить вдало визначених ознак маніпулювання на фондовому ринку вказаним Законом України є припис вважати такими «*намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, які надають або можуть надавати уявлення* щодо поставки, придбання або ціни фінансового інструменту, що не відповідають дійсності».

В правозастосовній практиці практично неможливо буде зібрати належну систему допустимих доказів, які без сумніву або «поза розумним сумнівом» можуть підтвердити «намагання здійснити операції», які можуть «надавати уявлення», оскільки намагання можуть не мати об'єктивного прояву, а знаходитись на рівні «замислу» чи «плану», тобто в сфері суб'єктивного і не досяжного для сприйняття та фіксування, рівно як і недосяжними для судового аналізу можуть стати хибно створені у когось уявлення, які значною мірою залежать від суб'єктивних процесів того, хто «уявляє».

Це зауваження стосується також інших положень Закону, в тому числі застосування у пунктах 5 та 6 нової статті 10–1 названого Закону таких понять, як «очевидний економічний сенс» та «очевидна законна мета». Мета – це уявна модель бажаного результату, яка міститься в «уяві» (в голові) особи, не завжди викладається на папері чи в об'єктивному світі, а, отже, не завжди доступна для сприйняття, аналізу, тим більше доказування.

Положення Закону щодо відповідальності за «маніпулювання», які заподіяли «значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам», по-перше, використовує оціночне поняття «значної шкоди», яка законом не визначена; по-друге, потребує встановлення причинного зв'язку між діями і настанням шкоди чи отриманням прибутку. На фондовому ринку хтось отримує прибу-

ток, хтось втрачає, але це не означає, що завжди той, хто отримав прибуток винен в «завданні шкоди» іншим. Невдалі положення Закону роблять неможливим його застосування в цілому або породжують спроби його застосування не для захисту суспільних інтересів, а для «маніпулювання» суб'єктами ринку, тиску на бізнес.

З урахуванням сумнівних концептів законодавства та проблем доказування наявності «очевидності» чи протиправного «маніпулювання», все більш актуальним для слідчої і судової практики стає застосування принципу презумпції невинуватості, викладеного в ст. 62 Конституції України та ст. 17 КПК України, згідно з яким «усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи».

Протягом останніх років у справах про злочини, передбачені ст. 221–1 КК України, судами України не було винесено жодного обвинувального вироку, що фактично підтверджує недосконалість законодавства та відсутність реальних можливостей виявлення відповідних діянь і збирання та фіксації належних та допустимих доказів, що їх підтверджують. В юридичній практиці має місце штучна конкуренція правових норм і, відповідно, враховуючи недосконалість норм кримінального права, застосовувати право адміністративне. У 2013 році була спроба застосування штрафу до компанії «Тройка Діалог Україна» за маніпулятивні дії 15 березня минулого року на «Українській біржі», проте в лютому 2013 року «Тройка Діалог Україна» виграла у суді справу щодо незаконності звинувачень. Найефективніший спосіб побороти маніпулювання на фондовому ринку – прибрати необхідність у них шляхом удосконалення цінової регулятивної політики та інших механізмів цивільного права.

В цілому сама законодавча конструкція, що використана законодавцем, не відповідає усталеним прийомам законодавчої техніки, принципам кримінального права та принципу юридичної визначеності, на застосуванні якого наголошують чисельні прецедентні рішення Європейського суду з прав людини.

Європейський суд з прав людини у справі «Загородній проти України» у своєму рішенні від 24 листопада 2011 р. визнав порушення п. 1 та підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, з огляду на те, що «держава створила ситуацію, несумісну з принципом юридичної визначеності, що становить один із базових аспектів верховенства

права». Аналогічні позиції ЄСПЛ формулює і у справі «Чанєв проти України» (остаточне рішення від 09 січня 2015 р.).

Конституційний Суд України, у своєму рішенні від 29 червня 2010 р. у справі № 1–25/2010 визначив: «Одним із елементів верховенства права є *принцип правової визначеності*, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями». Тобто, обмеження будь-якого права має базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної.

Правова визначеність передбачає формулювання в законі чітких, однозначних і зрозумілих правових приписів, за яких забезпечується легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечену можливість скористатись цим правом, передбачуваність застосування правових норм, а встановлювані законом обмеження будь-якого права повинні базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Використання цілої низки розмитих оціночних понять, які складають об'єктивну сторону такого злочину, як маніпулювання на фондовій біржі, є неприпустимим з точки зору дотримання принципу юридичної визначеності та логіки законодавчої техніки. Відсутність у законодавстві чіткого визначення забороненої форми поведінки, а саме маніпулювання на фондовій біржі, обумовлює неможливість з'ясування точного змісту кримінально-правової норми та її належного застосування.

Положення ст. 222–1 КК України «Маніпулювання на фондовому ринку», окрім конкуренції з нормами адміністративного права, яким передбачена відповідальність за аналогічні діяння, при криміналізації діянь, які раніше карались адміністративними санкціями, протирічать засадам, викладеним у ст. 22 Конституції України, згідно з якою «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Застосована криміналізація діяння є різновидом недопустимого звуження існуючих прав і свобод людини, а, отже, ст. 222–1 КК України не підлягає застосуванню.

Розділ 3. Висновки та пропозиції

1. З урахуванням висвітлених недоліків законодавства положення ст. 222–1 КК України «Маніпулювання на фондовому ринку» суперечать ст. 22 Конституції України, засаді верховенства права та принципу юридичної визначеності, закріпленому в міжнародних правових актах і правових позиціях Європейського суду з прав людини, не підлягають застосуванню, а засоби протидії незаконним операціям на фондовому ринку мають бути конкретизовані за умови застосування принципу декриміналізації в адміністративному законодавстві.

2. Стаття 222–1 КК України «Маніпулювання на фондовому ринку» має бути вилучена з КК України (скасована).

3. Юридична відповідальність за незаконні дії на фондовому ринку передбачена чинним цивільним та адміністративним законодавством, практика застосування якого потребує подальшого аналізу та удосконалення, в тому числі в сучасних правничих умовах засобами прецедентної практики.

Доктор юридичних наук, професор,
експерт Інституту реформ та інновацій

В. М. Тертишник

«14» лютого 2018 року

Цей приклад наводимо для того, щоб показати різні можливості стратегії і тактики захисту та підкреслити те, що захисник не має зупинятись, він несе обов'язок вжити всіх заходів задля захисту однієї з найбільших цінностей – свободи людини.

Захисник за вищевказаних обставин може ініціювати відповідно до приписів ст. 151⁻¹ Конституції України та ст. 55 Закону України «Про Конституційний Суд України» конституційну скаргу, яка може бути подана у формі письмового клопотання дієздатної фізичної чи юридичної особи щодо перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі, коли всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано, а особа вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України (його окремі положення) суперечить Конституції України.

§ 4. Доказова діяльність захисника та проблеми становлення інституту правозахисного розслідування

*«Правда ясніша від сонця, та і її з свічкою шукають»
(Народне прислів'я)*

Доказова діяльність у кримінальному провадженні традиційно залишається фундаментом правосуддя, ядром науки кримінального процесу і криміналістики, оскільки присвячується доленосним питанням кримінального судочинства – забезпеченню справедливості судових рішень у справі.

Доказування у кримінальному процесі являє собою здійснювану в юридично визначеній формі діяльність слідчого, детектива, прокурора, сторони захисту та суду зі здобуття, дослідження, перевірки, оцінки та використання фактичних даних (доказів), для встановлення юридично значимих фактів і обставин справи, спростування доказових даних, представлених іншою стороною змагального судового провадження, обґрунтування висновків та рішень, які приймаються.

З моменту введення в дію нового Кримінального процесуального кодексу України окремі аспекти проблем доказування уже отримали певний аналіз в сучасних наукових працях¹. Але існуючі публікації не вичерпали системного розкриття проблем доказової

¹ Антонов К. В., Сачко О. В., Тертишник В. М., Уваров В. Г. Теорія доказів: підручник / За заг. ред. В. М. Тертишника. Київ: Алерта, 2015. 294 с.; Гончаренко В. Г. Доказування в кримінальному провадженні: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2014; Ляш А. О., Ліщенко В. М. Поняття доказів у кримінальному процесі. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. № 2 (6); Пономаренко Д. В. Ваші докази – не докази: Страсбург установлює стандарт. Протокол. 12.11.2016. URL: http://protokol.com.ua/ua/vashi_dokazi_ne_dokazi/; Рибалка О. В. Доказова діяльність суду за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 6. С. 131–136; Рогатинська Н. З., Олійник Ю. І. Деякі аспекти визнання доказів недопустимими під час судового розгляду. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Випуск 3. Т. 3. С. 137–140; Степаненко А. С. Основні вектори становлення та розвитку стандарту доказування «поза розумним сумнівом». Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: «Право». 2016. № 38. Том 2. С. 129–132; Шульженко А. В. Експертний висновок як доказ вини і невинуватості особи у кримінальному процесі. Науковий вісник Херсонського державного університету: науковий журнал. Сер. «Юридичні науки». Херсон: Херсонський державний університет, 2016. № 3. С. 160–16; Шумило М. Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі. Вісник Верховного Суду України.

діяльності сторони захисту, дослідження яких між тим набирає обертів¹.

Доказова діяльність сторони захисту, в силу самої функції захисту, здійснюється як в напрямку спростування доказів сторони обвинувачення, так і в напрямку самостійного здобуття та надання суду доказів, що доводять невинуватість підозрюваного (обвинуваченого), ставлять під сумнів доведеність обвинувачення, спростовують повністю акт обвинувачення чи окремі його епізоди або показують на обставини, що пом'якшують відповідальність.

Спростування доказів сторони обвинувачення здійснюється шляхом як їх дискредитації, доведення їх недостовірності, чи недопустимості використання в доказуванні.

Докази – це фактичні дані, що відповідають вимогам належності до справи, допустимості та достовірності.

Допустимість доказів означає правову придатність їх для використання у кримінальному процесі як аргументів у доказуванні.

У статті 62 Конституції України стверджується: «Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь».

Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші дока-

2013. N2. С. 40–48; Яновська О. Змагальні засади процесу доказування в кримінальному провадженні. Юридична Україна. 2013. № 8. С. 77–82.

¹ Алейников Г. Про надання права самостійної діяльності адвоката-захисника по збиранню доказів у кримінальному процесі. Право України. 2002. № 10. С. 100–104; Гора І. В. Використання спеціальних знань адвокатом: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2013; Лань О. Ю. Захисник як суб'єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2016. 226 с.; Малахова О. В. Проблемні питання залучення експерта стороною захисту. Право і громадянське суспільство URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/item/187-problemni-pytannya%20zaluchennyaksperta-storonoyu-zakhystu-malakhova-o-v>; Одицова І. М. Діяльність сторони захисту при збиранні, дослідженні та перевірці доказів в умовах судового слідства. Право і суспільство. 2014. № 1. С. 254–259; Пономаренко Д. В. Недопустимість доказів. Тактика встановлення. Протокол. URL: http://protokol.com.ua/ua/nedopustimist_dokaziv_taktika_vstanovlennya/; Рибалка О. В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі. Адвокат. 2011. № 7 (130). С. 35–40; Старенький О. С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2016. 336 с.; Стригун А. Дискредитація свідка за новим КПК України. Вісник прокуратури. 2013. № 1. С. 44–48; Яновська О. Правова позиція захисту в кримінальному провадженні: шляхи відстоювання у процесі доказування. Право України. 2014. № 10. С. 124–132.

зи, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ч. 1 ст. 87 КПК України).

Фактичні дані є недопустимими і не повинні мати значення доказів, якщо вони:

- отримані внаслідок провадження дій, які взагалі не передбачені законом, чи у спосіб, який суперечить вимогам закону (відповідно до ст. 19 Конституції України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»);
- отримані внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;
- отримані з порушенням права особи на захист;
- отримані з порушенням права на перехресний допит;
- отримані від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні;
- є «плодами отруєного дерева» – доказ, отриманий на підставі заздалегідь неприпустимого (фальшивого) доказу;
- отримані неналежним суб'єктом (наприклад, оперативним підрозділом, якому слідчий не давав окремого доручення на провадження негласної слідчої (розшукової) дії чи внаслідок порушення вимог закону про підслідність, а також отримані особою, яка підлягає відводу);
- отримані особами, що порушили принцип презумпції невинуватості або перебувають в підлеглих від посадових осіб, які порушили даний принцип і до яких, відповідно, заявлений чи може бути заявлений цивільний позов, а тим самим такі особи стали чи можуть стати відповідачами у цій же кримінальній справі чи в окремому цивільному провадженні. Наприклад, інтерв'ю засобам масової інформації очільників прокуратури чи МВС України щодо розкриття злочину з деталізацією персональних даних затриманих тощо. У рішенні в справі «Гребчук проти України» наголошувалось, що принцип презумпції невинуватості порушено, якщо твердження посадової особи стосовно людини, обви-

- нуваченої у скоєнні злочину, відображає думку, що людина винна, коли це не було встановлено відповідно до закону;
- отриманні у вигляді показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, зокрема, без роз'яснення права свідка відмовитись давати показання щодо самого себе, членів сім'ї та близьких родичів, або з введенням допитуваного в оману щодо характеру й обсягу останніх (наприклад, допит підозрюваного в ролі свідка, або не роз'яснення йому чи потерпілому права відмовитись від будь-яких показань), чи із порушенням заборон та обмежень, установлених щодо окремих категорій осіб, які не можуть бути допитані як свідки;
 - отримані в результаті проведення слідчої дії без дозволу слідчого судді, коли це передбачено законом, чи санкції прокурора, коли така слідча дія може проваджуватись лише з його згоди;
 - отримані з суттєвим порушенням процесуальної форми слідчої дії (наприклад, проведення обшуку без понятьх тощо).

Для визначення допустимості доказів суд виходить з формули – належний суб'єкт отримання доказів, належне джерело доказу, належний засіб отримання доказу, належна процесуальна форма одержання доказу.

Кримінально-процесуальне право, закладаючи модель кримінально-доказової діяльності сторін кримінального провадження, по суті стаючи алгеброю правосуддя, має забезпечувати баланс приватних і публічних інтересів, гармонізувати реалізацію принципу змагальності сторін з тим, щоб забезпечити справедливе судочинство.

Між тим, правова реформа в Україні розпочалась і досі здійснюється без виваженої доктрини доказового права, залишаючи на розсуд слідчого, прокурора та суду безліч правових колізій, юридичних фікцій, прогалин в праві та проблему конкуренції правових норм, а чинне кримінально-процесуальне законодавство України своєю недосконалістю надає гарні преференції стороні захисту для досягнення виправдувальних рішень у кримінальних провадженнях.

Захисник в сучасних хащах вкрай заплутаного доказового права має використати на користь ефективного виконання функції захисту як недосконалість правових норм, так і свою майстерність доказової діяльності.

Законодавчі новели доказового права сьогодні лише загострили розуміння доктринальних аспектів теорії доказів щодо мети доказування, допустимості доказів і процесуальної форми доказування.

Варто звернути увагу на такі моменти невдалих новацій, які можуть стати в нагоді для захисту.

1. Положення нового КПК України розхитують навіть фундамент сталого і перевіреного часом теорії доказів і заснованого на ній доказового права. У статті 95 КПК України закон встановив, що «суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав... Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них». Концепція, за якої мислиться, що докази з'являються лише в суді, на перший погляд «блищить новизною» і може здатися багатообіцяючою, але стухає «при появі світла її величності» – логіки та стає недієздатною.

Виникають банальні питання: «А чи може суд обґрунтовувати свої рішення речовими доказами, зібраними слідчим, якщо не може користуватись показаннями свідків, отриманих тим же слідчим?»; «Якщо доказами є лише те, що сприймає сам суд, то як бути з матеріалами аудіо-, відеоконтролю, отриманими слідчими або захисниками, або з матеріалами освідування особи, якого повторно зробити неможливо?»; «Якщо доказами є лише те, що сприймає сам суд, то чому закон зобов'язує слідчого і прокурора доказувати перед слідчим суддею наявність підстав для домашнього арешту, взяття під варту чи інших запобіжних заходів?». Врешті-решт, що робити, коли свідок після допиту слідчим так і не дожив до появи перед суддею (помер від серцевого нападу) чи зник невідомо куди.

2. Встановлюючи в ст. 267 «Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи» правило про те, що «слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів», а саме таке проникнення в силу його таємності не передбачає присутності понятих і належного документування доказової діяльності, законодавець робить

значний крок в минуле, підміняючи принцип верховенства права та пропорційності принципом доцільності, звужуючи існуючі гарантії доказового права.

3. Чинний КПК України запровадив новий інститут – негласні слідчі (розшукові) дії, але так чітко не визначився ні з їх системою, ні з процесуальною формою їх провадження, залишаючи багато питань (коли, за яких умов, що, як, яким чином?), а, отже, і можливостей для свавілля. Законодавець не завжди витримав вимоги принципу юридичної визначеності, у зв'язку з чим виникли дві поважні проблеми: а) конкуренція процесуальних норм негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів; б) становлення оптимальної процесуальної форми нових негласних слідчих (розшукових) дій, яка б забезпечувала як здобуття достовірних доказів, так і дотримання гарантованих законом прав і свобод людини.

4. Визначаючи в ст. 99 КПК України, що «матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази», законодавець залишив без вирішення проблему використання в кримінальному провадженні доказів, здобутих в порядку застосування форм безпосереднього виявлення злочину, а також органами адміністративної юрисдикції.

5. Разом з тим КПК України закріплює ще один посил, який може ставати на перепоні використання фактичних даних, здобутих на підставі «інших законодавчих норм», а саме, стверджуючи, що «доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку...» (ч. 1 ст. 84); «доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом» (ч. 1 ст. 86). Тут не просто форма заради форми (*Dicis causa*), і не те, про що мовиться в афоризмах давності, «*Elegantia juris* – юридична тонкість», тут ціла система створення колапсу судочинства. Підкреслимо, що тут акцент зроблений на допустимості використання в якості доказів лише тих фактичних даних, які отримані у передбаченому саме «цим Кодексом порядку», тобто в порядку, визначеному КПК і ніяк інакше. Саме цими фор-

мальними моментами може скористатись сторона обвинувачення, наполягаючи на вилученні зі справи пояснень та інших матеріалів, зібраних стороною захисту поза межами юрисдикції норм КПК України, рівно як і сторона захисту може наполягати на юридичній сумнівності усіх доказових матеріалів, зібраних слідчими і прокурорами.

6. Наділяючи захисника правами особи, які він захищає, новий КПК України, не узгоджений з новим же Законом «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», у своїх ускладнених для логічного розуміння конструкціях заплутав ідею паралельного адвокатського розслідування та ускладнив реалізацію принципу змагальності сторін.

Захисник у кримінальному провадженні – це потенційно вагома фігура на правовому полі змагального судочинства в конкретній кримінальній справі, але його потенційна вагомість може стати позитивною реальністю лише коли він зможе надати суду вагомі результати своєї праці – неспростовні докази захисту. Юридична процедура діяльності захисника щодо збирання і дослідження доказів та їх використання в суді має визначити конкретні запобіжники проти оперування сумнівними даними, передбачити систему необхідних і достатніх гарантії отримання захисником допустимих до справи та достовірних фактичних даних, використання в аргументуванні позиції захисту об'єктивними фактичними даними, правдивою інформацією, тобто достовірними доказами-аргументами в логічному судженні щодо обґрунтування висновків у справі¹.

Доказова діяльність захисника має враховувати об'єктивні законмірності пізнавально-засвідчувальної діяльності. У кримінально-процесуальному доказуванні готових доказів не існує й існувати не може. Окремі кванти інформації отримують статус доказів лише тоді, коли вони були виявлені, сприйняті та зафіксовані в передбаченому законом порядку, а в процесі процесуальної діяльності суб'єктів доказування був з необхідною достатністю зафіксований необхідний для подальшої перевірки весь інформаційно-пізнавальний процес, в результаті чого і формуються самі докази.

Сторона захисту, згідно з частиною третьою ст. 93 КПК України, здійснює збирання доказів шляхом:

¹ Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 118.

а) 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;

б) ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій;

в) здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Витребування та отримання доказових матеріалів є традиційною практикою адвокатської діяльності, яку застосовують для виконання функції захисту. Зазвичай захисник використовує форму адвокатського запиту для отримання належної доказової інформації від юридичних осіб, про що свідчать публікації сучасних дослідників¹.

Захисник може витребувати як копії окремих документів, актів ревізій, службових розслідувань, так і вимагати надання окремої інформації щодо фактів, які мають значення для справи.

Разом з тим захисник, як сторона кримінального провадження, відповідно до ст. 160 КПК України, має право звернутися до слідчого судді під час досудового розслідування із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, за винятком документів, до яких заборонено доступ (зазначених у ст. 161 КПК України).

При цьому слідчий суддя, відповідно до частини п'ятої ст. 163 КПК України, постановляє ухвалу про надання тимчасового доступу до речей і документів, якщо сторона кримінального провадження у своєму клопотанні доведе наявність достатніх підстав вважати, що ці речі або документи:

1) перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи;

2) самі по собі або в сукупності з іншими речами і документами кримінального провадження, у зв'язку з яким подається клопотання, мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні;

3) не становлять собою або не включають речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю.

¹ Дубівка І. В. Адвокатський запит у кримінальному провадженні. Наукове забезпечення досудового розслідування: проблеми теорії та практики: зб. тез доповідей V Всеукр. наук. – практ. конф. (Київ, 8 лип. 2016 р.). К.: Нац. акад. внутр. справ, 2016. С. 316–318.

У разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, якій надано право на доступ до речей і документів на підставі ухвали, відповідно до ст. 166 КПК України, має право постановити ухвалу про дозвіл на проведення обшуку згідно з положеннями цього Кодексу з метою відшукання та вилучення зазначених речей і документів. При цьому, у разі якщо дозвіл на проведення обшуку надано за клопотанням сторони захисту, слідчий суддя, суд доручає забезпечення його проведення слідчому за місцем проведення цих дій. Проведення обшуку здійснюється за участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення.

Захисник може також вимагати надання письмових висновків фахівців, експертів та інших спеціалістів з питань, що володіють спеціальними знаннями, замовити проведення експертизи, уклавши угоду з експертною установою чи експертом.

Згідно зі ст. 7–1 Закону України «Про судову експертизу» підставою проведення судової експертизи «є відповідне судове рішення чи рішення органу досудового розслідування, або договір з експертом чи експертною установою – якщо експертиза проводиться на замовлення інших осіб».

Новелами кримінально-процесуального законодавства стали приписи частини першої ст. 242 КПК України, згідно з якими «експертиза проводиться експертною установою, експертом або експертами, за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження або, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання», а також приписи положення ст. 243 КПК України, відповідно до яких «сторона захисту має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової».

Згідно з частиною другою ст. 243 КПК України, скасованою Законом України № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 р., сторона захисту мала право «самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової». Скасування даної норми ускладнює виконання функції захисту.

По-перше, відповідно до частини другої 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.

По-друге, такі зміни прийнято всупереч принциповим положенням ст. 22 Конституції України, згідно з якими при прийнятті нових законів не допускається ніяке звуженні існуючих прав і свобод людини. Отже, нова редакція частин першої та другої ст. 242 та ст. 243 КПК України не підлягає застосуванню і має бути скасованою.

В сьогоднішньому правовому полі варто виходити з чинності старої редакції частини другої ст. 243 КПК України та старої редакції ст. ст. 242. 243 КПК України.

Нагадаємо їх зміст. Стаття 242 «Експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Не допускається проведення експертизи для з'ясування питань права.

2. Слідчий або прокурор зобов'язаний звернутися до експерта для проведення експертизи щодо:

- 1) встановлення причин смерті;
- 2) встановлення тяжкості та характеру тілесних ушкоджень ...»

Стаття 243 – «1. Сторона обвинувачення залучає експерта за наявності підстав для проведення експертизи, у тому числі за клопотанням сторони захисту чи потерпілого. 2. Сторона захисту має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової. 3. Експерт може бути залучений слідчим суддею за клопотанням сторони захисту у випадках та в порядку, передбачених статтею 244 цього Кодексу».

Стаття 244 – «1. У разі відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони захисту про залучення експерта особа, що заявила відповідне клопотання, має право звернутися з клопотанням про залучення експерта до слідчого судді».

Слідчий суддя за результатами розгляду клопотання, згідно з приписами ч. 6–9 ст. 244 КПК України, «має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам, якщо особа, що звернулася з клопотанням, доведе, що:

- 1) для вирішення питань, що мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, проте сторона обвинувачення не залучила його або на вирішення залученого стороною обвинувачення експерта були поставлені запитання, що

не дозволяють дати повний та належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, або існують достатні підстави вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт внаслідок відсутності у нього необхідних знань, упередженості чи з інших причин надасть або надав неповний чи неправильний висновок;

2) вона не може залучити експерта самостійно через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин.

До ухвали слідчого судді про доручення проведення експертизи включаються запитання, поставлені перед експертом особою, яка звернулася з відповідним клопотанням. Слідчий суддя має право не включити до ухвали запитання, поставлені особою, що звернулася з відповідним клопотанням, якщо відповіді на них не стосуються кримінального провадження або не мають значення для судового розгляду, обґрунтувавши таке рішення в ухвалі.

При задоволенні клопотання про залучення експерта слідчий суддя у разі потреби має право за клопотанням особи, що звернулася з клопотанням про залучення експерта, вирішити питання про отримання зразків для експертизи відповідно положень ст. 245 цього Кодексу.

Висновок експерта, залученого слідчим суддею, надається особі, за клопотанням якої він був залучений».

Ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій здійснюється захисником шляхом подачі слідчому чи прокурору відповідних клопотань. При цьому, сам захисник має право бути присутнім при проведенні слідчої дії, яка здійснюється за його клопотанням, і використовувати свої права для забезпечення отримання повної й достовірної доказової інформації.

Здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів, потребує більш чіткої юридичної визначеності, розкриття як переліку дозволених заходів, так і порядку їх здійснення, щоб вони відповідали принципам співмірності й верховенства права.

Так, наприклад, ч. 8 ст. 95 КПК України закріплює таку новелу – «сторони кримінального провадження, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів». Зазначимо, що надання

права «отримувати те, що не є тим, що є потрібним», – це не просто фікція, це свідчення про рівень доктринального стану реформаторських процесів і здатності до логічного мислення їх суб'єктів.

Як зазначає І. Одинцова, твердження, що «пояснення, не є джерелом доказів», сьогодні фактично закриває можливість використовувати спершу захисником, а в подальшому і судом в якості доказів пояснення громадян, а, отже, і полишає сенсу здійснювати отримання таких пояснень захисником, та знижує ефективність захисту. Нарешті уся діяльність захисника на досудовому слідстві (до речі, як і сумлінна праця сторони обвинувачення), спрямована на отримання доказів, може стати юридично безперспективною, з огляду ще на одну колізію закону, закладену в частині четвертій ст. 95 КПК України, згідно з якою «суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу»¹. Юридичні фікції, зазначає автор, часто полягають у визнанні існуючого факту неіснуючим чи навпаки. Це саме ми маємо в змісті частини четвертої ст. 95 КПК України, де законодавець постфактум робить зусилля дезавувувати зафіксовані факти минулого (отримані фактичні дані) і визнати їх неіснуючими, бо їх не змогла в момент їх появи побачити «сліпа Феміда». Логічно стверджувати, що частина четверта ст. 95 КПК України є ще однією «нормою-фікцією», яка не несе конструктивного змісту і має бути вилучена з закону².

Отримання пояснень від особи може бути залишено в арсеналі інституту захисту за умови удосконалення процедури його отримання, враховуючи, що захисник не завжди може визначитись, в якому процесуальному статусі може перебувати чи опинитись потім особа, в якій отримується пояснення. Відтак, при отриманні пояснень мають бути роз'яснені необхідні конституційні норми та наслідки такого заходу.

Захиснику надані лише найнеобхідніші права, а процесуальна форма їх реалізації законом не регламентована. Пояснюється це тим, що

¹ Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 121.

² Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 121–122.

на боці захисника принцип презумпції невинуватості, згідно з яким діє правило: всі сумніви тлумачаться і розв'язуються на користь обвинуваченого. В силу цього захиснику буцімто необов'язково збирати неспростовні докази невинуватості свого підзахисного, а достатньо лише надати такі, які породжують сумніви у його винуватості.

Проте, на наш погляд, все ж таки процесуальна форма дій захисника із збирання доказів повинна передбачати певні гарантії отримання достовірних фактичних даних. Інакше можливості для того, щоб сіяти сумніви, можуть виявитися безмежними. Сумніви також мають бути обґрунтованими.

У доказуванні як процесуальній діяльності незмінно присутні і поєднуються *пізнавальні* (пошукові та інформаційні процеси), *комунікативні* (фіксація та забезпечення передачі фактичних даних у часі та просторі), *засвідчувальні* (закріплення, підтвердження достовірності фактичних даних) та *обґрунтовуючі* (використання доказів у встановленні істини) елементи. Документуванням доказової діяльності створюються додаткові докази допустимості та достовірності отриманих фактичних даних.

Обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат і обставин, які характеризують обвинуваченого, за приписами частини другої ст. 92 КПК України, покладається на сторону, що їх подає.

Процесуальна форма збирання та дослідження доказів виступає, по суті, універсальним комунікативним і засвідчувальним засобом, засобом передачі доказової інформації адресату та створення необхідних гарантій її надійності – достовірності й допустимості у справі.

Закономірно виникає питання: чи потрібно винаходити якусь спеціальну форму збирання та дослідження доказів захисником, чи може бути виправданим надання йому права самостійно провадити ряд вже регламентованих законом слідчих дій? Спроби винайти будь-яку спеціальну форму діяльності захисника із збирання та дослідження доказів можуть призвести тільки до невиправданої ерозії існуючої та певною мірою апробованої процесуальної форми і закріплених у законі процесуальних гарантій.

Уявляється, що захиснику має бути надане право самостійно здійснювати у встановленому законом порядку такі слідчі дії, як огляд предметів та документів у місці їх перебування, а також

допит свідків за їх згодою. Певно, буде виправданим надати свідку право відмовитися від давання свідчень захиснику і вимагати допиту з урахуванням можливостей правоохоронних органів із забезпечення безпеки, визначених у Законі України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 року.

Європейський суд з прав людини у § 60 в справі «Роу (Rowe) і Девіс (Davis) проти Сполученого Королівства» відзначив, що основним аспектом права на справедливий судовий розгляд є те, що розгляд у кримінальній справі, в тому числі процесуальні моменти такого розгляду, має бути змагальним і що обвинуваченню і захисту повинні бути надані рівні можливості.

Статтю 20 Закону України від 05 липня 2012 р. «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, незаборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги, зокрема:

1) звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб);

2) представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб у суді, органах державної влади та органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, громадських об'єднаннях, перед громадянами, посадовими і службовими особами, до повноважень яких належить вирішення відповідних питань в Україні та за її межами;

3) ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом;

4) складати заяви, скарги, клопотання, інші правові документи та подавати їх у встановленому законом порядку;

5) доповідати клопотання та скарги на прийомі в посадових і службових осіб та відповідно до закону одержувати від них письмові мотивовані відповіді на ці клопотання і скарги;

6) бути присутнім під час розгляду своїх клопотань і скарг на засіданнях колегіальних органів та давати пояснення щодо суті клопотань і скарг;

7) збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою;

8) застосовувати технічні засоби, у тому числі для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом;

9) посвідчувати копії документів у справах, які він веде, крім випадків, якщо законом встановлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів;

10) одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань;

11) користуватися іншими правами, передбаченими цим Законом та іншими законами.

Загалом у такій системі прав адвоката вбачаються ознаки можливості паралельного адвокатського розслідування (збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, а опитувати осіб за їх згодою; ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом; одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань). Безумовно, що таких прав не має підозрюваний чи обвинувачуваний, а, отже, і захисник, який користується правами особи, яку захищає.

Така еквілібристика законодавця має певні вади. З одного боку, якщо захист буде здійснювати не адвокат, а інший фахівець у галузі права, то останній може застосовувати лише ряд прав, які надані особі, яку він захищає, тоді як адвокат для тих же функцій захисту буцімто може скористатись більш широкими правами адвоката. На перший погляд, це ставить у нерівні умови адвоката й іншого фахівця у галузі права, як захисника, чого мабуть і хотів досягти законодавець, створюючи умови для недобросовісної конкуренції.

З іншого боку, в переліку прав адвоката є досить проблематичні дефініції, які не настільки незначні, щоб на них не звернути уваги. Наприклад, адвокат вправі «в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії». Вживане у п. 7 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» поняття «вилучати», на відміну від більш коректного «отримувати добровільно видані» може означати примусову їх виїмку. З огляду на те, що мова йде не тільки про копії, а й про оригінали документів, таке «вилучення» речей і документів може призводити до «безслідного» їх зникнення чи приховування «від прискіпливих очей» сторони обвинувачення. Передбаченого законом порядку вилучення адвокатом речей чи документів досі не існує. За загальним же правилом захисник, як і адвокат, не повинні мати владно-розпорядчих повноважень і отримувати можливість застосовувати заходи примусу. Отже, в практичній діяльності слід виходити з можливості адвоката в установленому законом порядку запитувати і отримувати видані речі та копії документів, чого достатньо для чесного адвокатського розслідування.

Але слід також зазначити, що, скористатись визначеними у ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» правами, у кримінальному провадженні навіть захиснику-адвокату навряд чи буде можливим. Адже згідно з частиною третьою ст. 9 КПК України «закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу». Тобто, захисник може користуватись лише тими правами, які визначені в КПК України, саме як права захисника. Більше того в ст. 1 КПК України міститься припис – «порядок кримінального провадження на території України визначається *лише* кримінальним процесуальним законодавством України» Окрім того, згідно з частиною першою ст. 84 КПК України «доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку...», відповідно до частини першої ст. 8 КПК України «доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом».

Зазначимо, що такої проблеми не виникає при наданні адвокатом правничої допомоги в цивільному судочинстві. Адже там щодо

допустимості доказів визначений більш простий концепт – «суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, *встановленого законом*» (ст. 59 ЦПК України). А стаття 8 ЦПК України слушно визначає засаду законності більш толерантно по відношенню до системи права, закріплюючи припис такого змісту: «Суд вирішує справи відповідно до Конституції України, законів України та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Суд застосовує інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України».

Такий підхід більш доречний. Потрібно усунути штучні перепони для використання в кримінальному судочинстві фактичних даних, здобутих поза межами кримінального процесу, тобто в порядку, визначеному іншими законами.

Постає проблема формування самостійного інституту здобуття доказів захисником, який в різні часи науковцями іменувався то «паралельним адвокатським розслідуванням», то «самостійним розслідуванням», але досі дискусії з цього приводу продовжуються¹.

На наш погляд, необхідно розробити та юридично визначити в КПК України інститут доказової діяльності захисника і правничого повіреного – інститут незалежного правозахисного розслідування.

Незалежне правозахисне розслідування в кримінальному провадженні – це окремий інститут кримінально-процесуального права та заснована на ньому доказова діяльність захисника і правничого повіреного, що полягає в самостійному здійсненні в спеціальній процесуальній формі системи пізнавально-практичних і засвідчувальних дій, які обумовлені предметом та завданнями захисту і правничої допомоги, спрямовані на пошук джерел доказової ін-

¹ Алейников Г. Про надання права самостійної діяльності адвоката-захисника по збиранню доказів у кримінальному процесі. Право України. 2002. № 10. С. 100–104; Кудрявцев В. Л. Процессуальные и криминалистические основы деятельности адвоката-защитника в российском уголовном судопроизводстве. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2006. 176 с.; Рибалка О. В. Участь приватного детектива (детективного агентства) у збиранні доказів стороною захисту. Право і суспільство. 2017. № 1. С. 259–263. Сачко О. В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145; Тертишник В. М. Захисник у змагальному кримінальному процесі. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2010. № 12. С. 90–95; Одинцова І. М. Інститут самостійного адвокатського розслідування у кримінальному процесі. Правова позиція. 2016. № 2(17). С. 170–175; Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171.

формації, отримання та фіксацію фактичних даних, їх перевірку та з'ясування належності до справи, допустимості і достовірності, забезпечення можливості використання для досягнення мети правосуддя.

Для забезпечення ефективності доказової діяльності захисника необхідно внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України такого порядку.

По-перше, в законі слід закріпити право захисника і правничого повіреного опитувати будь-яких осіб, незалежно від їх процесуального статусу у спеціально передбаченій для отримання вербальної інформації юридичній формі – у формі інтерв'ю, роз'яснюючи їм положення ст. 63 Конституції України, та фіксувати хід і результати опитування шляхом технічного документування, а результати такого технічного документування доцільно закріпити в законі в якості окремого виду доказів. Процесуальну форму інтерв'ю варто розробити з урахуванням вітчизняних принципів права та досвіду застосування аналогічних інститутів у зарубіжних країнах, наприклад, у Норвегії¹.

По-друге, варто закріпити в КПК України право захисника з власної ініціативи та на власний розсуд і за власним вибором запрошувати незацікавлених у справі фахівців для участі в проведенні оглядів, освідувань, слідчих експериментів, та в інших слідчих діях, які здійснюються під час кримінального провадження за їх клопотанням, або які здійснюються з участю особи, яку вони захищають чи представляють.

По-третьє, необхідно законодавчо регламентувати окрему процедуру дослідження тіла живої людини – судово-медичне освідування, яке могло б проводитись судово-медичними експертами чи фахівцями у галузі медицини, як за постановою слідчого, так і за клопотанням захисника чи за ухвалою слідчого судді за клопотанням захисника.

По-четверте, права захисника щодо здійснення доказової діяльності повинні бути розширені та системно і конкретно прописані в законі, а для забезпечення таких прав має бути визначений обов'язок посадових осіб щодо виконання приписів закону і законних вимог захисника. Відповідно, в КПК України мають бути вклю-

¹ Процесуальне інтерв'ю – альтернатива традиційному допиту. URL: https://lb.ua/world/2018/01/19/387543_realnaya_alternativa_doproosu.html

чені окремі норми з викладенням прав та правил доказової діяльності захисника і правничого повіреного¹.

Інститут незалежного правозахисного розслідування в кримінальному провадженні має включати можливість звернення захисника до приватного детектива за допомогою в отриманні доказової інформації та використання здобутих таким шляхом фактичних даних в доказуванні, чітке визначення процедури тимчасового доступу до документів, їх вилучення та обов'язку збереження.

Здійснення незалежного правозахисного розслідування в кримінальному провадженні має бути віднесено виключно до компетенції захисника, правничого повіреного, а також Уповноваженого Верховної Ради з прав людини та не входить в компетенцію інших представників сторони захисту.

§ 5. Позиція захисту при застосуванні інститутів слідчих дій

Слідчі дії – це регламентовані нормами процесуального права та здійснювані в рамках кримінально-процесуального провадження уповноваженою на те особою, а також забезпечувані заходами державного примусу та супроводжувані необхідним документуванням процесуальні дії, які являють собою комплекс пізнавально-засвідчувальних операцій, спрямованих на отримання, дослідження та перевірку доказів.

Норми права, які регламентують провадження слідчих дій, являють собою певну модель доказової діяльності, створюють правовий інститут – слідчу дію. Слідча дія, виступаючи пізнавально-засвідчувальним актом, водночас є також і актом застосування права і в силу цього являє собою певну систему правовідносин, які не повинні бути поза увагою захисника.

Система слідчих дій, яка передбачена Кримінальним процесуальним кодексом України, включає дві широкі групи слідчих дій:

1) *традиційні слідчі дії*: огляд (ст. 237), включаючи огляд трупа (ст. 238), огляд трупа, пов'язаний з ексгумацією (ст. 239); допит в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб,

¹ Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171.

який раніш йменувався очною ставкою (ст. ст. 224–226); пред’явлення для впізнання (ст. ст. 228–231), обшук (ст. ст. 233–236), слідчий експеримент (ст. 240), освідкування (ст. 241), отримання зразків для експертного дослідження (ст. 245), провадження експертизи (ст. ст. 241–244);

2) негласні слідчі (розшукові) дії:

1) аудіо, – відеоконтроль особи (ст. 260);

2) арешт, огляд та виїмка кореспонденції (ст. ст. 261–262);

3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263);

4) зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264).

5) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268);

6) обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267);

7) спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269);

8) аудіо -, відеоконтроль місця (ст. 270);

9) моніторинг банківських рахунків (ст. 269–1);

10) контроль за вчиненням злочину (ст. 271);

11) виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272);

12) негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274).

Ознаки слідчих дій має такий захід, як тимчасовий доступ до речей і документів, передбачений ст. 159 КПК України, оскільки в його змісті переважають елементи огляду та фіксації доказової інформації. Доцільно в КПК України окремо регламентувати в якості слідчої дії – «тимчасовий доступ, огляд та виїмка речей і документів».

Водночас контроль за вчиненням злочину включає в себе ще одну підсистему негласних слідчих (розшукових), які до цього регулювались як оперативно-розшукові заходи і комбінації. Так, відповідно до ст. 271 КПК України «Контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах: 1) контрольована поставка; 2) контрольована та оперативна закупка; 3) спеціальний слідчий експеримент; 4) імітування обстановки злочину».

Залежно від особливостей процесуальної форми провадження слідчі дії можуть бути поділені на такі, що проваджаться:

1) *за рішенням слідчого* (проведення дистанційного впізнання в режимі відеоконференції тощо) або без нього. Без винесення постанови слідчий виконує такі слідчі дії: допит, огляди, відтворення обстановки й обставин події, пред'явлення для впізнання і, як правило, затримання підозрюваного;

2) *на підставі постанови слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування* (виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації – ст. 272);

3) *за постановою прокурора* (ексгумація трупа – ст. 239, освідування – ст. 241, контроль за вчиненням злочину – ст. 271);

4) *за ухвалою слідчого судді* – здійснення у режимі відеоконференції допиту (ст. 225); обшук, аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); накладення арешту та виїмка поштово-телеграфної кореспонденції (ст.ст. 261–262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263), зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установа місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, місцем або річчю (ст. 269); моніторинг банківських рахунків (ст. 269–1); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270);

5) *за участю понятих* (обшук або огляд житла, обшук особи, впізнання) і без них (допит);

6) *з обов'язковою участю фахівця* (огляд трупа слідчим, прокурором проводиться за обов'язковою участю судово-медичного експерта або лікаря; ексгумація трупа; допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за потреби – лікаря) і без його участі або за його участю на розсуд слідчого;

7) *особою однієї статі з іншими учасниками* (освідування, особистий обшук) та будь-якими особами, які проваджують розслідування в передбаченому порядку.

Досудове розслідування, лівовою часткою якого є провадження слідчих дій, розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та здійснюється згідно з правилами підслідності, визначеними ст. 216 КПК України.

Слідчий відповідно до приписів нової редакції ст. 214 КПК України, невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування.

Захиснику потрібно перевірити дотримання встановлених законом строків слідства.

Строк досудового розслідування, згідно з новою редакцією ст. 219 КПК України (Закон № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 року), обчислюється з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності або до дня ухвалення рішення про закриття кримінального провадження.

Строк досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру становить:

- 1) шість місяців – у кримінальному провадженні щодо кримінального проступку;
- 2) дванадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості;
- 3) вісімнадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Досудове розслідування повинно бути закінчено:

- 1) протягом одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку;
- 2) протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину.

{Частина перша статті 219 зі змінами внесеними згідно із Законом № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 року}

2. Строк досудового розслідування може бути продовжений у порядку, передбаченому параграфом 4 глави 24 цього Кодексу. При цьому загальний строк досудового розслідування не може перевищувати:

- 1) двох місяців із дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку;
- 2) шести місяців із дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину невеликої або середньої тяжкості;
- 3) дванадцяти місяців із дня повідомлення особі про підозру у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину.

3. Строк із дня винесення постанови про зупинення кримінального провадження до винесення постанови про відновлення кримінального провадження, а також строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому ст. 290 цього Кодексу, не включається у строки, передбачені цією статтею.

Строк із дня винесення постанови про зупинення кримінального провадження до дня її скасування слідчим суддею включається у строки, передбачені цією статтею.

В аспекті юридичної визначеності строків набуття чинності цих новел законодавець зазначив, що підпункти 11–27, 45 пункту 7 § 1 цього розділу вводяться в дію **через три місяці** після набуття чинності цим Законом (оприлюднено – «Голос України» від 28 листопада 2017 року – № 221–222), не мають зворотної дії в часі та застосовуються до справ, щодо яких відомості про кримінальне правопорушення занесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань після введення в дію цих змін.

Отже,

по-перше, ці положення вводяться в дію (порядок визначення строків у місяцях – ч. 5 ст. 115 КПК України) з 1 березня 2018 року і діють беззаперечно щодо всіх проваджень, розпочатих після цього строку;

по-друге, загальна тривалість строку слідства за всіма кримінальними провадженнями, що були розпочаті до названого терміну, не може вважатись вичерпаною, оскільки закон не набув зворотної дії, але не може бути безмежним, а, відповідно, й не може перевершувати встановлені з 1 березня 2018 року терміни, а саме з цього дня до дня повідомлення особі про підозру: 1) шість мі-

сяців – у кримінальному провадженні щодо кримінального проступку; 2) дванадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості; 3) вісімнадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Захист при провадженні традиційних слідчих дій (які проваджуються не в режимі негласності) включає більшу систему можливостей оперативного реагування захисника на факти та результати їх проведення.

По-перше, захисник має право і зобов'язаний брати участь у слідчих діях, що проводяться за участю підозрюваного, а також може бути присутнім при провадженні слідчих (розшукових) дій, що здійснюються за клопотанням сторони захисту.

По-друге, слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз'яснює їх права і обов'язки.

По-третьє, під час проведення слідчих дій, в яких бере участь, захисник має право ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу.

По-четверте, захисник вправі застосовувати з додержанням вимог закону технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь.

По-п'яте, слідчі (розшукові) дії проводяться в рамках строків слідства і не можуть проводитися після закінчення строків досудового розслідування, крім їх проведення за дорученням суду у випадках, передбачених частиною третьою ст. 333 цього Кодексу. Будь-які слідчі (розшукові) або негласні слідчі (розшукові) дії, проведені з порушенням цього правила, є недійсними, а встановлені внаслідок них докази – недопустимими. До початку розслідування може проводитись у невідкладних випадках лише огляд місця події. При цьому внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань здійснюється негайно після завершення огляду.

Особливості та проблеми провадження слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій отримали певне системне викладення

в сучасних підручниках¹, посібниках², науково-практичних коментарях³ та інших юридичних наукових виданнях⁴. В даній роботі акцентуємо увагу на окремих моментах, важливих для виконання функції захисту.

Важливим принципом кримінального процесу, якому варто приділити особливу увагу при провадженні слідчих дій, є принцип забезпечення недоторканності сфери особистого життя людини.

Згідно зі ст. 15 КПК України під час кримінального провадження кожному гарантується невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя. Ніхто не може збирати, зберігати, використовувати та поши-

¹ Тертишник В. М. Кримінальний процес України: підручник. – 7-ме вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.; Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Особлива частина: підручник. Академічне видання: підручник. Київ: Алерта, 2014. 420 с.; Антонов К. В., Сачко О. В., Тертишник В. М., Уваров В. Г. Теорія доказів: підручник / За заг. ред. В. М. Тертишника. К.: Алерта, 2015. 294 с.; Грошевий Ю. М., Тацій В. Я., Туманянц А. Р. та ін. Кримінальний процес: підручник / За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

² Гончаренко В., Гора І. Експертизи у кримінальному судочинстві. К.: Юрінком Інтер, 2015; Андреев Р. Г., Блажівський Є. М., Гошовський М. І. та ін. Кримінальний процесуальний кодекс України: структурно-логічні схеми і таблиці, типові бланки та зразки процесуальних документів: науково-практичний посібник. К.: Алерта, 2012. 736 с.; Колесник В. А. Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2014. 135 с.; Кудінов С. С., Шехавцов Р. М., Дроздов О. М., Гриненко С. О. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навчально-практичний посібник. Х.: «Оберіг», 2013. 344 с.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. К.: Юстініан, 2012. 1224 с.; Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 14-те доповн. і перероб. К.: Правова єдність, 2017. 826 с.

⁴ Галаган В. І., О. В. Козак Процесуальний порядок і тактика одержання зразків для експертного дослідження у кримінальному судочинстві України: монографія. Донецьк: ТОВ «ВПП «Промінь», 2012. 240 с.; Жувака С. О. Слідчий експеримент: проблеми застосування. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2014. № 9–2. Т. 2. С. 102–103; Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Доктринальні проблеми інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Верховенство права. 2017. № 1. С. 95–101; Лук'янчиков Є. Д., Лук'янчиков Б. Є. Зняття інформації з каналів зв'язку – засіб формування судових доказів. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія: «Право». 2012. № 1 (5). С. 1–10; Переверза О. Я. Деякі проблеми процесуальної регламентації та тактики проведення обшуку в ситуації відсутності обшукуваної особи за Кримінально-процесуальним кодексом України. Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 3. С. 216–219; Пиріг І. В. Теоретико-прикладні проблеми експертного забезпечення досудового розслідування: монографія. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2015. 432 с.; Шумило М. С., Рудей В. С. Реалізація конституційного принципу таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної ті іншої кореспонденції у досудових стадіях кримінального процесу України: монографія. Х.: СПДФО Бровін О. В., 2012. 208 с.; Юхно О. О. Окремі аспекти законодавства та практики застосування негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному судочинстві. Вісник ХНУВС. 2013. № 2 (61). С. 169–178.

рувати інформацію про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених законом. Інформація про приватне життя особи, отримана в порядку, передбаченому КПК України, не може бути використана інакше, як для виконання завдань кримінального провадження.

Сфера приватного життя («прайвесі» – англ. *privacy*) – це комплекс різних обставин існування людини й інформації про неї, якому вона сама надає статус конфіденційності, закриваючи його для стороннього нагляду та втручання, це така сфера, де людина сама визначає, що і в якому обсязі вона може оприлюднювати, а що ні, сфера, де людина, образно кажучи «сама собі законодавець».

У сфері приватного життя людини можна виділити кілька аспектів:

– *конфіденційність самої сфери існування людини* – недоторканність житла («мій дім – моя фортеця») чи то іншого володіння особи, приватність робочого місця, певних відділень салону автомобіля чи іншого транспорту, приватність речей, що знаходяться при людині;

– *конфіденційність творчого і духовного життя* (включаючи недоторканність інтелектуальної власності, сімейних реліквій, родоводів, геральдичних знаків, антикварних речей та інших духовних, історичних і культурних цінностей, що мають пріоритетне значення для людини, таємницю віросповідання, конфіденційність політичних симпатій та інтересів);

– *конфіденційність медико-біологічних обставин життєдіяльності людини* – інформації щодо здоров'я і фізичного розвитку людини, наприклад, даних медичних аналізів та лікарських рецептів, відомостей про результати досліджень ДНК на предмет наявності спадкових хвороб, інформації щодо анатомічних чи фізіологічних особливостей людини («тілесна приватність»);

– *конфіденційність інтимного і сімейного життя людини* – сфери кохання, переживання, інтимних стосунків, інформації щоденників, листів (збережених чи навіть не відправлених), не призначених для оприлюднення, присвячених певній особі віршів, відомостей щодо статевого та іншого інтимного життя тощо;

– *інформаційно-комунікаційна конфіденційність* – недоторканність як безпосереднього особистого спілкування з іншими людьми

(розмов віч-на-віч), так і спілкування шляхом використання поштово-телеграфних, телефонних, комп'ютерних та інших технічних комунікацій, неприпустимість протизаконного збирання, накопичення і використання будь-якої конфіденційної інформації про особу без її згоди.

Там, де є ознаки конфіденційності інформації про особисте життя, доступ до такої інформації може мати місце лише в двох випадках: з дозволу людини; в примусовому порядку, але ж лише у визначених законом випадках, за наявності для того передбачених приводів і підстав та лише в передбаченій законом формі.

Сфера приватного життя людини – це сфера існування людини (житло чи інше володіння особи, робоче місце, речі, що знаходяться при людині), обставини особистого існування людини, таємниця віросповідання, конфіденційність творчого і духовного життя, дані щодо здоров'я і фізичного розвитку людини, відомості, що містяться в документах медичних аналізів, інтимні стосунки, обставини як безпосереднього особистого спілкування з іншими людьми (розмов віч-на-віч), так і спілкування шляхом використання поштово-телеграфних, телефонних, комп'ютерних та інших технічних комунікацій, стосунки у сім'ї, спілкування та стосунки з іншими людьми, зміст приватних щоденників, листів та записок, спосіб життя та всі інші конфіденційні обставини існування людини, які вона сама не вважає потрібним або можливим розголошувати.

Згідно зі ст. 307 ЦК України «фізична особа може бути знята на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку лише за її згодою. Згода особи на знімання її на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку припускається, якщо зйомки проводяться відкрито на вулиці, на зборах, конференціях, мітингах та інших заходах публічного характеру. Фізична особа, яка погодилася на знімання її на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку, може вимагати припинення їх публічного показу в тій частині, яка стосується її особистого життя. Знімання фізичної особи на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку, в тому числі таємне, без згоди особи може бути проведене лише у випадках, встановлених законом».

Між тим, перебування особи на посаді, пов'язаній зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування, передбачає не тільки гарантії захисту прав цієї особи, а й додаткові правові обтяження. Публічний характер як самих органів – суб'єк-

тів владних повноважень, так і їх посадових осіб вимагає оприлюднення певної інформації для формування громадської думки про довіру до влади та підтримку її авторитету у суспільстві.

Парламентська Асамблея Ради Європи у своїй Резолюції від 25 грудня 2008 р. № 1165 (1998) (далі – Резолюція № 1165) вказала, що публічні особи повинні усвідомлювати, що особливий статус, який вони мають у суспільстві, автоматично збільшує рівень тиску на приватність їхнього життя (пункт б). Згідно із законодавством України не належать до інформації з обмеженим доступом, зокрема: декларації про доходи осіб та членів їхніх сімей, які претендують на зайняття чи займають виборну посаду в органах влади або обіймають посаду державного службовця.

Конституційний Суд України, у справі № 1–9/2012 від 20 січня 2012 р. № 2-рп/2012 за поданням Жашківської районної ради Черкаської області, даючи офіційне тлумачення частин першої та другої статті 32 Конституції України, базується на тому, що неможливо визначити абсолютно всі види поведінки фізичної особи у сферах особистого та сімейного життя, оскільки особисті й сімейні права є частиною природних прав людини, які не є вичерпними⁷ і реалізуються в різноманітних і динамічних відносинах майнового та немайнового характеру, взаєминах, явищах, подіях тощо, та вважає, що *інформацією* про особисте й сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка обіймає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень; інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) – це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейне становище, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальне становище, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у побутовій, інтимній, товариській, професійній, діловій та інших сферах життя особи. Така

інформація про фізичну особу та членів її сім'ї є конфіденційною і може бути поширена тільки за їх згодою, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Правила провадження окремих слідчих та інших процесуальних дій передбачають створення системи необхідних гарантій захисту приватного життя людини. Наприклад, під час обшуку або виїмки слідчий повинен вживати заходів для того, щоб не були розголошені виявлені при цьому обставини особистого життя осіб, що обшукуються, та інших осіб, які проживають або тимчасово перебувають у цьому приміщенні; при освідуванні не допускаються дії, які принижують гідність освідуваної особи (аналогічне правило щодо відтворення обстановки й обставин події); дані досудового слідства можна оголосити лише з дозволу слідчого, винні в розголошенні даних досудового слідства несуть кримінальну відповідальність.

Збирання і зберігання конфіденційної інформації про людину та її особисте життя і використання таких даних як доказів може вважатись юридично бездоганим і допустимим за таких умов:

1. *Компетентності суб'єктів* – збирання і зберігання конфіденційної інформації може здійснюватись належними, уповноваженими на це законом суб'єктами (органами слідства, прокуратури чи суду в рамках їх процесуальної компетенції чи органами оперативно-розшукової юрисдикції у рамках їх повноважень).

2. *Слушності мети здійснюваних заходів* – здійснення для розв'язання завдань протидії злочинності та кримінального судочинства (оперативно-розшукові заходи, пов'язані з тимчасовим обмеженням прав людини, проводяться з метою запобігання тяжким та особливо тяжким злочинам, їх припинення і розкриття, розшуку осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання або безвісти зникли, захисту життя, здоров'я, житла і майна працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, припинення розвідувально-підривної діяльності проти України. Візуальне спостереження може проводитися з метою встановлення даних про особу та про її зв'язки у разі, коли є факти, які підтверджують, що нею готується або вчинено тяжкий чи особливо тяжкий злочин, для отримання відомостей, які вказують на ознаки такого злочину, а також для забезпечення безпеки працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть

участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів цих осіб).

3. *Здійснення тільки в рамках юридичного процесу* і лише за наявності юридичних та спеціальних правових підстав збирання і зберігання конфіденційної інформації – оперативно-розшукова діяльність здійснюється тільки щодо заведеної оперативно-розшукової справи, процесуальна – тільки в рамках встановлених законом стадій кримінального процесу, до того ж лише за наявності зазначених у законі підстав для проведення окремих дій.

4. *Додержання передбаченої законом процедури* проведення заходів зі збирання, зберігання та використання інформації, дотримання вимог закону щодо процесуальної форми слідчих чи інших процесуальних дій.

5. *Вторгнення у сферу приватного життя* може мати місце тільки в випадках крайньої необхідності, якщо іншими засобами забезпечити виконання завдань кримінального процесу неможливо.

Винне і протизаконне порушення недоторканності приватного життя тягне за собою кримінальну відповідальність за ст. 182 Кримінального кодексу України.

Забезпечення захисту прав і свобод людини означає здійснення процесуальної діяльності в такому порядку, формі та режимі, за яких втручання в гарантовані законом права і свободи людини зовсім не мало б місця, або здійснювалося б лише в передбачених законом випадках, в умовах крайньої необхідності, коли іншими засобами вирішити задачі правосуддя неможливо.

Огляд доцільно проводити в присутності понятих. Захисник має наполягати на тому, щоб слідчий, прокурор запросили не менше двох незацікавлених осіб (поятих), зважаючи на те, що це є обов'язковим, за винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. При цьому, за приписами закону, огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Суттєвий недолік провадження огляду місця події, на що варто звертати увагу стороні захисту, полягає в тому, що слідчі не завжди забезпечують процесуальну індивідуалізацію вилучених об'єктів. Безперечно, якщо слідчий, суд, прокурор свої висновки аргументу-

ють, доказують за допомогою відомостей, отриманих з конкретних речових джерел, то має бути абсолютно точно визначено, що саме цей, а не будь-який інший предмет був знайдений та вилучений під час виконання конкретних слідчих дій. Процесуальна індивідуалізація предметів, що мають доступні безпосередньому сприйняттю, яскраво виражені індивідуально визначені ознаки (сукупність ознак), здійснюється шляхом фіксації останніх у протоколі огляду місця події, фотографуванні тощо. Що ж до предметів, які не мають таких ознак, виникає необхідність додаткової індивідуалізації. Предмети, які не мають просторово фіксованої форми, повинні бути, крім того, належним чином упаковані. Процесуальну індивідуалізацію матеріальних об'єктів, які не мають виражених «особливих прикмет», можна здійснювати шляхом кріплення до них самостійно виготовлених жетонів (бирок, ярликів). Ідентифікаційний жетон може кріпитися до упаковки вилучених рідких, в'язких, сипучих об'єктів. Під час фотографування слідів їх треба фіксувати разом з ідентифікаційним (індивідуалізуючим) жетоном. Цікаві можливості відкриває і цифрова (електронна) фотографія. Вона дає змогу не тільки швидко виготовити відображення зафіксованих фактів, оглянути їх і затвердити понятими, а й швидко передати зафіксовану інформацію будь-якому адресату, використовуючи можливості комп'ютерних мереж зв'язку.

Протокол огляду має важливе значення для захисту. Він повинен бути складений так, щоб повно і всебічно зафіксувати все, що відноситься до справи. Захисник за необхідності може робити заяви, які підлягають занесенню до протоколу.

Огляд предметів і документів, вилучених у процесі огляду місця події, може провадитись як безпосередньо на місці події, так і поза ним, за місцем провадження у справі. Таким же чином можуть оглядатися предмети і документи, вилучені під час виїмки, обшуку та інших слідчих дій.

Захисник має уважно відноситись до найменших дрібниць, які виявляються в ході провадження слідчих дій.

Наприклад, тривалий час молода киянка перебувала під слідством у справі щодо привласнення коштів благодійного фонду, президентом якого вона була. За час слідства в пошуках захисту своєї репутації, ця спантелічена нашим правосуддям дівчина поміняла трьох адвокатів, народила дитину і змушена була прибувати на час-

ті допити до слідчого з грудним хлоп'ям. Слідство «не квапилось», а молода мама, «зморена сліпою Фемідою» і митарствами, врешті-решт за рекомендаціями друзів звернулась за допомогою до викладача вузу в м. Дніпрі, якому привезла і копії деяких «проблемних» з її точки зору бухгалтерських документів. Поверховий огляд приходних касових квитанцій показав ідентичність двох документів за частиною записів, а саме за конфігурацією та положенням підписів в розлінованих реквізитах документа, але різницю в сумі та даті отримання внеску від «потерпілого», що містились в інших частинах документів. Така дзеркальна ідентичність однієї частини двох документів при різниці за змістом і формою в інших, дала підстави для версії щодо їх підробки. Заявленими клопотаннями про вилучення оригіналів приходних касових документів і проведенні повторної ревізії та криміналістичної експертизи ця версія повністю підтвердилась. Справа відносно молодого мамі закрита, а до кримінальної відповідальності за шахрайство притягнутий «автор» скарг і позовів.

Огляд речових доказів і документів досить інформативна слідча дія, але вона інформативна для людей з пильним розумом і криміналістичними знаннями. За необхідності захисник може клопотати про участь в огляді спеціаліста в певних галузях знань, що розкривають в своїх роботах дослідники проблем захисту¹.

В аспектах виконання функції захисту доцільно акцентувати увагу на таких юридичних моментах.

Огляд житла чи іншого володіння особи має проводитись, як правило, за згодою відповідної особи. Без згоди власника житлового приміщення, у примусовому порядку, огляд житла проводиться, як правило, лише за вмотивованим рішенням слідчого судді, а також лише у невідкладних випадках, пов'язаних з врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

У цьому разі в протоколі огляду обов'язково зазначаються причини, що зумовили проведення огляду без постанови судді.

У такому випадку прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення огляду до слідчого

¹ Гора І.В. Використання спеціальних знань адвокатом: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2013. 62 с.

судді. Слідчий суддя розглядає таке клопотання згідно з вимогами ст. 234 цього Кодексу, перевіряючи, крім іншого, чи справді були наявні підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді. Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про огляд, встановлені внаслідок такого огляду докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню.

Під час огляду житлового приміщення чи іншого володіння особи в примусовому порядку копія протоколу огляду має вручатися особі, в володінні якої проводився огляд.

Звертаємо увагу, що Суд касаційної інстанції України (справа № 5–1944км15) визнав недопустимим доказом протокол огляду місця події складений в умовах, коли фактично був проведений обшук житлового приміщення, без дотримання вимог щодо можливості невідкладного проведення такої дії без дозволу особи, та виправдав підсудного на підставі п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України, що є позитивною прецедентною судовою практикою.

Освідування здійснюється на підставі постанови прокурора та, за необхідності, за участю судово-медичного експерта або лікаря. Освідування, яке супроводжується оголенням освідуваної особи, здійснюється особами тієї ж статі, за винятком його проведення лікарем і за згодою особи, яка освідується. Слідчий, прокурор не вправі бути присутнім при освідуванні особи іншої статі, коли це пов'язано з необхідністю оголювати особу, що підлягає освідуванню (стаття 241 КПК України).

Остання заборона, вочевидь з точки зору законодавця, не поширюється на лікаря та захисника, хоча, за нормами моралі, навряд чи присутність захисника при освідуванні особи іншої статі доречно. Для забезпечення контролю зі сторони захисту за ходом і результатами такої слідчої дії, варто забезпечити участь у справі захисника відповідної статі. Корисно буде запровадити і досвід інших країн, в яких передбачається для таких та інших екстраординарних чи нестандартних випадків можливість захиснику-адвокату давати окремі доручення на участь у слідчих діях помічнику адвоката.

Об'єкт освідування має юридичні гарантії недоторканності, а саме освідування пов'язане з моральними проблемами, що полягають у несприйнятті суспільством можливості огляду тіла особи

особою іншої статі. Освідування пов'язане із вторгненням у права і свободи людини, тому не випадково воно виділене в окрему слідчу дію, а щодо його провадження встановлено спеціальну процесуальну форму.

Слід зважати й на те, що деякі види слідів неможливо взагалі відділити від тіла людини. Це зумовлює потребу в їх дослідженні доступними методами в ході освідування. Спеціаліст у галузі судової медицини стає постійним учасником освідування, а його роль у проведенні цієї слідчої дії – все більш суттєвою та різноманітною. Захисник має наполягати на залученні необхідних фахівців і на всебічному дослідженні слідів на тілі людини.

Під час проведення освідування можуть широко застосовуватися такі методи дослідження, як мікроскопія, рентгеноскопія, рентгенографія, люмінесцентний аналіз, фотографування в інфрачервоних променях, контактнo-дифузійний метод тощо. Можливість їх застосування в рамках освідування не заборонена законом, а необхідність зумовлюється об'єктивними чинниками, що лежать у площині особливостей самого об'єкта дослідження (загоєнням ран, змיתтям, згладжуванням слідів, інколи невіддільністю їх від тіла людини тощо). Часто такі дослідження можуть мати невідкладний характер.

Разом з тим при освідуванні не допускаються дії, які принижують честь і гідність особи або небезпечні для її здоров'я. За необхідності здійснюється фіксування наявності чи відсутності на тілі особи, яка підлягає освідуванню, слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет шляхом фотографування, відеозапису чи інших технічних засобів. Зображення, демонстрація яких може розглядатись як образлива для освідуваної особи, зберігаються в опечатаному вигляді і можуть надаватися лише суду під час судового розгляду (ч. 4 ст. 241 КПК України).

Допит, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб, який раніше йменувався очною ставкою, регламентовано ст. ст. 224–226 КПК України.

Викликані в одній і тій самій справі особи допитуються порізно і не повинні мати можливості спілкуватися між собою.

Слідчий, детектив, прокурор мають право провести одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей у їхніх показаннях.

Будь-який допит не може продовжуватися без перерви понад дві години, а в цілому – понад вісім годин на день.

Допитуваному роз'яснюються процесуальні права та обов'язки.

Оголошення показань, наданих учасниками допиту на попередніх допитах, дозволяється лише після давання ними показань.

Допитуваним особам у процесі допиту можуть надавати для ознайомлення речові докази, документи, висновки експертів, матеріали технічного документування, інші матеріали кримінальної справи.

Захисник в процесі допиту може ставити запитання допитуваним особам та подавати зауваження з приводу питань слідчого, а також вправі застосовувати технічні засоби фіксації допиту.

Позиція захисника при участі в допиті залежить від ситуації, зокрема чи говорить допитуваний правду, а, отже, потрібно детально розпитати про обставини, важливі для захисту, чи, навпаки, потрібно викривати його в неправді.

Можна виокремити три методи тактики дій захисту при допиті: *метод з'ясування, метод переконання, метод викриття*.

Метод переконання – це один із методів тактики допиту, заснований на словесному або іншому впливі на розум, свідомість, почуття допитуваного і спрямований на спонукання його до повідомлення правдивої інформації.

Метод викриття полягає в отриманні під час допиту даних, що мають значення у справі, в тому числі й для захисту, за допомогою впливу на допитуваного шляхом пред'явлення наявних у захисника доказів і використання тактико-психологічного впливу.

Вважаємо, що, виходячи з декларованого принципу рівності сторін, як слідчий, так і захисник при допиті мають право не тільки ставити питання допитуваним, а і пред'являти для ознайомлення документи та інші доказові матеріали. Якщо до представників слідчих органів має діяти принцип «можна робити лише те, що дозволено, та у спосіб, який законом визначено», то до сторони захисту застосовується принцип «можна все, що не заборонено».

Залежно від психологічного типу допитуваного та його стану, рекомендується один із варіантів: пред'являти докази послідовно відповідно до їх доказової сили; пред'являти спочатку найбільш важливий доказ.

Захисник передусім має визначитись зі стратегією захисту і тим, коли варто викривати допитувану особу. Чи виправданим буде від-

класти це на стадію судового розгляду, де на стороні захисту будуть усі принципи гласності судового процесу, включаючи технічне його документування, чи, навпаки, рішуче здійснити це уже на стадії досудового слідства (бажано, безумовно при забезпеченні відеозапису чи іншого самостійного технічного документування допиту). Останній варіант застосовувати варто, коли ситуація не терпить зволікань і є впевненість в його без програшності, а отриманий позитивний результат може запобігти застосуванню до підзахисного суворого запобіжного заходу тощо. До того ж слід враховувати, що в судовому розгляді сторона захисту має використовувати лише ті доказові матеріали, які надала по завершенні слідства для ознайомлення стороні обвинувачення. Це часто позбавляє ситуації раптовості такого ознайомлення з доказом та, як наслідок, знижує психологічний вплив на особу. Відповідно, логіка і закономірності психології диктують потребу застосування факту пред'явлення доказу з найбільш вагомим впливом на допитуваного. Виходити необхідно з оцінки усієї сукупності доказів, які є в розпорядженні сторони захисту та конкретної правозахисної ситуації.

Викриття особи, яка дає неправдиві показання, здійснюється також шляхом застосування так званих психологічних хитрощів і пасток. При цьому варто враховувати деталі ситуації та ефект неочікуваної постановки питань. Так, при допиті молодої особи, яка свідчила про факт примушування її до статевого зв'язку, захисник в деталях став вияснити як це було. Допитувана з певною бравадою розповіла як підозрюваний роздягався перед нею та «хвалився своїми чоловічими принадами». Із довгої і «відверто детальної» розповіді дівчини можна було робити висновок підтвердження нею наявності факту повного оголення підозрюваного та довгих інтимних прелюдій, щодо яких вона свідчила. Неочікувано, захисник запитав «А які особливі прикмети підозрюваного Ви помітили?». Допитувана, зробивши висновок про те, що такі мали б бути, «раз про них питають», нічого не могла придумати іншого, як заявити про наявність шраму від операції з видалення апендициту. Після допиту захисник потребував освідчення підозрюваного. При огляді його тіла було зафіксовано повну відсутність будь-яких шрамів, але наявність на видному місці родимої плями. В подальшому потерпіла відмовилась від своїх звинувачувальних показань щодо підозрюваного.

В літературі описано класичний приклад із адвокатської практики Ф. Плевако. Одного разу він захищав чоловіка, якого повія звинуватила в зґвалтуванні й намагалась через суд отримати з нього значну суму грошей за нанесену травму. Чоловік, своєю чергою, заявляв, що все було за доброю згодою. Ф. Плевако проголосив коротку репліку: «Пани присяжні, якщо ви присудите мого підзахисного до штрафу, то прошу з цієї суми відрахувати вартість прання простирадл мого підзахисного, які позивальниця забруднила своїми туфлями». Повія схопилася і закричала: «Неправда! Туфлі я зняла!!!». Залом прокотився сміх. Підзахисний виправданий.

Як мовиться «Істина – в деталях»...

Пред'явлення для впізнання – це слідча дія, яка провадиться відповідно до приписів ст. ст. 228–231 КПК України, з метою встановлення тотожності, схожості або відмінності представлених для ознайомлення предметів або окремих осіб з тими, які свідок, потерпілий, підозрюваний або обвинувачений сприймав за певних обставин розслідуваної події.

Це одна з найбільш складних слідчих дій, яка пов'язана з ризиком отримання помилкових висновків і недостовірних доказів та яка не може бути проведена повторно.

Пред'явленню для впізнання передують попередній допит особи щодо обставин спостереження нею відповідного об'єкта та щодо прикмет, за якими вона може його впізнати.

Захиснику під час допиту особи, яка повинна впізнавати, варто вжити заходів для того, щоб з'ясувати: *об'єктивні чинники спостереження* (за яких обставин особа вперше спостерігала відповідний об'єкт, у який час доби, за якого освітлення та за яких погодних умов відбувалося спостереження, тривалість спостереження, що при цьому відбувалося); *суб'єктивні чинники* (стан його зору та слуху, особливості його пам'яті, наскільки він уважний і чи звернув увагу на індивідуальні особливості об'єкта, емоційний стан спостерігача); *ідентифікаційні ознаки об'єкта* (наявність індивідуальних прикмет або сукупності достатніх для ідентифікації ознак об'єкта, за яким спостерігали, і в чому вони полягають; чи може допитуваний упізнати об'єкт серед однорідних та за якими особливостями).

Особа пред'являється для впізнання упізнавачу разом з іншими особами тієї самої статі, кількістю не менше трьох, які не мають значних відмінностей у зовнішності та одязі. Такі особи мають

бути схожими за зростом, статурою, віком, кольором шкіри, волосся та очей, формою бороди, вусів і характером зачіски.

Особливо часто має місце надання для впізнання підозрюваного, доставленого з місць ув'язнення, коли він явно відрізняється від інших статистів своїм одягом, відсутністю належного бриття та іншої гігієни, або відповідними характерними запахами. Захиснику слід враховувати ці деталі для спростування достовірних результатів впізнання.

Процес підготовки до впізнання має повністю відбуватися за відсутності упізнавача. При цьому перед пред'явленням для впізнання особі за відсутності упізнавача надається право зайняти будь-яке місце серед осіб, поміж яких вона буде пред'являтися упізнавачу, про що зазначається у протоколі. І зрозуміло, місце, яке зайняла особа, що впізнається, не має стати відомим упізнавачу. Будь-яка можливість інформування упізнавача про місце, яке зайняв упізнаваний серед інших осіб, поміж яких він пред'являється для впізнання, має бути виключена.

Часто слідчі направляють одного з своїх помічників в кабінет, де тимчасово перебуває впізнаючий, для його запрошення на безпосередню процедуру впізнання в приміщення, де має відбутись головна подія і де особа, яку пред'являють для впізнання, уже зайняла місце серед інших статистів.

Захисник має заперечувати проти такого варіанту. Запрошення упізнавача шляхом спілкування з ним телефоном, щоб виключити можливості передачі «шифрованих текстів-підказок», доцільно зробити самому захиснику чи доручити комусь із понятних. Це дасть змогу усунути негативні наслідки можливих домовленостей представників правоохоронних органів із упізнавачем – інформування останнього про місце розташування особи, яка впізнається, залежно від промовлених слів, фраз, їх послідовності, інтонації тощо. Якщо ж хтось уже покинув кімнату і направився для виклику упізнавача, можливо буде доречним запропонувати особі, що пред'являється для впізнання, змінити своє розташування серед статистів.

Впізнання не може бути визнане достовірним, якщо упізнавачу стало відоме місце розташування впізнаваного.

У разі проведення впізнання поза можливості візуального спостереження за упізнавачем захисник і поняті повинні переконатися

у реальності такого впізнання в конкретних умовах вжитих заходів безпеки.

При проведенні впізнання у режимі відеоконференції впізнавачу і особі, яка пред'являється для впізнання, вручається пам'ятка про її процесуальні права, а хід і результати впізнання, проведеного у режимі відеоконференції, обов'язково фіксуються за допомогою технічних засобів відеозапису.

Не слід забувати, що значна кількість слідчих і судових помилок були допущені на підставі невиправданої довіри до факту впізнання. Самі оперативні підрозділи, інколи в намаганнях швидко розкрити резонансні злочини, «намагаються допомогти» свідку чи потерпілому, будь-за що впізнати підозрюваного, у винуватості якого вони переконані, виходячи з оперативної інформації. Як видно зі «справи Ткача» та інших подібних справ, оперативні повідомлення не були належним чином перевірені, а послідувачі за цим «помилкові впізнання» ускладнювали ситуацію з розкриттям тяжких злочинів та самі призводили до тяжких наслідків.

Допущені помилки при впізнанні захиснику необхідно зафіксувати як шляхом внесення зауважень до протоколу слідчої дії, так і самостійним застосуванням засобів технічного документування, системно проаналізувати та врахувати для дискредитації результатів впізнання і оскарження прийнятих на цій основі рішень стороною обвинувачення.

Обшук регламентується ст. ст. 233–236 КПК України, до того ж не досить чітко, що залишає велике поле для діяльності сторони захисту. Зокрема, обшук житла проводиться в рамках розпочатого кримінального провадження на підставі ухвали слідчого судді, або у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, за рішенням слідчого (детектива). Можливість проникнення до житла за указаних юридичних підстав розглядається як передумова провадження обшуку, хоча може в такому самому режимі використовуватись для проведення огляду житла при відсутності добровільної згоди його мешканців (ч. 2 ст. 237), слідчого експерименту (ч. 5 ст. 240).

Надаючи можливість проведення невідкладного обшуку без ухвали слідчого судді у випадках, «пов'язаних із врятуванням життя людей та майна», закон, подаючи такий лаконічний концепт, не дає

досить чіткого розуміння меж застосування таких дій. Зокрема, якими мають бути фактичні дані, що вказують на необхідність «врятування людей» в житловому приміщенні, чи це мають бути дані про замах на навмисне вбивство, чи дані на наявність необережного поводження з вибуховими речовинами. Закон чомусь веде мову про застосування такого радикального заходу при загрозі майну, але не згадує про загрозу здоров'ю людини тощо. Чому не можна вважати дані про загрозу згвалтуванню підставою для безвідкладного проникнення в житло і проведення там як затримання, так і обшуку, а дані про необхідність «врятування майна» є фактичною підставою обшуку.

Захисник має виходити з принципу, що при наявності сумнівів права людини тлумачаться розширювально, а можливість застосування примусу обмежувально, до того ж за умови дотримання принципу пропорційності.

У справі «Кузьменко проти України» (Заява № 49526/07, рішення від 9 березня 2017 року), де заявник також скаржився, що обшук його квартири був свавільним і що він не мав ефективних засобів правового захисту щодо зазначеної скарги, ЄСПЛ наголошує на необхідності забезпечення принципу верховенства права та права на судове оскарження застосовуваних державою примусових заходів.

У разі прийнятого рішення про проведення обшуку без ухвали слідчого судді, прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню (ст.ст. 233–236 КПК України).

Законодавче визначення поняття житла як будь-якого приміщення, пристосованого для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, слід застосовувати в широкому розумінні, беручи до уваги позицію Європейського суду з прав людини, який у справі «Баклі проти Сполученого Королівства» (1996 р.) ухвалив, що житлом відповідно до ст. 8 Конвенції можна вважати облаштоване особою помешкання, навіть якщо таке облаштування було здійснене з порушенням національного законодавства.

Фактично житлом особи має вважатись як належним чином облаштоване для проживання приміщення (від маєтку до хатинки), так і тимчасові помешкання людини (від кімнати в гуртожитку чи готелі – до куреня на березі річки чи намету на майдані), а місцем обшуку буде – будь-яке місце, в якому людина виправдано очікує на певний захист приватності свого життя в такому помешканні.

Показовий приклад успішної тактики захисту в подібних ситуаціях наводить Д. В. Пономаренко, доводячи недопустимість доказів, отриманих слідчими органами, які оформили факт вилучення грошей з автомобіля підозрюваного, протоколом огляду, тоді як автомобіль є «іншим володінням особи», і проникнення до нього і його огляд може мати місце лише за згодою особи або в порядку провадження обшуку¹.

В іншому кримінальному провадженні суд визнав недопустимими речові докази, які були вилучені з гаражного приміщення особи, тоді як слідчий мав дозвіл слідчого судді на обшук житлового приміщення та автомобіля підозрюваного.

Зазначимо, що навіть за наявності умов для невідкладного проведення такого обшуку (або «огляду в порядку обшуку») слідчий має здійснити негайне звернення до слідчого судді в порядку виконання приписів речення другої частини третьої ст. 233 КПК України, а якщо слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню в порядку, передбаченому ст. 255 цього Кодексу.

Значно обмежує сферу застосування обшуку і можливості для свавілля чиновників правоохоронних органів, а тим самим сприяє захисту, положення закону про те, що «слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявність достатніх підстав вважати, що ... відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи» (ч. 5 ст. 234 КПК України).

Забезпеченню ефективного захисту при обшуку сприяють нові положення ст. 236 КПК України (із змінами, внесеними згідно із Законом № 2213-VIII від 16 листопада 2017 р.), зокрема: «для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрю-

¹ Пономаренко Д. В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. Книга перша: практ. посіб. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 41.

ваний, захисник, представник, адвокат та інші учасники кримінального провадження. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені»; «особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, має право користуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії проведення обшуку. Невиконання цих вимог тягне за собою передбачену законом відповідальність».

Запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 104 КПК України). Тут, може виникати конкуренція законодавчих приписів і конфлікт інтересів, адже захисник має право сам здійснювати відеозапис та наполягати на внесенні зафіксованої ним інформації до протоколу обшуку, тоді як така інформація може опинитись поза результатами технічного документування слідчого.

Захисник має звернути увагу на виконання таких новітніх приписів закону та інших нормативних актів, а також рекомендації на основі практичного досвіду судочинства:

Обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді повинен відбуватися в присутності понятих та в час, коли завдається найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки слідчий, прокурор не вважатиме, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку.

Перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі повинна бути пред'явлена ухвала і надана її копія. В ухвалі має бути указаний строк її дії. Захиснику варто перевірити, чи проводиться обшук особою, указаною в ухвалі, в належний термін його проведення, або чи є окреме доручення на його проведення, оформлене відповідною особою. До поширених порушень в слідчій практиці відноситься проведення обшуку неналежною особою, або без окремого доручення (ч. 2 ст. 234 КПК України). Такі процесуальні вади, разом з ненаданням копії ухвали слідчого судді про проведення обшуку – суттєві порушення процедури обшуку, які в сукупності з іншими обставинами має враховуватись за-

хисником при аргументуванні недопустимості доказів, отриманих при обшуку, проведеному за таких обставин.

У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні копія ухвали повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. При цьому слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб.

Слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення. Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Неявка адвоката, представника для участі у проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку (ст. 236 КПК України).

Недопустимими закон вважає докази, що були отримані з істотним порушенням закону, зокрема: якщо ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи «винесена слідчим суддею без проведення повної технічної фіксації засідання»; «під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії» (ч. 3 ст. 87 КПК України). Зважаючи на те, що закон не зобов'язує слідчого починати обшук тільки після прибуття захисника, чим швидше захисник прибуде до місця обшуку і розпочне його контролювати, тим ефективнішою буде його функція захисту. Рекомендується самому обшукуваному реалізувати право на «дзвінок адвокату» та наполягати на допущенні відомого йому правника до участі в обшуку, роботи письмові заяви про це на пред'явленій йому ухвалі про обшук, а усні заяви робити доступними для відеофіксації.

«Слідчий суддя, суд може обмежити чи заборонити доступ сторін кримінального провадження з боку захисту до результатів технічного запису з метою забезпечення недопустимості розголошення відомостей досудового розслідування у разі, якщо на обґрунтування клопотання про проведення обшуку слідчий, прокурор надали результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій» (ч. 4 ст. 107 КПК України).

Перебіг обшуку обов'язково фіксується як в протоколі обшуку, так і шляхом відеозапису. «Виконання ухвали слідчого судді,

суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. Право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається стороні захисту» (ст. 107 КПК України). Обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису (ст. 236 КПК України).

На жаль, враховуючи складність самих житлових споруд і її складових кімнат, ні закон, ні технічний прогрес не можуть гарантувати системне, безперервне і повне фіксування усієї процедури обшуку. Навіть якщо б такий обов'язок був записаний в законі, то це була б чергова юридична фікція. *Ad impossibilia nemo tenetur* – «неможна заставляти виконувати неможливе». Тому не варто ігнорувати достовірність записів у письмовому протоколі обшуку та їх підтвердження підписами понятих, які в майбутньому судовому процесі можуть стати важливими свідками. Важливо забезпечити, щоб поняті сприймали усі дії слідчого та детектива, могли впевнитись в реальності чи сумнівності знаходження в житлі знайдених матеріалів і їх індивідуальних ознак.

Запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. *«Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні»* (ч. 2 ст. 104 КПК України).

Дії сторони захисту при тимчасовому вилученні майна, здійснювані під час обшуку, мають корегуватись з урахуванням таких приписів закону та правил:

а) Слідчому фактично заборонено довільно тимчасово вилучати сервери електронних інформаційних систем чи терміналів систем зв'язку, якщо можливо здійснити копіювання доказової інформації чи забезпечений доступ до такої інформації «Тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише у разі, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду» (ст. 168 КПК України).

б) «Забороняється тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'яз-

ку, крім випадків, коли їх надання разом з інформацією, що на них міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження, або якщо такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту» (ст. 168 КПК України). Слід зазначити, що останніми приписами закону слідчі органи часто зловживають, мотивуючи вилучення носія інформації необхідністю експертизи, а сам факт вилучення може суттєво дезорганізувати роботу фізичної чи юридичної особи. Захисник має апелювати до аргументів принципу пропорційності, згідно з яким мета процесу має досягатись найменш обтяжливим способом.

в) «У разі необхідності слідчий чи прокурор здійснює копіювання інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах. Копіювання такої інформації здійснюється із залученням спеціаліста» (ст. 168 КПК України).

г) Слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа під час обшуку і тимчасового вилучення майна або негайно після їх здійснення зобов'язана скласти відповідний протокол, копія якого надається особі, у якої вилучено майно, або її представнику (ст. 168 КПК України).

Вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном.

Особи, у присутності яких здійснюється обшук, при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку.

Другий примірник протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів і тимчасово вилучених речей (за наявності) вручається особі, у якої проведено обшук, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або його представникові.

Не підлягають вилученню при обшуку документи, пов'язані з виконанням адвокатом функцій захисника чи представника інтересів окремих учасників процесуальних правовідносин.

Під час обшуку або виїмки слідчий повинен вживати заходів із недопущення розголошення виявлених при цьому обставин особистого життя обшукуваного та інших осіб, які проживають або тимчасово перебувають у цьому приміщенні.

Доцільно також попереджати учасників обшуку про неприпустимість розголошення його результатів. На практиці це робиться рідко. Водночас таємниця слідства стосовно обшуку – одна з важливих умов забезпечення як принципу презумпції невинуватості, так і захисту прав і свобод людини. Захисник також не може розголошувати дані досудового слідства без дозволу слідчого, а також може нести відповідальність за розголошення таких даних (ст. 107, ст. 222 КПК України).

Щодо кожного предмета, який підлягає вилученню, має бути зазначено, у якому саме місці і за яких обставин його було виявлено. У протоколі зазначаються найменування, кількість, міра, ваги, матеріал, з якого вони виготовлені, та індивідуальні ознаки предметів і документів, що вилучаються. За необхідності вилучені предмети і документи мають бути упаковані та опечатані.

Для забезпечення ефективного використання в доказуванні (встановлення допустимості, достовірності) доцільно до предметів, що не мають особливих ознак, кріпити жетони з підписами понятих та записом того, коли, де і під час якої слідчої дії їх вилучено. Це дасть змогу в суді визначитися в конфліктних ситуаціях, що саме ці, а не інші предмети були вилучені під час обшуку в конкретної особи.

До протоколу обшуку заносяться всі заяви і зауваження присутніх під час обшуку осіб.

Документування процесуальних дій – це не тільки засіб створення добротної доказової бази, а й суттєвий засіб обмеження влади правом, засіб протидії свавіллю і непорядності чиновників, засіб протидії фальсифікаціям, засіб забезпечення захисту прав і свобод людини від невинуватого обмеження, засіб зміцнення гарантій істини і справедливості правосуддя.

Захисник для закріплення важливої доказової інформації має використовувати як засоби традиційної фіксації перебігу і результатів обшуку в протоколі слідчої дії, так і засоби технічного документування.

Наприклад, участь понятих при проведенні обшуку чи іншої слідчої дії, з їх повноваженнями щодо засвідчення своїми підпи-

сами достовірності записів в протоколі, доречно з багатьох міркувань: по-перше, своїми підписами поняті засвідчать як законність проведення слідчої дії, так і законність (а, отже, і допустимість) отриманих доказів, в тому числі й доказів захисту; по-друге, поняті можуть засвідчити обставини вилучення певних предметів і тим самим сприяти використанню в доказуванні лише достовірних даних (засіб обмеження фальсифікацій та усунення помилок); по-третє, показання понятих в суді як свідків може стати важливою доказовою інформацією для визначення допустимості використання результатів обшуку в якості судових доказів. Отже, нехтувати інститутом понятих ніяк не можна.

Приписи частини другої ст. 104 КПК України про те, що «дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні», є приводом для розбудови нових концепцій захисту.

Щонайменше слід брати до уваги також приписи частини шостої ст. 107 КПК України «незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними».

В змагальному кримінальному процесі право безперешкодного технічного фіксування слідчих дій взагалі та обшуку, зокрема, в тому числі за допомогою відеозапису, надається також стороні захисту (абзац третій ч. 1 ст. 107, п. 11 ч. 3 ст. 42 КПК України). Тут можлива як узгодженість дій сторін, так і конфлікт інтересів. Для сторони захисту технічна фіксація обшуку є правом, а не обов'язком, а зафіксована захистом інформація може бути як занесена до протоколу обшуку, так і залишитись поза ним. Захисник може наполягати на занесенні до протоколу обшуку як зафіксованої ним інформації, яка не була задокументована відеозаписом, здійсненим слідчим, так і наполягати на занесенні до протоколу інших важливих для справи фактичних даних, які були виявлені при обшуку, але які не стали предметом технічного запису ні здійснюваного слідчим, ні виконаного захисником.

За логікою закону саме суд має здійснити остаточну оцінку фактичних даних і визначитись з тим, які з них є допустимими, а які

недопустимі як докази. При цьому, «жоден доказ не має наперед встановленої сили» (ч. 2 ст. 94 КПК України), а рівно і задалегідь позбавленої доказової сили.

З існуючої конкуренції правових норм мають застосовуватись ті норми, які відповідають міжнародним правовим актам, які більшою мірою забезпечують верховенство права та доступ до справедливого судочинства, а норми, які унеможливають захист прав людини, виконання законних вимог учасників процесу та досягнення завдань кримінального процесу, не підлягають застосуванню.

Захиснику слід звернути увагу на наявність інституту обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, регламентованого ст. 267 КПК України, згідно з яким слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів. Відповідно, варто з'ясувати чи застосовувався до підзахисного даний інститут до проведення обшуку і в якому зв'язку можуть бути з такими діями результати обшуку. Законів у нас стає все більше, їх уже забагато, та вони стають все гірше і все складніше їх застосовувати. *Dictum sapienti sat est* – «Розумному сказано достатньо».

Слідчий експеримент проводиться з метою перевірки та уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, та здійснюється шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань відповідно до приписів ст. 240 КПК України. До участі в слідчому експерименті можуть бути залучені підозрюваний та захисник.

Загальним правилом проведення слідчого експерименту є те, що він допускається за умови, що при цьому не створюється небезпека для життя і здоров'я осіб, які беруть у ньому участь, чи оточуючих, не принижуються їхні честь і гідність, не завдається шкода, не порушуються безпідставно і непропорційно меті заходу законні права й інтереси фізичних і юридичних осіб, не спричиняються їм фізичний біль і страждання.

Слідчий експеримент створює можливість сторонам кримінального провадження допиту особи на місці події фактично в екстремальних умовах, наближених до реальної розслідуваної події, проведення з нею реконструкції обстановки події, відтворення обстановки й обставин кримінального правопорушення, а також

проведення експериментальних дій щодо з'ясування можливості та особливостей певних фактів, явищ, дій, процесів. Захисник має забезпечити під час слідчого експерименту застосування всіх допустимих методів пізнання, для з'ясування обставин, важливих для виконання функції захисту, зокрема: опитування, візуального спостереження, пошуку, експерименту.

Інтенсивність самого опитування є важливим фактором, що мінімізує можливі моделювання і повідомлення неправди. То ж захиснику важливо не тільки ставити конкретні важливі для захисту питання на місці події, а й вивчати реакцію опитуваної особи, спрямованість її поглядів, міміку, жести, аналізувати та фіксувати отриману інформацію й корегувати напрям пошуку можливих нових доказів захисту.

Отримання зразків для експертного дослідження здійснюється з дотриманням приписів ст. 245 КПК України. У разі потреби отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею. У випадку, якщо проведення експертизи доручено судом, відібрання зразків для її проведення здійснюється судом або за його дорученням залученим спеціалістом. Порядок відібрання зразків з речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів (ст. ст. 160–166 КПК України), а відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами освідування в порядку, передбаченому ст. 241 КПК України. У разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони захисту має право зобов'язати слідчого, прокурора (якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово. При отриманні таких зразків забезпечується участь лікаря, а також захисника, за клопотанням якого здійснюється слідча дія.

Експертиза у кримінальному процесі – це здійснюване в передбаченій законом формі експертом за дорученням (постановою), або за зверненням будь-якої сторони кримінального провадження чи ухвалою слідчого судді дослідження з використанням спеціальних знань різних об'єктів, явищ і процесів, які містять доказову інформацію, спрямоване на з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Провадження експертизи регламентовано ст. ст. 241–244 КПК України.

За приписами оновленої редакції ст. 242 КПК України експертиза проводиться експертною установою, експертом або експертами, за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження або, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Не допускається проведення експертизи для з'ясування питань права.

Експерт залучається за наявності підстав для проведення експертизи за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження. кримінального провадження (*Стаття 243 в редакції Закону № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 року*).

Зміни, внесені до частин першої та другої ст. 242 та ст. 243 КПК України, згідно з якими як захисники, так і слідчі та прокурори позбавлені права самостійно призначати експертизи, не відповідають ні засадам кримінального процесу, ні загальним положенням доказового права, ні нормам Конституції України.

По-перше, відповідно до п. 10 частини першої ст. 20 Закону України «про адвокатуру та адвокатську діяльність адвокат вправі «одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань».

По-друге, відповідно до частини другої ст. 243 КПК України, скасованої Законом України № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 року, сторона захисту мала право «самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової». Скасування даної норми ускладнює виконання функції захисту, а разом з тим, усупереч положенням ст. 22 Конституції України, звужує існуючі права захисника та інших учасників процесу. При прийнятті нових законів не допускається ніяке звуження існуючих прав і свобод людини. Отже, нова редакція частин першої та другої ст. 242 та ст. 243 не підлягає застосуванню і має бути скасованою, а захист має наполягати на наданні можливості використання скасованих частиною другою ст. 243 діючих до цього положень КПК України.

Захисник для застосування інституту експертизи може використовувати повноваження слідчого судді.

Слідчий суддя за результатами розгляду клопотання сторони захисту, відповідно до приписів частин шостої та сьомої ст. 244 КПК України, має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам, якщо особа, що звернулася з клопотанням, доведе, що:

1) для вирішення питань, що мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, проте сторона обвинувачення не залучила його або на вирішення залученого стороною обвинувачення експерта були поставлені запитання, що не дозволяють дати повний та належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, або існують достатні підстави вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт внаслідок відсутності у нього необхідних знань, упередженості чи з інших причин надасть або надав неповний чи неправильний висновок;

2) вона не може залучити експерта самостійно через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин.

До ухвали слідчого судді про доручення проведення експертизи включаються запитання, поставлені перед експертом особою, яка звернулася з відповідним клопотанням. Слідчий суддя має право не включити до ухвали запитання, поставлені особою, що звернулася з відповідним клопотанням, якщо відповіді на них не стосуються кримінального провадження або не мають значення для судового розгляду, обґрунтувавши таке рішення в ухвалі.

У кримінальних провадженнях нині можливе призначення та здійснення таких експертиз: *криміналістичної* (почеркознавчої; лінгвістичної експертизи мовлення; технічної експертизи документів; експертизи зброї та слідів і обставин її використання; трасологічної (крім досліджень слідів пошкодження одягу, пов'язаних з одночасним спричиненням тілесних ушкоджень, які провадяться в бюро судово-медичної експертизи); фототехнічної, портретної; експертизи голограм; відео-, звукозапису; вибухотехнічної; матеріалів, речовин та виробів (лакофарбових матеріалів і покриттів; полімерних матеріалів; волокнистих матеріалів; нафтопродуктів і пально-мастильних матеріалів; скла, кераміки; наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів; спиртовмісних сумішей; ґрунтів; металів і сплавів; наявності шкідливих речовин у навколишньому середовищі; речовин хімічних виробництва та спеціальних хімічних речовин; харчових продуктів; сильнодіючих

і отруйних речовин); біологічної); *судово-медичної; судово-психіатричної; судово-бухгалтерської; біологічної; психологічної; ґрунтознавчої; судово-хімічної; ботанічної; інженерно-технічної* (інженерно-транспортної (автотехнічної, транспортно-трасологічної, залізнично-транспортної); дорожньо-технічної; будівельно-технічної; оцінно-будівельної; земельно-технічної; оцінно-земельної; експертизи з питань землеустрою; пожежно-технічної; безпеки життєдіяльності; гірничотехнічної; інженерно-екологічної; електротехнічної; комп'ютерно-технічної; телекомунікаційної). Поряд із вказаними видами інженерно-технічних експертиз експертні установи можуть провадити й інші їх види (підвиди) та комплексні технічні дослідження із залученням відповідних фахівців у певних галузях знань, зокрема авіаційного та водного транспорту; *економічної: бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій; товарознавчої: машин, обладнання, сировини й товарів народного споживання; автотоварознавчої; транспортно-товарознавчої; військового майна, техніки й озброєння; експертизи у сфері інтелектуальної власності: літературних і художніх творів; фонограм, відеограм, програм (передач) організації мовлення; винаходів і корисних моделей; промислових зразків; сортів рослин і порід тварин; комерційних (фірмових) найменувань, торговельних марок (знаків для товарів і послуг), географічних зазначень; топографій інтегральних мікросхем; комерційної таємниці (ноу-хау) і раціоналізаторських пропозицій; економічної у сфері інтелектуальної власності; мистецтвознавчої; фармацевтичної; зоотехнічної; екологічної; військової.*

З метою більш повного задоволення потреб слідчої та судової практики щодо вирішення питань, які потребують застосування наукових, технічних або інших спеціальних знань, можуть проводитись інші експертизи, наприклад, археологічна, експертизи волосся людини і тварин, продуктів харчування; такі дослідження, як судово-медична імунологія, судово-медична цитологія; судово-медична молекулярна біологія; а також мінералознавча, тактико-військова експертиза, генотипоскопічна експертиза.

В реаліях сьогоденної слідчої і правозахисної практики формується нова навчальна дисципліна – експертологія, яку ми рекомендуємо для включення до навчальних планів магістерських програм юридичних вузів.

Зростаючі потенційні можливості експертиз важко переоцінити в пошуках на вічні питання правосуддя «*Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?* – «Хто? Що? Де? З чією допомогою? Для чого? Яким чином? Коли?»), та щодо багатьох інших обставин.

Детально порядок проведення експертиз, компетенція експертів, предмети окремих експертних досліджень та перелік розв'язуваних при цьому питань, важливих, в тому числі для сторони захисту, є досить об'ємним науковим і навчальним матеріалом, який більш системно поданий в сучасному нашому виданні – Науково-практичному коментарі до КПК України¹.

Негласні слідчі (розшукові) дії – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню, дії спрямовані на збирання, перевірку чи дослідження фактичних даних у конкретному кримінальному провадженні, та які проводяться у разі крайньої необхідності, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом.

Аналіз наукових досліджень показує, що розгляд проблем інституту негласних слідчих дій набирає обертів в сучасній кримінально-процесуальній науці², але існуючі публікації не вичерпу-

¹ Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 14-те доповн. і перероб. К.: Правова єдність, 2017. С. 353–410.

² Глушков В. О., Білічак А. О. Процесуалізація оперативно-розшукової діяльності у контексті реформування кримінально-процесуального законодавства України. Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 65. С. 539–549; Гусаров С. М. Генезис запровадження негласних слідчих (розшукових) дій у законодавство та практичну діяльність правоохоронних органів України. Європейські перспективи. 2013. № 3. С. 35–39; Єськов С. В. Втручання у приватне спілкування як елемент системи слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. 2013. Вип. 2. С. 264–274; Колесник В. А. Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення: науково-практичний посібник. Київ: Прецедент, 2014. 135 с.; Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Доктринальні проблеми інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Міжнародний научний журнал «Верховенство права». 2016. № 4. С. 62–68; Лук'янчиков Є. Д., Лук'янчиков Б. Є. Визначення та система негласних слідчих (розшукових) дій. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія: Право. 2014. № 9–1. С. 1–17; Кудінов С. С., Шехавцов Р. М., Дроздов О. М., Гриненко С. О. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навчально-практичний посібник. Х.: «Оберіг», 2013. 344 с.; Никифорчук Д. Й., Ніколаюк С. І., Полювода В. В. та ін. Негласні слідчі (розшукові) дії: курс лекцій / за заг. ред. проф. Д. Й. Никифорчука. К.: НАВС, 2012. 176 с.; Скулиш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України. Вісник Національної академії прокуратури України. 2012. № 2. С. 17–18; Стратонов В. М., Стратонова О. В. Окремі проблеми слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник Львівської комерційної академії. Серія: Юридична.

ють всю складну проблему, особливо в аспектах виконання функції захисту.

Особливість захисту при застосуванні інституту негласних слідчих (розшукових) дій полягає в тому, що такі дії проводяться в режимі конфіденційності для сторони захисту, захисник не може взяти участь в їх проведенні. Однак, коли сторона обвинувачення залучає до кримінального провадження докази, які були отримані при застосуванні вказаних дій, з документів щодо дозволу на їх застосування та перебігу і результатів їх провадження знімається гриф таємності й відповідні матеріали мають бути надані для ознайомлення стороні захисту. Відтак захисник має змогу перевірити законність їх проведення та оцінити належність до справи, допустимість і достовірність представлених доказів, так би мовити в режимі ретроспективного дослідження.

Негласні слідчі дії в переважній більшості, а саме: передбачені ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 270, 271, 272, 274 КПК України, проводяться винятково у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Незначна кількість негласних слідчих (розшукових) дій проводиться незалежно від тяжкості злочину: зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК України); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України).

Негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені ст.ст. 268 (установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу), 269 (спостереження за особою, річчю або місцем) у виняткових невідкладних випадках, визначених ст. 250 КПК України, дозволяється проводити до постановлення ухвали слідчого судді.

Строки проведення негласних слідчих (розшукових) дій мають узгоджуватись зі строками слідства. Їх продовження, регламентоване частиною п'ятою ст. 246 КПК України, передбачає можливість

2015. № 1. С. 174–186; Антонов К. В., Сачко О. В., Тертишник В. М., Уваров В. Г. Теорія доказів: підручник / За заг. ред. д. ю. н, професора В. М. Тертишника. Київ: Алерта, 2015. 294 с.; Тертишник В. Непосредственное обнаружение и техническое документирование преступного деяния (концептуальная модель процессуального института и нового следственного действия). Право и политика. 2004. № 5. С. 113–118; Южно О. О. Окремі аспекти законодавства та практики застосування негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному судочинстві. Вісник ХНУВС. 2013. № 2(61). С. 169–178.

продовження на строки, більші ніж строки, на які можливе продовження строків слідства.

За результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії складається протокол, до якого в разі необхідності долучаються додатки. Відомості про осіб, які проводили негласні слідчі (розшукові) дії або були залучені до їх проведення, у разі здійснення щодо них заходів безпеки можуть зазначатися із забезпеченням конфіденційності даних про таких осіб у порядку, визначеному законодавством (ст. 252 КПК України).

Протокол про хід і результати проведеної негласної слідчої (розшукової) дії (або її етапів) складається слідчим, якщо вона проводиться за його безпосередньої участі, в інших випадках – уповноваженим працівником оперативного підрозділу, і має відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження та положенням ст. 104 КПК України.

Періодичність складання протоколів залежить від виду негласної слідчої (розшукової) дії, терміну її проведення, від доручення слідчого, прокурора, але в будь-якому разі – безпосередньо після отримання фактичних даних, які можуть використовуватись як докази для встановлення місця перебування особи, яка розшукується.

Проведення негласних слідчих (розшукових) дій може фіксуватися за допомогою технічних та інших засобів з дотриманням вимог ст. 107 КПК України.

Повідомлення осіб, щодо яких проводилися негласні слідчі (розшукові) дії, здійснюється після їх завершення і не пізніше звернення до суду з обвинувальним актом.

Європейський суд з прав людини у справі «Клас та інші проти Німеччини» зазначає, що особу повинні сповістити про застосування відповідних заходів одразу, але без ризику для забезпечення мети такого втручання.

Виготовлення копій протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них не допускається (ч. 3 ст. 254 КПК України).

Аналіз викладеної в законі системи негласних слідчих дій свідчить про низку недоліків.

По-перше, регулювання частини слідчих (розшукових) дій здійснюється з наявними серйозними обмеженнями конституційних прав і свобод людини. Наприклад, обстеження публічно недо-

ступних місць, житла чи іншого володіння особи шляхом таємного проникнення в них слідчого практично анулює наявні конституційні гарантії недоторканності житла людини, всупереч вимогам ст. 22 Конституції України.

По-друге, регулювання слідчих (розшукових) дій здійснюються без чіткого визначення понятійного апарату, належної системності й логічності, часто створюючи штучну конкуренцію правових норм.

По-третє, інститут негласних слідчих (розшукових) дій не отримав необхідної та досконалої процесуальної форми, яка б гарантувала отримання надійних доказів і належного захисту прав і свобод людини, реалізацію визнаних (підтримуваних й неухильно забезпечуваних) в практиці ЄСПЛ принципів юридичної визначеності та пропорційності.

Відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Отже, детальна регламентація слідчих дій є життєво необхідним фактом, що мінімізує помилки в збиранні й дослідженні доказів та обмежує владу в можливості свавілля, безпідставного втручання у права і свободи людини.

Реалізація принципу юридичної визначеності та пропорційності ставить під сумнів можливість застосування «негласного проникнення оперативного працівника в приміщення».

Існуючій системі негласних слідчих дій бракує досконалості, а саме системності, відповідності принципам верховенства права, юридичної визначеності, передбачуваності та пропорційності.

Більшість з негласних слідчих (розшукових дій), в особливості віднесених до групи контролю за вчиненням злочину (спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину), так і не отримали належної процесуальної регламентації, що залишає місце для свавілля та ставить під сумнів можливість застосування таких засобів, оскільки вони не відповідають закладеним в рішеннях Європейського суду з прав людини вимогам юридичної визначеності.

Аудіо-, відеоконтроль особи отримав куценьку регламентацію в ст. 260 КПК України. Аудіо-, відеоконтроль особи – це негласна слідча (розшукова) дія, що здійснюється за рішенням слідчого суд-

ді у провадженні щодо тяжких чи особливо тяжких злочинів, якщо іншим способом отримати інформацію неможливо, і полягає в негласному (без відома особи) спостереженні за особою та фіксації із використанням технічних засобів її розмови або інших дій, що стосуються кримінального правопорушення.

Аудіо-, відеоконтроль місця, згідно з приписами ст. 270 КПК України, полягає у здійсненні прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису у публічно доступних місцях, тобто суспільних місць, які не є володіннями окремих осіб, де особи перебувають серед інших людей, усвідомлюють це і не розраховують на конфіденційність перебування і спілкування там, куди можна увійти без згоди і відома інших присутніх у цьому місці осіб.

Для диференціації регламентованих законом дій варто мати на увазі, що публічно недоступним є будь-яке приватне володіння особи чи місце, де особа сподівається на приватність, конфіденційність свого перебування і, навпаки, «публічно доступним» слід вважати суспільне місце, місце яке не є володінням особи, де особа перебуває серед людей, усвідомлює це і не розраховує на приватність.

Спостереження за особою, річчю або місцем регламентовано в ст. 269 КПК України, яка визначає підстави і порядок спостереження за річчю, місцем чи особою, у *публічно доступних місцях*, чим такий захід фактично і відрізняється від аудіо-, відеоконтролю особи.

Публічно недоступним є місце, до якого неможливо увійти або в якому неможливо перебувати на правових підставах без отримання на це згоди власника, користувача або уповноважених ними осіб (ч. 2 ст. 267 КПК України).

Передбачаючи три різні, негласні слідчі (розшукові) дії («аудіо-, відеоконтроль місця», «аудіо-, відеоконтроль особи» та «спостереження за особою, місцем або річчю»), законодавець, чітко не визначивши предмет кожної зі слідчих дій, фактично регламентує одне й те саме «здійснення візуального спостереження за особою і технічне документування її діянь». Зазначимо побіжно, що відеоконтроль місця без перебування там особи навряд чи знайде серед системи доказів хоча б якусь поважну позицію, бо без людини, її дій чи бездіяльності безпосередньо саме місце (навіть з появою покемонів) нічого не варте. Адже в кримінальному процесі юридично значущим є лише те, що належить до правопорушення, яке здійснює, безумовно, людина.

Як аудіо-, відеоконтроль особи неможливий без вивчення і фіксації місця її перебування (людина існує в матеріальному світі, навіть якщо пододала закони гравітації й опинилась у космічному просторі), так і аудіо-, відеоконтроль місця юридично нікчемний без контролю людини як суб'єкта злочину, лише фіксація дій чи бездіяльності якої може стати доказовою діяльністю.

Захиснику варто мати на увазі, що будь-яка особа, дії якої документуються час від часу, а то й дуже часто може змінювати місце свого перебування і за незначний проміжок часу може побувати в місцях із різним юридичним статусом (у приватних, публічно доступних чи недоступних). Відповідно до чинного законодавства слідчому для забезпечення документування її перебування в кожному місці потрібно отримувати дозвіл на провадження різних окремих слідчих дій (аудіо-, відеоконтроль особи – ст. 260; спостереження за особою, місцем або річчю – ст. 269; аудіо-, відеоконтроль місця – ст. 270), а у процесі безперервного документування злочину слідчий змушений буде часто переходити від застосування одного інституту слідчої дії до іншого. З урахуванням названих законодавчих колізій важливо проаналізувати чи належну було проведено негласну слідчу (розшукову) дію, а, відповідно, і чи можуть бути допустимими отримані при цьому доказові матеріали, коли сама дія була сумнівною з огляду на її об'єкт, предмет та юридичну форму застосування (*Gutta cavat lapidem «капля довбає камінь»*).

Для удосконалення технології захисту при провадженні негласних слідчих (розшукових) дій варто звертати увагу на правові позиції ЄСПЛ, наукові аналізи, узагальнення та огляди існуючої слідчої та судової практики, а в майбутньому також на висновки новоствореного Верховного Суду України в особі Великої палати, які покликані узагальнювати судову практику та фактично актами тлумачення права та прикладами його застосування «творити» так необхідне при застосуванні складних процесуальних інститутів «вітчизняне прецедентне право».

Між тим, в судовій практиці уже є цікаві, потребуючі окремої уваги, неординарні приклади. Наведемо один з таких повчальних процесів, який описує адвокат доктор юридичних наук П. С. Луцюк у своїй статті «Визнання доказів недопустимими: деякі аспекти практичного застосування».

В судовому засіданні, у справі по обвинуваченню особи «в отриманні хабаря», стороною обвинувачення було надано, як доказ, протокол про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії від 27 липня 2013 року (т. 6, а. с. 55), згідно з яким старший оперуповноважений ОВС МВС України... за дорученням старшого слідчого ГСУ МВС України від 26 липня 2013 року № 13/9/2–357т у кримінальному, відкритому за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого частиною четвертою ст. 368 КК України, відповідно до ст. 260 КПК України, на підставі ухвали Апеляційного суду м. Києва від 26 липня 2013 року № 01–7859т, а саме: аудіо-, відеоконтролю особи М. За результатами проведених заходів, відповідно до ст. 252 КПК України, отримано наступну інформацію, що має значення для досудового розслідування у кримінальному провадженні, а саме: 27 липня 2013 року о 12 год 08 хв, в приміщенні кабінету № 220, який знаходиться ..., відбулася зустріч ректора з метою обговорення питання вступу племінниці до вказаного ВНЗу на денну форму навчання. Після чого, Ш. передав особисто в руки М. квитанцію про оплату грошових коштів в розмірі 40 000 грн.

Також стороною обвинувачення надано постанову прокурора відділу процесуального керівництва та підтримки державного обвинувачення у кримінальних провадженнях про корупційні злочини Генеральної прокуратури України від 26 липня 2013 р. про проведення контролю за вчиненням злочину, згідно з якою: 1. Для отримання доказів злочинної діяльності та повного викриття схеми, пов'язаної з одержанням неправомірної вигоди ректором, встановлення його вини та інших можливо причетних до цього осіб, здійснити контроль за вчиненням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту у вигляді контрольованої передачі грошових коштів в якості неправомірної вигоди з використанням аудіо- та відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження; 2. Під час здійснення контролю за вчиненням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту застосувати спеціальні імітаційні засоби у вигляді заздалегідь ідентифікованих грошових купюр у сумі 5000 доларів США та відповідно 80 000 гривень; 3. Проведення спеціального слідчого експерименту, пов'язаного з контрольованою передачею грошових коштів у якості неправомірної вигоди

доручити співробітникам МВС України...; 4. Фактичні результати спеціального слідчого експерименту використати як докази у кримінальному судочинстві.

Позиція захисту у цій справі, яка була сприйнята і судом, частково будувалась на аналізі чинного законодавства. Зокрема, згідно з частиною четвертою ст. 246 КПК України *виключно прокурор* має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину. Разом з тим частина восьма ст. 271 КПК України встановлює, що якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді згідно з вимогами цього Кодексу. Відповідно до частини першої ст. 260 КПК України аудіо-, відеоконтроль особи є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю або місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування.

Таким чином, суд дійшов висновку, що викладене в пункті першому резолютивної частини постанови прокурора відділу процесуального керівництва та підтримки державного обвинувачення у кримінальних провадженнях про корупційні злочини Генеральної прокуратури України від 26 липня 2013 року про проведення контролю за вчиненням злочину, а саме те, що для отримання доказів злочинної діяльності та повного викриття схеми, пов'язаної з одержанням неправомірної вигоди ректором, встановлення його вини та інших можливо причетних до цього осіб, здійснити контроль за вчиненням злочину шляхом проведення спеціального слідчого експерименту у вигляді контрольованої передачі грошових коштів в якості неправомірної вигоди з використанням аудіо- та відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження, в частині використання аудіо- та відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження порушує вимоги частин першої та другої ст. 258, ст. 260, частини восьмої ст. 271 КПК України, оскільки використання аудіо- та відеоконтролю, фотографування та застосування спеціальних технічних засобів для спостереження може

бути здійснено лише на підставі ухвали слідчого судді. Стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на тимчасове обмеження прав обвинуваченого М., а саме про надання дозволу на втручання у приватне спілкування особи, яке проводиться без її відома.

З огляду на викладене, приймаючи до уваги суперечливість даних, зафіксованих в протоколі про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії від 27 липня 2013 року, матеріалам, які зберігаються на карті мікро SD «Transcend» 4 GB I № 1049т, та встановленим в судовому засіданні обставин, а також приймаючи до уваги, що дані докази отримано внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, суд, керуючись вимогами ст. 87 КПК України, ст. 62 Конституції України визнає дані, отримані під час проведення контролю за вчиненням злочину, хід і результати якого зафіксовано в протоколі про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії від 27 липня 2013 року (т. 6, а.с. 55), та матеріали, які зберігаються на карті мікро SD «Transcend» 4 GB I № 1049т, запис розміром 79 МБ від 27 липня 2013 року тривалістю 3 хвилини, початок запису 12 годин 08 хвилин, кінець – 12 годин 11 хвилин, які є додатком до цього протоколу (т. 6, а.с. 61), недопустимими доказами і не використовує їх при прийнятті процесуального рішення по даному кримінальному провадженню, у зв'язку з чим виключає їх з переліку доказів¹.

До цього слід додати, що в подібних справах часто-густо спостерігаються недопустимі дії – ознаки провокації злочину. Ці проблемами все більше аналізуються в наукових виданнях та аналітичних узагальненнях судової практики².

¹ Луцок П. С. Визнання доказів недопустимими: деякі аспекти практичного застосування // Я и закон. URL: <http://yaizakon.com.ua/priznanie-dokazatelstv-nedopustimymi-nekotorye-aspekty-prakticheskogo-primeneniya/>

² Солодко Є. Операція провокація // Юридична газета. 28 серпня 2015. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/operaciya-provokaciya.html>; Погорецький М. А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності // Вісник кримінального судочинства. 2016. № 1. С. 33–43; Волженкин Б. Провокация или оперативный эксперимент // Законность, 1996. № 6. С. 26–30; Назаров А. Д. Провокации в оперативно-розыскной деятельности. М.: Юрлитинформ, 2010. 152 с.; Понзель М. Г. Спеціальний слідчий експеримент як розповсюджений спосіб приховати заздалегідь сплановані провокацію та підбурювання у корупційних справах та справах про обіг наркотичних засобів // Протокол. 14.11.2017 URL: http://protokol.com.ua/ua/spetsialniy_slidchiy_eksperiment_yak_rozpovsyudgeniy_sposib_prihovati_zazdalegid_splanovani_provokatsiyu_ta_pidburyuvannya_u_koruptsiynih_spravah_ta_spravah_pro_obig_narkotichnih_zasobiv/.

Не менш важливо вжити заходів щодо встановлення достовірності отриманих матеріалів технічного документування, включаючи ініціювання відповідних криміналістичних експертиз і постановки питань щодо ідентифікації зафіксованих на них осіб за їх зовнішністю, голосом тощо, а також не менш важливим є отримання відповіді на питання щодо наявності чи відсутності монтажу розмов чи інших зафіксованих на представлених плівках фактів.

Звертає на себе увагу те, що такі перелічені в законі слідчі (розшукові) дії, як аудіо-, відеоконтроль особи, спостереження за особою, місцем або річчю, та аудіо-, відеоконтроль місця гуртуються на одному й тому ж методі пізнання і фіксування в кримінальному провадженні – візуальному спостереженні та технічному документуванні, і скоріше «штучно втиснуті» в різні види і процесуальні форми окремих слідчих дій, хоча можуть з більшим успіхом регламентуватись окремою слідчою дією – безпосереднє спостереження і документування.

Арешт, огляд та виїмка кореспонденції – негласна слідча (розшукова) дія, яка провадиться в порядку, передбаченому ст. ст. 261–262 КПК України, тільки за рішенням слідчого судді та полягає в накладенні арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію, її негласному відкритті й огляді, її виїмці або знятті копії чи отриманні зразків, нанесенні на виявлені речі й документи спеціальних позначок, обладнанні їх технічними засобами контролю, заміні речей і речовин на аналоги, фіксації та виїмці кореспонденції, на яку накладено арешт.

Предметом огляду виїмки в цій слідчій дії є поштово-телеграфна кореспонденція, яка відповідно до конституційних принципів таємниці листування має окремий статус обмеженої недоторканності. До кореспонденції, на яку може бути накладено арешт, належать: листи всіх видів, бандеролі, посилки, поштові контейнери, перекази, телеграми, радіограми тощо. Кореспонденція – це всі види поштово-телеграфних відправлень, що надходять для пересилання в органи зв'язку. Не належать до поштово-телеграфної кореспонденції передплачені газети й журнали.

Місцем проведення цієї слідчої дії є поштово-телеграфна установа. Кореспонденція, що знаходиться поза такими установами, вилучається в порядку провадження обшуку, тимчасового доступу та вилучення або огляду залежно від місця її знаходження і відомостей про це.

Захиснику варто звернути особливу увагу на такі моменти:

1) на кореспонденцію яких саме осіб був накладений арешт ухвалою слідчого судді. Чи не була вилучена і залучена до справи кореспонденція осіб, щодо яких не поширювалась дія ухвали слідчого судді.

2) на дотримання принципу пропорційності. Зокрема, чи можливо було досягти мети кримінального провадження без застосування даних, суттєво обмежуючих права і свободи людини, заходів.

3) на доцільність застосування положень ст. 250 КПК України щодо невідкладного проведення негласної слідчої (розшукової) дії до постановлення ухвали слідчого судді.

4) на забезпечення охорони таємниці переписки та конфіденційності обставин приватного життя людини при здійсненні даної слідчої дії. Слід мати на увазі, що огляд і виїмка поштово-телеграфної кореспонденції провадиться у присутності винятково працівників поштово-телеграфної установи (які є понятими при даній процедурі), що пояснюється необхідністю максимального забезпечення таємниці листування, захисту приватного життя людини й нерозголошення конфіденційної інформації, мінімізації розголошень слідчої таємниці.

5) на забезпечення неприпустимості розголошення недостовірної інформації про людину.

6) на дотримання строків арешту кореспонденції. Арешт, накладений на кореспонденцію, скасовується після закінчення терміну, встановленого слідчим суддею для виконання даної дії, чи навіть раніше, коли раніше завершується розслідування, або коли у здійсненні цих заходів уже немає потреби.

За загальним правилом максимальний строк, протягом якого в одному кримінальному провадженні може тривати проведення негласної слідчої (розшукової) дії, дозвіл на проведення якої дає слідчий суддя, не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені ст. 219 КПК України, а саме: а) досудове розслідування повинно бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину; б) строк досудового розслідування може бути продовжений і не може перевищувати дванадцяти місяців із дня повідомлення особі про підозру у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Проблематичним залишається положення частини четвертої ст. 249 КПК України про те, що «у разі якщо така негласна

слідча (розшукова) дія проводиться з метою встановлення місцезнаходження особи, яка переховується від органів досудового розслідування, слідчого судді чи суду, та оголошена в розшук, вона може тривати до встановлення місцезнаходження розшукуваної особи». Необмежені часом дії щодо контролю кореспонденції можуть вступати в протиріччя з принципами верховенства права та пропорційності.

Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж має здійснюватися відповідно до спеціальних приписів ст. 263 та загальних правил провадження негласних слідчих (розшукових) дій, визначених у ст. ст. 246–257 КПК України.

Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (мереж, що забезпечують передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого виду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами доступу) полягає у проведенні із застосуванням відповідних технічних засобів спостереження, відбору та фіксації змісту інформації, яка передається особою та має значення для досудового розслідування, а також одержанні, перетворенні і фіксації різних видів сигналів, що передаються каналами зв'язку, та здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, якщо під час його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження.

До інформації, яка може бути зафіксована із застосуванням цієї слідчої дії, належить інформація, що передається технічними каналами зв'язку – телефоном, мобільними засобами телефонного, електронного чи радіозв'язку, за допомогою комп'ютерної мережі зв'язку, включно із засобами Інтернету: комп'ютерна телефонія [IP-phone], [e-mail], комп'ютерний пейджер [листування методом ICQ – обмін короткими текстовими повідомленнями в режимі реального часу шляхом набору тексту на клавіатурі комп'ютера] тощо. Розмови людей віч-на-віч (один-на-один), незважаючи на технічні можливості, не можуть прослуховуватися в порядку проведення цієї слідчої дії і не є її об'єктом.

До інформації, що підлягає фіксуванню із застосуванням процесуальної форми цієї слідчої дії, не належать дані операторів телефонних розмов та Інтернет-провайдерів щодо частоти і тривалості розмов абонентів, часу перебування абонента в мережі зв'язку та інша інформація технічного чи фінансового характеру.

Допустимими до використання як докази можуть бути лише матеріали, одержані суб'єктом, уповноваженим на здійснення відповідної дії, одержані з винесеним відповідно до закону рішенням, із дотриманням гарантованих Конституцією України гарантій недоторканності особистого життя людини й таємниці телефонних та інших розмов, самі матеріали всебічно досліджені, зокрема експертами, і є достовірними, немає ніяких сумнівів щодо наявності ознак монтажу.

Для визначення достовірності фактичних матеріалів технічного документування може бути призначена криміналістична експертиза, експертиза матеріалів і засобів відео-, звукозапису, експертиза телекомунікаційних систем та засобів, експертиза комп'ютерної техніки і програмних продуктів. На вирішення експертизи можуть бути поставлені питання: «Чи є голос, зафіксований на фонограмі, голосом конкретної особи?» або «Чи є ознаки механічного й електронного монтажу на фонограмі?». Для ідентифікації осіб за мовою чи голосом, записаним на фонограмі, експертові надаються фонограми з записами мовлення осіб, які перевіряються.

При цьому захист має враховувати можливості експертизи, зокрема, якщо експерти мають змогу визначитись чи є голос конкретної особи, голосом, наприклад, підзахисного, то встановити наявність чи відсутність монтажу при сучасних цифрових технологіях звукозапису експертам практично неможливо. У захисника, таким чином, є підстави трактувати усі згадані сумніви на користь підзахисного.

Зняття інформації з електронних інформаційних систем – це нова слідча (розшукова) дія, регламентована ст. 264 КПК України, зміст якої полягає в одержанні інформації, що міститься в електронних інформаційних системах (планшетах, смартфонах, персональних комп'ютерах, або на зовнішніх накопичувачах інформації, що приєднувалися до електронних інформаційних систем, в автоматичних системах чи комп'ютерних мережах), та яка може проводитись або за згодою власника, володільця чи утримувача такої електронної інформаційної системи, та якщо доступ до неї не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту, або в примусовому порядку за ухвалою слідчого судді.

Зняття інформації з електронних інформаційних систем може здійснюватися як шляхом безпосереднього фізичного доступу

до них, включаючи застосування процедури обшуку, так і негласно, шляхом застосування спеціальних програмних продуктів із подоланням системи логічного захисту й полягає в копіюванні інформації із жорсткого диска (дисків) та інших електронних носіїв інформації. Особливість об'єкта дослідження зумовлює необхідність залучення до проведення цієї слідчої дії спеціаліста – фахівця у сфері комп'ютерних технологій.

При застосуванні даної слідчої дії можлива конкуренція даного інституту з інститутами обшуку, тимчасового доступу до речей і документів та їх вилучення і арешту.

Тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється шляхом зняття копії інформації, що міститься в таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення (ст. 159 КПК України).

Забороняється тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, крім випадків, коли їх надання разом з інформацією, що на них міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження, або якщо такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

У разі потреби слідчий чи прокурор здійснює копіювання інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах. Копіювання такої інформації здійснюється із залученням спеціаліста.

Тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише у разі, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду (ст. 168 КПК України).

Відтак, регламентовані ст. 264 КПК України дії, можуть здійснюватися як самостійна слідча дія лише коли застосовуються в примусовому порядку за ухвалою слідчого судді негласно, або коли проводяться за згодою володільця (тоді втрачаються ознаки

негласності даної дії). Але даною дією передбачається лише зняття інформації з електронних інформаційних систем. Їх вилучення може мати місце при обшуку, або потребує окремого рішення, згідно з вимогами ст. ст. 187–169 КПК України.

При цьому до вилученого майна має застосовуватись найменш обтяжливий спосіб його арешту, тобто такий спосіб арешту майна, який не призведе до зупинення або надмірного обмеження правомірної підприємницької діяльності особи, або інших наслідків, які суттєво позначаються на інтересах інших осіб (ч. 4 ст. 173 КПК України).

Недостатня юридична визначеність юридичної форми проведення даної слідчої дії та існуючі конкуренції правових норм обумовлюють і систему дій сторони захисту щодо забезпечення прав і свобод людини. Особливу увагу варто звертати на законність дій щодо об'єктів інформаційних технологій, захисту інтелектуальної власності, охорону сфери приватного життя, допустимості та достовірності використовуваної стороною обвинувачення інформації, отриманої з електронних інформаційних систем.

Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу є новою негласною слідчою (розшуковою) дією, передбаченою ст. 268 КПК України, та проводиться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої в порядку, передбаченому ст. ст. 246, 248–250 КПК України.

В реаліях слідчої практики даний захід застосовується переважно для організації розшуку і затримання підозрюваного, носить невідкладний характер і звернення до слідчого суддя за дозволом на його проведення за таких умов можна уявити хіба що віртуально. Застосування такого заходу згідно з приписами закону у невідкладних випадках може здійснюватися без ухвали слідчого судді, за правилами ст. 250 КПК України. За умови прийняття рішення слідчого, узгодженого з прокурором, про невідкладність проведення відповідної дії, положення закону про те, що, якщо слідчий суддя постановить ухвалу про відмову в наданні дозволу на проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії, то її проведення має бути негайно припинене, а отримана внаслідок такої негласної слідчої (розшукової) дії інформація – знищена (ч. 4 ст. 250 КПК України), фактично має ознаки банального законотворення. Зазвичай у її проведенні на момент звернення до слідчого судді і так практично уже

немає сенсу, оскільки її мета – встановити місце перебування підозрюваного для його затримання – досягнута (затримання здійснено). Рішення про те, що отримана внаслідок такої негласної слідчої (розшукової) дії інформація має бути знищена, теж стає банальним, оскільки сама дія не була спрямована на отримання доказів, носила за своїм змістом характер оперативно-розшукового заходу, а отримана інформація уже втратила актуальність і її знищення не є трагедією. Виникає ситуація, коли проведення даного заходу без дозволу слідчого судді може стати нормою, як і безпроблемне знищення отриманих матеріалів, які вже стали непотрібними. Відтак при застосуванні даного заходу лише для затримання підозрюваного стороною захисту практично не надаються для ознайомлення матеріали даного заходу і не виникає питань для реалізації функції захисту і змагальності сторін за даними обставинами.

Інша справа, коли даний захід застосовується для фіксації, наприклад, перебування особи в певний час і в певному місці, зокрема на місці злочину, що може мати доказову силу.

Сторона захисту, зважаючи на куцу правову регламентацію даної дії в ст. 268 КПК України, має аналізувати дотримання загальних правил провадження негласних слідчих дій, викладених у ст. ст. 246–257 КПК України¹.

Моніторинг банківських рахунків – передбачена ст. 269–1 КПК України негласна слідча (розшукова) дія, яка проводиться на підставі ухвали слідчого судді, повноваження провадження якої належить винятково до компетенції детективів Національного антикорупційного бюро України і прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та змістом якої є отримання інформації про операції, що здійснюються на одному або кількох банківських рахунках.

У детективів можуть виникати фактичні підстави для накладення арешту на банківські рахунки (ст. 170 КПК України), а для оформлення юридичного рішення про арешт потрібен певний час, в який вони не завжди вкладаються.

Важливо враховувати, що згідно з приписами ч. 9 ст. 170 КПК України у невідкладних випадках і виключно з метою забезпечення можливої конфіскації чи спеціальної конфіскації майна у кримінальному провадженні щодо тяжкого чи особливо тяжкого злочи-

¹ Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 14-те доповн. і перероб. К.: Правова єдність, 2017. С. 410–422.

ну за рішенням Директора Національного антикорупційного бюро України (або його заступника), погодженим прокурором, «може бути накладено *попередній арешт* на майно або кошти на рахунках фізичних або юридичних осіб у фінансових установах». «Такі заходи застосовуються строком до 48 годин. Невідкладно після прийняття такого рішення, але не пізніше ніж протягом 24 годин, прокурор звертається до слідчого судді із клопотанням про арешт майна. Якщо у визначений цією частиною строк прокурор не звернувся до слідчого судді із клопотанням про арешт майна або якщо в задоволенні такого клопотання було відмовлено, попередній арешт на майно або кошти вважається скасованим, а вилучене майно або кошти негайно повертаються особі».

Стороні захисту варто звертати увагу на те, що у разі задоволення клопотання про арешт рахунків слідчий суддя, згідно з вимогами частин другої та четвертої ст. 173 КПК України, має враховувати як правову підставу для арешту майна та можливість спеціальної конфіскації майна (якщо арешт майна накладається у випадку, передбаченому пунктом 2 частини другої ст. 170 КПК України), так і *застосовувати найменш обтяжливий спосіб* арешту, який не призведе до зупинення або надмірного обмеження правомірної підприємницької діяльності особи, або інших наслідків, які суттєво позначаються на інтересах інших осіб.

«Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК), як слушно зазначає Валентин Богунов, взагалі є окремим напрямом оперативно-розшукової діяльності, який охоплює цілий комплекс заходів: підбір агентів, оформлення низки документів-прикриття, підбір квартири-прикриття, навіть дружини-прикриття, не кажучи вже про створення вигаданих підприємств. То яка ж це слідча дія? Яким чи якими і скількома протоколами її треба оформити?».¹ Схоже, законодавці взяли за непосильну ношу – регулювати те, що для них відбувається за закритими дверима, чого вони ніколи не бачили, не розуміють і не побачать.

Заявляючи про недопустимість використання стороною обвинувачення матеріалів, здобутих при проведенні недостатньо юри-

¹ Богунов В. Негласні слідчі дії для слідчого – «золоте дно», яке адвокат здатен перетворити в пекло» URL: http://zib.com.ua/ua/95954-neglasni_slidchi_dii_dlya_slidchogo_-_zolote_dno_yake_advoka.html

лично визначеного заходу, захисник має виходити з постулату закону «Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом» (ч. 1 ст. 85 КПК України), роблячи акцент на тому, що закон лише називає указані заходи, але детально не регламентує їх провадження та фіксацію їх перебігу і отриманих результатів, які були б достатніми для перевірки законності проведення застосованих заходів і достовірності отриманих фактичних даних. Отримані при застосуванні вказаних негласних дій дані, придатні лише, як мовиться «Ad narrandum, non ad probandum – «для розповідання, а не для доказування».

Багато проблем виконання функції захисту породжуються застосуванням в ході досудового слідства таких проблематичних заходів, які законодавець назвав «контроль за вчиненням злочину» (ст. 271 КПК України).

Проблематичність полягає в тому, що вказані негласні заходи не отримали належної і достатньої юридичної визначеності, окремі з них в багатьох параметрах не відповідають конституційним нормам, положенням міжнародних правових актів та правовим позиціям ЄСПЛ, а їх негласне, таємне провадження не дозволяє здійснювати належний правозахисний публічний контроль за самим «негласним контролем за вчиненням злочину», а, відтак, і вжити ефективних заходів протидії проти зловживань.

У справі «Фуке проти Франції» (10828/84, рішення від 25 лютого 1993 року) ЄСПЛ підкреслює важливість того, щоб «законодавство і практика передбачали достатні та ефективні гарантії проти зловживань».

Регламентуючи контроль за вчиненням злочину, КПК України розмістив таку загадкову формулу – «Порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством» (ч. 5 ст. 271 КПК України). Тут ми маємо унікальний посил, коли законодавець, який повинен був би це зробити, приймаючи КПК України, як комплексний законодавчий акт, цього так і не зробив, відтермінувавши цю роботу до віртуальних інших законів майбутнього, а більше того, «замахнувся» на те, щоб навіть «тактика» названих ним дій (яка зазвичай обирається залежно від слідчої ситуації за умови конфіденційності), відтепер також регламентувалась законодавством. Що ж таке так-

тика і як її регламентувати законодавець «змовчав». *Ad impossibilia nemo tenetur* – «неможливо змушувати виконувати неможливе».

Контроль за вчиненням злочину, згідно з частиною третьою ст. 246 та ст. 372 КПК України, може здійснюватися за рішенням прокурора у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або *вчиняється* тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах:

- 1) контрольована поставка;
- 2) контрольована та оперативна закупка;
- 3) спеціальний слідчий експеримент;
- 4) імітування обстановки злочину.

Отже, дані слідчі дії застосовуються не для пізнання обставин події минулого, а для фіксації і здобуття доказів злочину, який ще не завершився, який «готується чи вчиняється».

Контроль за вчиненням злочину не проводиться, якщо внаслідок таких дій неможливо повністю запобігти заподіяння будь-кому тяжких тілесних ушкоджень чи інших негативних наслідків, зазначених в частині другій ст. 271 КПК України.

Ні закон, ні відомчі нормативні акти, на жаль, так і не розкрили різницю між спеціальним слідчим експериментом та імітуванням обстановки злочину, а фактично так і не регламентували процедуру провадження вказаних та інших засобів і форм контролю за вчиненням злочину, поданих у ст. 271 КПК України.

Спеціальний слідчий експеримент зазвичай у оперативно-розшуковій практиці полягає у спостереженні та фіксуванні намірів і дій підозрюваної особи, а за потреби – і її затриманні на місці злочину в спеціально створених слідчим та оперативним підрозділом відповідних штучних умовах, в обстановці, максимально наближеній до реальної, що дає можливість перевірити справжні наміри певної особи, яка вчиняє серійні, епізодичні та інші тяжкі чи особливо тяжкі злочини.

Імітування обстановки злочину також полягає у спостереженні та фіксуванні намірів і дій підозрюваної особи, у штучно створених слідчим чи уповноваженою особою оперативного підрозділу умовах, але з використанням імітаційних засобів, які створюють в оточення уявлення про вчинення реального злочину, з метою викриття відомої чи невідомої особи (осіб), яка планувала чи замовляла його вчинення. Наприклад, для викриття замовника вбивства перевтіле-

ні в кілерів співробітники оперативних служб можуть разом із потенційною жертвою імітувати реальне виконання завдання замовника і брати його на місці злочину під час оплати замовлення.

На практиці такі спеціальні слідчі експерименти та імітування обстановки злочину часто полягають у ризикових діях, пов'язаних, наприклад, із заміною потенційної жертви злочину на підготовленого для захоплення злочинця співробітника (наприклад, вихід на територію, де орудує сексуальний маніяк, привабливих, сексапільного вигляду жінок-співробітниць оперативних підрозділів тощо). При застосуванні таких заходів фактично здійснюється комплекс оперативно-розшукових заходів, розосереджених у просторі й часі, які неможливо ні контролювати та перевіряти стороною захисту, ні всебічно і об'єктивно зафіксувати самим слідчим протоколом окремої слідчої дії. Повна конфіденційність здійснюваних заходів і неможливість перевірити їх результати навіть при їх легалізації, є підставою для сторони захисту наполягати на неможливості їх використання в доказуванні.

Разом з тим завдяки саме таким заходам вдалося розкрити замовлення вбивства відомого адвоката Олександра Погорілого в м. Одесі. У цій детективній історії сам адвокат тривалий час виконував, ризикуючи життям, роль наживки для кілера, здійснюючи акторську гру на місці події як «жертва закінченого злочину». Таке імітування обстановки злочину часто містить повний комплекс об'єднаних єдиним задумом і метою як негласних слідчих дій, так і оперативно-розшукових заходів, здійснюваних у різних умовах простору і часу.

Для забезпечення отримання доказів зазвичай застосовують технології контролю мобільних апаратів зв'язку, аудіо-, відеоконтролю особи і місця (система негласних слідчих (розшукових) дій). Відповідно, окремі слідчі (розшукові) дії, які здійснюються в комплексі заходів, можуть стати засобом отримання доказів. Але при цьому захиснику слід перевірити наявність фактичних і юридичних підстав та дотримання процедури їх проведення. Зауважимо, що відповідно до ч. 8 ст. 271 КПК України «якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді...».

Імітування обстановки злочину – не менш проблематичний захід, ніж контрольована поставка, може здійснюватися на межі провокації певних дій з метою виявлення злочинних намірів.

Інтересами правосуддя може бути виправдано лише такі пізнавальні заходи, які не мають елементів підбурювання та провокації протиправних дій, здійснюються в умовах крайньої необхідності, без яких досягти захисту більш вагомих благ неможливо, до того ж мета їх застосування має бути суспільно вагомою, а засіб досягнення – найменш обтяжливим у конкретних умовах кримінального провадження.

Контрольована поставка полягає в організації і здійсненні слідчим та оперативним підрозділом контролю за переміщенням (перевезенням, пересиланням, передачею, ввезенням, вивезенням з України чи транзитним переміщенням її територією) товарів, предметів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, з метою виявлення ознак злочину та фіксації фактичних даних про протиправні діяння осіб, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України.

Стаття 456 Митного кодексу України («Контрольовані поставки наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів») визначає: «Відповідно до законів України митні органи з метою виявлення джерел і каналів незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, осіб, які беруть участь у цьому, разом з іншими державними органами, що мають право здійснювати оперативно-розшукову діяльність, можуть використовувати метод контрольованої поставки зазначених засобів, речовин і прекурсорів. Порядок проведення контрольованої поставки визначається цим Кодексом і відповідним нормативно-правовим актом центрального органу виконавчої влади...».

Згідно з частиною третьою ст. 271 КПК України «під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні».

Вищезгадана норма уже фактично нівелює саму можливість визнання контрольованої поставки засобом здобуття доказів (слідчою дією), оскільки без поставки певного об'єкта не було і його придбання, а, отже, самого злочину. Поставка (навіть контрольована) є фактично провокацією придбання, різновидом підбурювання до придбання.

Недосконалість і проблематичність контрольованої поставки зосереджує увагу поважних правових інституцій. Так, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини у своїй щорічній доповіді 2013 року зазначає, що найпоширенішим предметом скарг, що надходять до Уповноваженого з прав людини з різних регіонів країни, є провокування співробітниками правоохоронних органів злочинів шляхом оперативних закупок і поставок наркотичних засобів.

Європейський суд з прав людини у справі «Тейксієра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р., яка стосувалась засудження заявника за торгівлю наркотиками в результаті провокації агентів поліції, зазначив: «Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання». Суд наголосив, що «...немає підстав вважати, що без їх (агентів) втручання його (злочин) було б скоєно. Таке втручання та його використання у сумнівному кримінальному провадженні означало з самого початку, що заявника було остаточно позбавлено права на справедливий судовий розгляд. Відповідно, мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». У справі «Любченко проти України» Європейський суд ще раз порушив перед сторонами питання щодо провокації злочину з боку поліції.

За своїм змістом контрольована поставка мало чим відрізняється від провокування злочину та часто носить елементи співучасті у злочині. З огляду на це виникають проблеми щодо можливості застосування цього заходу в слідчій практиці. Європейський суд з прав людини у своєму рішенні в справі «Делькорт проти Бельгії» від 17 січня 1970 р. визначив, що «суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання».

У справі «Раманаускас проти Литви» ЄСПЛ звертає увагу на те, чи був би вчинений злочин без втручання органів влади і чи міг би відбутись він без такого втручання. Європейський суд з прав людини визнав незаконним підбурювання, без якого злочинна по-

дія б не відбулась, і зазначив: «Підбурювання з боку поліції є там, де залучені посадові особи – співробітники служб безпеки або особи, що діють за їхнім розпорядженням – не обмежувані фактично необхідною пасивною слідчою діяльністю, а такі, що здійснюють такий вплив на особу, як підбурювання до вчинення злочину, що в іншому випадку не був би вчинений, з метою забезпечити докази й почати кримінальне переслідування...».

Аналіз ситуації засвідчує, що, якщо під час контрольованої закупки особа, яка потрапила в сферу оперативних інтересів, уже зберігає наркотичний засіб, чим фактично вже вчиняє злочин, то під час контрольованої поставки у відповідної особи склад злочину виявляється лише після «провокації придбання». Висновок: контрольована поставка не відповідає завданням кримінального провадження, вимогам принципів юридичної визначеності, верховенства права і пропорційності, а, отже, не має застосовуватись у кримінальних провадженнях і має бути вилучена із системи слідчих дій¹.

З указаної системи визначених законом заходів, що охоплюються поняттям «контроль за вчиненням злочину», виходячи з пізнавальної спрямованості та за умови більш детальної юридичної визначеності, до числа слідчих дій беззаперечно можна віднести хіба що контрольовану закупку.

Інтересами правосуддя можуть бути виправдані лише такі пізнавальні заходи, які не носять елементів підбурювання та провокації протиправних дій, здійснюються в умовах крайньої необхідності, без яких досягти захисту більш вагомих благ неможливо, при цьому мета їх застосування має бути суспільно вагомою, а засіб досягнення найменш обтяжливим у конкретних умовах кримінального провадження. Контрольована поставка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину, рівно як і виконання спеціального завдання чи використання конфіденційного співробітництва, по суті являються спеціальними часто здійснюваними в режимі конспіративності розвідувальними, контррозвідувальними та оперативно-розшуковими заходами чи оперативними комбінаціями, а отже мають регламентуватись у спеціальних окремих законах і секретних нормативних актах, не можуть аналізуватись

¹ Тертишник В.М., Уваров В.Г., Сачко О.В. Контроль за вчиненням злочину: зміст, форма та юридична визначеність // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. № 4. С. 132–135.

і розглядатись у системі слідчих дій, а відповідно не стають засобами здобуття допустимих доказових фактичних даних¹.

Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи – новий, сумнівний з точки зору верховенства права, пізнавальний захід, передбачений ст. 267 КПК України, в якій визначено: слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів, з метою: 1) виявлення і фіксації слідів вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування; 2) виготовлення копій чи зразків зазначених речей і документів; 3) виявлення та вилучення зразків для дослідження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину; 4) виявлення осіб, які розшукуються; 5) встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи.

Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів, не повинно регламентуватись як слідча дія і засіб отримання доказів у кримінальному процесі, адже суттєво обмежує права людини на недоторканність житла, чим суперечить ст. 22 Конституції України, не передбачає достатніх і ефективних гарантій проти зловживань, чим не відповідає рішенням Європейського суду з прав людини (див. справа «Імакаєв проти Росії» (рішення від 09 листопада 2006 року № 7615/02). Подібного роду заходи можуть застосовуватись як виняток з правила лише у сфері розвідувальної та контррозвідувальної діяльності та протидії тероризму, результати яких не можуть використовуватись у сфері кримінального судочинства.

Саме на недосконалоості законодавства захисник може досягти багато чого в забезпеченні захисту підозрюваного.

У справі «Круслен проти Франції» ЄСПЛ вимагає, щоб була забезпечена певна «якість закону»: щоб він був доступний для людини і вона також могла передбачати наслідки його застосування, або щоб закон не суперечив верховенству права. Закон має містити досить зрозумілі й чіткі формулювання, які давали б громадянам належне уявлення стосовно обставин та умов, за яких державні ор-

¹ Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Доктринальні проблеми інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Міжнародний научний журнал «Верховенство права». 2016. № 4. С. 62–68.

гани уповноважені вдаватись до цього таємного і потенційно небезпечного втручання у право на повагу до приватного життя та кореспонденції. Небезпека свавілля є особливо очевидною, коли влада здійснює свої функції таємно.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 29 червня 2010 року у справі № 1–25/2010 за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини визначив: «Одним із елементів верховенства права є *принцип правової визначеності*, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями». Тобто, обмеження будь-якого права має базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

В оскарженні допустимості доказів при провадженні «проблемних» слідчих (розшукових) дій, захисник має використати практику Європейського суду з прав людини, зокрема його правові позиції та принципи.

Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) у доповіді про верховенство права вказала на такі його необхідні елементи: *законність і прозорість ухвалення законів; правову визначеність*, яка передбачає легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечену можливість скористатись цим правом; *заборону державного свавілля*, зокрема обмеження дискреційних повноважень органів держави, обґрунтованість їх рішень; *ефективний доступ до правосуддя* у незалежних і неупереджених судах, судовий контроль за законністю та конституційністю актів державної влади, функціонування незалежної адвокатури, виконання рішень судів; *дотримання прав людини*, передусім гарантованість права на ефективний засіб правового захисту, на справедливий суд, право бути вислуханим, презумпція невинуватості, заборона зворотної дії закону; *недискримінацію і рівність перед законом*, що передбачає відсутність законів, що містять дискримінаційні положення або закріплюють правові привілеї, заборону дискримінаційного тлумачення або застосування закону.

Принцип пропорційності – закріплений у міжнародних нормативних актах, рішеннях Конституційного Суду України та Єв-

ропейського суду з прав людини принцип кримінального процесу, згідно з яким мета процесуальних дій має бути суспільно вагомою, а засіб її досягнення найменш обтяжливим в конкретних умовах, втручання в сферу прав і свобод людини може допускатись лише у випадках крайньої необхідності, з метою забезпечення правосуддя, якщо цього неможливо досягти іншими засобами, а заподіяна примусовими заходами шкода буде меншою, ніж відвернута.

У Рішенні від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012 (справа № 1–11/2012) Конституційний Суд України зазначив, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності, який у сфері соціального захисту означає, зокрема, що заходи, передбачені в нормативно-правових актах, повинні спрямовуватися на досягнення легітимної мети та мають бути співмірними з нею.

У справі «Волохи проти України (рішення від 2 листопада 2006 року) Європейський суд з прав людини визначив, що повноваження державних органів на проведення таємного спостереження за громадянами в ході кримінального розслідування визнаються Конвенцією в тій мірі, в якій вони є абсолютно необхідними (див. *mutatis mutandis*, рішення у справі *Klass and Others v. Germany*, від 6 вересня 1978 року, п. 42).

Принцип пропорційності впливає із логічного аналізу співвідношення завдань кримінального процесу та його окремих інститутів. Він безпосередньо визначений у Кодексі поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятому Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1979 року, де зазначається, що працівники правоохоронних органів, у тому числі й ті, що здійснюють розслідування, зобов'язані поважати і захищати гідність і права людини; *застосовувати примусові заходи тільки у випадках крайньої необхідності* і в тих межах, в яких це потрібно для виконання обов'язків.

Позиція сторони захисту буде доречною при діях захисника в напрямку наполягання на визнанні невідповідним вимогам верховенства права, юридичної визначеності та приписам Конституції України і міжнародним стандартам, таких пізнавальних заходів, як обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; контрольована поставка; спеціальний слідчий експеримент; імітування обстановки злочину; виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи

злочинної організації. В кримінальному процесі юридична визначеність процедури є «Causa sine qua non» (незмінна умова) допустимості результату.

Відносно інших негласних слідчих (розшукових) дій потрібна детальна перевірка їх законності проведення та допустимості й достовірності отриманих доказових даних.

Частиною першою ст. 303 КПК України визначений формально вичерпний перелік рішень, дії чи бездіяльності слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового провадження та ким вони можуть бути оскаржені.

Захисник, використовуючи допустимі форми захисту, може звертатись з клопотаннями про проведення необхідних для здобуття доказів захисту слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій. В подальшому може оскаржувати слідчому судді офіційно викладену відмову в їх провадженні або оскаржувати його бездіяльність.

Під бездіяльністю слідчого можна розуміти невиконання ним у визначені законом терміни, незалежно від мотивів і форми вини, покладеного на нього процесуального обов'язку, які завдають шкоди правам, свободам та законним інтересам людини та правосуддю. Думається, що тактично вірним буде такий підхід – бездіяльність слідчого захисником буде варто оскаржувати в ході досудового слідства, а незаконність окремих рішень щодо провадження слідчих (розшукових) дій оскаржувати в судовому провадженні, де вживати заходів доведення недопустимості їх результатів та наполягати на вилученні таких.. Інакше можна отримати ситуацію, коли негласні слідчі (розшукові) дії не будуть «розсекречені» чи залучені до справи і надані для ознайомлення стороні захисту взагалі, а відтак і втрачаються значні можливості наступальної тактики. Останній тезис не відноситься до оскарження запобіжних заходів, де існує ситуація невідкладності реагування захисника на відповідні рішення.

Скарги на інші рішення, які не визначені в частині першій ст. 303 КПК України, дії чи бездіяльність не підлягають розгляду під час досудового розслідування, але можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді за правилами ст. 314–316 КПК України.

Захиснику доцільно звернути увагу чи проведена слідча дія належним, компетентним суб'єктом, чи саме ту слідчу чи негласну

слідчу (розшукову) дію, дозвіл на яку дав слідчий суддя, було проведено і чи саме в її межах були отримані додані до справи докази, чи не вийшли слідчі за межі предмету дослідження застосовуючи конкретний інститут слідчої дії. На цій основі в подальшому з урахуванням усіх нюансів і умов законності проведення слідчої чи негласної слідчої (розшукової) дії доцільно з'ясувати питання щодо допустимості отриманих фактичних даних. *Feci quod potui, faciant meliora potentes* – «я зробив все, що міг, хто може, хай зробить краще».

§ 6. Захист при повідомленні про підозру та проблеми спростування підозри

Повідомлення про підозру – один із найважливіших процесуальних актів, спрямований на практичну реалізацію функції розслідування та забезпечення захисту прав і законних інтересів особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, який полягає в прийнятті рішення про повідомлення про підозру; врученні повідомлення про підозру особі, щодо якої здійснюється провадження; роз'ясненні підозрюваному його прав і наданні можливостей щодо їх реалізації.

Стаття 14 *Міжнародного пакту про громадянські і політичні права* доречно встановлює, що кожен, хто притягується до кримінальної відповідальності, має право бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому звинувачення.

Повідомлення про підозру згідно зі ст. 276 КПК України обов'язково здійснюється в порядку, передбаченому ст. 278 цього Кодексу, у випадках:

- 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення;
- 2) обрання до особи одного з передбачених цим Кодексом запобіжних заходів;
- 3) наявності **достатніх доказів** для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

У випадках повідомлення про підозру слідчий, прокурор або інша уповноважена службова особа (особа, якій законом надано право здійснювати затримання) зобов'язані невідкладно повідомити

ти підозрюваному про його права, передбачені ст. 42 КПК України.

Закон не містить однозначних вказівок на те, на якому саме етапі кримінального провадження має бути повідомлено про підозру, орієнтуючи слідчого на фактичні обставини справи – тоді, коли буде достатньо доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Однак закон містить винятки з цього правила: не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; невідкладно при обранні до особи одного з передбачених законом запобіжних заходів. В інших випадках час прийняття рішення про повідомлення про підозру визначається слідчим, який не повинен проявляти як поспішність, так і зволікання.

Орієнтуючи на необхідність усунення як поспішності, так і не виправданої неквапливості при вирішенні цього питання, А. Ф. Коні зауважував, – або слідчий, повіривши в правильність свого погляду і, що ще гірше, передчуття, поспішає притягнути як обвинувачуваного людину, стосовно якої потім доводиться закривати справу, що залишає все-таки тяжкі для звільненого від переслідування спогади, моральна шкода яких може бути невиліковною; або ж, вважаючи себе особливим тактиком і стратегом, слідчий, давно маючи право і навіть обов'язок притягнення обвинуваченого, не чіпає його, проводячи свої дії без нього, віддаючи його страждаючій свідомості, що про нього щось таке, йому невідоме діється. Притягнення чиниться вже тоді, коли слідство, по суті, закінчено і підозрюваний пригнічений як несподіваністю пред'явленого, так і неможливістю представити своєчасні заперечення¹.

Повідомлення про підозру є багатоаспектним інститутом кримінально-процесуального права, який передбачає: 1) винесення і юридичне оформлення рішення про повідомлення про підозру; 2) вручення повідомлення про підозру; 3) роз'яснення підозрюваному його прав; 4) забезпечення підозрюваному права користуватись юридичною допомогою захисника; 5) допит підозрюваного.

Відповідно до ст. 277 КПК України письмове повідомлення про підозру складається прокурором або слідчим за погодженням з прокурором. Повідомлення має містити такі відомості:

1) прізвище та посаду слідчого, прокурора, який здійснює повідомлення;

¹ Коні А. Ф. Отцы и дети судебной реформы. М., 1914. С. 100–101.

2) анкетні відомості особи (прізвище, ім'я, по батькові, дату та місце народження, місце проживання, громадянство), яка повідомляється про підозру;

3) найменування (номер) кримінального провадження, у межах якого здійснюється повідомлення;

4) зміст підозри;

5) правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

6) стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру;

7) права підозрюваного;

8) підпис слідчого, прокурора, який здійснив повідомлення.

Згідно з вимогами ст. 278 КПК України письмове повідомлення про підозру вручається *в день його складення* слідчим або прокурором, а у випадку неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень. Письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше *двадцяти чотирьох годин* з моменту її затримання.

У разі якщо особі не вручене повідомлення про підозру після двадцяти чотирьох годин з моменту затримання, така особа підлягає негайному звільненню.

Дата та час повідомлення про підозру, правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність невідкладно вносяться слідчим, прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Копії процесуальних документів, що підлягають врученню підозрюваному, у разі заочного провадження, надсилаються захиснику

Технологія захисту при повідомленні про підозру включає комплекс заходів:

1. *Здійснення конфіденційного побачення з підозрюваним та з'ясування фактів, що можуть бути використані стороною захисту.*

2. Перевірка, аналіз та оцінка доказів, покладених в основу підозри.

3. Спростування доказів обвинувачення та збирання доказів захисту (правозахисне розслідування).

4. Аналіз акту повідомлення про підозру та з'ясування можливостей його спростування.

5. Спростування та оскарження в аспектах ст. 303 КПК України рішення про повідомлення про підозру та застосування запобіжного заходу.

6. Побудові позиції захисту у справі (невинуватий; винуватий частково; винуватий повністю; позиція мовчання).

7. Заяві різного роду клопотань.

9. Визначення можливості та ініціювання питання про закриття справи чи про звільнення особи від кримінальної відповідальності з різних передбачених законом підстав.

Під час бесіди з підзахисною особою захисник має з'ясувати його відношення до обставин справи, його судження щодо можливих доказів сторони обвинувачення та бачення можливих варіантів розвитку подій, які показання ним дані та його позицію щодо підозри (визнання чи невизнання винним), реальні можливості відшкодування матеріальних збитків потерпілому або державі й бажання чи ні це робити, чи може він чи його близькі внести заставу, чи є можливість заручитись підтримкою поручителів, інші необхідні та важливі дані, які залежно від обставин, можуть визначити подальшу долю справи.

Як слідчий за приписами закону має якнайшвидше визначитись з повідомленням про підозру, так і захисник має якнайшвидше позначити позицію захисту, одним із найважливіших питань якої є питання, чи визнавати вину повністю або частково, чи брати участь у слідчих діях або відмовитись від них.

Наріжний камінь такої позиції – наявна доказова база сторони обвинувачення і сторони захисту на даний період кримінального провадження. Починаємо з аналізу доказів підозри. Хто їх збирав (належний чи неналежний суб'єкт, як збирав (допустимість доказів), яка система доказів (достатність доказів чи є сумніви).

На стороні захисту – принцип презумпції невинуватості.

«Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки їй вину не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом.

Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом.

Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи.

Поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою» (ст. 17 КПК України).

«У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним застосуванням» (ст. 62 Конституції України).

Насамперед захисник аналізує питання допустимості доказів, покладених в основу підозри. Проблема допустимості доказів доречно аналізувати за схемою: «належний суб'єкт доказування – належна процедура доказування – належні засоби фіксації, перевірки, дослідження та оцінки доказів».

З'ясування правомочності осіб, які винесли рішення про повідомлення про підозру, включає перевірку питань: чи дотримані правила підслідності; чи не брав слідчий участь у затриманні підозрюваної особи на місці злочину і чи не був очевидцем злочину, чи не підлягає допиту в якості свідка та внаслідок цього не може в подальшому здійснювати розслідування; чи немає ознак його зацікавленості в справі чи неупередженості, які можуть слугувати підставою його відводу.

В реаліях сьогоденних колізій слідчої діяльності не можна залишити поза увагою рішення Європейського суду з прав людини у справі «Довженко проти України» (заява № 36650/03 рішення від 12 січня 2012 року). З матеріалів справи відомо, що заявника було затримано за підозрою у вчиненні злочинів, а апеляційний суд Донецької області визнав заявника винним у їх вчиненні. У той час як досудове слідство у кримінальній справі стосовно заявника ще тривало, у місцевих газетах було опубліковано статті, які містили коментарі пана К. (начальника Маріупольського МВ УМВС України в Донецькій області) та пана М. (начальника УМВС Укра-

їни в Донецькій області) щодо обставин справи заявника, що створювали враження переконаності зазначених осіб у винуватості заявника у вчиненні інкримінованих йому злочинів. До Європейського суду з прав людини заявник скаржився за такими статтями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: п. 2 ст. 6 – щодо порушення презумпції невинуватості у зв'язку з публікаціями відповідних статей у засобах масової інформації, а також за ст. 8 Конвенції, що йому було відмовлено у відправці кореспонденції. Порушення п. 2 ст. 6 Конвенції Європейський суд установив у зв'язку з порушенням презумпції невинуватості з огляду на те, що заяви посадових осіб, які надавали засобам масової інформації коментарі щодо кримінальної справи заявника, містили недвозначні твердження щодо вини у вчиненні інкримінованих йому злочинів у той час, як остаточного вироку у цій справі ухвалено не було, що могло вплинути на оцінювання обставин справи судом і сприяло поширенню серед громадськості впевненості у винуватості заявника.

Сторона захисту в таких справах може поставити слідству «мат у три ходи». Спочатку обвинувачений заявляє позов до керівника правоохоронного органу про відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням стосовно нього принципу презумпції невинуватості. Відповідний керівник за такої умови стає відповідачем і зацікавленою в справі особою. Далі класична ситуація – відвід слідчим, оскільки вони опинились в залежності від зацікавленої в справі посадової особи, а вже на цій платформі – формування клопотання про визнання здобутих ними доказів недопустимими у справі.

Проте правові аналізи подібних фактів, мабуть, ще мало для кого стали повчальними, бо й досі багато хто вчиться на чужих помилках.

Нещодавно правоохоронці України стикнулися з підривом гранати під час мітингу біля стін Верховної Ради України. Міністр внутрішніх справ уже в той самий день не тільки оприлюднив прізвища винуватих виконавців теракту, а й назвав винними в тому, що сталося, всю політичну силу та її лідера. Незважаючи на те, що винним було озвучено співробітника його ж відомства, а міністр, ігноруючи принцип презумпції невинуватості, опинився у становищі можливого відповідача, а, зрештою, за правилами жанру, – і в ситуації зацікавленої у справі особи, то ще й слідство щодо вказаного

факту почали «швидко і криво» вести його підлеглі, які опинились в залежності від «можливого відповідача». Такі опуси можна спостерігати і в резонансній справі про розстріл співробітників МВС у с. Княжичі. Ситуацію ускладнює не тільки юридична необізнаність керівників відомства, а й недотримання принципу деполітизації правоохоронної системи загалом.

До офіційного визнання особи винуваютою у вчиненні кримінального правопорушення обвинувальним вироком суду з обвинуваченням не можна поводитись як з винним, а також публічно, в засобах масової інформації чи офіційних документах, стверджувати, що вона є злочинцем (згідно з ч. 4 ст. 296 ЦК ім'я фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, може бути оприлюднене лише у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо неї).

Європейський суд з прав людини неодноразово виступав проти висловлювань про винуватість особи до доведення її вини у встановленому законом порядку. Так, у справі «Фатуллаєв проти Азербайджану» (рішення від 22 квітня 2010 року) Суд зазначив: «Презумпція невинуватості, втілена в статті 6 § 2 Конвенції, є одним із елементів справедливого кримінального судочинства. Вона не лише забороняє передчасне висловлювання самим судом думки, що особа, яка «обвинувачується у кримінальному злочині», є винною до того, як це доведено в законному порядку, ця заборона поширюється не лише на суддів, а й на інших представників влади».

Повідомлення про підозру згідно зі ст. 276 КПК України здійснюється у випадку наявності *достатніх доказів* для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Фактичною підставою повідомлення про підозру є безсумнівна система належних до справи, допустимих, достовірних і достатніх доказів, які вказують на наявність складу злочину у діянні підозрюваної особи.

У справі «Котій проти України» (Заява № 28718/09, рішення від березня 2015 року) ЄСПЛ підкреслив, що відповідно до підпункту «с» пункту 1 ст. 5 Конвенції «обґрунтована підозра» у вчиненні злочину означає існування фактів або інформації, які можуть переконати об'єктивного спостерігача, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення.

Для повідомлення особі про підозру, виходячи з принципу презумпції невинуватості, необхідна наявність такої системи доказів, яка виключала б будь-які сумніви щодо того, що: 1) кримінальне правопорушення дійсно мало місце; 2) кримінальне правопорушення вчинене підозрюваною особою; 3) діяння підозрюваної особи містить склад конкретного кримінального правопорушення; 4) відсутні обставини, які виключають її відповідальність.

Це означає, що на момент винесення рішення про повідомлення про підозру:

- висунуті всі можливі, в тому числі й взаємовиключні версії у справі;
- усі версії у справі, включаючи алібі підозрюваного, всебічно перевірені;
- усі версії, крім однієї – про винуватість підозрюваного, – спростовані зібраними доказами, а версія про винуватість особи знайшла підтвердження системою незаперечних доказів.

При повідомленні особі про підозру присутність захисника є обов'язковою, крім випадків, коли сам підозрюваний відмовився від захисника і його відмова може бути прийнята (на цю ситуацію не поширюються вимоги закону про обов'язкову участь захисника у справі).

Аналіз захисником акту повідомлення про підозру має включати перевірку і оцінку: а) об'єктивності викладення фактичних даних; б) логічності юридичного документа; в) законності його складання; г) обґрунтованості повідомлення про підозру; г) юридичної чіткості формулювань і правильної кваліфікації дій підзахисного.

Об'єктивність – відповідність викладених у повідомленні про підозру відомостей та висновків про обставини справи об'єктивній дійсності, реальним фактам.

Логічність – відображення у змісті повідомлення про підозру внутрішнього зв'язку фактів між собою, відповідність змісту логіці фактичних обставин справи. Сформульовані висновки мають впливати з описово-мотивувальної частини.

Незаконність повідомлення про підозру має місце тоді, коли: а) постанова винесена не уповноваженою на те посадовою особою чи не в межах її компетенції, або за відсутності для того передбачених законом підстав (беззаперечних доказів вчинення кримінального правопорушення); б) в рішенні слідчого (прокурора)

не дано правильну юридичну кваліфікацію дій підозрюваного; в) повідомлення про підозру не відповідає встановленим законом вимогам щодо змісту і форми.

Необґрунтованість повідомлення про підозру означає, що положення, сформульоване в ньому, не ґрунтується на зібраних доказах.

Вимогам щодо юридичної чіткості формулювання повідомлення про підозру буде відповідати в разі, коли висновок є чітко сформульованим і не містить у собі логічного протиріччя; фактичні обставини справи викладені за допомогою тих юридичних понять і тих юридичних формулювань, які використовує законодавець стосовно конкретного складу кримінального правопорушення, а в документі використані такі слова і фразеологізми, які виключають багатозначність, і, навпаки, відсутність юридичної чіткості має місце при недотриманні даних вимог. Кваліфікації кримінального правопорушення має передувати виклад усіх основних і кваліфікуючих ознак складу кримінального правопорушення, з яких, за правилами логіки, з необхідністю випливає сформульований висновок.

Аналіз захисником кожної з цих обставин і їх сукупності в цілому є важливою передумовою спростування акту повідомлення про підозру, так і інших пов'язаних з ним рішень у справі.

Закон виходить з єдиного розуміння фактичних підстав як затримання чи застосування інших запобіжних заходів, так і повідомлення про підозру: якщо немає достатніх доказів для повідомлення про підозру, значить немає і доказів для тримання особи в ув'язненні, а, отже, *якщо затриманій особі не вручене повідомлення про підозру протягом двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання, така особа підлягає негайному звільненню*; якщо немає доказів для застосування запобіжних заходів, значить їх немає і для повідомлення про підозру і навпаки.

Спростування та оскарження акту повідомлення про підозру здійснюється на основі застосування принципів кримінального процесу, положень доказового права та новітніх приписів суперечливого інституту оскаржень рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування, викладеного в гл. 26 КПК України.

В розвиток стратегії захисту в науковій літературі виділяють такі *різновиди тактики захисту: оборонна, нейтральна, атакуюча (наступальна)*.

Оборонна тактика захисту ґрунтується переважно на пошуку слабких місць в доказах обвинувачення, помилок слідства, що можуть тягти визнання певних доказових матеріалів недопустимими для використання в доказуванні.

Нейтральна тактика захисту може полягати в пошуках компромісу, включаючи угоди про примирення з потерпілим.

Модель наступальної тактики захисту полягає в активному здійсненні самостійного правозахисного розслідування, використанні наданих повноважень для отримання системи можливих доказів захисту і спростування доказів обвинувачення, ініціюванні слідчих дій та захопленні ініціативи при їх проведенні, заяві клопотань про проведення трудомістких експертиз та інших слідчих дій, використанні інституту слідчого судді для оскарження дій слідчого і прокурора.

Формами реагування захисника на необґрунтованість і незаконність повідомлення про підозру можуть бути клопотання та скарги.

Клопотання сторони захисту про виконання будь-яких процесуальних дій слідчий, прокурор зобов'язані, згідно зі ст. 220 КПК України, розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав, а про результати розгляду клопотання повідомляється особа, яка заявила клопотання. Про повну або часткову відмову в задоволенні клопотання виноситься вмотивована постанова, копія якої вручається особі, яка заявила клопотання, а у разі неможливості вручення з об'єктивних причин – надсилається їй.

Проблемам оскарження рішень, дії чи бездіяльності слідчого або прокурора приділяється певна увага в контексті аналізу новел чинного КПК України¹, а думки вчених «квітують різнобарв'ям» цікавих і вишуканих позицій, чому сприяє і недосконалість закону.

Принциповим положенням процесуального права є засада, викладена в ст. 24 КПК України, згідно з якою «кожному гарантується

¹ Нор В. Т., Крикливець Д. Є. Реалізація засади змагальності під час розгляду скарг слідчим суддею. Львів: Видавництво ТзОВ «Колір ПРО», 2017. 376 с.; Валігура Д. Предмет оскарження під час досудового розслідування. Право і суспільство. 2013. № 5. С. 141; Сиза Н. П. Повноваження слідчого судді щодо здійснення судового контролю у кримінальному процесі України. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. № 2(6). С. 14–15; Корчева Т. В. Проблемні питання оскарження рішень, дії чи бездіяльності слідчого або прокурора під час досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2013. Т. 2. № 5. С. 113; Яновська О. Г. Інститут оскарження на стадії досудового розслідування. Адвокат. 2013. № 1. С. 10–13.

право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом». При буквальному тлумаченні даної норми-принципу можна стверджувати, що закон гарантує оскарження будь-яких незаконних рішень, дій чи бездіяльності слідчого (детектива чи будь-якої особи, яка користується статусом слідчого в кримінальному провадженні), прокурора, слідчого судді, суду, не обмежуючи види таких рішень, а встановлюючи лише, що сама процедура оскарження має здійснюватися в порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законом. Принципи не можуть тлумачитись обмежувальними судженнями. «De principiis non est disputandum» (Про принципи не спорять).

Стаття 55 Конституції України проголошує, що «кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб», а ст. 40 Конституції України гарантує право кожного на звернення до органів влади і їх посадових осіб та на належний розгляд таких звернень.

Дані принципові положення враховані в новітніх приписах процесуального законодавства. За новою редакцією ст. 303 КПК України, на досудовому провадженні можуть бути оскаржені «повідомлення слідчого, прокурора про підозру після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, але не пізніше закриття прокурором кримінального провадження або звернення до суду із обвинувальним актом – підозрюваним, його захисником чи законним представником. Застосування даної новели – майбутнє надбання практики захисту.

Водночас, вносячи відповідні зміни до ст. 303 КПК України, законодавець визначив, що такі зміни вводяться в дію через три місяці після набрання чинності цим Законом, не мають зворотної дії в часі та застосовуються до справ, по яких відомості про кримінальне правопорушення внесені в Єдиний реєстр досудових розслідувань після введення в дію цих змін.

Разом з тим Проектом Закону України від 05 лютого 2018 року (реєстр. № 7547) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення кримінального судочинства», було передбачено скасування пункту 10 частини першої ст. 303 КПК

України, тобто позбавлення нещодавно наданого стороні захисту права оскарження акту повідомлення про підозру. Думаємо, що в даному випадку такі скасування уже наданого права (якщо вони стануться), будуть суперечити положенням ст. 22 Конституції України, яка стверджує недопустимість звуження прав і свобод людини при прийнятті нових законів.

Адвокати уже мають позитивний досвід застосування інституту оскарження повідомлення про підозру.

Так, 7 березня 2018 року в м. Дніпро слідчий суддя В. В. Трещов у кримінальному провадженні № 12016040650004857, виходячи з неоднократних незаконних зупинень слідства, здійснених без виконання у відсутності підозрюваного усіх необхідних слідчих дій, а також, з'ясувавши, що посилення органу досудового слідства на умисність дій особи щодо переховування від органу досудового розслідування та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності не мають достатнього підґрунтя, враховуючи, що згідно з п. 1 частини першої ст. 303 КПК України, на досудовому провадженні можуть бути оскаржені бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у нездійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити, встановив порушення процедури повідомлення про підозру та відсутність підстав для внесення повідомлення про підозру до ЄРДР, скасував повідомлення про підозру від 18 листопада 2017 року особі, яка об'явлена в розшук, та зобов'язав слідчого вчинити дії щодо виключення з ЄРДР відомостей про повідомлення про підозру та набуття особою статусу підозрюваної особи.

Стаття 303 КПК України передбачає також, що на досудовому провадженні можуть бути оскаржені «рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора», зокрема щодо нездійснення «процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений цим Кодексом строк»; рішення прокурора про відмову в задоволенні скарги на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування – особою, якій відмовлено у задоволенні скарги, її представником, законним представником чи захисником, тощо, а також приписує, що «скарги на інші рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора не розглядаються під час досудового розслідування і можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді згідно з правилами ст. ст. 314–316

цього Кодексу». Останнє положення спірне і підлягає аналізу з урахуванням конституційного принципу, викладеному в ст. 55 Конституції України.

За приписами ст. 306 КПК України, скарги на рішення, дії чи бездіяльність під час досудового розслідування розглядаються слідчим суддею не пізніше сімдесяти двох годин з моменту надходження відповідної скарги, крім скарг на рішення про закриття кримінального провадження, які розглядаються не пізніше п'яти днів з моменту надходження скарги.

Парадокс полягає в тому, що закон регламентує порядок розгляду скарги на закриття кримінального провадження і «скромно мовчить» про можливість розгляду скарги на «не закриття кримінального провадження» чи на «не скасування акту повідомлення про підозру» навіть при істотних порушеннях закону, чим певним чином вказує як на нерівність сторін, так і на нелогічність таких конструкцій, за якими слідство може стати дуже тривалим і без попадання його результатів до судової влади, де можуть бути розглянуті скарги на основні його акти. Захиснику в ситуації сьогодні варто повною мірою використовувати оскарження бездіяльності слідчого.

Судова практика вказує на позитивну діяльність захисників-адвокатів щодо захисту підозрюваного навіть в таких хащах законодавства.

Так, у провадженні (справа № 628/2720/17) слідчий суддя Куп'янського міськрайонного суду Харківської області, за розглядом скарги захисника на недотримання правил і строків повідомлення про підозру, своєю ухвалою визнав належним чином не вчиненими дії щодо вручення повідомлення про підозру по кримінальному провадженню та постановив визнати бездіяльність слідчого і зобов'язати його вчинити дії щодо виключення з Єдиного реєстру досудових розслідувань у кримінальному провадженні № 12017220370002271 від 19 вересня 2017 року відомості про вручення повідомлення про підозру¹.

Слідчий суддя Рівненського міського суду, за розглядом скарги захисника А. М. Давидюка щодо недотримання законодавства при повідомленні про підозру, ухвалив: 1) Скаргу представника скарж-

¹ Панасенко П. П. Повідомлення особи про підозру та набуття особою статусу підозрюваного можна оскаржити до слідчого судді (Справа № 628/2720/17). Протокол. 02 листопада 2017 р. URL: http://protokol.com.ua/ua/povidomlennya_osobi_pro_pidozru_ta_nabuttya_osoboyu_statusu_pidozryuvanogo_mogna_oskargiti_do_slidchogo_suddi/

ника адвоката задовільнити; 2) Рішення слідчого щодо вручення підозри від 17 грудня 2015 року у кримінальному провадженні № 2201500000000108 скасувати; 3) Zobov'язати слідчого та прокурора вчинити дії щодо виключення з ЄРДР відомостей у кримінальному провадженні за № 2201500000000108 про оголошення підозри від 17 грудня 2015 року. Ухвала слідчого судді, відповідно до ст. 309 КПК України, є остаточною і оскарженню не підлягає¹.

Аналіз подібних судових процесів вказує на необхідність глибокого дослідження поважної і складної проблеми щодо доцільності надання захиснику права на подачу скарги слідчому судді щодо законності повідомлення про підозру в цілому, при встановленні фактів істотних порушень закону, які спричиняють значну шкоду правам і свободам людини. «Longa manus calami» (Перо руку здовжує).

§ 7. Захист при обранні та застосуванні запобіжних заходів

В тюрму двері широкі, а звідти – вузькі
Народне прислів'я

П*ринципово визначимося – якщо немає достатніх доказів для повідомлення про підозру, то їх немає і для застосування арешту, застави чи іншого запобіжного заходу.*

Підтвердженням цього є практика Європейського суду з прав людини. Так, у справі «Канджов проти Болгарії» (2008 р.) Суд, аналізуючи дії заявника, які полягали в збиранні підписів під закликом про відставку міністра юстиції та демонстрації двох плакатів, де останнього названо «повним ідіотом» (top idiot), ЄСПЛ не знайшов достатніх підстав для арешту, оскільки не знайшов доказів, які б вказували на наявність в його діях ознак злочину.

Запобіжними заходами закон називає: 1) особисте зобов'язання; 2) особисту поруку; 3) заставу; 4) домашній арешт; 5) три-

¹ Підозра слідчого скасовується судом, а слідчий зобов'язується виключити відомості про кримінальному провадженню з ЄРДР, якщо порушена ст. 278 КПК України (Слідчий суддя Рівненського міського суду Ореховська К. Е.). Протокол. 02 листопада 2017 р. URL: http://protokol.com.ua/ua/sud_pidozra_slidchogo_skasovuetsya_sudom_a_slidchiy_zobov_yazuetsya_viklyuchiti_vidomosti/

мання під вартою. Затримання підозрюваного закон відносить до тимчасових запобіжних заходів, хоча усі вони, врешті-решт, є тимчасовими.

Для обрання запобіжного заходу потрібна система фактичних підстав: *по-перше*, це докази вчинення підозрюваним (обвинуваченим) злочину; *по-друге*, це докази наявності ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може вчинити нові злочини чи протидіяти розслідуванню; *по-третє*, доведеність під час обрання конкретного запобіжного заходу того, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам.

В правозахисній діяльності захисника в кримінальному провадженні значний масив проблем виникає при застосуванні затримання підозрюваного та обрання щодо нього запобіжного заходу – арешту чи домашнього арешту.

Вихідні дані для організації виконання функції захисту.

Особа, відповідно до ст. 209 КПК України, є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою. Затримання особи без ухвали слідчого судді, суду регламентовано ст. ст. 207–213 КПК України, а основні аспекти виконання функції захисту при цьому уже розглядалися в попередніх розділах даної роботи.

Наявність доказів вчинення злочину – перша і безумовно необхідна умова застосування будь-якого запобіжного заходу (затримання, без винятку).

Відповідно до частини четвертої ст. 208 КПК України «повноважена службова особа, що здійснила затримання особи, повинна негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього».

Копія протоколу затримання з переліком прав та обов'язків підозрюваного негайно вручається затриманому. Невиконання цієї вимоги слід вважати суттєвим порушенням процесуального законодавства, що може потягти як визнання показань затриманого та-

кими, що не мають доказової сили, так і інші процесуальні санкції. Затриманому вручається пам'ятка з переліком прав підозрюваного.

Затриманий може триматись під вартою без рішення слідчого судді про його арешт не більше 72 годин. Затримана на підставі ухвали слідчого судді особа не пізніше тридцяти шести годин з моменту затримання повинна бути звільнена або доставлена до слідчого судді, суду, який постановив ухвалу про дозвіл на затримання з метою приводу.

Затримана без ухвали слідчого судді, суду особа не пізніше шістдесяти годин з моменту затримання повинна бути звільнена або доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу.

Законодавцем встановлюється правило невідкладного розгляду слідчим суддею, судом клопотання про застосування певного запобіжного заходу, яке реалізується залежно від обставин двома варіантами його визначення: 1) не пізніше сімдесяти двох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного чи обвинувачуваного (коли особа силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою); 2) не пізніше сімдесяти двох годин з моменту, коли клопотання прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, а рівно і клопотання, подане підозрюваним, обвинуваченим чи його захисником, надійде до суду (буде зареєстровано у канцелярії), якщо підозрюваний, обвинувачений перебуває на свободі.

Слідчий суддя, відповідно до приписів частини третьої ст. 176 КПК України, суд відмовляє у застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених частиною першою цієї статті, не може запобігти доведенню під час розгляду ризику або ризикам.

У межах 72 годин з моменту затримання слідчий суддя має або винести ухвалу про обрання запобіжного заходу – тримання під вартою, – або звільнити затриману особу як за відсутності підстав для обрання запобіжного заходу взагалі, так і обранні такого непов'язаного із триманням під вартою (застава, домашній арешт тощо). Слідчий чи прокурор можуть самостійно звільнити особу,

затриману без ухвали слідчого судді, у разі з'ясування непричетності її до кримінального правопорушення, або при прийнятті рішення про звернення з клопотанням до слідчого судді щодо обрання запобіжного заходу, не пов'язаного з ув'язненням особи.

Тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується на підставі ухвали слідчого судді у разі вчинення особою злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років. У виняткових, передбачених п. 1–6 ч. 2 183 КПК України, випадках цей запобіжний захід може бути застосовано у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у виді позбавлення волі, і на строк менше п'яти років, за наявності додаткових, визначених у законі, умов і ризиків.

Взяття під варту обирається звичайно тільки тоді, коли жодний інший запобіжний захід не може забезпечити виконання завдань кримінального процесу.

Фактичними підставами обрання і застосування тримання під вартою є: 1) доведеність вчинення особою злочину чи іншого кримінального правопорушення; 2) вчинення раніше не судимою особою злочину, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі понад п'ять років, а раніше було доведено, що, перебуваючи на волі, відповідна особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру в учиненні іншого злочину; 3) наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що особа може здійснити дії, передбачені частиною першою ст. 177 КПК України (переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому самому кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується); 4) доведеність неможливості застосувати більш м'який запобіжний захід, крім випадків, передбачених частиною п'ятою ст. 176 КПК України.

Рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання особи під вартою приймається слідчим суддею на основі клопотання слідчого.

Відтак основні зусилля і напрацювання захисника доречно буде реалізувати при розгляді такого клопотання слідчим суддею.

Захисник, в межах можливостей, визначених законом та обмежених простором і часом, має визначитись щодо спростування доказів слідчого і прокурора, за наявності підстав підготувати фактичну базу для дискредитації доказів обвинувачення, підготувати альтернативну доказову базу сторони захисту, проаналізувати прийняті слідчим рішення, виявити вразливі сторони та недоліки і, на цій основі, сформулювати тактику захисту при розгляді питання арешту підозрюваного слідчим суддею.

Звертаємо увагу на те, що клопотання слідчого, прокурора до слідчого судді про взяття під варту має бути достатньою мірою обґрунтоване, *по-перше*, доказами вчинення відповідною особою злочину, *по-друге*, доказами, що дають підстави вважати, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на волі, знищить чи підробить речі і документи, які мають суттєве значення для досудового розслідування, або незаконними засобами впливатиме на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджатиме кримінальному провадженню іншим чином чи вчинить новий злочин, *по-третє*, доказами неможливості запобігання ризикам, зазначеним у ст. 177 КПК України та названим у клопотанні, шляхом застосування більш м'яких запобіжних заходів.

На боці захисника юридичні фікції, закладені в законі, які по суті вимагають від прокурора довести те, що може бути в майбутньому, довести те чого ще не було, тобто здійснити неможливе.

Так, згідно з частиною першою ст. 194 КПК України слідчий суддя зобов'язаний встановити, «чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про наявність, окрім обґрунтованої підозри (доказів вчинення злочину), «достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, указаних в ст. 177 КПК України, а саме, що підозрюваний фактично, якщо залишиться на волі, то може:

1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду;

2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;

3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні;

4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином;

5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується».

Питання в тому, що захиснику не потрібно доводити, що його підзахисний цього зробити не може. На його боці принцип презумпції невинуватості та покладений законом обов'язок доведення того, що це може здійснити підозрюваний на слідчого і прокурора. З одного боку, ніхто не застрахований від того, що може вчинити в майбутньому якась кримінальне правопорушення, наприклад, вчинити по необережності автомобільну пригоду. З іншого боку, ніяка сукупність доказів не може перевершити сумніви щодо встановлення найвищого ступеню ймовірності відносно обставин майбутньої поведінки, а може лише вказувати на незначні ознаки вірогідності. Ще більш нереальною стає спроба довести недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризикам, указаним в ст. 177 КПК України.

І тут дискусія щодо наявності достатніх доказів майбутньої поведінки особи, за «гучного дороговказу» закону про необхідність це довести, заходить в глухий кут юриспруденції, з якого захисник має делікатно і дипломатичними заходами шукати шлях до волі для затриманого.

Частина друга ст. 194 КПК України містить одну важливу підказку – «слідчий суддя, суд зобов'язаний постановити ухвалу про відмову в застосуванні запобіжного заходу, якщо під час розгляду клопотання прокурор не доведе наявність всіх обставин, передбачених частиною першою цієї статті».

Частина четверта ст. 194 КПК України містить другу, менш прийнятну для захисника, та все ж таки теж підказку – «якщо при розгляді клопотання про обрання запобіжного заходу прокурор доведе обставини, передбачені пунктами 1 та 2 частини першої цієї статті, але не доведе обставини, передбачені пунктом 3 частини першої

цієї статті, слідчий суддя, суд має право застосувати більш м'який запобіжний захід, ніж той, який зазначений у клопотанні, а також покласти на підозрюваного, обвинуваченого обов'язки, передбачені частиною п'ятою цієї статті, необхідність покладення яких встановлена з наведеного прокурором обґрунтування клопотання».

Якщо буде доречним, захисник має доповнити свою аргументацію посиланням на надані ним матеріали, які з позитивного боку характеризують особу підозрюваного та підтверджують його належний сімейний і суспільний статус, сумлінну працю та спосіб життя.

Успіхом захисника, можна вважати ситуацію, коли, зваживши усі сумніви, слідчий суддя, в порядку ч. 4, 5 ст. 194 КПК України, прийме ухвалу, якою, не приймаючи рішення про застосування запобіжного заходу, зобов'язує підозрюваного прибувати за кожною вимогою до суду або до іншого визначеного органу державної влади, а також виконувати один або кілька обов'язків, необхідність покладення яких була доведена прокурором, а саме:

1) прибувати до визначеної службової особи із встановленою періодичністю;

2) не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду;

3) повідомляти слідчого, прокурора чи суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи;

4) утримуватися від спілкування з будь-якою особою, визначеною слідчим суддею, судом, або спілкуватися з нею із дотриманням умов, визначених слідчим суддею, судом;

5) не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом;

6) пройти курс лікування від наркотичної або алкогольної залежності;

7) докласти зусиль до пошуку роботи або до навчання;

8) здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну;

9) носити електронний засіб контролю (далі – ЕЗК).

Процедура застосування електронних засобів контролю визначається додатково також відомчими нормативними актами, попри те, що вся кримінально-процесуальна діяльність має здійснюватися виключно в порядку, передбаченому нормами КПК України.

Захиснику при формуванні стратегії і тактики захисту взагалі, і при застосуванні запобіжних заходів та електронних засобів контролю, зокрема, варто не залишати поза увагою положення ст. 19 Конституції України, згідно з якою «посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України», а також приписи ст. 1 КПК України, згідно з якими «порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України».

Попри це, частина третя ст. 195 КПК України стверджує, що «електронні засоби контролю застосовуються в порядку, встановленому Міністерством внутрішніх справ України».

Відтак, усупереч принципам права, в слідчій практиці, керуючись відомчими нормативними актами (до того ж не завжди належним чином оприлюдненими), при застосуванні домашнього арешту чи інших «неізоляційних» запобіжних заходів, на виконання ухвали слідчого судді, представник уповноваженого підрозділу поліції: реєструє особу, яка зобов'язана носити ЕЗК, – вносить відомості до журналу обліку осіб, до яких застосовують ЕЗК; закріплює на тілі підозрюваного або обвинуваченого електронний браслет або персональний трекер та перевіряє його функціональну справність; налаштовує електронний браслет із використанням мобільного пульта моніторингу; відповідно до виду та змісту зобов'язань, покладених на особу ухвалою, встановлює: стаціонарний пульт моніторингу, ретранслятор чи мобільний контрольний пристрій або персональний трекер, який дає змогу відстежувати її місцеперебування за допомогою глобальних навігаційних супутникових систем GPS/ГЛОНАСС; інструктує підозрюваного (обвинуваченого) щодо користування окремими елементами ЕЗК; вручає під особистий підпис підозрюваному (обвинуваченому) пам'ятку з експлуатації ЕЗК (додаток 5); після закріплення на тілі підозрюваного (обвинуваченого) електронного браслета або персонального трекера та встановлення необхідного обладнання пересвідчується, що його застосування не порушуватиме нормального способу життя особи, не спричинятиме значних незручностей під час його носіння, не становитиме небезпеки для її життя та здоров'я; складає довідку-реєстратор, у якій обов'язково вказуються: номер кримінального провадження; серійний номер пристрою,

модель; особу, до якої застосовано ЕЗК (підозрюваний, обвинувачений); прізвище, ім'я, по батькові представника, який установив ЕЗК; місце проживання підозрюваного (обвинуваченого) (місцеперебування роботи, навчання). Копія довідки-реєстратора надається слідчому.

Цілодобовий контроль за використанням особою ЕЗК, яка зобов'язана його носити, здійснює територіальний підрозділ уповноваженого підрозділу, черговий пульта моніторингу, який: *щодоби спілкується з підозрюваним* (обвинуваченим) та з'ясовує обставини, пов'язані із застосуванням ЕЗК; у разі отримання сигналу тривоги негайно зв'язується телефоном або іншим технічним пристроєм із підозрюваним (обвинуваченим), який зобов'язаний носити електронний браслет або персональний трекер, з'ясовує його місцеперебування та причини отриманого сигналу тривоги; фіксує в журналі обліку порушень, виявлених за допомогою ЕЗК (додаток 6), усі факти надходження сигналів про неправильне використання ЕЗК, їх причини, ужиті заходи реагування та їх результати, про що негайно інформує слідчого чи орган внутрішніх справ; уживає заходів щодо забезпечення технічної справності та налаштування ЕЗК. Слідчий, працівник органу Національної поліції під час застосування до підозрюваного (обвинуваченого) ЕЗК мають право: вимагати від підозрюваного (обвинуваченого), який порушує правила та порядок носіння електронного браслета або персонального трекера, припинення дій, що перешкоджають здійсненню його зобов'язань; виносити на місці усне попередження особам, які допустили порушення щодо порядку носіння електронного браслета або персонального трекера, а працівники поліції – з метою контролю за поведінкою особи, яка перебуває під домашнім арештом, з'являтися в житло цієї особи, вимагати надання усних чи письмових пояснень з питань, пов'язаних із виконанням покладених на неї зобов'язань; повідомити підозрюваному (обвинуваченому), що в разі невиконання покладених на нього обов'язків до нього може бути застосований більш жорсткий запобіжний захід і на нього може бути накладено грошове стягнення в розмірі від 0,25 розміру мінімальної заробітної плати до 2 розмірів мінімальної заробітної плати. Після закінчення строку, на який на підозрюваного (обвинуваченого) було покладено обов'язок носити ЕЗК, слідчий, працівник поліції за участю представника уповноваженого підрозділу забез-

печують зняття з особи електронного браслета або персонального трекера¹.

Має місце система законодавчих проблем, які корисні для аналізу захисником. Взяти, наприклад, положення частини четвертої ст. 195 КПК України, де сказано, що «не допускається застосування електронних засобів контролю, які суттєво порушують нормальний уклад життя особи, спричиняють значні незручності у їх носінні або можуть становити небезпеку для життя та здоров'я особи, яка їх використовує». Порівняємо це з приписом підзаконного акта, згідно з яким працівники поліції вправі «з метою контролю за поведінкою особи, яка перебуває під домашнім арештом, з'являтися в житло цієї особи, вимагати надання усних чи письмових пояснень з питань, пов'язаних із виконанням покладених на неї зобов'язань». Стороні захисту не варто уникати постановки питань щодо того, як ці приписи узгоджуються з гарантованою недоторканністю житла і приватного життя особи, чи не вже вони скасовані і чи можуть вони бути скасованими відомчими інструкціями. «Розуміючий зрозуміє», – казали мудрі греки.

Закон вимагає, щоб слідчий суддя, суд, до якого прибув або доставлений підозрюваний, обвинувачений для участі у розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу, зобов'язаний роз'яснити його права (ч. 2 ст. 193 КПК України). При цьому в ст. 183 закон розкриває перелік і зміст прав, які мають бути підозрюваному роз'яснити.

Загалом права підозрюваного, обвинуваченого викладено у ст. 42 КПК України, де щодо досудового розслідування їх названо дванадцять. У коментованій статті їх названо лише сім. Вочевидь, законодавець мав на увазі лише той обсяг прав, який може використовуватись на відповідному часовому проміжку під час затримання і розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу. Тоді чому в коментованій статті не названо право підозрюваного вимагати перевірки обґрунтованості затримання або право на негайне повідомлення членів сім'ї, близьких родичів чи інших осіб про затримання і місце свого перебування?

На наш погляд, для слідчої і судової практики слід застосовувати уніфіковані трафарети процесуальних актів. Щодо цього ви-

¹ Положення «Про порядок застосування електронних засобів контролю», затверджено Наказом МВС України № 696 від 09 серпня 2012 р.

падку це буде пам'ятка прав підозрюваного, яка має складатись на основі ст. 42 КПК України, та включати більш широким викладенням прав підозрюваного (з урахуванням права користуватись презумпцією невинуватості тощо). Неповне роз'яснення або не точне роз'яснення прав підозрюваного не повинно залишатись поза увагою захисника.

Для успішного виконання функції захисту захисник має використовувати положення частини п'ятої ст. 193 КПК України, що «будь-які твердження чи заяви підозрюваного, обвинуваченого, зроблені під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, не можуть бути використані на доведення його винуватості у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується, або у будь-якому іншому правопорушенні».

Сторона захисту може скористатись приписами ст. 201 КПК України, згідно з якими підозрюваний, до якого застосовано запобіжний захід, та його захисник мають право подати до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, клопотання про зміну запобіжного заходу, в тому числі про скасування чи зміну додаткових обов'язків, передбачених частиною п'ятою ст. 194 КПК України, а слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання підозрюваного, обвинуваченого протягом трьох днів з дня його одержання згідно з правилами, передбаченими для розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу.

Ухвала про застосування запобіжного заходу припиняє свою дію після закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу, ухвалення виправдувального вироку чи закриття кримінального провадження.

Захисник, в разі арешту його підзахисного, має перевірити дотримання слідчими органами приписів закону щодо строків арешту, зокрема, визначених у ст. ст. 197, 204 КПК України, таких правил: якщо до підозрюваного, обвинуваченого застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою, він не може бути затриманий без дозволу слідчого судді, суду у зв'язку з підозрою або обвинуваченням у тому ж кримінальному правопорушенні; строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою не може перевищувати *шість-*

десяти днів; строк тримання під вартою обчислюється з моменту взяття під варту, а якщо взяттю під варту передувало затримання підозрюваного, обвинуваченого, – з моменту затримання; у строк тримання під вартою включається час перебування особи в медичному закладі під час проведення стаціонарної психіатричної експертизи; у разі повторного взяття під варту особи в тому ж самому кримінальному провадженні строк тримання під вартою обчислюється з урахуванням часу тримання під вартою раніше; строк тримання під вартою може бути продовжений слідчим суддею в межах строку досудового розслідування, а сукупний строк тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого під час досудового розслідування не повинен перевищувати: 1) шести місяців – у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості; 2) дванадцяти місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Захиснику варто звернути увагу на узгодженість строків застосування запобіжних заходів зі строками слідства, визначених в ст. 219 КПК України, зокрема, на такі дві особливості.

1. Строк досудового розслідування *злочинів* визначається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру та становить: а) дванадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості; б) вісімнадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину.

2. Досудове розслідування повинно бути закінчено відносно злочину протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину.

Якщо з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину досудове розслідування (досудове слідство) неможливо закінчити протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, він може бути продовжений в межах допустимих максимальних строків слідства, встановлених пунктами 2 та 3 частини другої ст. 219 КПК України (дванадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості та вісімнадцять місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину): 1) до трьох місяців – керівником місцевої прокуратури, заступником Генерального про-

курора; 2) до шести місяців – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з керівником регіональної прокуратури або його першим заступником чи заступником, заступниками Генерального прокурора; 3) до дванадцяти місяців – слідчим суддею, за клопотанням слідчого, погодженим з Генеральним прокурором чи його заступниками.

Загальний строк тримання обвинуваченого під вартою має бути в межах строків, визначених у санкції статті, за якою кваліфікується інкриміноване йому діяння: загальний строк арешту, включаючи і перебування обвинуваченого під вартою в період розгляду справи в суді, не повинен перевищувати строку позбавлення волі, до якого він може бути засуджений (виходити за межі санкції статті, за якою кваліфіковано його дії).

Доктрина захисту при обранні та застосуванні запобіжних заходів має орієнтуватись на важливі правові позиції, сформульовані в прецедентних рішеннях ЄСПЛ.

Процедура вирішення питань стосовно тримання під вартою має здійснюватися з дотриманням принципу змагальності і завжди має забезпечувати рівність процесуальних засобів сторін у справі («Волосюк проти України», заява № 1291/03, рішення від 12 березня 2009 року).

Забезпечення затриманому права бути заслуханим – особисто або за допомогою певного представництва – є однією з основоположних гарантій процедури, що застосовується при вирішенні питань позбавлення свободи («Кампаніс проти Греції» (Kampanis v. Greece), рішення від 13 липня 1995 року).

Згідно з пунктом 4 ст. 5 Конвенції затримана чи взята під варту особа має право ініціювати провадження з метою перевірки судом процесуальних і матеріально-правових умов, які є неодмінними для забезпечення «законності» – у значенні пункту 1 ст. 5 Конвенції – позбавлення її свободи. Це означає, що компетентний суд має перевірити не лише дотримання процесуальних вимог національного законодавства, а й обґрунтованість підозри, яка послужила підставою для затримання, та легітимність мети, з якою здійснювалися це затримання і подальше тримання під вартою («Граусліс проти Литви» (Grauslys v. Lithuania), рішення від 10 жовтня 2000 року).

Пункт 4 ст. 5 Конвенції зазначає, що «суд без зволікання встановлює законність затримання». Ця вимога містить два аспекти:

по-перше, можливість здійснення судового контролю має забезпечуватися невдовзі після взяття особи під варту і, в разі необхідності, з розумною періодичністю надалі; по-друге, таке провадження має здійснюватися з належною старанністю («Худобін проти Росії» (Khudobin v. Russia), заява № 59696/00).

Суд повинен врахувати наведені особою конкретні факти, здатні поставити під сумнів існування умов, які для цілей Конвенції є неодмінними для забезпечення «законності» позбавлення свободи («Ніколова проти Болгарії» (Nikolova v. Bulgaria)).

В контексті принципу пропорційності, що позбавлення свободи не є адекватним вирішенням проблеми затримки в ознайомленні з матеріалами справи. Підлягає з'ясуванню, чи було взяття заявника під варту конче необхідним та чи могли інші, менш суворі заходи, бути достатніми для досягнення мети процесу. Підстави для взяття заявника під варту, а саме відмова від надання показань та визнання своєї вини, за своїм характером суперечать такому важливому елементу концепції справедливого суду як право не свідчити проти себе та презумпції невинуватості («Луценко проти України»).

Захисник має приділяти увагу дотриманню принципу поваги до честі і гідності особи. Важливими положеннями для позиції захисту слугують норми Міжнародного Пакту про громадянські і політичні права, де зазначається, що всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і поважання гідності, властивої людській особі. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримування правопорядку, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1979 р., зобов'язує працівників правоохоронних органів, в тому числі і здійснюючих розслідування, поважати та захищати гідність і права людини; зберігати в таємниці відомості конфіденційного характеру, отримувані в процесі своєї діяльності, якщо інтереси правосуддя не вимагають іншого; нетерпимо ставитись до будь-яких дій, які містять нелюдяні чи принижуючі гідність людини форми взаємин; забезпечувати охорону здоров'я затримуваних.

У справі «Топехін проти Росії» (рішення від 10 травня 2016 р.) у Європейському суді з прав людини предметом розгляду стали питання нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, а також умови утримання під вартою особи, яка страждала на параліч нижніх кінцівок і перебувала в ув'язненні. У своїй скарзі до ЄСПЛ заявник, який страждав від серйозних травм спини, паралічу нижніх

кінцівок і дисфункції сечового міхура, скаржився на умови утримання під вартою. Суд зауважив, що за станом здоров'я заявник потрапляв у скрутне становище та неминучу залежність від співкамерників, був змушений просити про допомогу під час виконання інтимних процедур гігієни, що ставило його в незручне становище і негативно впливало на емоційне здоров'я, ускладнювало спілкування зі співкамерниками, які мимоволі були змушені виконувати цю обтяжливу роботу. Ці умови ускладнювались відсутністю можливості надати йому лікарняне ліжко або інше обладнання, наприклад спеціальний матрац для зменшення тиску, тож він відчував дискомфорт. Отже, ЄСПЛ констатував: умови утримання заявника під вартою у в'язниці передбачали нелюдське і таке, що принижує гідність, поводження. Європейський суд з прав людини також встановив порушення ст. 5 § 4 КЗПЛ щодо неспроможності швидко переглянути накази про затримання, та з огляду на порушення принципу поваги до гідності людини зобов'язав державу сплатити заявникові 19 500 євро компенсації моральної шкоди.

«Небезпечна влада, коли з нею совість у сварці» (У. Шекспір)

Європейський суд з прав людини є важливим елементом європейських стандартів захисту прав і свобод людини, суттєво розвиває доктринальні аспекти та практично показує напрямки підготовки захисту.

У справі *«Іглін проти України»* (заява № 39908/05, рішення від 12 січня 2012 року) Європейський суд з прав людини установив, що під час провадження у справі, а саме з 27 лютого 2004 року до 4 серпня 2006 року заявник тримався під вартою в Дніпропетровському слідчому ізоляторі і, як стверджував заявник, умови тримання в такому ізоляторі були неналежними, зокрема через замалу площу камер, їх неналежне облаштування меблями, відсутність денного світла, неналежну вентиляцію тощо. Крім того, заявник стверджував, що, незважаючи на його численні клопотання про надання медичної допомоги, її він не отримав. Порушення ст. 3 Конвенції було констатовано Європейським судом з огляду на те, що в камері, де тримався заявник, житлова площа не відповідала встановленим стандартам і те, що Урядом не було спростовано твердження заявника про неналежні вентиляцію, освітлення,

санітарно-гігієнічний стан камер і медичну допомогу. Розглянувши справу, Суд одноголосно *постановив*, що відбулося порушення ст. 3, 6, 13 Конвенції, а, отже, відповідно до пункту 2 ст. 44 Конвенції, держава-відповідач має сплатити заявникові 15 000 (п'ятнадцять тисяч) євро відшкодування моральної шкоди.

Сторона захисту може орієнтуватись на можливості використання для надання допомоги підзахисному компетенцій Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, за необхідності звертатись до нього з повідомленнями, що потребують негайної реакції.

Разом з тим захисник має широко використовувати юрисдикцію слідчого судді, закріплену в ст. 206 КПК України, яка може бути застосована для забезпечення захисту прав підозрюваного: якщо слідчий суддя отримує з будь-яких джерел відомості, які створюють обгрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду знаходиться особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варти після внесення застави, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службу особу, під вартою яких тримається особа, негайно доставити цю особу до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи; слідчий суддя зобов'язаний звільнити позбавлену свободи особу, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких тримається ця особа, не надасть судове рішення, яке набрало законної сили, або не доведе наявність інших правових підстав для позбавлення особи свободи; якщо до доставлення такої особи до слідчого судді прокурор, слідчий звернеться з клопотанням про застосування запобіжного заходу, слідчий суддя зобов'язаний забезпечити проведення у найкоротший строк розгляду цього клопотання; якщо під час будь-якого судового засідання особа заявляє про застосування до неї насильства під час затримання або тримання в уповноваженому органі державної влади, державній установі (орган державної влади, державна установа, яким законом надано право здійснювати тримання під вартою осіб), слідчий суддя зобов'язаний зафіксувати таку заяву або прийняти від особи письмову заяву та: а) забезпечити невідкладне проведення судово-медичного обстеження особи; б) доручити відповідному органу досудового розслідування провести дослідження фактів, викладених в заяві особи; в) вжити необхідних заходів для забезпечення

безпеки особи згідно з законодавством; слідчий суддя зобов'язаний вжити необхідних заходів для забезпечення особи, яка позбавлена свободи, захисником і відкласти будь-який розгляд, у якому бере участь така особа, на необхідний для забезпечення особи захисником час, якщо вона бажає залучити захисника або якщо слідчий суддя вирішить, що обставини, встановлені під час кримінального провадження, вимагають участі захисника.

Особи, які звільняються з-під варти, забезпечуються адміністрацією місця попереднього ув'язнення безоплатним проїздом до місця проживання. За потреби їм видаються грошова допомога й одяг (ч. 9 ст. 2 Закону України «Про попереднє ув'язнення»).

§ 8. Діяльність захисника на етапі закінчення досудового слідства

Відповідно до ст. 283 КПК України особа має право на розгляд обвинувачення проти неї в суді в найкоротший строк або на його припинення шляхом закриття провадження.

Прокурор зобов'язаний у найкоротший строк після повідомлення особи про підозру здійснити одну з таких дій: 1) закрити кримінальне провадження; 2) звернутися до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності; 3) звернутися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Вихідні положення захисту.

Обставини, які згідно з законом виключають кримінальне провадження і слугують підставою для його закриття, за своєю сутністю можуть бути систематизовані та поділені на такі групи: реабілітуючі, постреабілітуючі, нереабілітуючі та формально-процесуальні підстави.

Реабілітуючі підстави закриття провадження – це такі, в силу яких особа визнається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення, добропорядною та реабілітованою, або які вказують, що кримінального правопорушення взагалі не було.

Сюди належать: відсутність події злочину, відсутність складу злочину, зокрема наявність необхідної оборони або крайньої необхідності; недосягнення особою до моменту вчинення суспільно не-

безпечного діяння віку, при досягненні якого можлива кримінальна відповідальність, а також коли недоведена винуватість підозрюваного та коли набув чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Закриття кримінального провадження в разі відсутності достатніх доказів для доведення винуватості особи і вичерпання можливостей її отримання (*недоведеність участі підозрюваного у вчиненні злочину*) може відбуватися за умов, коли:

а) у справі однозначно встановлено наявність події злочину (інакше справа закривається за відсутністю події);

б) у розслідуваній події вбачаються всі ознаки складу злочину;

в) конкретній особі було повідомлено про підозру;

г) у ході розслідування не отримано достатніх доказів для доведеності винуватості підозрюваного, або отримані дані, які викликають сумніви у його винуватості, а сукупність зібраних доказів, яка є, не дає змоги їх спростувати та дійти беззаперечного й однозначного висновку про доведеність участі підозрюваного у вчиненні злочину;

г) вичерпані всі можливості для усунення сумнівів щодо винуватості підозрюваного;

д) з обставин справи виключається можливість вчинення розслідуваного злочину якоюсь іншою особою. Якщо ж недоведена винуватість лише конкретної особи, а розслідуване кримінальне правопорушення теоретично могла б скоїти і якась інша особа, провадження закривається лише щодо особи, стосовно якої було здійснено повідомлення про підозру, а в цілому щодо події нерозкритого злочину матеріали мають виділятися в окреме провадження.

Згідно з конституційним принципом презумпції невинуватості всі сумніви у справі, якщо вичерпані всі можливості їх усунути, мають тлумачитися та розв'язуватися на користь обвинуваченого (ст. 162 Конституції України). Недоведена винуватість дорівнює доведеній невинуватості. Невинуватість особи зумовлює закриття щодо неї кримінальної справи за відсутністю складу злочину.

Постреабілітуючі підстави закриття кримінального провадження – це такі обставини, за яких закон, надаючи право для непритягнення підозрюваного чи обвинуваченого до кримінальної відповідальності та позбавляючи їх від негативних наслідків застосування кримінального закону, позбавляє особу лише права скори-

статись позитивними наслідками реабілітації – вимагати відшкодування моральних чи матеріальних збитків, завданих притягненням її до відповідальності.

Закриття провадження в кримінальній справі у зв'язку з декриміналізацією діяння (прийняттям закону, який скасовує злочинність діяння) закон визначає неоднозначно. З одного боку, на момент вчинення діяння воно вважалось злочином, а тому були виправданими щодо обвинуваченого застосовані на підставі закону заходи процесуального примусу. Отже, обвинувачений не отримує право на повну реабілітацію і відшкодування шкоди, завданої йому застосуванням до нього запобіжних заходів (останні були законними, незаконними діями органів дізнання і слідства їх вважати неможливо).

Формально-процесуальні підстави закриття кримінального провадження – це підстави, що тягнуть за собою закриття кримінальної справи з огляду на наявність рішень щодо певного факту, які набули юридичної сили, чи відсутності волевиявлення певних учасників процесу, за умови, що за законом справа порушується лише за наявності такого волевиявлення.

Нереабілітуючі підстави закриття кримінального провадження – це підстави, які, незважаючи на наявність у діях особи складу злочину, обумовлюють застосування інституту звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Провадження в кримінальній справі підлягає закриттю:

- 1) у зв'язку із закінченням строків давності притягнення особи до кримінальної відповідальності;
- 2) внаслідок акту амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння;
- 3) якщо Особливою частиною Кримінального кодексу України передбачено спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності;
- 4) у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК України);
- 5) у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України);
- 6) у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК України);
- 7) у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48 КК України);
- 8) у зв'язку із застосуванням примусових заходів медичного характеру;
- 9) у зв'язку із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97 КК України).

Для звільнення від відповідальності за такими підставами розслідувана слідчим справа має направлятись до суду. Закриття кримінального провадження за nereабілітуючими підставами можливе лише за ухвалою суду.

Досудове слідство може закінчуватись також складанням обвинувального акта.

Визнавши, що зібрані у справі докази дають підстави для висновків про всебічне, повне й об'єктивне дослідження всіх обставин, які належать до предмета доказування у кримінальній справі, а сукупність зібраних доказів неспростовно підтверджує факт вчинення підозрюваним інкримінованого йому злочину, і пересвідчившись у відсутності підстав для закриття справи чи направлення справи до суду для звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності, слідчий приймає рішення про складання обвинувального акта й направлення справи до суду.

На момент закінчення слідства захисник повинен мати сформоване досье захисту, яке має включати як зібрані ним докази захисту, так і дані, необхідні для спростування чи дискредитації доказів обвинувачення, спростування та оскарження дій і рішень слідчого та прокурора, план та концепцію захисту на етапі закінчення слідства та в судовому розгляді.

Досье захисту поповнюється фіксацією матеріалів справи, наданої йому слідчим для ознайомлення та заявленими клопотаннями.

Основою кваліфікованого професійного та ефективного захисту є доказова база насамперед сторони захисту, а також глибока обізнаність захисника щодо доказів сторони обвинувачення.

Важливою і клопіткою роботою захисника на етапі закінчення кримінального провадження є вивчення матеріалів досудового розслідування, наданих для ознайомлення стороною обвинувачення, та підготовка матеріалів сторони захисту і надання їх для ознайомлення стороні обвинувачення.

Прокурор або слідчий за його дорученням, відповідно до частин другої та третьої ст. 290 КПК України, зобов'язаний надати стороні захисту доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання, надати доступ до речо-

вих доказів та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, і прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді.

Перед ознайомленням з матеріалами справи захисник повинен пояснити підзахисному його права на цьому етапі, порядок ознайомлення з представленими матеріалами, можливості робити виписки та копії матеріалів, надати допомогу підозрюваному з ознайомленням зі справою.

При ознайомленні захисника з матеріалами досудового слідства важливо дотримуватись приписів доказового права та враховувати окремі аспекти процедур ознайомлення з доказами обвинувачення.

Обов'язок доказування належності та допустимості доказів та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає.

При використанні в доказуванні документів, сторона кримінального провадження зобов'язана надати суду оригінал документа, враховуючи, що оригіналом документа є сам документ, а оригіналом електронного документа – його відображення, якому надається таке ж значення, як документу. Разом з тим для підтвердження змісту документа можуть бути визнані допустимими й інші відомості, якщо: 1) оригінал документа втрачений або знищений, крім випадків, якщо він втрачений або знищений з вини потерпілого або сторони, яка його надає; 2) оригінал документа не може бути отриманий за допомогою доступних правових процедур; 3) оригінал документа знаходиться у володінні однієї зі сторін кримінального провадження, а вона не надає його на запит іншої сторони (ч. 5 ст. 99 КПК України).

Сторони кримінального провадження мають право надати витяги, копії, узагальнення документів, які незручно повністю досліджувати в суді, а на вимогу суду – зобов'язані надати документи у повному обсязі. Сторона зобов'язана надати іншій стороні можливість оглянути або скопіювати оригінали документів (ч. 6, 7 ст. 99 КПК України).

У матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо.

Незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними (ч. 6 ст. 107 КПК України).

У рішенні у справі «Мірілашвілі проти Росії» (Mirilashvili v Russia) від 11 грудня 2008 року, ЄСПЛ зазначив, що у змагальному процесі належить розглядати не тільки докази, що безпосередньо стосуються фактів цієї справи, а й інші докази, які можуть стосуватися прийнятності, достовірності й повноти перших.

Надання доступу до матеріалів включає в себе можливість робити копії або відображення матеріалів. При цьому у документах, які надаються для ознайомлення, можуть бути видалені відомості, які не будуть розголошені під час судового розгляду. Видалення повинно бути чітко позначено. За клопотанням сторони кримінального провадження суд має право дозволити доступ до відомостей, які були видалені (ч. 4, 5 ст. 290 КПК України).

Європейський суд з прав людини виходить з того, що право відкриття матеріалів не є абсолютним і може бути обмежене з метою захисту секретних методів слідства чи ідентичності агентів або свідків (рішення у справі «Едвардс проти Сполученого Королівства» (Edwards v. the United Kingdom)). Рішення про невідкриття певних матеріалів стороні захисту не може прийматися прокурором самостійно. Щоб відповідати ст. 6 Конвенції, питання невідкриття матеріалів повинно вирішуватися судом на підставі балансу інтересів: публічного інтересу, з однієї сторони, та інтересів захисту – з іншої, і лише коли вкрай необхідно (рішення у справі «Роу та Дейвіс проти Сполученого Королівства» (Rowe and Davis v. the United Kingdom) від 16 лютого 2000 року, заява № 28901/95).

Труднощі сторони захисту, пов'язані з нерозкриттям усіх матеріалів, мають бути належним чином збалансовані наявністю юридичних процедур, які перебувають під судовим контролем (рішення у справі «Фітт проти Сполученого Королівства» (Fitt v. the United Kingdom) від 16 лютого 2000 року, заява № 29777/96).

Сторона захисту за запитом прокурора зобов'язана надати доступ і 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.

Сторона захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Вирішення питання про віднесення конкретних матеріалів до таких, що можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення і, як наслідок, прийняття рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до таких матеріалів, може бути відкладено до закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування (ч. 6 ст. 290 КПК України).

Для забезпечення належного копіювання матеріалів справи захиснику доцільно мати з собою засоби сканування чи виконання ксероксу, або сучасні технічні засоби здійснення фотокопій окремих матеріалів, наприклад висновків експертів, актів ревізій та перевірок, показань свідків і потерпілих, протоколів інших слідчих дій та інших важливих документів.

Виготовлення копій протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них не допускається (ч. 2 ст. 254).

Сторонам кримінального провадження, потерпілому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ. У разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів. Клопотання розглядається слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, не пізніше п'яти днів з дня його надходження до суду з повідомленням сторін кримінального провадження. Неприбуття у судові засідання осіб, які були

належним чином повідомлені про місце та час проведення судового засідання, не перешкоджає розглядові клопотання (ч. 10 ст. 290 КПК України).

Інститут відкриття сторонами кримінального провадження одна одній доказових матеріалів, які є в їх розпорядженні до початку судового розгляду, на перший погляд, є прозорим, простим і зрозумілим, але при його системному аналізі в окремих аспектах можна побачити наявність певної конкуренції правових норм і правозастосовних проблем, на які уже звернули увагу дослідники¹. Але аналіз цих проблем ще не вичерпано.

Так, за приписами ч. 12 ст. 290 КПК України, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, *суд не має права допустити відомості*, що містяться в них, як докази.

Тобто, закон не стверджує, що такі докази є категорично недопустимими, але не надає права суду їх допускати в якості доказів. Отже, суд не повинен відразу відмовлятися від дослідження таких доказів, а може запропонувати сторонам ще раз ознайомити одна одну з їх доказовими матеріалами, які до цього не стали предметом ознайомлення. І це буде правильно з огляду на забезпечення мети кримінального провадження.

Дослідження обставин кримінальної справи є динамічним процесом і суд має виходити з об'єктивних закономірностей пізнавальної діяльності, враховувати можливості появи нових фактів і джерел доказової інформації. Відповідно, регламентуючи стадію підготовчого провадження (ст. 315 КПК України), закон цілком логічно передбачив можливість для сторін робити заяви щодо «витребування певних речей чи документів», а в ст. 317 КПК України передбачив також ознайомлення сторін з матеріалами справи, які долучаються до обвинувального акта.

Остаточну оцінку доказових матеріалів і вирішення питання щодо допустимості доказів суд здійснює в судовому розгляді, де власне надані сторонами матеріали і отримують статус доказів.

В тактичному і психологічному плані завчасне ознайомлення з доказами захисту втрачає ефект неочікуваної зміни ситуації, може усунути можливість суду скористатись «моментом істини».

¹ Пономаренко Д.В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. Книга перша: практ. посіб. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 57–77.

Ці обставини сторона захисту може враховувати в виборі стратегії і тактики своїх дій і беручи до уваги, що певні докази без шкоди для справи можуть бути отримані уже в суді.

Згідно з частиною другою ст. 95 КПК України «жоден доказ не має наперед встановленої сили», а, отже, і не повинен отримувати наперед позбавленої сили.

Відповідно до ст. 89 КПК України «суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення», і лише «у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате».

Відтак завчасне недопущення доказів, які формально не були сторонами надані одна одній для ознайомлення, не є імперативною вимогою. На те і існує відкритий судовий розгляд щоб передусім досліджувати докази, а тим самим і ознайомлювати сторони з такими.

Закон надає право суду самому здійснювати активну доказову діяльність на стадії судового розгляду, яка може увінчатись отриманням важливих доказів у справі.

Наприклад, згідно зі ст. 332 КПК України суд має право як за клопотанням сторін, так і своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам незалежно від наявності клопотання, якщо: 1) суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності; 2) під час судового розгляду виникли підстави, передбачені частиною другою ст. 509 цього Кодексу; 3) існують достатні підстави вважати висновок експерта (експертів) необґрунтованим чи таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає інші обґрунтовані сумніви в його правильності.

Відповідно до ст. 333 КПК України суд має право «доручити органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії». Безумовно, що при виконанні таких окремих доручень можуть бути отримані нові докази, які долучаються до справи, надаються сторонам для ознайомлення та досліджуються в суді.

Згідно з частиною третьою ст. 370 КПК України «обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обста-

вин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 цього Кодексу».

Враховуючи дану систему правових норм, є потреба як в удосконаленні доказового права в цілому, так і в удосконалення тактики сторони захисту на етапі закінчення слідства.

Після складання обвинувального акта, одночасно з переданням обвинувального акта до суду, прокурор зобов'язаний під розписку надати його копію та копію реєстру матеріалів досудового розслідування підозрюваному (крім випадку, заочного провадження, передбаченого частиною другою ст. 297¹ КПК України), його захиснику та представнику.

Якщо обвинувачений не володіє мовою, якою ведеться судочинство, то зміст обвинувального акта перекладається мовою, якою він володіє, а обвинувачуваному, окрім обвинувального акта, вручається письмовий його переклад.

Захисник має ретельно вивчити обвинувальний акт і проаналізувати його законність, логічність та обґрунтованість.

На основі отриманої інформації захисник розробляє концепцію, стратегію і тактику захисту в суді.

Проаналізувавши доказові матеріали обвинувачення, захиснику слід визначитись, чи потрібно здійснити додаткові дії щодо отримання нових доказів.

Наприклад, ознайомившись з показаннями одного з учасників процесу, який стверджував що домовився по мобільному телефону з підозрюваним та зустрічався з ним в конкретний літній день і час в м. Дніпрі на проспекті Гагаріна 2, захисник запланував його викриття в неправді при більш ретельному опитуванні в умовах перехресного допиту в суді. При цьому захисник отримав пояснення підзахисного, що він був у відпустці, знаходився весь час в селі, обзавівся бородою і мав «нетрадиційний» зовнішній вигляд, чого не міг би не помітити допитаний. Фотографії підозрюваного з бородою, зроблені в селі, збереглись в його фотоапараті, що було також важливим підтвердженням як його зовнішності, так і місця та часу його перебування в певному місці. Додатково захисник вжив заходів для отримання відомостей від мобільного оператора та отримав роздруковані дані щодо географії перебування мобільного телефону підзахисного та часу і абонементів його розмов. В подальшому докази захисту були надані суду, «лжесвідок», нічо-

го не відаючи ні про бороду свого опонента, ні про докази його відсутності в м. Дніпрі, став підтверджувати раніше дані показання, а, відповідно, при пред'явленні нових доказів захисту був повністю викритий в брехні, а згодом і сам постав перед судом в якості обвинуваченого за давання завідомо неправдивих показань.

Захиснику, залежно від обставин справи, варто обговорити з підзахисним питання щодо можливості відшкодування заподіяної потерпілому шкоди (що є пом'якшуючою обставиною), а також щодо можливості та умов застосування інституту примирення з потерпілим.

§ 9. Доктрина захисту при застосуванні інститутів угод у кримінальному провадженні

Кримінальне провадження на підставі угод – інститут кримінального процесу, який передбачає спрощення кримінального провадження на підставі компромісу між представниками різних сторін за умови доведеності вини обвинуваченого та взаємних поступок, забезпечення відновлення порушених правопорушенням прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

У кримінальному провадженні, відповідно до приписів ст. 468 КПК України, можуть бути укладені такі види угод: 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

Практика застосування інституту провадження на підставі угод показує як недоліки самої концепції, так і недосконалість процесуальної форми, а проблеми даних інститутів викликають не аби які дискусії науковців¹.

¹ Азаров Ю. І., Климчук М. П. Здійснення провадження на підставі угод про визнання винуватості. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2014. № 12. С. 274–278; Бояров В. І. Деякі питання застосування угоди про визнання винуватості. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 2. С. 79–83. 51; Верещак В. М. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві. Вісник Верховного Суду України. 2000. № 1. С. 41–43; Власова Г. П. Укладення угоди між прокурором і підозрюваним (обвинуваченим) про визнання винуватості. Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). 2013. № 2. С. 140–144; Власюк В. В. Роль адвоката в кримінальному провадженні на підставі угод. Наше право. 2013. № 6. С. 144–149; Грошевий Ю., Повзик

Позиція захисту має виходити з можливої, залежно від обставин справи, корисності застосування угоди про примирення з потерпілим, але ні за яких умов захиснику не варто будь-яким чином спонукати, ініціювати, сприяти застосуванню інституту угоди про визнання вини, оскільки це суперечить принципу презумпції невинуватості й не може бути стратегічно і тактично корисною технологією захисту. Навіть, якщо підозрюваний самостійно вирішив укла-

Є. Визнання вини як одна з умов застосування спрощених процедур (порівняльно-правовий аналіз). Вісник Національної академії прокуратури України. 2011. № 3. С. 38–43. 92; Добровольська О. Г. Проблеми кримінального провадження на підставі угод і компромісів. Право і суспільство України. 2014. № 6–2. С. 163–167; Дроздов О. Кримінально-процесуальні аспекти звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. Юридичний журнал. 2006. № 4; Дрозд В. Г. Інститут угод про визнання винуватості: закордонний та вітчизняний досвід. Митна справа. 2014. № 6 (2.2). С. 491–496; Житний О. О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям: монографія. Харків, 2004. 152 с.; Землянська В. Запровадження відновлювальних підходів: зміна погляду на кримінальне судочинство. Право України. 2003. № 10. С. 154–156; Кузьмічов В. С., Курта. Є. О. Компромис на досудовому слідстві (криміналістичний аспект): монографія. К.: КНТ, 2007; Леляк О. Підстави та умови укладення угоди про визнання винуватості. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. № 2. 2016. С. 40–48; Неледова Н. В. Деякі проблеми відмови судом у затвердженні угоди про примирення в кримінальному процесі. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2014. № 9 (1). С. 212–214. 241; Новак Р. В. Спільні та відмінні ознаки інституту угод у публічних та приватних галузях права в Україні. Науковий вісник академії муніципального управління. Серія: «Право». 2015. Вип. 1. Ч. 2. С. 273–279; Парфіло О. А. Примирення винного з потерпілим – компроміс у кримінальному процесі. Підприємництво, господарство і право. 2002. № 5. С. 94–98. 279; Паславський С. І. Практична доцільність укладення угоди про визнання винуватості для сторони захисту. Науковий вісник Херсонського державного університету Серія: «Юридична». 2014. Т. 3. Вип. 3. С. 182–187; Повзик Є. В. Правові наслідки визнання підозрюваним, обвинуваченим своєї вини (порівняльно-правове дослідження): монографія. Харків: Право, 2014. 224 с.; Саєнко Г. Ю. Юридичний зміст кримінального провадження на підставі угод. Право і суспільство. 2015. № 5(2). С. 172–177; Степанов П. Л. Проблеми процесуального регулювання закриття кримінальної справи у зв'язку з дійовим каяттям. Вісник Національного університету внутрішніх справ. Вип. 24. Харків 2003. С. 46–49; Співак О., Чередніченко В. Кримінальне провадження на підставі угод про визнання винуватості за новим КПК: перший досвід у справах з економічних злочинів. Юридична газета. 2013. № 8/9. С. 36–37; Тертишник В. Без суду і слідства: гострі кути реформування кримінально-процесуального законодавства. Юридичний журнал. 2004. № 11. С. 116–118; Туркота С. Правовий компроміс у кримінальному судочинстві. Право України. 2001. № 12. С. 69–71; Усатий Г. О. Кримінально-правовий компроміс. Київ, 2001. 128 с.; Щерба С. П., Савкин А. В. Деятельное раскаяние в совершенном преступлении. М.: Спарк, 1997. 110 с.; Холодило П. В. Угода про визнання винуватості. Поняття, зміст та особливості укладання. Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». Чернівці, 2016. Вип. 2. С. 434–444; Шкелебей В. А. Угоди про примирення й визнання винуватості у кримінальному процесі України та інших країн: порівняльний аналіз. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2012. № 6. С. 179–188; Ярош В. Окремі питання інституту дійового каяття як обставини, що пом'якшує відповідальність. Вісник прокуратури. 2012. № 8. С. 61–67; Ященко А. М. Призначення узгодженого покарання у випадку укладення угоди про примирення. Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: «Право». 2013. № 1077. Вип. 15. С. 121–126.

сти угоду про визнання вини, захиснику варто дистанціюватись від участі в цьому акті, зберігаючи за собою можливість наступальної позиції в доведенні невинуватості підзахисного, що часто призводить до успіху захисту в цілому.

Інститут провадження на підставі угод потребує теоретичного осмислення і законодавчого корегування. Як дотепно писав Ейнштейн, – «теорія – це коли все відомо, але нічого не працює. Практика – це коли все працює, але ніхто не знає чому. Ми же об'єднуємо теорію и практику: нічого не працює... і ніхто не знає чому». Забезпечення верховенства права в кримінальному судочинстві потребує суттєвих змін інституту провадження на підставі угод.

Розглянемо деякі доктринальні аспекти застосування даних інститутів з позиції захисту.

Угода про примирення між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим – це різновид судового компромісу, який є формою відновлюваного правосуддя і спрямований на швидке відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди та відновлення порушених усіх матеріальних прав потерпілого, забезпечення спрощення, скорочення і процесуальну економію процедури розгляду кримінальних справ.

Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R (81) 7 від 14 травня 1981 року «Відносно шляхів полегшення доступу до правосуддя», у розділі «Спрощення» п. 3 підкреслено, що слід вжити заходи до полегшення або заохочення, де це можливо, примирення сторін або дружнього врегулювання суперечки до прийняття його до провадження або під час розгляду.

В Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R (87) 18 у 1987 році відносно спрощення форми кримінального правосуддя зазначається, що одним з встановлених пріоритетів у кримінальній політиці є «... примирення з потерпілим, яке б заміняло судове розслідування...».

Угода про примирення між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сто-

ронами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). Укладення угоди про примирення може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку.

Така угода є можливою, допустимою, прогресивною і може стати доречною для використання стороною захисту.

Безумовно, така угода може сприяти заощадженню зусиль, коштів та часу, що витрачаються захисником і підзахисним на розгляд кримінальної справи, є не тільки пом'якшуючою обставиною, а й може надати шанс підозрюваному (обвинуваченому) бути звільненим від кримінальної відповідальності, не бути засудженим до позбавлення волі та не отримати небажаного впливу негативних реалій такого примусового заходу.

Основною умовою укладення угоди про примирення для сторони захисту має стати лише ситуація доведеності вини підозрюваного поза розумним сумнівом, адже на боці захисту завжди засада презумпції невинуватості підозрюваного (обвинуваченого), згідно з якою всі сумніви у справі тлумачаться і вирішуються на користь обвинуваченого. Отже, така ситуація скоріше спонукає до постановки за мету закриття справи за відсутності складу злочину чи винесення оправдального вироку, а, відповідно, до застосування наступальної тактики захисту.

Тобто, такий компроміс передбачає можливість альтернативного висновку щодо питань: «Чи підлягає обвинувачений покаранню за вчинений ним злочин?», «Чи є обставини, за наявності яких обвинувачений може бути звільненим від кримінальної відповідальності?», «Чи підлягає підсудний звільненню від покарання?».

Відшкодування завданих збитків та усунення заподіяної шкоди – це додаткова умова укладення угоди, виконання якої усувають негативні наслідки вчиненого кримінального правопорушення та надають підозрюваному отримати позитивне рішення у справі.

Захисник обговорює з підзахисним його можливості: здійснити компенсацію моральної шкоди у тій формі, яка задовольняє потерпілого (вибачення у публічній формі, спростування неправдивих відомостей у засобах масової інформації, грошова компенсація, сприяння відновленню порушених прав); надати медичної допомоги, ліків чи оплати вартості лікування та заходів щодо відновлення здоров'я потерпілого; забезпечити повернення потерпілому втра-

ченого майна та компенсації збитків, або відновлення корисних властивостей пошкодженого майна, чи виконання інших цивільно-правових майнових зобов'язань; компенсація упущеної вигоди, яка могла б бути отримана, але не одержана через діяння підозрюваного, наслідком яких стала неможливість володіти, користуватись чи розпоряджатись майном або іншими цінностями.

Юридичною підставою закриття кримінального провадження за примиренням підозрюваного з потерпілим є мирова угода сторін, кваліфіковано скласти яку має допомогти захисник.

В мировій угоді мають зазначатися такі обставини: сторони угоди; викладення суті справи та її правова кваліфікація; усвідомлення підозрюваним і потерпілим сутності справи, доведених обставин, змісту статті, за якою кваліфікуються дії підозрюваного і міри покарання, яке може бути призначено судом підозрюваному; знання потерпілим і підозрюваним своїх прав та наслідків укладення угоди; розуміння значення факту добровільної відмови потерпілого від свої попередніх вимог щодо притягнення винуватого до кримінальної відповідальності та задекларованого клопотання про закриття кримінальної справи за умови угоди про примирення; усвідомлення потерпілим, що закриття кримінального провадження позбавляє його можливості користуватись перевагами кримінально-процесуального судочинства (розгляду цивільного позову в рамках кримінального процесу) для захисту своїх майнових та інших прав; узгоджена форма і зміст подальшого руху справи, застосування чи незастосування відповідальності винної особи; згоду на звільнення винного від відбування покарання; усвідомлення наслідків укладення, а також можливого невиконання угоди.

Факт примирення сторін доречно відображати в окремому юридичному документі – мировій угоді, який підписують потерпілий і підозрюваний.

Якщо угоди (незалежно від її виду) досягнуто під час досудового розслідування, після виконання процесуальних дій, передбачених ст. 290 КПК, складений слідчим і затверджений прокурором обвинувальний акт разом із підписаною сторонами угодою невідкладно надсилається до суду.

Захисник має чітко роз'яснити підзахисному, що відповідно до ст. 473 КПК України наслідком укладення та затвердження угоди про примирення є: для підозрюваного чи обвинуваченого – обме-

ження права на оскарження вироку згідно з положеннями ст. ст. 394 і 424 КПК України та відмова від здійснення прав, передбачених пунктом 1 частини четвертої ст. 474 КПК України, зокрема, що він відмовляється від права: 1) на судовий розгляд, під час якого прокурор зобов'язаний довести кожену обставину щодо кримінального правопорушення, у вчиненні якого його обвинувачують; 2) мовчати, і факт мовчання не матиме для суду жодного доказового значення; 3) мати захисника, зокрема для отримання правової допомоги безоплатно в порядку та випадках, передбачених законом, або захищатися самостійно; 4) допитати під час судового розгляду свідків обвинувачення; 5) подати клопотання про виклик свідків і подати докази, що свідчать на його користь.

Не рекомендується укладати угоду про примирення та відмовлятися від вищезгаданих гарантій правосуддя, а також погоджуватись на спрощений порядок розгляду справи, в умовах наявності сумнівів щодо доведеності вини підозрюваного (обвинуваченого). Адже згода на спрощений порядок розгляду справи може позбавити особу оскарження вироку в апеляційній інстанції.

Угода про визнання вини, хоча і передбачена законом (ст. ст. 468–475 КПК України), має розглядатись в системі інших норм процесуального права та конституційного принципу презумпції невинуватості.

Захисник має розуміти, а, відповідно, роз'яснити підзахисному, що укладення угод *про визнання вини*, за чинних приписів закону, не унеможлиблюють, а, навпаки, – збільшують ризик судової помилки та неможливості її виправити, ускладнюють захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого, підсудного, засудженого), позбавляють можливості застосування інституту реабілітації та відшкодування завданої незаконними рішеннями шкоди, в разі перегляду в подальшому справи в екстраординарних процесих за нововиявленими обставинами.

Так, відповідно до ст. 472 КПК України в угоді про визнання винуватості зазначаються, зокрема, «беззастережне визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення, обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце), умови часткового звільнення підозрюваного, обвинуваченого

від цивільної відповідальності у вигляді відшкодування державі збитків внаслідок вчинення ним кримінального правопорушення, узгоджене покарання та згода підозрюваного, обвинуваченого на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням».

Більше того, в частині третій ст. 349 КПК України визначено: «Суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспоруються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку».

Якщо ж суд не досліджує доказів, а доказами є лише те, що суд безпосередньо сприймає, то які взагалі докази можуть існувати в такому кримінальному провадженні? Хіба що визнання вини – цариці доказів, реалії застосування чого на практиці відчуло багато людей в минулі роки. За такої моделі у нас і нині можуть з'явитись засуджені «без суду і слідства», а, що ще гірше, – «без вини винуваті».

Чи не ходимо ми по колу, чи не втомила нас чинна процесуальна форма з її безліччю дрібних гарантій і чи зможемо ми виважено створити нову, не наступивши на старі граблі, створивши спрощене судочинство, яке може стати настільки спрощеним, що залишиться хіба що сказати «простота гірша від крадіжки».

Наслідком укладення та затвердження угоди про визнання винуватості для підозрюваного, обвинуваченого і прокурора є обмеження їхніх права на оскарження вироку згідно з положеннями ст. ст. 394 та 424 КПК України, а для підозрюваного чи обвинуваченого – також його відмова від здійснення прав, передбачених абзацами першим і четвертим пункту 1 частини четвертої ст. 474 КПК України, зокрема відмова від права «на судовий розгляд, під час якого прокурор зобов'язаний довести кожную обставину щодо кримінального правопорушення» та права «допитати під час судового розгляду свідків обвинувачення».

При таких концептах, якщо обвинувачений визнає себе винним – істина суд уже фактично майже не цікавить, суд може входити в образ «сліпої Феміди» і «затикаючи вуха» та щільно «зажмурюючи очі» «упевнено крокувати до винесення вироку», не досить піклуючись про

його обґрунтованість, законність і справедливість, а законодавець, щоб не створювати йому незручностей можливою помилкою, унеможливило апеляційне оскарження такого вироку, тим самим сором'язливо ховаючи «хибні кінці такого судилища в воду». Цією новелою здійснено спробу реанімувати відому в недалекі часи концепцію, за якої визнання обвинуваченим своєї вини вважалося царицею доказів.

Свого часу одному з авторів даної праці, довелося ознайомитись з архівною справою одного з полководців часів громадянської війни. Здивувала простота справи. Обсяг не перевищив традиційних обсягів курсової роботи студента 2-го курсу. «Нічого зайвого» – анонімка (на декількох сторінках викладена рівним розбірливим почерком), визнання вини (більшість аркушів справи написані невпевненою рукою), вирок на одному аркуші та довідка старшини групи «Смерш» про розстріл, засвідчена приписом лікаря про настання смерті. Таке собі спрощене судочинство... Багатьом мариться, що ці часи вже позаду і ніколи не вернуться. Але чи не ходимо ми по колу, чи не втомила нас чинна юридична процедура судочинства з її безліччю дрібних гарантій і чи зможемо ми виважено створити нову, не наступивши на старі граблі, створюючи спрощене судочинство, яке може стати настільки спрощеним, що в пору буде сказати «простота гірша за крадіжку»¹.

Захисник має уважно вивчати докази у справі та аналізувати мотиви бажань підзахисного щодо укладення угоди про визнання вини. Слідча практика показує наявність у нашому суспільстві багатьох знедолених людей, які можуть, «опинившись в полі зору оперативних служб», погоджуватись на зізнання у вчиненні злочинів, яких взагалі не вчиняли.

Так, у ряді кримінальних проваджень судами було засуджено за незаконне зберігання і носіння зброї чотирьох безхатченків. В усіх справах обвинувачені були затримані з однією і тією ж саморобною зброєю, яку, з їхніх показань, «випадково» знаходили в сміттєвих бачках. Там «прикраси ковбоїв», умовно схожі на мушкети, «випадково» опинялись після складання правоохоронцями чергового акта «знищення речових доказів, які не мали ніякої цінності»... Ситуація складалась взаємно «прийнятною» і для поліцейських, і для безхатченків. Останні давали однакові показання щодо мотивів носіння

¹ Тертышник В. Без суда и следствия: острые углы судебно-правовой реформы. Держава; 2000 (Еженедельник). 2004. № 41. С. В7.

зброї, розкаювались і погоджувались на спрощений розгляд справи, бо мабуть їм за ґратами було не те щоб гірше за ночівлі на горищах над п'ятьми поверхами комуналок, а перші звітували про професійні «досягнення» в виконанні «операції арсенал». Коли прокурор запідозрив детективів у фікціях, оперативно уповноважені «запідозрили, що прокурор запідозрив», та щоб «заспокоїти прокурора» надпиляли ствола у черговий раз вилученого у безхатченка «мушкета» та понесли його до віддалених від попередніх місць подій еко-баків, де на здивування «випадково» зустріли прокурора... Ця «ідилія» щодо штучного створення показників розкриття злочинів могла б отримати і більш резонансне продовження, коли хтось з безхатченків зізнався б у підготовці замаху на політика, шукаючого приводу для піар-акції... (вбачте за злу іронію), а ще гірше, коли б «озброний» втік, а зброю використав для скоєння небезпечних злочинів. Усунення подібних ситуацій з правоохоронної практики потребує суттєвих змін як кримінального, так і процесуального законодавства.

Доктринально правильною буде позиція захисника, яка полягатиме не у наданні допомоги підзахисному в укладенні угоди про визнання винуватості, а у роз'ясненні ризиків такого акта, а також у формуванні правничих доктринальних висновків щодо неможливості застосування процесуальних норм, якими визначені правила укладення і застосування угоди про визнання винуватості, як норм, що суперечать іншим приписам права.

Згідно зі ст. 62 Конституції України «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь».

Ці положення розвинуто і ще більш чітко юридично визначено в ст. 17 КПК України: «Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом».

Звертаємо увагу на опорний припис: кожен «має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість», тоб-

то не укладе угоду про визнання винуватості, але спочатку доведе винуватість, а вже потім шукатиме компроміси, які можуть лежати у площині ідей медіації, забезпечення відшкодування шкоди та збалансування інших приватних і публічних інтересів.

Запроваджуючи інститут угоди про визнання винуватості, законодавець обійшов увагою вже наявний у нашій правовій системі і більш виважений та доречний інститут дієвого каяття як різновид судового компромісу, який передбачено ст. 45 Кримінального кодексу України – «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям» визначає «Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду».

Інститут дієвого каяття, як різновид судового компромісу, передбачений ст. 45 Кримінального кодексу України, а також знаходить розкриття у багатьох нормах Особливої частини КК України, наприклад, невивплата заробітної плати (ст. 175), ухилення від сплати податків (ст. 212), давання хабара (ст. 369), створення не передбачених законами України воєнізованих формувань або участь у їх діяльності (ст. 260, терористичний акт (ст. 258), шпигунство (ч. 2 ст. 114) тощо, де передбачаються спеціальні підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності та покарання з огляду на наявні факти дієвого каяття.

Зокрема, згідно з частиною четвертою ст. 212 КК України особа, яка вчинила умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять в систему оподаткування, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня).

Відповідно до частини третьої ст. 175 КК України посадова особа, яка безпідставно незаконно не виплатила заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам більш як за один місяць, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо до притягнення до кримінальної відповідальності нею здійснено виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам.

Захист, обираючи вищезгадану форму дієвого каяття, обирає найменші ризики з можливих варіантів розвитку справи.

На жаль, новий КПК України не визначив процесуальну форму застосування інституту дієвого каяття, натомість передбачив неоднозначний з погляду теорії доказів та теорії права інститут угоди про визнання винуватості.

Якщо ж ми стверджуємо, що в кримінальному судочинстві діє принцип презумпції невинуватості та об'єктивної істини, то відповідь на ці питання мають дати лише неспростовні докази, а не угода сторін. Конституція України (ст. 129) до основних засад судочинства небезпідставно зараховує «забезпечення доведеності вини». Саме на доведеності вини, а не на угоді про її визнання (яка часто укладається, коли бракує доказів її доведеності) і мають бути розглянуті й вирішені питання вироку.

Зазначимо, що згідно з пунктом 2 частини другої ст. 129 Конституції України однією із засад судочинства (непорушних принципів) є «забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення». З огляду на цю засаду за жодних обставин норми КПК України не можуть позбавляти ні обвинуваченого, ні потерпілого права на апеляційне оскарження вироку, права, щодо якого не передбачено обмежень у конституційних нормах.

Стаття 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права зазначає, що «кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок *були переглянуті судовою інстанцією вищого рівня згідно із законом*».

За суттю інститут угоди про визнання вини суперечить принципу презумпції невинуватості, закріпленому в ст. 62 Конституції України, ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, та іншим нормам права.

Згідно з частиною п'ятою ст. 364 КПК України «учасники судового провадження мають право в судових дебатах посилатися лише на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні».

Відповідно до приписів частини четвертої ст. 95 «суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання».

У частині третій ст. 370 КПК України визначено, що «обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих

обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 цього Кодексу».

Стаття 17 КПК України визначає: «Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе *винуватість особи поза розумним сумнівом*».

A posse ad esse non valet cosequentia – «З можливого ще не можна робити висновок про дійсне».

Відповідно до ст. 474 КПК України суд *відмовляє в затвердженні угоди*, якщо: умови угоди *суперечать вимогам цього Кодексу*, відсутні фактичні підстави для визнання винуватості.

Отже, ч. 3 ст. 349 ст. 302, п. 2 ч. 1 ст. 468, ч. 2 та 4 ст. 469, ст. 470, ст. 472, ч. 2 ст. 473, ч. 4 ст. 474 КПК України, у яких закладено модель спрощеного правосуддя й судочинства на підставі угоди про визнання винуватості, не мають застосовуватись і підлягають скасуванню як норми, які звужують суттєві гарантії встановлення об'єктивної істини та наявні права і свободи людини, суперечать ст. ст. 22 та 62 Конституції України, міжнародним правовим актам, принципам і окремим положенням норм самого КПК України та виходять за межі здорового глузду.

Натомість технологію спрощеного провадження у ще «більш спрощеному варіанті» пропонують до застосування щодо проваджень відносно кримінальних проступків. За приписами ст. 381 КПК України, «суд за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, має право розглянути обвинувальний акт щодо вчинення кримінального проступку без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження, якщо обвинувачений, що був представлений захисником, беззаперечно визнав свою винуватість, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згоден з розглядом обвинувального акта за його відсутності, а потерпілий не заперечує проти такого розгляду». Вважаємо, що таке правосуддя «за згодою» може рано чи пізно відіграти фатальну роль. Доцільніше розширювати застосування ідеї відновлювального правосуддя та запровадити мировий суд і спрямовувати зусилля такого суду на досягнення мирових угод і вирішення справ без кримінальних покарань. За таких умов можливе і спрощення процедури провадження, але без відхилення від принципу безпосередності дослідження доказів

та доведеності вини, що має вирішальне значення для забезпечення справедливого правосуддя.

Критерій істини – практика, і особливості в таких жажливих її проявах, як справи щодо загибелі журналіста Олександрова чи обвинувачення Світлани Зайцевої, показують, що подібне просте й дешеве судочинство може дорого коштувати людям і суспільству.

До того ж стороні захисту варто мати на увазі, що за приписами інших норм КПК України (відповідно до ст. 474 КПК України), суд відмовляє в затвердженні угоди, якщо: 1) умови угоди суперечать вимогам цього Кодексу та/або закону, зокрема допущена неправильна правова кваліфікація кримінального правопорушення, яке є більш тяжким, ніж те, щодо якого передбачена можливість укладення угоди; 2) умови угоди не відповідають інтересам суспільства; 3) умови угоди порушують права, свободи чи інтереси сторін або інших осіб; 4) існують обґрунтовані підстави вважати, що укладення угоди не було добровільним, або сторони не примирилися; 5) очевидна неможливість виконання обвинуваченим взятих на себе за угодою зобов'язань; 6) відсутні фактичні підстави для визнання винуватості.

На нашу думку, у разі, якщо в судовому процесі встановлено, що відсутні фактичні підстави для визнання винуватості (відсутня система допустимих і достатніх доказів винуватості обвинуваченого), угода про визнання винуватості не підлягає затвердженню і застосуванню. Тоді досудове розслідування або судове провадження продовжуються у загальному порядку.

На слушний погляд О.Г. Добровольської, гл. 35 КПК України «Кримінальне провадження на підставі угод» доцільно назвати «Кримінальне провадження на підставі угод і компромісів» та доповнити окремою нормою «Провадження за умови дійового каяття обвинуваченого» такого змісту: «Особа, яка вчинила кримінальне правопорушення невеликої або середньої тяжкості чи по необережності, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона самостійно припинила кримінальне правопорушення і вжила заходів для недопущення чи мінімізації настання його негативних наслідків, або після його вчинення явилась з повинною чи щиро покаялася, активно сприяла розкриттю і розслідуванню кримінального правопорушення і повністю відшкодувала завдані нею збитки або відшкодувала заподіяну кримінальним правопорушенням матеріальну та компенсувала моральну шкоду.

Обставини дієвого каяття з'ясовуються слідчим і прокурором в процесі досудового провадження, а також можуть підтверджуватися матеріалами, наданими захисником підозрюваного (обвинуваченого).

Прокурор при вирішенні питання про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дієвим каяттям зобов'язаний враховувати такі обставини:

- 1) доведеність вчинення кримінального правопорушення підозрюваним (обвинувачуваним);
- 2) тяжкість вчиненого кримінального правопорушення та форми і ступінь вини підозрюваного (обвинувачуваного);
- 3) дії, що вказують на дієве каяття особи, ступінь і характер сприяння підозрюваного чи обвинуваченого у проведенні кримінального провадження щодо нього або інших осіб;
- 4) розмір завданої кримінальним правопорушенням шкоди та її відшкодування підозрюваним (обвинувачуваним);
- 5) наявність суспільного інтересу в забезпеченні швидшого досудового розслідування і судового провадження, викритті більшої кількості кримінальних правопорушень, в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень.

Якщо обставини справ дають підстави для звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дієвим каяттям, прокурор, при доведеності вчинення кримінального правопорушення підозрюваним (обвинувачуваним), після повідомлення особі про підозру, отримавши згоду підозрюваного на таке звільнення, складає клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності та без проведення досудового розслідування у повному обсязі надсилає його до суду.

Перед направленням клопотання до суду прокурор зобов'язаний ознайомити з ним потерпілого і цивільного позивача та з'ясувати їхню думку щодо можливості звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності. Розгляд справи проводиться судом під час підготовчого судового засідання»¹.

Найкраще судочинство – те, яке дозволяє собі бути зайвим, але не байдужим. Наша держава не така багата, щоб дозволити собі дешево правосуддя, а потім витратитись на виправлення судових помилок.

¹ Добровольська О.Г. Проблеми кримінального провадження на підставі угод і компромісів. Право і суспільство України. 2014. № 6–2. С. 163–167.

Нормативні акти

Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. (Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141). URL: www.rada.gov.ua.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року). Офіційний вісник України. 1998. № 13.

Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою, прийнята на сороковій сесії Генеральної Асамблеї ООН 29 листопада 1985 року.

Кримінально-процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. (із змінами і доповненнями, внесеними згідно із Законами України). URL: www.rada.gov.ua

Закон України «Про Конституційний Суд України». Відомості Верховної Ради (ВВР). 2017. № 35. Ст. 376 (із змінами, внесеними згідно із Законом № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 р., Відомості Верховної Ради. 2017. № 48. Ст. 436).

Закон України № 5076- VI від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282. URL: www.rada.gov.ua

Закон України «Про безоплатну правову допомогу». Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 51. Ст. 577). URL: www.rada.gov.ua.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про правову допомогу) від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09/conv>

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Шабельник проти України». URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/19618>.

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Чанев проти України» (остаточне рішення від 09 січня 2015 р. Рішення Європейського суду з прав людини). URL: <http://old.minjust.gov.ua/19612>

Постанова Пленуму Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод».

Література

Адвокатура України: підручник у двох книгах / за заг. ред. д. ю. н., проф. заслуженого юриста України С. Я. Фурси та к. ю. н, доцента Н. М. Бакаєвої. 2-ге вид. доповн. і перероб. К.: Алерта, 2016. 864 с.

Азаров Ю. І., Климчук М. П. Здійснення провадження на підставі угод про визнання винуватості. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2014. № 12. С. 274–278.

Андрєєв Р.Г., Блажівський Є.М., Гошовський М.І. та ін. Кримінальний процесуальний кодекс України: структурно-логічні схеми і таблиці, типові бланки та зразки процесуальних документів: науково-практичний посібник. К.: Алерта, 2012. 736 с.

Антонов К.В., Сачко О.В., Тертишник В.М., Уваров В.Г. Теорія доказів: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / За заг. ред. д.ю. н., професора В.М. Тертишника. Київ: Алерта, 2015. 294 с.

Біліченко Т.О. Підстави закриття кримінального провадження: поняття, сутність, види. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Випуск 2. Т. 3. С. 67–70.

Блажівський Є.М., Козьяков І.М., Толочко О.М., Мірошніченко С.С., Власова Г.В. та ін. Актуальні питання кримінального процесу України; за заг. ред. Є.М. Блажівського, 2013. 304 с.

Борзих Н.В. Діяльність захисника на досудових стадіях кримінального процесу та при судовому розгляді справи: монографія. Донецьк: «Ноу-лідж», 2010. 113 с.

Варава В.В. Концептуальні підходи та шляхи усунення конфлікту слідчої та оперативно-розшукової діяльності. Вісник Академії митної служби України. Серія: «Право». 2015. С. 122–126.

Власова Г.П. Співвідношення кримінальних процесуальних проваджень та диференціації кримінальних процесуальних форм. Науково-інформаційний вісник «Право». 2015. № 11. С. 153–158.

Власова Г.П. Укладення угоди між прокурором і підозрюваним (обвинуваченим) про визнання винуватості. Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). 2013. № 2. С. 140–144.

Гіляка О.С. Основні вимоги до юридичного документа. Право і суспільство. 2017. № 4. С. 3–8.

Грошевий Ю.М., Шило О.Г. Підстави обрання запобіжних заходів за новим КПК України. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 220–226.

Грошевий Ю.М., Тацій В.Я., Туманянц А.Р. та ін. Кримінальний процес: підручник / За ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

Грошевий Ю., Повзик Є. Визнання вини як одна з умов застосування спрощених процедур (порівняльно-правовий аналіз). Вісник Національної академії прокуратури України. 2011. № 3. С. 38–43.

Добровольська О.Г. Кримінальне провадження на підставі угоди про визнання винуватості відповідно до нового КПК України. Право і суспільство України. 2013. № 2. С. 37–42.

Дроздов О.М. Наукові підходи щодо перспектив перегляду у екстраординарних судових провадженнях окремих судових рішень, ухвалених у заочному кримінальному провадженні. Форум права. 2015. № 1. С. 92–103.

Зейкан Я.П., Сафулько С.Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ: Дакор, 2013. 576 с.

Іващенко О. В. Правова природа повідомлення про підозру за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Наше право. 2012. № 4. Ч. 2. С. 89–94.

Козак О. С. Ефективність звільнення від кримінальної відповідальності в Україні: монографія / за ред. О. М. Бандурки. К.: Освіта України, 2009. 204 с.

Коріняк О. М. Захист прав і свобод людини при застосуванні запобіжних заходів у кримінальному провадженні України: монографія / за заг. ред. Г. К. Кожевнікова. К.: Національна академія прокуратури України; Запоріжжя: ТОВ «ЛПС» ЛТД, 2013. 196 с.

Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Доктринальні проблеми інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Верховенство права. 2017. № 1. С. 95–101.

Коровайко О. І. Реалізація у кримінальному судочинстві України міжнародних стандартів права особи на повагу до приватного і сімейного життя. Форум права. 2017. № 1. С. 31–35.

Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012. 1224 с.

Курта Є. О. Компромiс на досудовому слідстві: поняття, види, криміналістичні прийоми досягнення: дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2005. 188 с.

Левковець А. Щодо оскарження підозри за КПК України // Резонанс. 15 марта 2018. URL: <http://resonance.ua/oskarzhennya-pidozri-u-provazhennyakh-ro/>

Леєких К. В. Дискримінаційна складова «заочного» взяття під варту // Вісник Академії адвокатури України. Число 1(32)2015. С. 105–109.

Лук'янчиков Є. Д., Лук'янчиков Б. Є. Зняття інформації з каналів зв'язку – засіб формування судових доказів. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія: «Право». 2012. № 1 (5). С. 1–10.

Луцьок П. С. Визнання доказів недопустимими: деякі аспекти практичного застосування // Я и закон. URL: <http://yaizakon.com.ua/priznanie-dokazatelstv-nedopustimymi-nekotorye-aspekty-prakticheskogo-primeneniya/>

Маланчук П. М., Маслак О. В., Воронкова М. Ю. Актуальні проблеми участі захисника у кримінальному провадженні. Правові горизонти. 2017. № 3. С. 82–85.

Малахова О. В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. Одеса, 2015. 20 с.

Малярєнко В. Т. Про сумні тенденції в розвитку інституту захисту в Україні. Адвокат. 2001. № 1–2. С. 42–75.

Маслюк О. В. Спростування підозри (обвинувачення) як одна із форм реалізації функції захисту. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Випуск 2. Т. 3. С. 90–94.

Молдован А. В., Тилик Т. М. Адвокатура України: навчальний посібник. К.: Алерта, 2013. 256 с.

Назаров В. В. Засада невторчання у приватне життя як засіб для захисту особи у кримінальному провадженні. Юридичний вісник. 2012. № 3(24). С. 114–118.

Назаров В. В., Лахманич Ю. Р. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Європейські перспективи. 2013. № 3. С. 102–106 с.

Наливайко Є. Проблемні питання повідомлення особі про підозру та зупинення досудового розслідування. Публічне право. 2013. № 1 (9). С. 375–380.

Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України. Зразки процесуальних документів у кримінальному провадженні / За заг. ред. Чернея В. В. та Чернявського С. С. К.: «Центр учбової літератури», 2017. 976 с.

Несінов О. Про деякі спірні і суперечливі положення КПК України та їх використання для посилення позиції захисту (частина перша). Вісник НААУ. 2016. № 5 (23). С. 7–11.

Нор В. Т., Крикливець Д. Є. Реалізація засади змагальності під час розгляду скарг слідчим суддею. Львів: Вид-во ТзОВ «Колір ПРО», 2017. 376 с.

Нор В. Т. Презумпція невинуватості як принцип кримінального судочинства та його інтерпретація Європейським судом з прав людини. Вісник Львів.ун-ту. Серія юрид. 2011. Вип. 53. С. 390–391.

Одинцова І. М. Інститут самостійного адвокатського розслідування у кримінальному процесі. Правова позиція. 2016. № 2(17). С. 170–175.

Письменний Д. П. Реалізація функції захисту в чинному Кримінально-процесуальному кодексі України. Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві. К: Академія адвокатури України, 2002. С. 43–46.

Пономаренко Д. В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. Книга перша: практ. посіб. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. 112 с.

Рибалка О. В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі. Адвокат. 2011. № 7(130). С. 35–40.

Сачко О. В. Проблеми дієвості інституту захисту в кримінальному процесі. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. С. 142–145.

Тертишник В. М. Доктринальні проблеми кримінального провадження на підставі угод. Правова позиція. 2016. № 2 (17). С. 146–153.

Тертишник В. М. Кримінальний процес України: підручник. 7-е вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.

Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 15-те, доповн. і перероб. – К.: Правова Єдність, 2018. – 854 с.

Тертишник В. М. Реалізація правових позицій та прецедентної практики Європейського суду з прав людини в розв'язанні проблем кримінально-процесуального права України. Правова позиція. 2016. № 1 (16). С. 7–13.

Тертишник В. М., Одинцова І. М. Правнича допомога та захист в кримінальному процесі: концепти та колізії правових реформ. Наше право. 2017. № 4. С. 164–171.

Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві: монографія. Донецьк, 2005. 244 с.

Фіолевський Д. П. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Коментар. К.: Алерта, 2013. 368 с.

Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. К., 2015. 208 с.

Фурса С. Я. Адвокат на межі закону і права. Юридична Україна. 2003. № 9. С. 13–17.

Хмелевська Н. В. Стратегія забезпечення правової допомоги адвокатом в кримінальному провадженні // Вісник Академії адвокатури України. Том 12. Число 2(33) 2015. С. 193–201.

Черкесова А. С. Практичні аспекти реалізації гарантій прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого під час проведення слідчих (розшукових) дій. Часопис Академії адвокатури. 2017. Т. 10. № 1 (34). С. 87–98.

Чернявський С. С., Петков С. В., Удалова, В. М., Стратонов В. М. Зразки процесуальних документів у кримінальному судочинстві. К: «Центр учбової літератури», 2016. 92 с.

Чумак К. Укладення угоди про примирення: підстави, зміст, сторони. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 4 (12). С. 186–195.

Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ. 2018. 661 с.

Яновська О. Г. Оскарження адвокатом рішень, дій чи бездіяльності слідчого, прокурора та слідчого судді під час досудового розслідування: науково-практичний посібник. К.: Прецедент, 2013. 32 с.

Яновська О. Г., Лазебний Л. Л. Кримінальне провадження. Процесуальні документи захисту: навч. посіб. К.: Прецедент, 2013. 160 с.

Яновська О. Правова позиція захисту в кримінальному провадженні: шляхи відстоювання у процесі доказування. Право України. 2014. № 10. С. 124–132.

Глава 5.

Захист обвинуваченого в суді

*«Justitia regnorum fundamentum
(правосуддя – основа держави)»*

§ 1. Захист в суді першої інстанції

Судовий розгляд – центральна стадія кримінального процесу, в ході якої реально реалізується принцип змагальності сторін в умовах гласності судового процесу, що надає стороні захисту додаткові можливості реалізації своєї позиції і аргументів, це стадія в якій вершиться правосуддя – кримінальна справа після повного і всебічного розгляду за участю сторін вирішується по суті винесенням вироку, що потребує повної мобілізації захисника і підсудного для досягнення гуманного, справедливого і законного рішення.

Реалізація стратегії захисту потребує розподілу зусиль на різні етапи судового провадження з тим, щоб ці зусилля належним чином «були почуті», сприйняті судом в належний час і в належних умовах розвитку процесу без зайвих питань щодо доречності заяв, клопотань та аргументів захисту. Не варто відкладати реалізацію стратегії захисту на центральну стадію судового розгляду, тим більше на стадію судових дебатів, де може виникати необхідність в довгій промові захисника, а така буде не на користь сприйняття змісту такої. Як мовив Ш. Телейран, «довга мова так само не посуває справи, як довге плаття не допомагає ходьбі».

Розпочинати активну захисну діяльність слід уже в стадії підготовчого провадження, де суд може прийняти рішення про закриття справи з підстав, передбачених п. 4–8 частини першої або частиною другою ст. 284 КПК України: набув чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою; помер підозрюваний, обвинувачений, крім випадків, якщо провадження є необхідним для реабілітації померлого; є вирок за тим са-

мим обвинуваченням, що набув чинності, або постановлена ухвала суду про закриття кримінального провадження за тим самим обвинуваченням; потерпілий, а у випадках, передбачених цим законом, його представник відмовився від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення; стосовно кримінального правопорушення, щодо якого не отримано згоди держави, яка видала особу, а також у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності та якщо прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення, а також може розглядати угоду про примирення обвинуваченого з потерпілим та угоду про визнання вини.

Захисник має бути готовим подати необхідні клопотання та зробити правозахисні заяви, аргументувати свою позицію.

Захисник у підготовчому судовому засіданні може заявити необхідні з позиції захисту клопотання щодо вирішуваних в цій стадії судом питань: затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому ст.ст. 468–475 КПК України; закрити провадження у випадку встановлення підстав, передбачених пунктами 4–8 частини першої або частиною другою ст. 284 КПК України; повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам закону; направити обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру до відповідного суду для визначення підсудності тощо.

Захиснику варто налагодити взаємодію з новим учасником кримінального процесу – представником уповноваженого органу з питань пробації, який, здійснюючи так звану «досудову пробацію», складає за ухвалою суду досудову доповідь, метою якої є забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого, а також прийняття судового рішення про міру покарання. Варто надати даному суб'єкту необхідні матеріали, що є в розпорядженні захисту.

Згідно зі ст. 9 Закону України від 5 лютого 2015 року № 160-VIII «Про пробацію» «для підготовки досудової доповіді персонал органу пробації має право отримувати інформацію про обвинуваченого від підприємств, установ, організацій або уповноважених ними органів та від громадян. Досудова доповідь про обвинува-

ченого повинна містити: соціально-психологічну характеристику; оцінку ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення; висновок про можливість виправлення без обмеження волі або позбавлення волі на певний строк. Обвинуваченому надається можливість брати участь у підготовці досудової доповіді. Участь особи у підготовці досудової доповіді полягає у наданні персоналу органу пробації інформації, необхідної для підготовки такої доповіді».

Належна співпраця захисника з персоналом органу пробації уже на даному етапі може закласти вагомий фундамент для ефективного виконання функції захисту в цілому.

У зв'язку з підготовкою справи до розгляду в судовому засіданні та розглядом судом низки *організаційно-правових і процесуальних питань, захисник має визначитись щодо того, які заяви необхідно зробити з приводу вирішуваних питань:*

а) *організаційно-правові*: про виклик у необхідних випадках перекладача; про виклик свідків та про список всіх осіб, що підлягають виклику в судове засідання; про день і місце слухання справи в судовому засіданні (до прийняття рішення з цього питання суддя попередньо узгоджує із захисником і прокурором можливість їх участі у цей час в судовому засіданні); всі інші питання, які стосуються підготовчих до суду дій;

б) *процесуальні*:

- про призначення ще одного чи декількох захисників;
- про відвід обвинувачу;
- про визнання особи законним представником обвинуваченого;
- про зміну, скасування запобіжного заходу;
- про роз'яснення прав учасникам процесу;
- про забезпечення безпеки осіб, які підлягають виклику в судове засідання;
- про витребування додаткових доказів;
- про розгляд справи у відкритому чи закритому судовому засіданні;
- про розв'язання заявлених клопотань;
- про ознайомлення сторін зі справою відповідно до ст. 317 КПК України.

Слід мати на увазі, що суд після призначення справи до судового розгляду має надати можливість підсудному, його захисникові,

коли вони про це заявлять письмове чи усне клопотання, можливість ознайомитися з матеріалами справи.

Участь захисника в судовому засіданні – найбільш важливий етап реалізації функції захисту, який здійснюється в умовах конфлікту інтересів сторін, потребує сконцентрованості, уважності, напруженої інтелектуальної аналітичної роботи, терпіння, виваженості, готовності до використання своєї компетенції в екстраординарних ситуаціях з дотриманням закону і адвокатської етики.

Відповідно до частини четвертої ст. 42 та частини четвертої ст. 46 КПК України в судовому розгляді справи *захисник має право*: брати участь у судових засіданнях; ставити в судовому засіданні питання підсудним, потерпілому, свідкам, експерту, спеціалісту, позивачу і відповідачу, брати участь у дослідженні інших доказів; подавати докази, заявляти клопотання і відводи, висловлювати в судовому засіданні свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду, оскаржувати дії і рішення слідчого, прокурора і суду; виступати в судових дебатах; ознайомлюватися з журналом судового засідання та технічним записом судового процесу, які йому зобов'язані надати уповноважені працівники суду, і подавати щодо них свої зауваження; оскаржувати в установленому порядку судові рішення та ініціювати їх перегляд, знати про подані на них апеляційні та касаційні скарги, заяви про їх перегляд, подавати на них заперечення.

В судовому розгляді справи захисник має використати усі переваги гласного, відкритого змагального судового процесу та його інших принципів і процедур для ефективного виконання функції захисту.

Захист має використати переваги принципу гласності й усності процесу. Кількість присутніх у залі судового засідання може бути обмежена головною лише у разі недостатності місць у залі судового засідання. Близькі родичі та члени сім'ї обвинуваченого і потерпілого, а також представники засобів масової інформації мають пріоритетне право бути присутніми під час судового засідання (ст. 328 КПК України).

Кожен, хто присутній в залі судового засідання, може вести сте-нограму, робити нотатки, використовувати портативні аудіозаписуючі пристрої. Проведення в залі судового засідання фотозйомки, відеозапису, транслявання судового засідання по радіо і телебачен-

ню, а також проведення звукозапису із застосуванням стаціонарної апаратури допускаються на підставі ухвали суду, що приймається з урахуванням думки сторін та можливості проведення таких дій без шкоди для судового розгляду (ч. 6 ст. 27 КПК України).

Трансляція судового засідання здійснюється з дозволу суду. Проведення в залі судового засідання фотозйомки, відеозапису, а також трансляція судового засідання мають здійснюватися без створення перешкод у веденні засідання і реалізації учасниками судового процесу їхніх процесуальних прав. Суд може визначити місце в залі судових засідань, із якого має проводитися фотозйомка, відеозапис (ч. 3–4 ст. 11 нового Закону про судоустрій і статус суддів).

Захист має використати переваги принципу розумних строків провадження.

Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 10 лютого 2011 р. у справі «Харченко проти України» (заява № 40107/02) стисло наводив недоліки законодавства України щодо тримання осіб під вартою без жодного судового рішення у період від закінчення досудового розслідування до початку судового розгляду. Така практика, за визначеннями ЄСПЛ, становить порушення п. 1 ст. 5 Конвенції, була визнана такою, що має системний характер і спричинена прогалинами в законодавстві.

Європейський суд з прав людини у справі «Чанєв проти України» (остаточне рішення від 09 січня 2015 р.), звертаючи увагу не те, що в ст. 203 КПК України чітко передбачено, що всі ухвали про застосування запобіжного заходу втрачають чинність відразу після закінчення строку їх дії, дійшов висновку, що законним тримання під вартою в період судового розгляду справи буде лише за умови прийнятого судом рішення про продовження строку такого тримання під вартою після їх сплину та чіткого встановленого судом уже в ході судового процесу терміну подальшого перебування під вартою під час судового розгляду справи.

Разом з тим зміна процесуального статусу особи з підозрюваного на обвинуваченого (підсудного) та початок стадії судового провадження у суді першої інстанції, як зазначає Конституційний Суд України в своєму рішенні № 1-р/2017 від 23 листопада 2017 року у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції Украї-

ни (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України (справа № 1–28/2017), виключають автоматичне продовження застосування запобіжних заходів, обраних слідчим суддею до такої особи на стадії досудового розслідування як до підозрюваного. Отже, у разі відсутності вмотивованого рішення суду, яким дозволено позбавлення особи свободи на період, визначений цим судовим рішенням, така особа має бути негайно звільнена.

Захист має використати переваги принципу безпосередності судового розгляду, який проявляється в тому, що судді, які розглядають справу й ухвалюють вирок, повинні особисто і безпосередньо в судовому засіданні досліджувати всі докази у справі та на підставі цього дослідження сформулювати висновок про достовірність доказів, доведеність учиненого злочину і винуватість або невинуватість підсудного. Матеріали досудового розслідування не можуть бути покладені в основу вироку, якщо вони не перевірені судом у судовому засіданні.

Положення закону про те, що судовий розгляд може здійснюватися в окремих категоріях справ за відсутності обвинуваченого, який переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук, у практичній діяльності слідчих і судових органів може викликати певні колізії.

Суду, окрім наявності оформленого рішення про міжнародний розшук (переконатися в цьому можна без проблем), потрібно впевнитись, що, по-перше, такий обвинувачений перебуває поза межами країни (інакше достатньо місцевого, а не міжнародного розшуку); по-друге, він не просто десь перебуває, а переховується від суду (якщо просто «гостює» в Москві чи у Відні, то це ще не вказує на факт переховування); по-третє, факт переховування має бути підтверджено доказами, які неможливо отримати без фактів перебування особи в певних місцях і слідів її переховування; по-четверте, потрібні докази того, що особа переховується саме «з метою ухилення від кримінальної відповідальності», а про таку мету можна довідатись хіба що поспілкувавшись із самим обвинуваченим, але він може назвати безліч інших причин небажання з'явитись до суду своєї рідної країни (наявність, на його думку, політичного переслідування, «боязнь бандерівців»), чи навіть – «втеча від дружини, алі-

ментів чи коханок». Висновку про те, що особа ухиляється від явки до суду саме з метою «ухилення від кримінальної відповідальності», на підставі лише факту її нез'явлення до суду й оголошеного розшуку, буде замало для заочного провадження.

Вирок суду за такого провадження може бути потім оскаржено, а нерідко і скасовано, а Європейський суд з прав людини може констатувати порушення міжнародних правових актів, зокрема права «захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника», «допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали...» (ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод); «бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника» (ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права). Вочевидь, наспіх започаткований інститут заочного провадження потребує вдосконалення.

Судовий розгляд складається з кількох етапів: підготовчої частини судового розгляду; судового слідства; судових дебатів; останнього слова підсудного; постановлення і проголошення вироку та звернення вироку до виконання.

Реалізуючи стратегію захисту, захисник ще до початку судового слідства, розосереджуючи засоби захисту для їх акцентуації і підвищення сили впливу, може заявити заяви загального характеру уже на початку судового розгляду.

Наведемо приклад технології, яка претендує стати класикою адвокатської практики та еталоном захисту в кримінальному процесі, *приклад*, який і досі ще актуальний для України, із нашої недавньої історії. Приклад зі справи, коли на лаві підсудних опинилися вищі посадові особи колишнього СРСР, які в умовах загроз сепаратизму зробили спробу зберегти територіальну цілісність держави шляхом уведення в країні надзвичайного стану.

Відкривши судове засідання 14 квітня 1993 року, головуючий оголосив склад суду та сторони процесу і роз'яснив обвинуваченим їхні права, зокрема право на відвід суддям й обвинувачеві. У зв'язку з цим колишній голова законодавчого органу доктор юридичних наук Анатолій Лук'янов, який у цьому суді опинився у статусі підсудного, подав цивільний позов до Генерального прокурора як обвинувача і заявив таке:

«По-перше, прокурор не може приймати участі в провадженні у справі і її судовому розгляді та підлягає відводу, якщо він особи-

сто прямо чи опосередковано зацікавлений в цій справі. Між тим Генеральний прокурор внаслідок ряду вчинених ним дій опинився саме в такій ситуації.

Генеральний прокурор Степанков і підпорядковані йому прокурори, забувши про презумпцію невинуватості, з перших кроків досудового розслідування стали стверджувати, що я є «злочинцем» і що доля моя (так само, як і доля моїх товаришів) уже «вирішена» і нам уже «ніколи не піднятись». Подібні заяви робились неодноразово по радіо, телебаченню, в друкованих засобах. Згодом Генеральний прокурор та його заступники пішли взагалі на безпрецедентний в юридичній практиці крок. У вересні минулого року вони опублікували стотисячним тиражем книгу «Кремлівська змова (версія слідства)».

Однак це лише частина правди, а не вся правда. Книга була передана до друку 26 серпня 1992 року, тобто за три з половиною місяці до затвердження Генеральним прокурором обвинувального висновку. Це означає, що версія обвинувачення виникла не в результаті розслідування, а саме це розслідування було підкорене задалегідь задуманій прокурором обвинувальній версії.

Природно, що такий зміст книги дає право людям, які невільно стали її персонажами, пред'явити прокурорам – авторам публікації – позов про компенсацію шкоди, завданій їхній честі й гідності.

Такі позови було пред'явлено. В результаті прокурор може бути примушений до відшкодування моральної шкоди, якщо будь-яке з розміщених у книзі тверджень не відповідає дійсності...

За таких умов очевидно, що Генеральний прокурор і його заступник, який очолив слідчу бригаду, стали особами, явно зацікавленими в результатах цього процесу, зокрема в тому, щоб усі надруковані ними в книзі відомості, які порочать обвинувачених, були підтверджені цим судом...

У зв'язку з цим наполягаю на відводі всіх оголошених тут державних обвинувачів і на поверненні справи на додаткове розслідування».

Адвокат Генріх Падва, який брав участь у цій справі як захисник обвинуваченого, доповнив цю заяву такою промовою:

«Смію прохати Вас найуважніше поставитися до цього клопотання, бо сьогодні вершиться історія юриспруденції. Історія вітчизняної і світової правоохоронної практики не знає такого випадку,

щоб обвинувач перед судом надрукував цілу книгу з викладенням фактів, що порочать честь і гідність громадян, які ще не засуджені. Це безпрецедентний випадок, і я стверджую, що ці дії зонайменше межують зі злочином. Прокурор публікує можливе і неможливе. Він друкує матеріали справи, він завдає удару по закону і виражає зневагу до нашого суду. Адже він говорить, що все вирішено, все вже ясно ще до того, як ми сіли тут, в судовому засіданні, і стали розглядати справу...

Постає запитання: «А якими міркуваннями керувався Генеральний прокурор, коли друкував цю книгу? Може, бажанням слави, може, бажанням грошей, ідей, може, чогось іншого?» Але мені це не цікаво – мені цікаве правосуддя...

Якщо Генеральний прокурор особисто зацікавлений, його підпис юридично нікчемний, і ви не маєте права розглядати справу з цим підписом тут, в судовому засіданні».

У цій справі матеріали слідства взагалі втратили доказову цінність, оскільки «доказові матеріали» збирали слідчі, які перебували у службовій залежності від зацікавленої у справі особи, а, отже, самі дослідники не можуть вважатися неупередженими, а результати їхніх пошуків не можуть бути прийнятними, об'єктивними і достовірними. Як наслідок, у цій справі (маємо відомості лише стосовно одного з обвинувачених) суд виніс виправдувальний вирок і дав підстави для застосування інституту реабілітації в аналогічних випадках.

Безумовно, цей приклад повчальний і засвідчує, що навіть досвідченим правоохоронцям може бути поставлений «мат у три ходи», що можна знаннями побороти невігластво. Він показує всі тонкощі юриспруденції, які майже є вічними проблемами теорії і практики доказів. Він є класикою як минулого, так і сучасності. Адже не треба далеко шукати аналогів. Варто уважно прочитати, наприклад, рішення Європейського суду з прав людини у справі «Довженко проти України», щоб побачити – з того часу мало що змінилось, чиновники правоохоронних інституцій наступають на ті ж самі граблі, даючи квапливим студентам «свіжий хліб» навчатись на їх помилках...

Захисник має уважно віднестись до з'ясуванням судом думки учасників судового провадження про те, які докази потрібно дослідити, та про порядок їх дослідження, з особливою увагою розгля-

нути спроби застосувати положення ст. 349 КПК України, згідно з якими «суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспоруються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку».

Слід звернути увагу на такі положення закону: частина п'ята ст. 364 КПК України зазначає, що «учасники судового провадження мають право в судових дебатах посилаючись лише на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні»; частина третя ст. 370 КПК України визначає, що «обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом ...». З огляду на це спрощене судове провадження без перевірки усіх доказів у суді втрачає сенс.

Частина 3 ст. 349 КПК України суперечить ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, де, зокрема, зазначається, що «кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті керівною судовою інстанцією згідно з законом». Стаття 14 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» стверджує: «Учасники судового процесу та інші особи мають право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення». Ніхто і ні під якими благими намірами не може позбавити людину її будь-якого природного чи юридичного права взагалі і права оскаржувати рішення суду першої інстанції в апеляційному чи касаційному порядку зокрема, бо таке позбавлення стає суттєвим звуженням існуючих прав особи і суперечить конституційному принципу, закріпленому в ст. 22 чинної Конституції України – «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод».

Основний принцип, якого повинен дотримуватись захисник, беручи участь у справі, – презумпція невинуватості обвинуваченого. Захисник повинен керуватися принципом невинуватості підзахисного і зробити все для його реалізації у кримінальному процесі.

Водночас захисник не слуга свого підзахисного, не його інтелектуальний помічник у досягненні бажаної мети будь-якими засобами і не повинен перетворюватись на засіб протидії намірам слідчого встановити істину, дозволяти собі бути втягнутим у брудну гру, у співучасть для приховування злочину.

У Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського співтовариства, прийнятому в Страсбурзі у жовтні 1988 року, слушно зазначається, що захисник повинен дотримуватись принципу чесного проведення судового розгляду. Він за жодних обставин не повинен повідомляти суду явно неймовірну або недостовірну інформацію.

Якщо захисник не згодний із позицією підзахисного, він не повинен діяти всупереч його інтересам, не має права висловлювати своє переконання у винуватості підзахисного, якщо той себе таким не визнає. «Не зашкодь» – основна етична засада діяльності адвоката.

Судовий розгляд – центральна частина судового розгляду, в якій суд, захисник та інші учасники процесу в умовах гласності, усності й безпосередності процесу, змагальності сторін всебічно, повно та об'єктивно досліджують всі обставини справи, отримують, вивчають, перевіряють і оцінюють докази з метою забезпечення справедливого судочинства.

Судовий розгляд починається з оголошення прокурором короткого викладу обвинувального акта, якщо учасники судового провадження не заявили клопотання про оголошення обвинувального акта в повному обсязі.

Квінтесенція захисту в суді – дослідження доказів, яке може стати мистецтвом реалізації функції захисту, при активному застосуванні законів логіки, криміналістики, психології, використання знань теорії і практики доказів, системи спеціальних знань.

Судове дослідження доказів провадиться шляхом: допиту потерпілих, підсудного, свідків, експертів, пред'явлення для впізнання, огляду предметів, документів і місця події, судових доручень про провадження нових слідчих (розшукових) дій, проведення експертизи. Правила провадження даних судово-слідчих дій аналогічні до правил провадження відповідних слідчих дій, виконуваних на судових стадіях процесу. Іншого і бути не може, оскільки загальним є предмет дослідження, єдині методи пізнання, однаковий процесуальний статус учасників, а, отже, незмінними залишаються і система

правовідносин, і процесуальна форма. Однак у судовому слідстві є і свої особливості, обумовлені дієвістю всіх демократичних принципів правосуддя й участю в доказуванні всіх зацікавлених осіб.

Захисник має оволодіти майстерністю перехресного допиту.

Допит свідка поділяється на три частини: прямий допит, перехресний допит і заключний допит. Допит свідка обвинувачення першим здійснює прокурор, а свідка захисту – захисник, якщо обвинувачений взяв захист на себе, – обвинувачений (прямий допит). Цей період допиту свідка вважається прямим допитом.

Прямий допит виключає можливість ставити навідні запитання, тобто запитання, у формулюванні яких міститься відповідь, частина відповіді або підказка до неї. Не слід ставити запитання, які підказують. Не можна, наприклад, запитувати: «Людина, яку Ви бачили, була в сірому плащі?» Для з'ясування подібного питання слід запитати: «Чи не пам'ятаєте Ви одяг, в який була вбрана людина, яку Ви бачили?» При стверджувальній відповіді запитати: «Якого кольору був плащ на людині, яку Ви спостерігали?».

Перехресний допит – полягає в постановці будь-яких запитань свідку сторонами провадження. Після прямого допиту протилежній стороні кримінального провадження і зацікавленим у справі особам надається можливість перехресного допиту свідка. Під час перехресного допиту дозволяється ставити навідні запитання. Якщо свідок висловлюється нечітко або з його слів не можна дійти висновку про те, чи визнає він обставини, чи заперечує проти них, суд має право вимагати від цього свідка конкретної відповіді – «так» чи «ні».

Заключний допит здійснюється після перехресного допиту, де суд може надати право на запитання іншим учасникам процесу та присяжним.

Здійснюючи допити свідків, суд має додержуватись таких, вироблених практикою, рекомендацій. Слід уникати запитань, що можуть бути банальними, наївними, неналежними до справи, запитань, на які вже були дані вичерпні відповіді. Запитання мають бути зрозумілими і ставитись по можливості своєчасно. Запитання можуть бути такі.

Запитання, які направлені на отримання додаткової інформації, – про обставини, яким учасник процесу не надав значення, про які забув розповісти або не хотів про них говорити.

Запитання, які направлені на уточнення, деталізацію окремих фактів, викладених неконкретно, у загальній формі.

Запитання, які викликають в учасника процесу асоціації і допомагають йому згадати окремі факти, відновити в пам'яті забуті події. В цьому разі особі, яка забула певний факт, ставляться запитання про інші факти, пов'язані з даним фактом: передували йому, мали бути разом, одночасно з ним, настали після цього.

Контрольні запитання – це запитання для перевірки правильності інформації, що повідомляється учасником процесу. В цьому випадку суд запитує про джерела, з яких він одержав відомості, про час і обставини, за яких свідок сприймав певну подію, хто може підтвердити його показання.

Слід з'ясовувати не стільки наявність чи відсутність певних фактів, скільки обставини, що з них випливають і їх підтверджують, деталі цих фактів, їх наслідки, зв'язки. Це дає змогу одержати нові докази та перевірити правдивість показань.

Відомий юрист минулого П.С. Пороховщиков, автор праці «Мистецтво промови на суді» (псевдонім П. Сергійч), дає такі поради.

Насамперед з'ясуйте, що трапилось: «Що, де, коли, хто, із якою метою та яким чином?».

Не задовольняйтесь готовими поясненнями фактів.

Відокремлюйте встановлені факти від тих, що викликають сумніви.

Шукайте внутрішній зв'язок подій, фактів, речей.

Шукайте суперечності в матеріалах справи. Нерідко пояснення фактів приховано в суперечностях.

Станьте на місце певного учасника процесу і погляньте на факти його очима.

Беріть до уваги те, чого справді не було і не могло бути.

Ілюструючи сказане, П.С. Пороховщиков наводить приклад розслідування за фактом смерті тренера з верхової їзди, труп якого було знайдено у стайні. Аналіз доказів у суді трансформовано в такий діалог учасників процесу: «Зверніть увагу на незвичний випадок із собакою». – «Перепрошую, із собакою якраз нічого й не трапилось». – «У тому й річ. Собака не гавкала. Певно, до стайні заходив і намагався вивести коня той, кого за свого сприймали собака і кінь». Незважаючи на впевненість декого в наявності зло-

чину, аналіз негативних обставин доказового характеру дав змогу встановити, що тренера було вбито копитом коня¹.

Допит особи, включаючи перехресний допит, може здійснюватися у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження), у разі: 1) неможливості безпосередньої участі учасника кримінального провадження в судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин; 2) необхідності забезпечення безпеки осіб; 3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; 4) необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності судового провадження; 5) наявності інших підстав, визначених судом достатніми.

Для проведення допиту у режимі відеоконференції потрібне спеціальне устаткування: відеокамера, засоби підтримки звукової і відеоінформації, кодер-декодер для стиснення і декомпресії звукових і відеосигналів, мікрофон, швидкісний модем і вихід в мережу. Відеозв'язок, що передбачає передачу відеозображень і звуку, може здійснюватися телефонними лініями, Internet або локальною мережею.

Для забезпечення належної процедури допиту в режимі відеоконференції суд вживає заходів щодо роз'яснення особам їхніх прав та обов'язків. Дистанційне провадження будь-якої процесуальної дії судом має фіксуватись за допомогою відеозапису.

Для забезпечення безпеки свідка, який підлягає допиту, суд (суддя) за власною ініціативою або за клопотанням прокурора, захисника чи самого свідка може винести ухвалу про проведення допиту свідка, який перебуває в іншому приміщенні, з використанням технічних засобів, або із застосуванням відеоконференції. У разі, коли існує загроза ідентифікації голосу свідка, допит може супроводжуватися створенням акустичних перешкод. Якщо допитати свідка з використанням технічних засобів неможливо, суд (суддя) допитує його у відсутності підсудного.

Захисник при проведенні допиту в режимі відеоконференції має пересвідчитись в обґрунтованості саме такої процедури допиту; прослідкувати, щоб при здійсненні такої процедури слідчої дії була забезпечена можливість чітко бачити усе приміщення, у якому

¹ Сергеич П. Искусство речи на суде. Тула, 1998. С. 87.

знаходиться допитуваний, а також усіх осіб, що присутні при допиті; щоб був забезпечених двосторонній зв'язок і можливість чути один одного; не було обмежено право обвинуваченого на участь в допиті відповідного учасника процесу; не було застосовано недопустимого стороннього впливу на особу, щодо якої проводяться процесуальні дії в режимі відеоконференції; не було звужено його право на ознайомлення з протоколом допиту та матеріалами технічного документування слідчої дії.

Дослідження документів для захисника є архіважливою, часто досить інформативною дією, яка може стати результативною, найбільш ефективною для успішного виконання функції захисту.

Документ – діловий папір або матеріальний об'єкт – результат технічного документування, який підтверджує певний юридичний факт, або слугує доказом яких-небудь фактів. Юридичним документом вважається письмовий акт, який встановлює, розвиває або припиняє певні правовідносини або фіксує юридично значимі факти та дії.

Документ набуває значення доказу, якщо він є носієм достовірної інформації та отриманий законним шляхом. Документ з недостовірною інформацією може бути доказом лише проти того, хто його сфальшував.

Процесуальний документ – невід'ємний атрибут процесуальної дії або рішення, органічна частина процесуального акта. Неприпустиме здійснення будь-якої процесуальної дії без складання передбаченого законом процесуального документа і навпаки.

Протоколи слідчих, негласних слідчих та інших процесуальних дій мають унікальну якість – здатність бути процесуальним носієм доказової інформації різного рівня: фактичних даних, які мають значення так званих основних доказів, і доказів допоміжних. Наприклад, під час провадження впізнання у протоколі фіксується інформація, яка походить від свідка. У цій частині протокол впізнання набуває значення основного доказу. Одночасно в протоколі впізнання фіксується інформація про процедуру впізнання, яка дозволяє оцінити достовірність зроблених упізнавачем висновків, а також в протоколі відображається інформація щодо дотримання вимог закону при здійсненні впізнання. У такій частині протокол впізнання має якості допоміжного доказу, за допомогою якого визначається достовірність і допустимість основного доказу. Ана-

логічним чином в протоколі допиту доказове значення матимуть не тільки показання свідка, потерпілого або показання підозрюваного (обвинуваченого), а й обставини отримання показань, які фіксуються в протоколах.

Такі протоколи потребують особливої уваги захисника при дослідженні доказів в судовому провадженні. Для цього є усі підстави, оскільки більшої і різної інформації для захисту, ніж інформація в процесуальних документах навряд чи можна знайти.

По-перше, здійснюючи діяльність по збиранню і дослідженню доказів, слідчий, детектив, прокурор вступають у певні правовідносини з іншими учасниками процесу і зобов'язані як забезпечити отримання достовірних доказів, так і вживати заходів до захисту їхніх прав і законних інтересів (надати право користуватись рідною мовою, власноручно викласти свої показання тощо). Про виконання даних вимог можуть свідчити процесуальні документи, що фіксують процесуальну діяльність на різних стадіях процесу.

По-друге, про обставини вчиненого злочину робляться висновки на підставі зібраних у справі доказових матеріалів, а щоб висновки були правильними (відповідали істині), необхідно, щоб у доказуванні використовувалися тільки достовірні фактичні дані. Доведення є встановлення істинності яких-небудь суджень за допомогою аргументів (доказів), істинність яких установлена. Встановлення достовірності доказів передбачає наявність можливості перевірити джерела і способи одержання фактичних даних. При цьому джерело інформації повинне бути доброякісним, а спосіб її одержання – законним і надійним (не призводить до деформації, зміни первісного змісту і змісту одержуваних фактичних даних). Допустимість і достовірність інформації може бути підтверджена в переважній більшості випадків тільки лише процесуальним документом, що фіксує джерело і процес її одержання, дослідження і закріплення.

В цілому кримінально-процесуальні документи виконують інформаційну, пізнавальну, комунікативну, засвідчувальну, правозастосовчу, правозахисну та контролюючу функції, забезпечують можливість здійснення дійового ретроспективного пізнання в судовому розгляді справи.

Фактично протоколи будь-яких слідчих дій (протоколи допитів, обшуків, слідчих експериментів та інших дій) містять ознаки як основного, так і допоміжного доказу.

Будь-який процесуальний документ має відповідати вимогам закону: складатися уповноваженою на те особою, за наявності передбачених законом підстав, виконуватися та засвідчуватися відповідно до вимог закону. Якщо в процесуальних нормах права закріплені обов'язкові реквізити документа, вони мають бути до нього включені. Документ має відповідати вимогам закону як за формою, так і за змістом.

Висока інформативність і важливе доказове значення протоколів слідчих та інших процесуальних дій зумовлюють необхідність скрупульозного ставлення до них, суворого додержання встановлених законом вимог під час їх складання, повного, всебічного та об'єктивного відображення в них усіх виявлених фактів та обставин. Порушення, допущені як під час провадження слідчої дії, так і у складанні протоколу, можуть призвести до втрати суттєвих для справи доказів, до визнання доказу недопустимим.

«Мистецтво судочинства, – зазначав І. Бентам, – є не що інше, як мистецтво користуватися доказами»¹.

Системний логічний аналіз документів може показати й інші їх недоліки, а нерідко і опуси, які можуть навіть важливе перетворити в комічне. Наприклад, з протоколу огляду місця події: «На столі стояли дві пляшки – одна наполовину випита, а інша наполовину недопита»; «рядом лежали два гудзики – один жіночий, а другий голубий»; із протоколу допиту – «Тоді на узбіччі я побачив машину, за кермом якої була жінка років сорока. Вона лежала вверх дном і сильно диміла»; із характеристики – «Обвинувачений в побуті скромний, мав на утриманні тещу. Інших аморальних проявів за ним не спостерігалось».

Перечитуйте і не скупіться перечитувати написане пером, яке в суді уже дійсно не вирубаєш і сокирою, ставтесь до документів самим критичним чином, шукайте суперечливу інформацію чи судження, оскільки два взаємовиключних судження не можуть бути одночасно істинними. Одне з них неодмінно невірне.

Документи, приєднані до справи, в тому числі й протоколи слідчих дій та усі інші кримінально-процесуальні документи, якщо в них викладені та засвідчені обставини, які мають значення у справі, підлягають огляду та оголошенню в залі суду.

Підсудний, його захисник та інші учасники судового розгляду мають право під час огляду звертати увагу суду на все те, що,

¹ Бентам І. О судебных доказательствах. Киев, 1876.

на їхню думку, може сприяти з'ясуванню обставин справи. Про проведення огляду та його результати вказується в журналі судового засідання.

Ретельне дослідження документів справи, в особливості процесуальних документів досудового слідства, при здійсненні судового розгляду справи, з огляду на те, що усі сумніви у справі мають тлумачитись на користь обвинуваченого, може поставити «жирну крапку» в цій справі та «схилити терези Феміди» на користь сторони захисту.

Відтворення звукозапису і демонстрація відеозапису проводяться в залі судового засідання або в іншому спеціально обладнаному для цього приміщенні з відображенням у журналі судового засідання основних технічних характеристик обладнання та носіїв інформації із зазначенням часу відтворення (демонстрації). Після цього суд заслуховує доводи учасників судового провадження.

У разі сумнівів щодо автентичності записів, достовірності матеріалів технічного документування захисник може клопотати, а суд може призначити криміналістичну експертизу відеофонограм – технічну експертизу матеріалів і засобів відео-звукозапису, а за необхідності – експертизу комп'ютерної техніки і програмних продуктів, експертизу телекомунікаційних систем і засобів.

Речові докази, мають бути уважно оглянуті та оцінені спільно з іншими даними у справі. Тільки за цієї умови як суд, так і інші учасники процесу можуть посилатись на них у своїх промовах на етапі судових дебатів, а суд – посилатися на речові докази у винесенні вироку. Огляд речових доказів може бути проведено в будь-який момент судового слідства. Коли саме доцільно проводити огляд речових доказів, суд вирішує за власною ініціативою, зважаючи на клопотання учасників судового розгляду. Огляд речових доказів суд, як правило, здійснює безпосередньо в залі судового засідання. Огляд речових доказів, які не можна доставити в судове засідання, провадиться в разі необхідності на місці їх знаходження. Речові докази спочатку оглядає склад суду, а потім їх надають для огляду обвинувачу, захиснику та іншим учасникам судового розгляду. За потреби дослідження речових доказів може бути здійснене шляхом доручення провадження експертизи.

Проведення експертизи під час судового розгляду доручається судом експертній установі, експерту або експертам за клопотанням

сторін кримінального провадження або потерпілого за наявності фактичних підстав для її проведення, та, якщо: 1) суду надано кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності; 2) під час судового розгляду виникли підстави для призначення психіатричної експертизи. До ухвали суду про доручення проведення експертизи включаються питання, поставлені перед експертом учасниками судового провадження.

Захиснику слід звернути увагу на поширену помилкову практику аналізу застосування експертизи: трапляються випадки розгляду справ без проведення експертиз, коли їх призначення є обов'язковим за законом або за обставинами справи; інколи суди розглядають висновки експертів як джерела доказів, що мають перевагу над іншими доказами, без належної їх перевірки й оцінки або переоцінюють доказове значення ймовірних висновків; не завжди в ухвалах чи постановах суду чітко сформульовані питання, що виносяться на вирішення експертів, а також мотивується необхідність призначення додаткової або повторної експертизи; відбувається призначення експертизи у випадках, коли з'ясування певних обставин не потребує спеціальних знань, а також порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду.

Якщо провести експертне дослідження в судовому засіданні неможливо, суд виносить ухвалу про проведення експертизи і направляє її з необхідними матеріалами до експертної установи для виконання. Крім того, залежно від тривалості експертних досліджень і складності справи суд може або оголосити перерву, або відкласти слухання справи, або продовжити судове слідство і досліджувати інші докази.

Відповідно до закону *висновок експерта являє собою самостійний вид доказів*. Водночас *доказове значення експертизи не зводиться тільки до висновків експерта*. В ході експертизи експерт зазвичай на основі аналізу отриманих фактичних даних і наукових знань робить певний висновок, але поряд з цим встановлює фактичні дані емпіричної властивості та повідомляє наукові дані з досліджуваних питань, які теж можуть мати доказове значення.

Аналізуючи висновок експерта як доказ, необхідно звертати увагу на таке:

– експертиза проводиться за постановою особи, у провадженні якої перебуває справа;

– експертиза проводиться особою, яка має необхідні фахові знання та є компетентною;

– експерт проводить дослідження наданих йому на експертизу об'єктів, однак якщо під час проведення експертизи знайде факти, які мають значення для справи, з приводу яких йому не були поставлені запитання, він вказує на них у своєму висновку;

– експерт проводить дослідження самостійно та несе відповідальність за давання явно неправильного висновку;

– отримані в ході дослідження фактичні дані та сформульовані висновки експерт викладає у спеціальному документі – висновку експерта, який має значення самостійного доказу;

– доказове значення у висновку експерта мають як отримані в ході дослідження фактичні дані, так і зроблені експертом висновки;

– у підсумковому документі – висновку експерта – викладаються не тільки встановлені фактичні дані та висновки експерта за досліджуваними питаннями, а й описуються технічні прийоми, наукові методи та послідовність дослідження, що слугує доказовою основою достовірності отриманих експертом результатів.

Висновки експерта можуть бути: категоричними (позитивними або негативними), ймовірними (діагностичними) та такими, що вказують на неможливість вирішення питання. Якщо експерт дає ймовірний висновок або висновок про неможливість вирішення питання, то в дослідницькій частині він зобов'язаний викласти причини, з яких не виявилось можливим вирішити питання в категоричній формі або довелося відмовитися від вирішення питання.

Висновок експерта не має переваг над іншими доказами. Безумовно, вони мають велике значення для справи. До їх переваг належить та обставина, що висновки експерта обґрунтовані дослідженнями, проведеними із застосуванням сучасних і достатньо апробованих наукових, технічних або інших спеціальних знань. Але це не може бути підставою для надання йому особливої доказової сили, некритичного ставлення до нього і не виключає можливості та необхідності їх оцінки слідчим і судом у повному обсязі. Висновок експерта для слідчого, прокурора і суду не є обов'язковим, але незгода з ним повинна бути мотивована у відповідних постанові, ухвалі, вирокі.

У публікаціях до прийняття чинного КПК України ми висловили таку думку: «Необхідно передбачити для суду можливість давати окремі доручення органам досудового слідства зі збирання додаткових доказів»¹.

Вважаємо, що наші пропозиції взято до уваги повністю в частині третій ст. 333 КПК України. – «У разі, якщо під час судового розгляду виникне необхідність у встановленні обставин або перевірці обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження, і вони не можуть бути встановлені або перевірені іншим шляхом, суд за клопотанням сторони кримінального провадження має право доручити органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії. У разі прийняття такого рішення суд відкладає судовий розгляд на строк, достатній для проведення слідчої (розшукової) дії та ознайомлення учасників судового провадження з її результатами».

Ці законодавчі статті дають змогу більш всебічно дослідити обставини справи та перевірити наявні докази, прискорити розгляд справи, більшою мірою забезпечуючи право обвинуваченого на швидкий і об'єктивний розгляд його справи компетентним судом протягом розумного строку, а тим самим надають умови для процесуальної й фінансової економії (зменшують розмір судових затрат). Час і практика демонструють доцільність названих статей, а їх положення можуть бути успішно використані стороною захисту для отримання важливих доказів. Цей інститут може застосовуватись і щодо випадків необхідності призначення експертиз.

Дослідження доказів в суді здійснюється в органічній єдності з їх перевіркою та оцінкою, яка має давати відповідь на питання щодо належності до справи, допустимості й достовірності доказових даних.

Перевірка доказів включає перевірку належності до справи, допустимості та достовірності зібраних речових джерел інформації, документів та інших доказів. При цьому з'ясовуються та аналізуються інформаційні (доказові) якості зібраних матеріалів, встановлюється чи додержані процесуальні правила збирання доказів, чи зіставляються одні докази з іншими фактичними даними, які є у справі, та встановленими фактами.

¹ Тертышник В. М. Уголовный процесс. Х., 2000. С. 136.

За загальним правилом доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому законом. «*Non refert quid notum sit iudici, si notum, non sit in firma, iudicii*» (Не має значення, що відомо судді, якщо це стало йому відомо не у встановленому Законом порядку).

Допустимість доказів означає правову придатність їх для використання у кримінальному процесі як аргументів у доказуванні:

– фактичні дані як докази одержані уповноваженим на те суб'єктом;

– фактичні дані одержані у встановленому законом порядку з дотриманням процесуальної форми, яка гарантує захист прав і законних інтересів громадян;

– фактичні дані та сам процес їх одержання належним чином закріплені та засвідчені;

– зібрані докази та інші матеріали кримінальної справи загалом дозволяють здійснити перевірку достовірності та законності одержання фактичних даних.

Фактичні дані є недопустимими і не повинні мати значення доказів, якщо вони:

– отримані внаслідок провадження дій, які взагалі не передбачені законом, чи у спосіб, який суперечить вимогам закону (відповідно до ст. 19 Конституції України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»);

– отримані при здійсненні процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

– отримані внаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

– отримані з порушенням права особи на захист;

– отримані з порушенням права на перехресний допит;

– отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні;

– є «плодами отруєного дерева» – доказ, отриманий на підставі заздалегідь неприпустимого (фальшивого) доказу;

– отримані неналежним суб'єктом (наприклад, оперативним підрозділом, якому слідчий не давав окремого доручення на провадження негласної слідчої (розшукової) дії чи внаслідок порушення вимог закону про підслідність, а також отримані особою, яка підлягає відводу);

– отримані у вигляді показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань і не відповідати на запитання, зокрема, без роз'яснення права свідка відмовитись давати показання щодо самого себе, членів сім'ї та близьких родичів, або з введенням допитуваного в оману щодо характеру й обсягу останніх (наприклад, допит підозрюваного в ролі свідка, або не роз'яснення йому чи потерпілому права відмовитись від будь-яких показань), чи із порушенням заборон та обмежень, установлених щодо окремих категорій осіб, які не можуть бути допитані як свідки;

– отримані в результаті проведення слідчої дії без дозволу слідчого судді, коли це передбачено законом, чи санкції прокурора, коли така слідча дія може проваджуватись лише з його згоди;

– отримані з порушенням процесуальної форми слідчої дії (наприклад, проведення обшуку без понятих тощо).

Європейський суд з прав людини, постанови якого мають значення джерела права для правової системи України, у справі «Балицький проти України» визнав порушення п. 1 і підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що зізнавальні показання, які в подальшому було використано судом для засудження заявника, відбирались у заявника формально, як у свідка під час його адміністративного арешту, але фактично його допитували як підозрюваного, не забезпечуючи при цьому права мати захисника та права не свідчити проти себе, а також з огляду на використання слідчими органами практики, коли, незважаючи на наявність у справі підстав для кваліфікації злочину, розслідування якого вимагає обов'язкової участі захисника, слідчі органи кваліфікують його як менш тяжкий і, отримуючи сумнівну відмову особи від захисника, позбавляють її права мати захисника.

Для визначення допустимості доказів суд виходить з формули – належний суб'єкт отримання доказів, належне джерело доказу, належний засіб отримання доказу, належна процесуальна форма одержання доказу.

Допустимість доказу – це об'єктивний стан гносеологічних якостей та процесуальної форми доказу, при якому він придатний до використання в обґрунтуванні висновків у справі, а сукупність зібраних доказів дозволяє визначити достовірність фактичних даних, які утворюють зміст доказу.

Захисник зобов'язаний аналізувати докази і відшукувати все, що може посіяти сумнів у винуватості підсудного або сприяти його виправданню.

Професійний захист не має опускати руки навіть у, з першого погляду, безперспективних процесах, використовувати усі можливості захисту, як в аспектах змагальності зі стороною обвинувачення на теренах доказового права, так і в аспектах доктринального розгляду якості закону та можливості його застосування. Наведемо приклад.

В м. Дніпрі в одному з місцевих судів розглядалась резонансна справа щодо двох, як прийнято мовити, «дівчат легкої поведінки», які притягались до відповідальності за на той час чинної редакції ст. 303 КК України «за надання сексуальних послуг» та ще й «вчинених організованою групою». Затримання цих «фахівців послуг» здійснювалось співробітниками підрозділу боротьби з організованою злочинністю, що називається на місці злочину «з поличним». Приводом для початку оперативної роботи стало рекламне повідомлення в газеті такого змісту «Аліна, Каріна – краще нас не знайти в цей час, тел. № ...». Для викриття «організованої злочинної групи» і здійснення «операції під прикриттям» два молодих лейтенанти, за бюджетні кошти орендували окрему квартиру, заселились в неї (в штатському одязі) і зателефонували Аліні. За викликом прибуло сім дівчат з пропозицією – «вибери мене...». Вибрали двох, провели «операцію», закріпили сліди... Наступного дня «операцію під прикриттям» продовжили за тим же сценарієм, але із застосуванням затримання двох підозрюваних.

Захисник звернувся до автора даної роботи з проханням надати доктринальні консультації щодо тлумачення норм кримінального закону та норм, які регламентують оперативно-розшукову діяльність. На основі даних тлумачень закону було вибудовано слушну для даних обставин стратегію і тактику захисту.

Тактика і стратегія захисту двох дівчат, арештованих у вказаній справі, яка уже з обвинувальним актом розглядалась у суді, поля-

гала в наступному. Заявлено клопотання про допит в суді двох лейтенантів для з'ясування питання, яку слідчу дію вони проводили в орендованому ними помешканні з участю даних дівчат. Перший допитаний заявив, що здійснював контрольовану закупку, чим зашмутив і прокурора, і суд, які не сприйняли спробу «торгівлі людьми», другий, «зорієнтувавшись на місці», заявив, що він «втілювався в злочинну групу», чим зацікавив в основному прокурора, який не утримався від питання щодо того, «скільки разів втілювався».

На фоні комічної ситуації захисник, переходячи до наступальної тактики, поставив питання більш філософського сенсу – «хто був ініціатором зустрічі та отримання послуг, хто отримав задоволення від послуг, чи були послуги якісними, чи є скарги на послуги, в чому суспільна небезпечність таких послуг, чи могла відбутись розслідувана подія без її ініціювання тим, хто отримав послугу, та без його згоди, чи не є отримувач послуги співучасником події, яка розцінюється як злочин...». Далі вже перед стороною обвинувачення ставились юридичні питання щодо неповноти слідства та не притягнення до відповідальності співучасників – ініціаторів дій щодо надання послуг; щодо недопустимості доказів, отриманих незаконним шляхом; щодо недопустимості провокації злочину; щодо того, чи указаний «злочин» в даній ситуації міг би відбутись без такого роду провокації; щодо практики ЄСПЛ з питань оцінки провокації... Нарешті захисник виступив з клопотанням про звернення до Конституційного Суду України для роз'яснення відповідності включеної до КК України нової норми (ч. 1 ст. 303) положенням ст. 22 Конституції України. Результат боротьби адвоката матеріалізувався в решті-решт без участі Конституційного Суду України скасуванням Верховною Радою України чинної на той час редакції частини першої ст. 303 КК України, та прийняття нової редакції вказаної статті в цілому, чим фактично була декриміналізована відповідальність за «надання сексуальних послуг за винагороду». Це дало підстави для звільнення з-під варті та реабілітації арештованих.

Варто звертати увагу на дотримання принципу поваги до гідності людини в судовому процесі. Так, у справі «Кулик проти України» (рішення від 2 лютого 2017 року) ЄСПЛ наголошує, що утримання людини в металевій клітці під час судового процесу ображає людську гідність, оскільки таке поводження має об'єктивно при-

нижуючий характер і несумісне зі стандартами цивілізованої поведінки, що є відмінною рисою демократичного суспільства. Суд одногосно постановив, що мало місце порушення ст. 3 Конвенції щодо умов тримання заявника під вартою в дні суду, включаючи поміщення його в металеву клітку в залі суду.

Захисник не повинен обмежуватись в судовому розгляді справи аналізом лише фактичних обставин справи, а наполегливо ставити питання юридичної визначеності як юридичних процедур, так і якості норм матеріального права, звертати увагу на чіткість понятійного апарату приписів норм матеріального права, здійснювати інтегральний аналіз якості юридичної визначеності інститутів кримінального права, виявляючи його недоліки і прогалини, які можуть слугувати досягненню мети функції захисту. Так, наприклад, згідно з постановою ВСУ № 5-49к13 від 03 березня 2014 року, наявною в матеріалах судового провадження, зроблено висновок про те, що відсутність певного законодавства виключає можливість покарання за його порушення, оскільки не може бути покарання за порушення неіснуючого порядку. У розглянутій судом справі щодо незаконного носіння холодної зброї, митцем за фахом і володільцем колекції антикваріату, суд не тільки визнав відсутність суспільної небезпеки в діях особи, яка несла до колекції придбану зброю, але і виклав досить слушні висновки власне щодо можливості застосування самого кримінального закону. Зокрема, суд у виправдувальному висновку зазначив, що об'єктивна сторона злочину за частиною другою ст. 263 КК України полягає у носінні холодної зброї без передбаченого законом дозволу. Таким чином, законодавець визначив наявність (існування) закону, яким передбачено надання дозволу на носіння холодної зброї. Відтак відповідні дії особи можуть вважатися злочинними за умови існування закону, який визначає порядок носіння холодної зброї, але особа без такого дозволу носить зброю. Відсутність законодавства, яким буде визначено хто і за яких умов може носити зброю, а хто не може, виключає можливість покарання за його порушення, оскільки не може бути покарання за порушення неіснуючого порядку.

Особливість захисту при здійсненні заочного провадження, регламентованого в гл. 24⁻¹ КПК України, полягає в наявності проблем юридичної визначеності даного інституту, правових колізій та конкуренції даних норм з інститутом екстрадиції.

Захисник має чітко перевірити, що стосовно особи, щодо якої здійснюється спеціальне досудове розслідування (заочне провадження), винесено законне й обґрунтоване повідомлення про підозру, а також є наявні дані, які вказують на те, що така особа: по-перше, переховується від органів слідства та суду; по-друге, її належним чином оголошено в державний чи міжнародний розшук; по-третє, така особа переховується саме з метою ухилення від кримінальної відповідальності і в такій особі немає підстав стверджувати, що вона переховується від політичного переслідування.

Особливу увагу слід звернути на забезпечення доведеності стороною обвинувачення того, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності, якщо підозрюваний залишив територію України. Якщо буде встановлено, що він перебуває поза межами території України, то виникає проблема його розшуку й допиту. Без допиту самого підозрюваного можна тільки діагностувати, а не беззаперечно стверджувати, що така особа переховується від органів слідства та суду саме з метою ухилення від кримінальної відповідальності. Вона ж може переховуватися і від політичного переслідування, і від кредиторів чи рекетирів або інших злочинців, й навіть з особистих міркувань, не знаючи про кримінальне провадження стосовно неї.

Відповідно до ст. 297–5 КПК України при здійсненні спеціального (так званого «заочного») досудового розслідування за відсутності підозрюваного повістки про виклик підозрюваного надсилаються за останнім відомим місцем його проживання чи перебування та обов'язково публікуються в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційних веб-сайтах органів, що здійснюють досудове розслідування. Копії процесуальних документів, що підлягають врученню підозрюваному, надсилаються захиснику. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження підозрюваний вважається належним чином ознайомленим із її змістом. Для цього визначається також друкований орган, у якому публікуються повістки про виклик.

Виконання цих приписів законодавцем вважається достатнім для констатації факту здійснення повідомлення про підозру, а, отже, й надання відповідній особі статусу підозрюваного. Проблема лише у відповідності даних новел конституційному принципу презумп-

ції невинуватості особи (ст. 62 Конституції України) та положенням щодо таємниці слідства. До того ж згідно з частиною четвертою ст. 296 ЦК ім'я фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, може бути оприлюднене лише у разі набуття законної сили обвинувальним вироком суду щодо неї. Ця позиція викладена і у рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Довженко проти України» (заява № 36650/03) від 12 січня 2012 року.

До того ж захист може скористатись такими технологічними засобами: призначеному захисникові підозрюваного (обвинуваченого), сам підозрюваний (обвинувачений) може заявляти (та направляти доступними засобами передачі кореспонденції), що він відмовляється від його послуг, або взагалі відмовляється від послуг захисника, тим самим щонайменше затягуючи розгляд справи і ставлячи провадження в умови порушення розумних строків провадження; підозрюваний (обвинувачений) може, перебуваючи за межами України, брати участь у слідчих діях із застосуванням інституту відеоконференції, тим самим підтверджуючи своє місце перебування і спростовуючи той факт, який використаний як підстава для заочного провадження – «невстановлення місця перебування підозрюваного (обвинуваченого)»¹.

Особливість захисту в суді присяжних полягає в більш широкому застосуванні демократичних інститутів суспільного контролю за судовою владою, а також в активізації дослідження і перевірки доказів в умовах гласності процесу.

Судове слідство в суді присяжних може сприяти активізації вирішення архіскладного завдання – встановлення істини («Правда ясніша від сонця, та і її зі свічкою шукають» – українське народне прислів'я), а тим самим і мінімізувати можливі помилки.

По-перше, присяжні розпочинають розгляд справи, не ознайомлюючись із матеріалами досудового слідства, не ознайомлені як із зібраними органами досудового слідства основними доказами, так і документами, що підтверджують їх допустимість. Це спонукає до ретельного дослідження доказів у суді, всебічного і ретельного дослідження доказів та засобів їх отримання у залі суду

¹ Одинцова І. М. Ефективність інституту захисту в кримінальному процесі (вітчизняний досвід реформ та європейські стандарти): дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Запоріжжя, 2017. С. 69.

в присутності присяжних та за активної участі захисника, який має застосувати при цьому весь арсенал своєї майстерності, насамперед роботи з доказами. Змагальність сторін тут не просто форма, а стає необхідною практичною реальністю, виступає суттєвим каталізатором пошуку істини.

По-друге, остаточній оцінці доказів передують судові дебати, в процесі яких фактично продовжується судове слідство в сенсі оцінки і використання досліджених доказів. Тут сторони мають довести правильність своїх суджень перед присяжними. Присяжні, як зацікавлені у найбільш повному і всебічному висвітленні усіх обставин справи, які ними будуть враховуватись при винесенні ними відповідального рішення – вердикту, стають не просто допитливими слухачами, а своєю потребою в доказовій інформації та можливих варіантів її інтерпретації, «активізують» сам інститут судових дебатів, що не може не вплинути на всебічність дослідження обставин справи.

Порядок дослідження доказів в суді присяжних повинен бути розрахований на краще сприйняття, з'ясування присяжними обставин кримінального провадження, щоб присяжні могли усвідомити весь обсяг доказової бази, який потім їм належить оцінювати. Порядок дослідження доказів у суді повинен бути побудований таким чином, щоб у присяжних створилося цілісне уявлення про обставини, які підлягають доведенню у справі¹.

З відродженням суду присяжних в Україні постане проблема відродження мистецтва дослідження доказів у відкритому гласному судовому процесі в умовах змагальності сторін, мистецтва судових промов. Сьогодні мистецтво доказування та судової риторики має відроджуватись, і є надія, що із запровадженням суду присяжних такі процеси отримають додатковий імпульс і стимул для їх прискорення.

Разом з тим регламентування діяльності суду присяжних, м'яко кажучи, не витримує жодної критики. Ніякого самостійного рішення (вердикту) присяжні, за такої концепції, не приймають, а, отже, – практично не відповідають ні за долю справи, ні за свої рішення. Пропонуючи ж їм спільно із судьями вирішувати всі питання судочинства, включаючи прийняття вироку в цілому законодавець

¹ Туманянц А. Р. Прокурор у суді присяжних: участь у судовому слідстві. Університетські наукові записки. 2005. № 3. С. 286.

торує шлях до колективної безвідповідальності як самих присяжних, так і суддів-професіоналів, котрі, за таких умов, свої помилки і зловживання можуть «списувати» на недосвідчених присяжних. Такі присяжні можуть легко стати ширмою для судового безглуздя. Ці моменти захисник має враховувати в подальшій стратегії захисту в апеляційній та касаційній інстанції.

На недоліки нинішнього суду присяжних, що скоріше нагадує суд шеффенів, який Ф. Плевако називав людьми, які запрошуються заварювати чай для справжніх суддів, звертають увагу багато дослідників цієї проблеми, підкреслюючи частку правди в цих словах. Адже забезпечуючи незалежність від інших гілок влади, законодавець залишив можливість потрапляння присяжних в залежність від професійних суддів. Ось як про це говорить президент адвокатської колегії м. Москви Генрі Резнік у вступній статті до чудового видання судових промов Федора Плевако: «У спільній колегії провідна роль належить судді-професіоналу. У нього достатньо засобів – авторитет, знання законів, суддівський досвід, щоб впливати на шеффенів. Початкова нерівність членів шеффенського суду утаємничує загрозу зробити його керованим: через суддю-чиновника влада отримує можливість домагатись угодних їй рішень¹.

Судовий розгляд справи може вважатись завершеним, коли досягнуто спільне завдання як захисту, так і суду – щоб жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений.

§ 2. Захисна промова захисника та його участь в судових дебатах

Краще нічого не сказати, ніж сказати нічого.
А. Ф. Коні

Судові дебати – найважливіша частина судового розгляду, в якій учасники процесу визначають належність до справи, допустимість, достовірність і достатність досліджуваних у ході судового слідства доказів, визначають установлення або неустановлення обставин, що належать до предмета доказування, дають юридичну оцінку і кваліфікацію діяння, яке ставиться підсудному

¹ Плевако Ф. Н. Избранные речи / Вступительная статья Г. М. Резника. М.: «Юрайт», 2012. С. 17.

в провину, викладають свої міркування по суті питань, що підлягають вирішенню судом при постановленні вироку.

На цьому етапі правосуддя учасники процесу, які мають і відстоюють свої інтереси або інтереси осіб, яких захищають, обґрунтовують можливість вирішення того чи іншого питання на свою користь, викладають обставини, що виправдовують або обвинувачують, пом'якшувальні або обтяжувальні відповідальність обвинуваченого обставини, аргументують позовні вимоги.

Судові дебати по праву можна вважати кульмінацією усього судового процесу, коли захисник та інші учасники судочинства мають можливість реалізувати усі результати попередньої напруженої роботи, системо викласти в умовах гласності свої докази та аргументи, а також критично оцінити позицію іншої сторони, висвітлити факти, які вказують на наявність сумнівів щодо доведеності обставин, які входять у предмет доказування, або на сумніви щодо допустимості певних доказів, якими ці обставини підтверджуються, повністю розкрити свою позицію у справі та показати її застосування для розв'язання справи по суті.

Для сторони захисту судові дебати можуть стати як реальною можливою ситуацією бути почутим, так і ситуацією, яка дає можливість повністю вислухати думки і доводи усіх інших учасників судового розгляду. Це важлива умова, виявлення наявних прогалин у дослідженні доказів, сумнівів у справі, які не можуть бути усунуті в судовому розгляді, формування переконання суддів з питань, що вирішуються.

Судові дебати – це потужний засіб виховної функції правосуддя, вони дають змогу громадянам дістати корисні уроки зі справи.

У судових дебатах, за приписами ст. 364 КПК України, виступають прокурор, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач, його представник, обвинувачений, його законний представник, захисник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Якщо в судовому розгляді брали участь декілька прокурорів, у судових дебатах на їхній розсуд має право виступити один прокурор або кожен із них обґрунтовує у промові свою позицію у певній частині обвинувачення. Якщо в судовому розгляді брали участь декілька захисників обвинуваченого, порядок виступів у судових дебатах визначається ними

за взаємною згодою. У разі відсутності згоди порядок їх виступів встановлює суд. Якщо в судовому розгляді брали участь декілька обвинувачених, захисників, представників, порядок їх виступів у судових дебатах встановлює суд.

Предметом судових дебатів є:

- 1) наявність або відсутність суспільно небезпечного і проти-правного діяння;
- 2) об'єкт і предмет посягання, характер і розмір збитку;
- 3) об'єктивна сторона діяння, наявність причинного зв'язку між діянням і шкідливими наслідками, що настали;
- 4) суб'єкт злочину;
- 5) винність обвинуваченого і форма провини;
- 6) пом'якшувальні обставини й обставини, що обтяжують;
- 7) караність діяння і міра відповідальності;
- 8) доля цивільного позову і речових доказів;
- 9) причини й умови, які сприяли вчиненню злочину, інші питання, що вирішуються судом.

Строки дебатів. Промови учасників судових дебатів можуть тривати стільки, скільки необхідно для викладу своїх міркувань з предмета розгляду. Суд не має права обмежувати тривалість судових дебатів певним часом. Головуючий має право зупинити виступ учасника дебатів, якщо він після зауваження повторно вийшов за межі кримінального провадження, що здійснюється, чи повторно допустив висловлювання образливого або непристойного характеру, і надати слово іншому учасникові дебатів. Законом не встановлене часове обмеження судових дебатів. Однак переконалівішою часто виявляється стислість. До того ж нерідко, як зазначав О. Дюма, хто багато говорить, той рано або пізно скаже дурницю.

Захисник здійснює свою судову промову в суді після промови обвинувача, а отже має певні переваги, що полягають в можливості дати професійну і оперативну відповідь на проголошені аргументи і висновки, навести контрдокази та спростувати його судження. Цим потрібно скористатись і пам'ятати, що більш всього запам'ятовуються перші і останні озвучені думки.

Промова захисника в цілому визначається його процесуальною функцією у кримінальному судочинстві. Захисник зобов'язаний використовувати всі зазначені в законі засоби і способи захисту з метою з'ясування обставин, які виправдовують обвинуваченого чи

пом'якшують його відповідальність. Захисник у судових дебатах висловлює свою думку щодо значення доказів у справі, про наявність обставин, що виправдовують підсудного чи пом'якшують його відповідальність, а також свої міркування з приводу застосування закону та міри покарання, про можливість умовного його засудження або звільнення від покарання. Промова захисника є захисною за своїм характером. Вона не може містити в собі обвинувальних моментів.

Зазвичай захисна мова складається з наступних фрагментів: 1) вступна частина; 2) основна частина (аналіз фактичних обставин справи, спростування доказів обвинувачення, розкриття доказів захисту, характеристика особи підсудного та, за необхідності, аналіз причин і умов, що сприяли здійсненню злочину); 3) завершальна частина.

Захисник має змоделювати структуру, зміст і риторичну технологію судової промови так, щоб, по-перше, бути реально почутим, по-друге, бути переконливим. Вибір композиції, змісту і інших складових промови обумовлюється конкретними обставинами справи.

Судові дебати здійснюються з дотриманням таких правил:

1. Учасники судового розгляду мають право в судових дебатах посилатися тільки на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні. Якщо під час судових дебатів виникне потреба подати нові докази, суд відновлює судове слідство. Після закінчення відновленого судового слідства суд знову відкриває судові дебати з приводу додатково досліджених обставин.

2. Суд не має права обмежувати промову учасників дебатів певним часом. Головуючий зупиняє учасників дебатів лише в тих випадках, коли вони у своїх промовах виходять за межі розглядуваної справи. Суд має право зробити оратору зауваження, не позбавляючи його можливості вільно висловитися і завершити виклад своєї думки.

3. Учасники дебатів рівні у своїх правах і процесуальних можливостях відстоювання свого переконання.

4. Для обвинувача і захисника участь у судових дебатах є обов'язковою.

5. Захисник не має права відмовитися від захисту підсудного і, виступаючи в судових дебатах, не повинен висловлювати своє пе-

реконання у винуватості підзахисного, якщо останній себе винним не вважає, зводячи захист тільки до виявлення пом'якшувальних провину обставин. Він не має права стверджувати того, що може нашкодити підзахисному.

6. Відмова підсудного від захисника навіть після проголошення останнім своєї промови дає йому беззастережне право на участь у судових дебатах і проголошення захисної промови самостійно.

7. Участь у судових дебатах захисника не позбавляє права підсудного на участь у судових дебатах.

8. Участь у судових дебатах прокурора не позбавляє права потерпілого на участь у судових дебатах.

9. Після закінчення промов учасники судових дебатів можуть виступити ще по одному разу з реплікою. Право останньої репліки належить підсудному.

Промови учасників процесу мають бути логічно переконливими, не перетворюватися на емоційні суперечки або «банальну філософію права», виключати фарисейство.

«Юристу, – відзначає Н. Н. Івакіна, – важливо володіти логікою міркування – вміти обґрунтовувати свою правоту і логічно доводити нездатність тез опонента»¹.

«Хто має справу з людьми. повинен мислити добре, але говорити ще краще», – зазначав М. Сперанський².

І мабуть перше, що необхідно учасникам процесу, це уважно вислухати доводи іншої сторони. Як то кажуть, противну сторону потрібно вислухати, навіть якщо вона дуже противна. І. Гете резонно зауважував: «Тим, хто сперечається здається, що вони заперечують, тоді як вони тільки повторюють власну думку і не вислуховують доводи свого супротивника». А. П. Буаст відзначав, що «світоч істини мерхне, коли ним сильно махають».

Щирість, компетентність і внутрішня гармонічність судових промов – основні умови їх переконливості. А. Коні писав, що «у доброго ритора обличчя говорить разом з язиком»³.

Проблемам судових дебатів приділяється все більше уваги в юридичній літературі в особливості із запровадженням змагаль-

¹ Івакіна Н. Н. Основы судебного красноречия (риторика для юристов). М.: Юристъ, 1999. С. 79.

² Сперанский М. М. Правила высшего красноречия. М.: Юрид. лит., 1973. С. 68.

³ Коні А. Ф. Об ораторском искусстве. М.: Юрид. лит., 1973. С. 36.

них засад судочинства¹. Накопичений цивілізацією минулий досвід судового красномовства², разом з сучасними напрацюваннями є цінною скарбницею для адвоката, які він сам має збагачувати своєю практикою, часто неординарною й непередбачуваною в сучасних хащах законодавства та юридичної практики.

Мистецтво судочинства є не що інше, як мистецтво доказів і аргументації.

Типовими помилками судових дебатів є часті підміни доказуваної тези, які виявляються в тому, що, висловивши певну думку, учасник процесу в остаточному підсумку доводить близьке з вихідною тезою положення, але яке являє собою вже іншу думку. Часто використовується так званий «аргумент до особистості», коли замість обговорення доказів провини опонент скочується на обговорення негативних якостей особистості підсудного.

Необхідні важливі властивості судової промови – *ясність, лаконічність, грамотність і точність*. «Не так промовляйте, щоб міг зрозуміти, а так, щоб не міг не зрозуміти», – підкреслював П. С. Пороховщиків³. *Лаконічність* промови досягається точністю суджень, відсутністю пишномовності, повторів. *Небагатослівність* – вершина красномовства.

Грамотність передбачає дотримання норм літературної мови (лексичних, граматичних, орфоепічних, стилістичних, акцентоло-

¹ Загурський О. Б. Судові дебати у кримінальному процесі: правові та психологічні проблеми: монографія. Івано-Франківськ: Місто НВ, 2005. 208 с.; Ивакина Н. Н. Судебное красноречие. М.: Юрид. лит., 2000. 333 с.; Кацавець Р. С. Судові промови державного обвинувача та адвоката-захисника у кримінальному судочинстві України: правові, етичні, логічні та мовні аспекти: монографія. К.: ЦУЛ, 2014. 150 с.; Кацавець Р. С. Ораторське мистецтво: підручник. К.: Алерта, 2014. 238 с.; Конин В. В. Типовые ошибки, допускаемые защитником в судебном разбирательстве. Вісник Академії адвокатури України, 2008, № 1. С. 151–153; Лисюк Ю. В. Судові дебати як засіб переконання у кримінальному провадженні. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 1. Т. 3. С. 165–169; Матвиенко Е. А. Судебная речь. Минск, Госиздат, 1972. 290 с.; Молдован В. В., Кацавець Р. С. Судова риторика: практикум. К.: Алерта, 2006. 135с.; Ясинок М. М. Судові дебати: право, психологія, риторика: наук. – практ. посіб. К.: Алерта, 2016. 158 с.

² Андриевский С. А. Драмы из жизни. Защитительные речи. Петроград, СПб, 1916. 417 с.; Гаррис Р. Школа адвокатуры: Пер. с англ. П. Сергеича. Тула: Автограф, 2001. 352 с.; Кони А. Ф. Избранные труды и речи. М.: Издательство Юрайт, 2012. 589 с.; Олійник Т. І. Марк Туллій Цицерон – вершина римського красномовства. К.: Либідь, 1990. 167 с.; Плевако Ф. Н. Избранные речи / Вступительная статья Г. М. Резника. М.: Издательство Юрайт, 2012. 649 с.; Сергеич П. Искусство речи на суде. Тула: Автограф, 1998. 320 с.; Корнилова Е. Н. Риторика – искусство убеждать. Свообразие публицистики античной эпохи. М.: Изд-во УРАО, 1998. 208 с.; Цицерон М. Т. Избранные сочинения. М.: Госиздат, 1975. 325 с.

³ Сергеич П. Искусство речи на суде. Тула, 1998. С. 26.

гічних). «Щоб добре говорити, треба добре знати свою мову; багатство слів є необхідна умова гарного стилю».

До послуг ораторів усе багатство і вишуканість мови. В судових промовах, на відміну від судових документів, які викладаються офіційно-діловим стилем, доречні метафори, порівняння й інші мовні засоби художньої виразності. Головне – вміти їх розумно використовувати і доречно застосовувати.

В художній літературі (В. Вересаєв) описано такий випадок із судової практики Ф. Плевако.

Бабуся вкрала чайник, і була віддана до суду присяжних. Підтримуючи обвинувачення, прокурор, щоб випередити захисну промову адвоката, вирішив сам сказати все, що можна було б навести на її захист: бідна бабуся, безпросвітна убогість, крадіжка незначна, підсудна викликає жалість... Але! Власність є священною!

«Весь наш суспільний устрій, – мовив прокурор, – тримається на власності, якщо ми дозволимо розхитувати її, то країна загине».

Встав Ф. Плевако зі словами: «Багато лих, багато випробувань довелося вистраждати Росії за її більш як тисячолітнє існування. Печеніги мордували її, половці, татари, поляки. Усе витерпіла, усе переборола Росія, тільки міцніла і зростала від випробувань. Але тепер, тепер бабуся вкрала старий чайник. Цього Росія вже, звичайно, не витримає, від цього вона загине безповоротно». (Виправдали). Приклад актуальний і для нашого часу.

Слід пам'ятати, як говорив П. Пороховщиків, що «один невдалий вислів може зіпсувати думку, зробити зворушливе смішним, значне позбавити змісту».

Істинне красномовство, як зазначав Ф. Ларошфуко, – це вміння сказати все, що слід, і тільки те, що слід.

Ф. Н. Плевако захищав священника, винуватість якого була в суді доведена. Промова захисника заслуговує на увагу:

«Добродії присяжні засідателі! Справа ясна. Прокурор у всьому цілком правий. Всі ці злочини підсудний вчинив і в них зізнався. Про що тут сперечатися? Але я звертаю вашу увагу от на що. Перед вами сидить людина, що ТРИДЦЯТЬ РОКІВ відпускала на сповіді *ваші* гріхи. Тепер вона чекає від вас: чи відпустите ви їй її гріх».

Судова промова має відрізнятися високою *культурою, благозвучністю й етичністю*. Грубість, вульгарність, сарказм, жаргон чи просторіччя мають бути виключені. Щодо опонентів учас-

ник дебатів повинен бути серйозним без сухості, увічливим без лицемірства, добрим без солодкуватості, турботливим без підлабузництва, жартівливим без блазнювання.

Судова промова має стати частиною мистецтва красномовства, надбанням культури. Тут будуть доречні і витончена метафора, і вдалий афоризм, і риторичне питання, і вишуканий епітет, і образність, і антитеза. Потрібний тембр голосу, інтонація, жести, міміка, вираз очей і посмішка, – усе це може служити чудовою оправою гарної думки і підсилювати її звучання, послужити захисту істини і справедливості.

«Але підбурювачі були. Я знайшов їх і з головою видаю вашому правосуддю: вони – підбурювачі, вони – призвідники, вони – причина всіх причин. Ввійдіть у звіринець, коли настане час кидати їжу звірам, що зголодніли; увійдіть у дитячу, де діти, що прокинулися, не бачать няньки. Там – одночасне гарчання, тут – одночасний плач. Пошукайте між ними підбурювача. І він знайдеться не в окремому звірі, не в старшій або молодшій дитині, а знайдете його в голоді або страхітті, що охопив усіх одночасно», – так палко говорив Ф. Плевако у своїй неперевершеній промові на захист селян села Люторич¹.

Багатючий досвід судового красномовства закладений у промовах Ф. Н. Плевако², А. Ф. Коні³, С. А. Андреевського⁴, М. П. Карбачевського, В. М. Пржевальського, М. Г. Казаринова, В. Д. Спасовича, В. І. Жуковського і багатьох інших відомих юристів. Цікаві промови наших сучасників В. І. Царьова, Г. Падви, Я. С. Кисельова, Г. М. Резника. С. А. Андреевський, як і багато відомих юристів минулого, був талановитою і освіченою людиною – писав вірші і художні твори. Поетичним талантом відомі також юристи М. П. Карбачевський, О. І. Урусов, М. І. Холева, А. Ф. Коні та ін. Плеяда цих митців слова залишила нам у спадщину безцінний скарб неперевершених та колоритних судових промов.

Як показує їхній досвід, особливо цінною властивістю будь-якої публічної промови є вміння оратора говорити без традиційних штампів і схем, говорити не по написаному на папері, а дивлячись

¹ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «ЮРАЙТ», 2012. С. 599.

² Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 589.

³ Коні А. Ф. Избранные труды и речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 545.

⁴ Андреевский С. А. Русские судебные ораторы. М.: «Юрайт», 2011. С. 599–614.

очі в очі опонентам, говорити експресивно, вишукано, цікаво, говорити неординарно. А так говорити можна тільки володіючи здатністю неординарно мислити.

Неважко помітити, що мистецтво судових промов набуло розквіту в часи існування суду присяжних – судовим ораторам було перед ким проявляти своє мистецтво, присяжні, не знаючи обставин справи, сприяли ретельному її аналізу учасниками дебатів, надавали шанс їм, проявивши професіоналізм і свій талант, досягти успіху.

Ось уривок із промови відомого адвоката XIX століття С. А. Андреевського на захист Андреева.

У житті Андреева відбулося щось подібне до землетрусу, зовсім як у Помпеї або на Мартиніці. Чудовий клімат, усі блага природи, ясне небо. Раптом з'являється слабке світло, димок. Потім чорні клуби диму, гар, кіптява. Усе густіше. От вже і сонця не бачити. Полетіли камені. Розливається вогненна лава. Загибель грозить звідусіль. Грунт коливається. Безвихідний жах. Нарешті, несподіваний підземний удар, тріск, і – все загинуло.

Усе це, від початку до кінця, продовжувалося протягом жахливих дванадцяти днів. «А знаєш? Я виходжу заміж за П.»...

У першу хвилину Андреев сприйняв слова дружини як нісенітний жарт. Але вона їх повторила. Він витріщив очі. Далі – більше. Дружина продовжує розвивати свої плани. Її завзятість виявляється ясніше. Він усе ще не хоче вірити. Але ім'я П. усе голосніше вривається в його будинок, як ім'я людини, що витискає його самого з дороги. Дружина відкрито розмовляє з П. по телефону. Нарешті, дочка після довгих коливань повідомляє батьку про серйозні наміри матері, розкриває перед ним її давній роман. Андреев починає почувати загибель. Він купує фінський ніж, щоб покінчити з собою.

Увесь звичайний порядок життя зник! Чоловік утрачає дружину. Він не спить, не їсть від несподіваного лиха. Він усе ще за щось чіпляється, хоча і повторює своїй дочці: «Я цього не перенесу»... Поки йому все ще здається, що дружина просто марить. Суперник усього на один рік молодший за нього. Коштів у самого Андреева досить. А головне, Зінаїда Миколаївна навіть не говорить про кохання. Вона, як сорока, тріскотить тільки про мільйони, про високе становище, про можливість потрапити до двору. Залишалася мимовільна надія її надоумити.

З'явився, нарешті, до Андреева і сам П. із пропозицією про розлучення. Але Андреев і йому ще не говорив ні «так», ні «ні». «Справа серйозна, треба подумати»...

Тим часом роздратована Зінаїда Миколаївна починає бити дочку за потурання батьку. Андреев тривожиться за дочку, замикає її від матері й усе думає, думає...

Дійсно, якби Андреева мала хоч трошки жіночої душі, якби вона справді любила П. і якби вона скільки-небудь розуміла і цінувала серце свого чоловіка, вона б дуже легко розплутала своє становище. Але Андреева зовсім не любила П. Вона тільки сказала, що чоловік насмілюється перечити її капризу.

І от, вранці 23 серпня, вона зважилася розрубити вузол. У цей час чоловік після дванадцяти безсонних ночей, усе ще на щось сподіваючись, уже зібрався кудись вийти і, як автомат, надяг пальто. Зінаїда Миколаївна в туфлях на босоніж поспішила затримати його, щоб відразу домогтися свого.

Ні їй, ні кому іншому у домі, ні менш усього її чоловіку не могло б спасти на думку, що у цю саме мить вона прямо йде до своєї страти і навіть робить останні кроки в житті.

Вона була занадто самовпевнена. Чоловік був занадто тихий і покірний. Але вона поступила як дика, тупа істота, що забула про усе людське. На безвинного і люблячого чоловіка вона накинулася з лютою лайкою... Вона вже уявила себе знатною дамою, з владою Трепова в руках... Дочка, яка підбігла на шум, почула останню фразу матері: «Я зроблю так, що тебе вишлють з Петербурга!..»

Ця жінка, врятована Андреевим від заслання, піднята їм з грязі, вихована, збережена ним як скарб протягом 16 років, – ця жінка хоче «скрутити його в баранячий ріг», винищити його без сліду, роздавити його своєю ногою!

Тоді Андреев швидким рухом скинув з себе пальто, з словами: «Чи довго ти будеш ображати нас?» схопив дружину за руку, потяг у кабінет – і звідти, біля самих дверей, роздався її розпачливий крик...

За декілька секунд усе скінчилося.

Андреев вибіг у передню, кинув фінський ніж і оголосив себе злочинцем.

Що відбулося в його душі?

На це питання не може бути тієї певної відповіді, що необхідна для судового вироку, тому що при такому невимовному щиро-

сердному потрясінні все в людині перевертається догори дном... Звідкись зсередини в Андреева піднялася могутня хвиля, що обдала собою і розум, і серце, і совість, і пам'ять про закон, що грозить.

Що тут було? Ревнощі? Злоба? Запальність? Ні, усе це не годиться. Гострі ревнощі були вже скорені, тому що Андреев міг діловито переговорюватися із своїм суперником. Злоба і запальність таки не в'яжуться зі справою, тому що Андреев був добрий і витривалий до останньої можливості.

Якщо хочете, тут були жах і розпач перед раптово відкритими Андрееву жорстокістю і бездушністю жінки, якій він безповоротно віддав і серце, і життя. У ньому до сказу заговорило почуття незбагненної неправди. Тут вже орудувала сила життя, що ламає все негоже без прокурора і без суду. Піти від цієї неминучої кризи було нікуди ні Андрееву, ні його дружині.

Я назву душевний стан Андреева «шаленством» – не тим шаленством, про яке говорить формальний закон (тому що нам потрібно неодмінно душевна хвороба), але шаленством в загальножиттєвому змісті слова. Людина «виступила з розуму», була «поза собою»... Його ноги і руки працювали без його участі, тому що душа була відсутня... Невже люди цього не зрозуміють?

Яка глибока правда звучить у показанні Андреева, коли він говорить: «Крик дружини привів мене в себе!...». Виходить, до цього крику він був у повному запамороченні...

Чи бажав Андреев того, що зробив? Ні, не бажав, тому що наступного дня говорив своїм знайомим: «Я, здається, віддав би усе на світі, щоб цього не трапилося»...

Карати кого б то не було за вчинок, до очевидності беззвітний, – нелюдяно, та й не слід...

От усе, що я хотів сказати. Я намагався роз'яснити вам цю справу мовою вашої власної совісті. По правді кажучи, я не сумніваюся, що ви зі мною погодитеся.

І вірте, що Андреев вийде з суду, як говориться, «з опущеною головою»... На дні його душі буде як і раніше незцілена рана... Його гріх перед богом і кривава примара його дружини – в усьому своєму жаху – залишаться з ним нерозлучними до кінця.

(Андреев був виправданий, як той, що вчинив убивство в стані крайнього роздратування і запальності).

Сьогодні мистецтво судової риторики має відроджуватись, і є надія, що із запровадженням суду присяжних такі процеси отримають додатковий імпульс і стимул для їх прискорення.

Експресивність промови має гармоніювати з її змістом. Використовувані засоби художньої виразності доречні тут тільки в тому разі, коли допомагають підсилити звучання аргументів, вплив фактів. Беззмістовна помпезна промова – порожній струс повітря. Риторика заради прикрашення може послабити логічну вмотивованість і переконливість промови, призвести до зворотного ефекту і комічних ситуацій. Один з таких випадків описав А. П. Чехов в оповіданні «Випадок із судової практики». «Підсудний Шельмецов обвинувачувався в крадіжці зі зломом, шахрайстві і проживанні за чужим паспортом. Захищав його «славнозвісний і найпопулярніший» адвокат. Цього адвоката знає увесь світ. Чудові його промови цитуються, прізвище його вимовляється з благоговінням... Коли товариш прокурора зумів довести, що Шельмецов винний і не заслуговує полегкості, коли він усвідомив, переконав і сказав: «Я скінчив», – піднявся захисник. Усі нашорошили вуха. Запанувала тиша. Адвокат заговорив, і ... пішли танцювати нерви N-ської публіки! Він витягнув свою смагляву шию, схилив на бік голову, блимнув очима, підняв угору руку, і незбагненна насолода полилася в напружені вуха. Мова його заграла на нервах, як на балалайці. Після перших двох-трьох його фраз хтось із публіки голосно ойкнув, і винесли із зали засідання якусь бліду даму. Через три хвилини голова змушений був потягнутися до дзвінка і тричі подзвонити. Судовий пристав з червоним носиком закрутився на своєму стільці і став погрозливо поглядати на захоплену публіку. У всіх зіниці розширилися, обличчя сполотніли від жагучого чекання наступних фраз, вони витягнулися... А що робилося із серцями?!

– Ми – люди, добродії присяжні засідателі! – сказав між іншим захисник. – Перед тим, як стати перед вами, ця людина вистраждала шестимісячне попереднє ув'язнення. Упродовж шести місяців дружина була позбавлена палко коханого чоловіка, очі дітей не висихали від сліз при думці, що біля них немає дорогого батька! О, якби ви подивилися на цих дітей! Вони голодні, тому що їх нема кому годувати, вони плачуть, тому що вони глибоко нещасливі... Так подивіться ж! Вони протягають до вас свої рученята, просячи вас повернути їм їхнього батька! Їх тут немає, але ви можете собі

їх ув'язити (Пауза). Ув'язнення... Його посадили поруч зі злочинцями й убивцями... Його! (Пауза). Треба тільки ув'язити собі його моральні муки в цьому ув'язненні, вдалині від дружини і дітей, щоб... Та що говорити?!

Серед публіки почулися схлипування... Заплакала якась дівчина з великою брошкою на грудях. Слідом за нею захликала сусідка її, старенька. Захисник говорив і говорив... Факти він оминав, а напірав більше на психологію.

– Знати його душу – значить знати особливий, окремий світ, повний рухів. Я вивчив цей світ... Вивчаючи його, я, зізнаюся, уперше вивчив людину. Я зрозумів людину... Кожний порух її душі говорить про те, що у своєму клієнті я маю честь бачити ідеальну людину...

Судовий пристав перестав дивитися загрозово і поліз у кишеню за хусткою. Винесли із зали ще двох дам. Голова дав спокій дзвінку і надяг окуляри, щоб не помітили сльозинки, що навернулася в його правому оці. Усі полізли за хустинками. Прокурор, цей камінь, цей лід, цей найбільш нечутливий з організмів, неспокійно закрутився на кріслі, почервонів і став дивитися під стіл... Сльози заблищали крізь його окуляри. «Слід було мені відмовитися від обвинувачення! – подумав він. – Адже такого фіаско зазнати!»

– Гляньте на його очі! – продовжував захисник (підборіддя його тремтіло, голос тремтів, і крізь очі дивилася душа, що страждає). – Невже ці лагідні, ніжні очі можуть байдуже дивитися на злочин? О ні! Вони, ці очі, плачуть! Під цими калмицькими вилицями ховаються тонкі нерви! Під цими грубими грудьми б'ється далеко не злочинне серце! І ви, люди, наважтеся сказати, що він винуватий?!

Отут не виніс і сам підсудний. Прийшла і його пора заплакати. Він закліпав очима, заплакав і неспокійно засовався...

– Винуватий! – заговорив він, перебиваючи захисника. – Винуватий! Усвідомлюю свою провину! Вкрав і шахрайства планував! Окаянна я людина! Гроші я зі скрині взяв, а шубу крадену велів своячці сховати... Каюся! В усьому винуватий!

І підсудний розповів, як було діло. Його засудили».

Якими властивостями має володіти судова промова, щоб переконати слухачів? Будь-яке красномовство бере свій початок від істини. Правда переконує, неправда завжди викликає неприйняття і протидію.

Сила аргументів у їхній достовірності. Кожний з аргументів необхідно ретельно перевірити і зважити, зіставити з іншими доказами у справі. Мистецтво аргументації полягає також в умінні за допомогою фактів і логічних операцій спростувати доводи опонента.

Автори риторик радять: кликати на допомогу образність, виразність і емоційність у нерозривному поєднанні з логічністю; приберегти почуттєвий ефект до кінця виступу, інакше такого тону на всю промову може не вистачити, а зниження емоційності промови спричинить зниження інтересу до неї.

Яскравою зіркою серед відомих судових ораторів був самобутній Федір Плевако, який по праву вважається генієм судової риторики, видатним вченим-юристом, який здійснив значний внесок у розвиток юридичної науки. Його праці не втратили актуальності, несуть високий заряд моральності, гуманізму й шляхетності. Вони з успіхом можуть використовуватися в навчальному і виховному процесі в юридичних вишах України¹.

Не вважаємо за надмірність запропонувати увазі читачів деякі частини промови Ф. Н. Плевако на захист Качки². «Сама поява її на світ була огидною. Ця не благословенна пара віддавалася природним насолодам подружжя. У період запою, в чаду вина і викликаній ним плотської похоті їй дане життя. Її носила мати, що постійно переймалася сценами домашнього буяння і страхом за свого грубо розгульного чоловіка. Замість колискових пісень до її дитячого слуху долітали лише крики жаху і лайки та сцени гульні та пиятик.

..словом, насіння життя Парасковії Качки було кинуто не в плодonoснy землю, а у гнилий ґрунт. Якимсь дивом воно дало – і навіть дало? – паросток, але цьому паростку не було дано піклування і любові: його викохали і виплекали вітри буйні, суворі хуртовини і безладні зміни стихій. У цьому сімействі, що, власне кажучи, не було сімейством, а механічним поєднанням декількох окремих осіб, думали, що піти до церкви, змусити проспівати над собою

¹ Тертишник В. М. Неперевершений майстер судової промови – Федір Плевако. Підприємництво, господарство і право. 2003. № 3. С. 3–4; Тертишник В. М., Шемшученко Ю. С. Плевако. Юридична енциклопедія. Т. 4. К.: Вид. «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 2002. С. 575.

² Речь присяжного поверенного Ф. Н. Плевако в защиту Прасковьи Качки. Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века. Тула: Автограф, 1997. С. 476–481; Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 386–397.

шлюбні молитви – значить укласти шлюб. Ні, від першого поцілунку подружжя до тієї хвилини, коли наші діти, зміцнілі духом і тілом, нас залишають для нових, самостійних союзів, шлюб не перестає бути священною таємницею, високим обов'язком чоловіка і дружини, батька і матері, морально відповідальних за зростання душі й тіла, за напрямок і чистоту розуму і волі тих, кого покликала до життя подружнє кохання...

Я знаю, що злочин має бути покараний і що злий має бути знищений у своєму злі силою караючого суду. Але придивіться до цієї, тоді 18-літньої жінки, і скажіть мені, хто вона? Зараза, яку потрібно знищити, або заражена, яку треба пощадити? Чи не все життя її відповідає, що вона остання? Морально гнилі були ті, хто дав їй життя. Зростала вона начебто між своїми, але в неї були родичі, а не було рідних, були плідники, але не було батьків. Усе, що їй дало буття і форму, заразило те, що дано.

На погляд практичних людей, – вона труп, що смердить. Але правда людей, коли вона хоче бути відбитком правди Божої, не повинна так легко вершити справу суду. Правда повинна в душу її ввійти і прислухатися, наскільки великими були успадковані дарунки, і чи не переборола їх демонічна сила середовища, хвороби і страждань? Не з ненавистю, а з любов'ю судить, якщо хочете правди.

Нехай воскресне вона, нехай зло, нав'яне на неї ззовні, як пелена гробова, спаде з неї, нехай правда і нині, як і колись, живить і чудодіє! І вона оживе. Сьогодні для неї великий день. Бездомна блукачка, безрідна, – тому що рідна її мати не подумала, живучи всі ці роки десь, запитати: а що поробляє моя бідна дівчинка? Безрідна блукачка вперше знайшла свою матір-батьківщину, Русь, що сидить перед нею в образі представників суспільної совісті.

Розкрийте ваші обійми, я віддаю її вам. Робіть, що совість вам велить.

Якщо ваше батьківське почуття обурене гріхом дитяти, стисніть гнівно обійми, нехай з криком розпачу розтрощиться це слабке створіння і зникне. Але якщо ваше серце підкаже вам, що в ній, зламаний іншими, покаліченій без власної провини, немає місця тому злу, зняряддям якого вона була; якщо ваше серце повірить їй, що вона, віруючи в Бога й у совість, муками і сльозами омила гріх безсилля і потьмареної хворобою волі, – воскресить її, і нехай ваш ви-

рок буде новим народженням її на краще, стражданнями навченим життям¹.

Добротна судова промова вимагає ретельної підготовки. Створити вступ до промови, щоб залучити слухача, збудити його увагу і підготувати його до своїх повчань; викласти справу коротко і ясно, щоб усе в ній було зрозуміло; обґрунтувати свою позицію і спростувати протилежну і зробити все це не безладно, а за допомогою такої побудови окремих доводів, щоб загальні наслідки впливали з окремих доказів; нарешті, замкнути це все висновком, що розпалює або заспокоює, – так писав про мистецтво дебатів і композиції промови Марк Тулій Цицерон.

Моделювання судової промови припускає логічний, риторичний і психологічний розрахунок.

Початок має зачепити слухачів, привернути увагу до оратора і підготувати слухачів до сприйняття його доводів. Штампованих фраз, банальних питань, загальновідомих відомостей, нудних словосполучень варто уникати. Небезпечно починати промову в патетичному тоні – спробуйте його утримати. Мудріше, коли експресивне звучання промови має тенденцію до посилення в міру вимови. Допомогу у виборі початку можуть надати вдалі афоризми, цікаві висловлення опонентів, парадокси, притчі, життєві мудрості.

Проаналізуйте та дайте свою оцінку таким початкам судової промови.

«Шановні судді! В одній середньовічній легенді розповідається про дивний дзвіночок, що мав чарівну властивість: у його звуках кожний чув той наспів, який йому хотілося почути. Як часто дебати сторін нагадують цей дзвіночок» (із промови Я. С. Кисельова).

«Добродії судді! Хтось із великих, по-моєму це був І. Кант, говорив, що «почуття справедливості з'являється рано, поняття справедливості – пізно». Обставини справи підказують, що тут не можна поспішати з висновками»...

«Добродії! Уявна простота цієї справи оманлива і не повинна зробити нас простаками. Простота, – говорять у народі, – гірша від крадіжки».

«Добродії! Потерпілий у справі був надзвичайної душі людина, а злочин, який ми розглядаємо, лише підтверджує сумну думку: «У красивої квітки життя зазвичай коротке...»

¹ Якщо, читаючи ці рядки, ви пройнялися співчуттям і на очі накопились сльози, – ви пройшли тест на право бути юристом.

«Добродії! У нашому місті розігралася грандіозна драма. Не відомо, хто її автор і режисер, але нам відомі її наслідки».

А ось так починав свою промову неперевершений геній судового красномовства Федір Плевако у справі селян села Люторич, що актуальна й нині:

«Панове судді і вельможні присяжні! Документи прочитані, свідки вислухані, обвинувач сказав своє слово – м'яке, гуманне, а тому ще більш небезпечне для справи; але жагуче вирішальне питання не поставлене сміливо і чітко. А між тим, воно проситься, воно рветься назовні: позатикайте вуха, зажмурте очі, затисніть мої вуста, – все одно воно проб'ється наскрізь; воно в фактах нами вивченої справи, його оголюють ті заведені порядки в управлінні села Люторич, ті порядки, які... з року в рік, крапля по краплі, знесилювали свободу російського мужика і, знесилюючи, заволоділи нею на свою користь»¹.

«Який вступ не обрав би оратор, – зазначає Н. М. Івакіна, – важливо пам'ятати, що: 1) у ньому має відобразитися той конфлікт, на якому будується судова промова; 2) він має бути пов'язаний з головною частиною, служити відправною точкою для дослідження обставин справи; 3) не має бути довгим; 4) стилістично має гармоніювати з основною частиною»².

Водночас, в усному мовленні не виправданий плавний перехід від одного судження до іншого. Тут витонченість поступається доцільності, необхідності акцентів.

Основна частина промови містить: виклад фактичних обставин справи, аналіз доказів, юридичну оцінку діяння, пропозицію конкретного рішення (кваліфікація, міра покарання, виправдувальний вирок), аналіз особистості підсудного, причин і умов, які сприяли вчиненню злочину. Залежно від композиційного задуму характеристика обвинуваченого може бути надана і у вступі.

Досвідчені адвокати рекомендують будувати промову так, щоб не повторювати виклад фактичних обставин справи, як це мало місце в обвинувальному акті і не повторювати озвучену інформацію у виступі обвинувача, в тому вигляді, в якому вона була подана. Інакше промова стане скучною і увага до неї буде згасати по мірі

¹ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 589.

² Ивакина Н. Н. Основы судебного красноречия. (риторика для юристов). М.: Юристь, 1999. С. 79.

появи повторів. Як виключення з правила можна процитувати короткий фрагмент виступу прокурора, лише для того щоб його ефектно спростувати, якщо є чим це зробити.

Мистецтво судочинства є не що інше, як мистецтво доказів і аргументації. Доводи, що викладаються, мають відповідати основним правилам логіки.

Думка має бути лаконічною і точно сформульованою, незмінною протягом усього процесу доказування.

Як аргументи думки можуть виступати тільки такі положення, істинність яких доведена в суді.

Кожний з аргументів доводиться, обґрунтовується, засвідчується самостійно, незалежно від доказуваної тези.

Докази, використовувані як аргументи, не повинні суперечити один одному. З суперечливих посилянь не може з необхідністю випливати жодне істинне положення.

Аргументи мають бути достатніми для висновків, які обґрунтовуються.

Будь-яка думка має бути тотожною сама собі і не суперечити іншим судженням. Два несумісних судження не можуть бути одночасно істинними. Одне з них помилкове. З двох взаємовиключних суджень одне істинне, інше хибне.

Говорячи про аргументацію, В. Лессінг зазначав: «Я не знаю жодного блискучого стилю, який не запозичав би більш-менш свого блиску від істини». Правда переконує, неправда ображає.

Судова промова має бути логічною, змістовною і переконливою.

Докази захисту в судовій промові можуть розкриватись двома шляхами:

а) По наростаючій від найменш важливих до найбільш вагомих. Захисник може поступово готувати умови до здійснення учасниками процесу самостійних позитивних для захисту висновків. Пам'ятайте, що найбільш переконливими є частіше за все висновки, до яких людина прийшла в наслідок самостійних роздумів. Захисник має майстерно і послідовно, в доступній формі подавати аргументи для досягнення указаних результатів, нерідко навіть не роблячи акцентів на самих висновках, обмежуючись показом можливих варіантів.

б) З акцентованим поданням в першу чергу найбільш вагомого доказу, з тим, щоб здійснити сильний логічний і психологічний

вплив на учасників, закріпивши його подальшим поданням додаткових доказів, усуваючи можливі сумніви в достовірності і достатності основного.

«Ми маємо три засоби впливу на слухачів, – писав Цицерон, – доказувати, подобатись, розчулювати. Із цих трьох засобів є один, який є найголовнішим, – доказування; воно має здаватись слухачам єдиною метою, якої хочемо досягти; інші два засоби мають бути розлиті по всій промові, як кров у тілі»¹.

Мистецтво аргументації вироблялося віковим досвідом цивілізації, і тут не можна не нагадати деякі повчальні прислів'я та афоризми: «Сила доказів визначається за їх значенням, а не за їх кількістю»; «Очевидне не потребує доказів»; *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* – «Тягар доказування лежить на тому, хто стверджує, а не на тому, хто заперечує»; *In dubio pro geo* – «У разі сумнівів справа вирішується на користь підсудного чи відповідача»; «Потрібно ненавидіти злочин, а не обвинуваченого» (Августин Ніколя); «Чесна людина, сідаючи в крісло судді, забуває про свої симпатії» (Цицерон); «Довга мова так само не посуває справи, як довге плаття не допомагає ходьбі» (Ш. Телейран); «Хто часто клястись норочить, той рідко правду говорить» (Східна мудрість); «Люди охоче вірять тому, в чому бажають бачити правду» (Ю. Цезар).

Логічність має предметну і понятійну сторони. Предметна полягає у відповідності значенневих зв'язків зв'язкам і відносинам предметів і явищ у реальному світі. Понятійна відображає відповідність значенневих властивостей елементів мови (обсяг і широта понять тощо) предметам, що позначаються, явищам і властивостям.

Давно помічено, що широке уживання виразів на зразок «отже», «якщо», «тому що», «тобто», «для того, щоб», «тим часом» і ін. створює враження логічного зв'язку. Між тим, часто це і є не що інше як особливий прийом інтелектуального шахрайства – софістика.

Софізмами називають навмисне порушення правил логіки з метою ввести в оману опонента, надати видимість істинності помилковому твердженню.

В історії розвитку логіки відомі випадки, коли використання прийомів софістики призводило до появи дуже цікавих парадоксів. За переказами, філософ-софіст Протагор, що жив у V ст. до н.е., уклав зі своїм найбільш здатним учнем Еватлом дуже шляхетний

¹ Цицерон М. Т. Избранные сочинения. М.: Госиздат, 1975. 325 с.

договір: Еватл, що навчався у Протагора праву, мав заплатити за навчання, коли виграє свій перший судовий процес. Закінчивши навчання, Еватл юридичною практикою займатися не став.

Незадоволений таким результатом, Протагор подав на свого учня до суду, вимагаючи сплатити вартість навчання. «Яким би не був результат суду, – міркував Протагор, – Еватл змушений буде заплатити. Він або виграє цей свій перший процес, або програє. Якщо виграє, то заплатить в силу укладеного договору. Якщо програє – заплатить відповідно до рішення суду». На це його здібний учень відповів: «Якщо я виграю, то рішення суду звільнить мене від обов'язку платити. Якщо суд буде не на мою користь, це буде означати, що я програв свій перший процес і тому не заплачу в силу угоди».

Мистецтво судових дебатів – це мистецтво аргументації, яке передбачає володіння законами логіки. Логіка переконання бере свою силу від достовірності доводів і вміння з їх допомогою розкрити істину. Таку, доведену незаперечними доказами істину, важко затуманити навіть майстерним красномовством, і навпаки. Здоровий глузд – річ дуже переконлива.

Відомий юрист П. С. Пороховщикова (псевдонім – П. Сергеич), автор цікавої роботи «Мистецтво мови на суді», не без підстав захоплювався народною мудрістю, описуючи такий випадок із судової практики.

Молодий юрист не зважувався взятися за захист підсудного. Батько останнього, не бажаючи залишати сина без захисту, попросив допустити до участі у справі як захисника рідного дядька підсудного, який працював простим візником.

«Ваше благородіє, – почав він, – я людина неосвічена і малограмотна; що я буду говорити, це все одно, як би ніхто не говорив; я не знаю, що треба сказати. Ми на вас сподіваємося»...

Виступаючи в судових дебатах, він говорив, хвилюючись, кваплячись. Але він говорив щиро, по суті і от що встиг висловити:

1. Калкін не хотів заподіяти настільки тяжке ушкодження Федорову, «він ударив його відмахуючись, не оглядаючись; це нещасний випадок, що удар був завданий в живіт».

2. Калкін не хотів цього; «він сам шкодує, що відбулося таке нещастя; він відразу пошкодував».

3. Він не мав ніякого зла проти Федорова; він не хотів ударити саме його.

4. Удар «був завданий» Федорову тому, що він був ближче від інших: «той йому топче п'яти, він його і вдарив».

5. Він не нападав, а біг від нападників на нього.

6. «Їх шестеро, вони із залізними ціпками, він один; він рятував своє життя, і вдарив».

7. Нещастя в тім, що в нього опинився цей ніж: «йому б ударити ціпком, залізною тростиною, як його били; він збив би Федорова з ніг і тільки; тоді не було б і такої рани; так ціпка то в нього із собою не виявилось».

8. «Який це ніж? Канцелярський ніжик; він не для чогось поганого його носив у кишені; у нас в усіх такі ножі для потреби, для роботи».

9. Він не бешкетник, він сумирний; «вони за те його не люблять, що він з ними горілку не пив і їм на горілку не давав».

10. «Він сумирний; він не бешкетник: якби він залишився над Федоровим, коли той упав, та кричав: «Підходь ще, хто хоче», – тоді б можна сказати, що він до них задирався; а він утік; ... розмахнувся назад, вдарив і утік».

Скінчив захисник тим, з чого почав: «Я не знаю, що треба говорити, ваше благородіє, ви краще знаєте; ми сподіваємося на ваше правосуддя...»

Ось так в такій лаконічній формі, користуючись логікою здорового глузду, самобутній оратор з народу переконливо довів дію підсудного в стані необхідної оборони (що звільняє від відповідальності), сказавши рівно стільки, скільки сказав би мудрець.

Факти – річ вперта. Саме на них потрібно акцентувати увагу, аналізуючи обставини справи.

Слід дотримуватися таких важливих властивостей судової промови, як ясність і точність. «Промовляйте не так, щоб міг зрозуміти, а так, щоб не міг не зрозуміти», – підкреслював П. С. Пороховщиков.

Ясність промови досягається точністю суджень, відсутністю закрутистості, повторів. Небагатослівність – вершина красномовства.

«Стриманість в спілкуванні завжди ближче до мети, ніж шумливість, – писав Ріхард Гарріс. Я не знаю справ, виграних шумом і тріскотною; в піні немає ваги, а в несамовитих словах немає сили... Погана мова незрівнянно гірше, ніж повне мовчання: нехай

говорять факти; але крик нікого не переконув; він притуплює слух присяжних, а інколи і зовсім оглушує їх»¹.

«Судовий оратор, – писав А. Ф. Коні, – має уникати того, що Аристофан у своїх «Хмарах» називав «словесним поносом», зауважуючи, що в людей з коротким розумом язик буває занадто довгим»².

Щоб добре говорити, треба добре мислити, володіти великим запасом слів, добре знати свою барвисту колоритну мову. В судових промовах, на відміну від судових документів, які викладаються офіційно-діловим стилем, доречні метафори, порівняння й інші мовні засоби художньої виразності. Головне – вміти їх розумно використовувати і доречно застосовувати.

Точність – відповідність суджень установленим фактам. Варто уникати розпливчастості думок і багатозначності слів. Ілюстрацією того, як не варто говорити, може служити невеликий монолог із оповідання А. П. Чехова: «А він схопив його, підім'яв і об землю... Тоді той сів на нього верхи і давай у спину тарабанити... ми його з-під нього за ноги витягли...».

Узагальнюючи багатючий досвід мистецтва судових дебатів, залишений П. С. Пороховщиковим, можна дати такі рекомендації.

Визнати неминуче, згадати корисне, розкрити потрібне й уникнути небезпечного. Не можна упиратися, стверджуючи те, неправдивість чого доведена, або спростовуючи безсумнівне. Зосередити зусилля на аналізі недостатньо з'ясованих, але істотних для справи обставин, остерегаючись неоднозначно гострих доводів.

Не доводити очевидного. Не допускати протиріччя у своїх доводах.

Не сперечатися проти безсумнівних доказів.

Залишати найяскравіші докази і найрішучіші доводи на завершальну частину дебатів.

Якщо докази сильні, наводити їх порізно, докладно розкриваючи кожний окремо, якщо вони слабкі, зібрати їх в одну жменю.

Для обґрунтування висновків використовувати лише достовірні дані, тільки найміцніші докази, рішуче відкидаючи сумнівні і неперевірені.

Не випускати з уваги головної думки й основних положень. Якнайчастіше підкріплювати один доказ іншим. «Якщо у справі

¹ Гаррис Р. Школа адвокатури: Пер. с англ. П. Сергєича. Тула: Автограф, 2001. С. 22.

² Коні А. Ф. Избранные труды и речи. М.: Юрайт, 2012. С. 545.

є прямий доказ, залишати його осторонь і доводити спірний факт побічними доказами: зіставлення логічного висновку з прямим посвідченням факту є найсильнішим риторичним прийомом».

Підкріплюйте, як можна частіше, один доказ іншим.

Не допускайте протиріч в своїх доводах.

Не намагатися доводити більше, коли можна обмежитися меншим. Хто багато доводить, той нічого не доводить, – говорили мудреці стародавності.

Не залишати без заперечень сильні доводи опонента. Розділяти його доводи на вихідні судження і спростовувати кожний окремо.

Не боятися погоджуватися з опонентом там, де він правий. Це зробить вас переконливішими, якщо при цьому ви ще й зумієте сформулювати інші висновки з його ж аргументів.

Користуватися фактами, доведеними супротивником, і заперечувати йому його ж доводами.

Відповідати фактами на слова. Якщо опонент оминув мовчанням важливий факт, нагадати, що супротивник не знайшов його пояснення.

Поверніть проти опонента його власні доводи.

Не намагайтеся пояснити те, що самі не зовсім розумієте. Така спроба – подарунок для процесуального противника.

Максимально використовуйте факти, визнані опонентом. Це рідкісний подарунок. Було б неповагою не скористатись ним.

Не спростовуйте неймовірного – це все одно, що воювати з вітряками. Доводи можна підсилити штучно. У будь-якому виступі важливо не тільки те, що сказано, а і як сказано.

Не доводити те, що можна заперечити, посилаючись на презумпцію. «Якщо ви зійдете з цієї позиції і дасте слухачам забути сприятливу вам презумпцію, ви позбавите себе одного з кращих своїх доводів: замість славно відбитого наступу залишитесь невдала вилазка»¹.

Переконані, що логічний аналіз справи доцільно чергувати з емоційно-риторичними експресивними прийомами, що додає промові яскравості й необхідної динамічності.

Динамічність промови, безумовно, підсилюється лаконічністю. Лаконічність зводиться не скільки до нетривалості, скільки до ясності і відсутності зайвого.

¹ Сергєич П. Искусство речи на суде. Тула: Автограф, 1998. С. 200–221.

Оправдано дотримуватись одного з найважливіших принципів композиції судової промови – принципу посилення: доводи і докази, експресивні прийоми подаються від менш важливих і яскравих до більш значимих і сильних (за зростанням їхнього впливу); найсильніші засоби переконання використовуються наприкінці промови. Закінчення промови має бути твердим, переконливим і, що не менш важливо, коректним.

Ф. Плевако в промові по справі робітників фабрики, яких звинувачували в бунті і безпорядках образно мовив: «Натовп – будова, люди – цегла. Із одних і тих же цеглин розбудовується і храм богів, і тюрма – житло знедолених... Та зруйнують тюрму, і цеглини, що залишилися цілими від руйнування, можуть піти на храмобудування, не відображаючи огидних рис їх минулого призначення».

У висновку може варіюватися думка, висловлена ще у вступі. Ось як цей, так званий прийом обрамлення, використовував адвокат. Він почав з характеристики особистості підзахисної:

«Товариші судді! 12 років працювала тут лікарем Віра Михайлівна Цигарова. Тисячі хворих врятовані нею. Зимою у завірюху, восени в сльоту, глухої темної ночі за першим покликом вона відправлялася в далекі селища, щоб надати допомогу хворим. Десятки листів на вашу адресу, оголошені в суді, характеристики, показання свідків малюють нам самовідданого лікаря, улюбленого населенням».

Довівши невинуватість підсудної, оратор на закінчення сказав:

«Цигарова невинна, вона обмовлена, вона має бути виправдана. І я впевнений: ще довгі і довгі роки, як і колись, у нічну темряву, у сніжну холоднечу й осінню сльоту, але за першим покликом людей чудовий радянський лікар Віра Михайлівна Цигарова буде поспішати до них на допомогу, полегшуючи страждання і творячи добро».

Висновок добудовує, закриває логічну рамку судової промови, робить те, про що писав А. Ф. Коні: «Кінець промови має закруглити її, тобто пов'язати з початком». Висновок судової промови має бути особливо лаконічним і емоційно насиченим. «Кінець, – писав А. Ф. Коні, – вирішення усієї промови (як в музиці останній акорд... хто має музичне чуття – той завжди може сказати, не знаючи п'єси, судячи тільки по акорду, що п'єса скінчилася); кінець має бути таким, щоб слухачі відчули..., що далі говорити нічого»¹.

¹ Коні А. Ф. Советы лекторам. Судебные речи знаменитых русских адвокатов. М., 1997. С. 14.

Ф. Н. Плевако одну зі своїх промов закінчив так: «Я не кажу про провину або невинуватість. Я кажу про невідомість відповіді на фатальне питання справи. Коли треба вибирати між життям і смертю, то всі сумніви повинні вирішуватися на користь життя. Таке веління закону і таке моє прохання¹».

Деколи не зайвим наприкінці судової промови, відштовхуючись від квінтесенції фактів, етично показати можливі висновки. Наприклад, апелюючи до постулатів презумпції невинуватості, Федір Плевако мовив: «І так, тільки два переконання можна винести з цієї справи: або підсудний невинний, або винуватість сумнівна. Але і те, і інше веде до необхідності виправдання. Третього роду переконання, думаємо, неможливе. І можна очікувати, що з вашим вирокком закінчиться для підсудного неволя й засяє радість світлих, вільних днів...»²

Презумпція невинуватості – сильна зброя захисту, яку варто, посилюючи доказами в основній частині промови, підкреслювати в заключній промові захисника.

Відомий адвокат минулого М. П. Карабчевський у справі братів Скитських так завершив свою захисну промову: «Я відчуваю, що пора закінчувати, панове судді! Але я боюся кінчати. Коли я закінчу, – черга вашому вирокку. Може настати жахливе, те жахливе, яке ми вже переживали. Невже це насправді можливе? Суд і засудження близькі. Але закон не хоче, не вимагає від вас неможливого. У подібних випадках він, навпаки, сам приходить вам на допомогу, сам береже вас. Чи вам, юристам-суддям, нагадувати мені про це? Самонадійність завжди сліпа. Сумніви ж – супутники розуму. Сказати, що в цій справі все для вас зрозуміле і немає сумнівів, ви не можете... Я прошу для Скитських виправдувального вирокку»³.

«Я буду чекати вашого вирокку, – говорив свого часу неперевершений судовий повірений Федір Плевако, – з повним переконанням, що совість, керована розумом та досвідом життя, пізнає істину. Не піддавайтесь тій теорії, яка проповідує, що для повного спокою на Землі потрібно інколи дзвеніти ланцюгами засуджених, треба наповнювати в'язниці жертвами та губити їх за одну ідею правосуддя. Будьте суддями розуму і совісті»⁴.

¹ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 540.

² Плевако Ф. Н. Дело Маруева. Избранные речи. Тула, 2000. С. 22.

³ Карабчевский Н. П. Около правосудия. СПб.: 1902. С. 264.

⁴ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 124–125.

Після закінчення судових дебатів і реплік обвинувач, захисник, підсудний, а також потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач або їхні представники мають право подавати суду в письмовому вигляді запропоноване формулювання рішення з питань, що підлягають вирішенню судом при винесенні вироку. Такі пропозиції дають змогу учасникам процесу точніше викласти свої думки і не упустити важливих для них моментів, що цілком можливо в усних дебатах. Зазначені пропозиції приймаються до останнього слова підсудного, тому що після його завершення суд видаляється в нарадчу кімнату.

Останнє слово підсудного – вільна, публічна промова особи, яка віддана до суду, але в силу принципу презумпції невинуватості не вважається винною; промова, в якій підсудний викладає своє ставлення до пред'явленого йому обвинувачення і досліджуваних у ході судового слідства доказів до того, як суд вийде в кімнату для нарад для постановлення вироку.

З останнього слова підсудного суд має можливість безпосередньо перед прийняттям основного юридичного рішення у справі почути його версію того, що відбулося, пояснення характеру і мотивів його дій, прийняти останні клопотання і прохання.

Слід зважати на те, що підсудні люди, часто люди від сохи, часто з працьовитими мозолями і не досить привабливою зовнішністю, майстровиті у справах, хоча і незграбні на словах. Через невміння красно мовити вони часто мовчазні й боязкі. Та треба вміти почути їхній щирий щем серця і жар душі, зрозуміти їхні слова і жести, зрозуміти і їхнє мовчання.

Актуальними залишаються з болем і сподіванням сказані Федором Плевако слова у справі селян села Люторич: «О, судді, їхні тупі очі вміють плакати і гірко плакати; їхні загорілі груди вміщують в себе багатостраждальні серця; їхні незв'язні промови бажають, але не вміють ясно виражати свої прохання про правду, про милість. Люди вони, люди!... Судіть же по-людськи!»¹

Між останнім словом обвинуваченого і видаленням суду в кімнату для нарад не допускається будь-якої перерви. Спілкування інших учасників процесу із судьями після останнього слова підсудного і до винесення вироку має бути унеможливлено.

¹ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: «Юрайт», 2012. С. 602.

§ 3. Участь захисника в суді апеляційної та касаційної інстанції

Величність правосуддя вбачається як у визнанні судом допущених ним помилок, так і у здатності їх вчасно виправляти. *Апеляційне провадження* – стадія кримінального процесу, в якій суд апеляційної інстанції за скаргою захисника, поданням прокурора або скаргою інших учасників процесу переглядає кримінальну справу, за якою прийняті судом першої інстанції рішення (вирок, ухвала) ще не набули чинності та вирішує питання про законність, обґрунтованість і справедливість вироку суду першої інстанції чи іншого прийнятого судом рішення, виправляє допущені помилки, порухає та порушення закону.

Апеляційні скарги й подання для учасників процесу є засобом захисту їхніх прав і свобод, охорони законних інтересів від можливих судових помилок.

В апеляційному порядку можуть бути оскаржені судові рішення, які були ухвалені судами першої інстанції і не набрали законної сили.

Проблеми захисту в апеляційній та касаційній інстанції отримали певне висвітлення в навчальній та науковій літературі¹, але потребують подальшого системного розгляду.

Захисник має виявити свою правову позицію з приводу суперечливих положень закону, зокрема:

а) частини другої ст. 394 КПК України, згідно з якою «судове рішення суду першої інстанції не може бути оскаржене в апеляційному порядку з підстав заперечення обставин, які ніким не оспорювалися під час судового розгляду і дослідження яких було визнано

¹ Бобечко Н. Р. Збирання та дослідження доказів у стадії апеляційного провадження згідно з КПК України. Часопис Академії адвокатури України. 2013. № 2 (19). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaaau_2013_2_6; Кіцен Н. В. Доказування у стадії апеляційного провадження за КПК 2012 року. Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». 2014. Вип. 1. С. 146–154; Костюченко О. Ю. Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2005. 227 с.; Омеляненко Г. М. Захисник як суб'єкт оскарження вироку, що не набрав законної сили. Право України. 1999. № 7. С. 64–70; Остапенко Д. М. Електронна система таймінгу судових засідань як інструмент підвищення ефективності роботи національних судових органів. Право та інноваційне суспільство. 2016. № 1. С. 96–100; Скрябін О. М. Діяльність захисника в підготовчій частині апеляційного провадження в кримінальному процесі. Публічне право. 2015. № 3 (19). С. 219–225.

судом недоцільним відповідно до положень частини третьої ст. 349 цього Кодексу».

б) частини другої ст. 394 КПК України, згідно з якою «вирок суду першої інстанції на підставі угоди між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості може бути оскаржений обвинуваченим, його захисником, законним представником виключно з підстав: призначення судом покарання, суворішого, ніж узгоджене сторонами угоди; ухвалення вироку без його згоди на призначення покарання; невиконання судом вимог, встановлених частинами четвертою, шостою, сьомою ст. 474 цього Кодексу, в тому числі нероз'яснення йому наслідків укладення угоди».

При незгоді сторони захисту з рішеннями, прийнятими судом в спрощеному провадженні, захисник може наполягати на прийнятті апеляційної скарги, посиляючись на норми права більшої юридичної сили, зокрема на положення частини другої ст. 129 Конституції України, якою «забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення», а також ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські й політичні права, яка зазначає, що «кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті судовою інстанцією вищого рівня згідно із законом».

Європейський суд з прав людини 25 липня 2017 року постановив рішення у справі ««Ростовцев проти України» щодо порушення ст. 2 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, що полягає в порушенні національними судами права заявника на подання апеляційної скарги, мотивуючи своє рішення відсутністю підстав для висновків про те, що заявник, не оспоряючи факти, встановлені в судовому засіданні, передбачував, що тим самим він відмовляється і від можливості оскарження обвинувального вироку в частині правової кваліфікації своїх дій.

Аналогічну правову позицію сформувала і Велика Палата Верховного Суду України в Постанові від 27 лютого 2018 року у справі № 756/5578/15-к, підкресливши, що національне законодавство, зокрема частини друга ст. 394 КПК України, встановлює обмеження щодо можливості апеляційного оскарження судового рішення лише з підстав заперечення обставин, які ніким не оспорювалися

та дослідження яких суд визнав недоцільним, але право на оскарження рішення суду з підстави неправильної кваліфікації дій КПК України не обмежується¹.

Для забезпечення дотримання права на захист необхідно враховувати практику ЄСПЛ, викладену, зокрема, у рішенні ЄСПЛ від 11 липня 2013 року у справі «Рудніченко проти України», та у рішенні від 11 квітня 2013 року у справі «Веренцов проти України». У пункті 1 цього рішення ЄСПЛ підтвердив свою правову позицію, відповідно до якої «усі свідчення, зазвичай, повинні надаватися під час відкритих засідань за присутності обвинуваченого з метою забезпечення змагальності процесу. Засудження обвинуваченого не повинно базуватися виключно або значною мірою на свідченнях, які він не міг оскаржити (пункти 38–40 рішення від 24 квітня 2008 року у справі «Жогло проти України»)»².

Учасники кримінального процесу, які мають право подати апеляцію, визначені у ст. 393 КПК України. До них належать: обвинувачений, засуджений, його законний представник і захисник – у частині, що стосується інтересів засудженого; виправданий, його законний представник і захисник – у частині мотивів і підстав виправдання; прокурор, який брав участь в розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок – в межах позицій прокурора, який брав участь в розгляді справи судом першої інстанції; потерпілий і його представник – у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції; цивільний позивач або його представник – в частині, що стосується вирішення позову; особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду; представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, – у частині, що стосується інтересів юридичної особи; фізична або юридична особа – у частині, що стосується її інтересів під час вирішення питання про долю речових доказів, документів, які були надані суду; третя особа – у частині, що стосується її інтересів під час вирішення питання про спеціальну конфіскацію; інші особи у випадках, передбачених законом.

Захиснику слід звернути увагу на дотримання строків апеляційного оскарження вироку. Апеляційна скарга може бути подана:

¹ Єдиний державний реєстр судових рішень URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72489783>

² Про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні. Лист ВССУ від 25 вересня 2015 року.

1) на вирок або ухвалу про застосування чи відмову в застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру – протягом тридцяти днів з дня їх проголошення; 2) на інші ухвали суду першої інстанції – протягом семи днів з дня її оголошення; 3) на ухвалу слідчого судді – протягом п'яти днів з дня її оголошення. Для особи, яка перебуває під вартою, строк подачі апеляційної скарги обчислюється з моменту вручення їй копії судового рішення.

Апеляційна скарга подається: 1) на судові рішення, ухвалені судом першої інстанції, – через суд, який ухвалив судові рішення; 2) на ухвали слідчого судді – безпосередньо до суду апеляційної інстанції (ч. 1 ст. 395 КПК України). Ці приписи закону не досить сприяють доступу до правосуддя, оскільки можуть давати можливості, особливо з урахуванням системи формалізованих вимог до форми апеляційної скарги та строків її подачі, для «саботажу, спротиву» та інших бюрократичних засобів блокування апеляційного перегляду справи.

На наш погляд, алогічно і некоректно вимагати від людини подавати скаргу на рішення певного органу судової влади в той же самий орган, який виніс рішення, що оскаржується. Такий орган може мати конфлікт інтересів, бути зацікавленим у збереженні в силі вже прийнятого судом рішення, адже несе відповідальність за його законність, обґрунтованість і справедливість. А отже, не виключається скрита або явна протидія виконанню функції захисту, зволікання з прийняттям, реєстрацією та розглядом скарги, застосування чиновних «хитрощів» та законодавчих негараздів для тяганини і свавілля.

За такої моделі на забезпечення доступу людини до апеляційного провадження, з огляду на проблематичність того, що скарга, наприклад, потерпілого буде, по-перше, вчасно подана, по-друге, повністю відповідати формальним вимогам ст. 396 КПК України, а по-третє (і в підсумку), буде прийнята судом до провадження і разом зі справою потрапить до вищої судової інстанції – сподіватись важко. Коректнішою було б запровадити можливість подання апеляційної скарги безпосередньо до апеляційного суду.

З цього приводу О. Тертишник зазначає, що в ст. 350 КПК України викладені вимоги щодо змісту апеляції, за яких апеляція, по суті, має перевершити вирок суду за рівнем своєї аргументації, що під силу не кожному юристу, не кажучи вже про потерпі-

лого чи іншого пересічного громадянина, що став учасником кримінально-процесуальних правовідносин. У разі, коли скаржник не зміг викласти скаргу з дотриманням вимог ст. 350 КПК України, які, між іншим, можуть досить вільно трактуватись, суддя може відмовити в прийнятті і розгляді такої скарги. Постанова судді з цього питання оскарженню не підлягає. Більше того, якщо у визначений строк ці вимоги не будуть виконані, то апеляція постановою головуючого визнається такою, що не підлягає розгляду. Чи є це кращою формою реалізації передбаченого міжнародними правовими актами права людини на правосуддя – питання скоріше риторичне. Чи не заблукає в лабіринтах такого законодавства людина? Чи не спокусить це недобросовісного чиновника на зловживання таким правом? Таких «новел», на жаль, ще багато. В законі слід записати: «особа вільна в виборі судової установи для оскарження рішення суду; вона вправі оскаржити рішення суду першої інстанції як в апеляційній, так і в касаційній інстанції; ні одна судова інстанція України не вправі відмовити в прийнятті апеляційної чи касаційної скарги учасника процесу; суд, до якого подана скарга, має забезпечити її розгляд в передбаченому законом порядку»¹.

Захисник, готуючи апеляційну скаргу, на основі досліджених в суді першої інстанції матеріалів справи, має здійснити значну аналітичну роботу, перевіряючи, як доказову базу, покладену в основу вироку, так і правильність застосування норм матеріального та процесуального права при винесенні вироку. Слід ретельно проаналізувати дотримання принципів кримінального процесу, об'єктивність і законність вироку, виявити напрями подальшої захисної діяльності для покращення становища обвинуваченого.

Вимоги, викладені в законі до апеляційних скарг, справді надто жорсткі, а часто їх дотримання може стати не під силу пересічним громадянам, тим більше тим, які під вартою. Наприклад, у ст. 396 КПК України викладено, що особа, яка подає апеляційну скаргу, має її обґрунтувати із зазначенням того, у чому полягає незаконність чи необґрунтованість судового рішення. Фактично у своїй скарзі обвинувачений має перевершити в юридичній віртуозності прокурора, а потерпілий – адвоката і місцевий суд. Неви-

¹ Тертышник А. Судебная власть и судопроизводство. Юридическая практика. 2004. № 27. С. 1–17; Тертышник О. Концептуальні проблеми судово-правової реформи. Юридичний журнал. 2006. № 9 (51). С. 126–129.

конання таких та інших формальних вимог може залишити скаргу без розгляду. А це вже не є реалізацією принципу верховенства права. За визначених правил пересічна людина практично без адвоката не в змозі захистити самостійно свої права й інтереси. Потрібне спрощення вимог до апеляційних скарг та процедури їх розгляду.

Як слушно зазначав Ю.М. Грошевий, аналізуючи свого часу ще Проект КПК України, «передбачений законопроектом порядок перегляду судових рішень в апеляційному та касаційному провадженні позбавлений тих позитивних положень, які містить чинний КПК України. Він є значно ускладненим. Недопустимим є встановлення жорстких вимог до апеляційної та касаційної заяви і скарги непрофесійних учасників кримінального провадження в частині їх мотивації. У законопроекті слід передбачити відповідні норми, які стосуються можливості суду апеляційної та касаційної інстанції вийти за межі скарги, тобто ревізійного начала у вищих інстанціях»¹.

На наш погляд, у законі доцільно викласти такі більш демократичні правила: особа, яка оскаржує вирок чи інше судове рішення, яке стосується її інтересів, вправі вільно визначатись щодо того, в який з передбачених у законі суд (місцевий, апеляційний чи касаційний) подати скаргу; жодна судова інстанція України не вправі відмовити в прийнятті апеляційної чи касаційної скарги учасника процесу, який відстоює свої права, свободи чи законні інтереси; суд, до якого подана апеляційна чи касаційна скарга, має забезпечити її реєстрацію і розгляд у межах своєї компетенції по суті чи направлення її за підсудністю в передбаченому законом порядку та негайно повідомити заявника про прийняті рішення.

Одне з складних питань права – «Чи має право захисник самостійно, всупереч позиції обвинуваченого, подати апеляційну скаргу?». Безумовно, за загальним правилом у більшості ситуацій захисник має погоджувати свою позицію з підзахисним. Але з цього правила можуть бути винятки, якщо позиція захисника відповідає принципу – «не зашкодь». Це стосується випадків, коли вирок був винесений в спрощеному порядку на основі визнання обвинуваченим своєї вини, фактично за відсутності достатньої системи інших доказів у справі, а суд на підставі цього застосував, наприклад, ам-

¹ Грошевий Ю. Проблеми реформування кримінального судочинства. Право України. 2009. № 2. С. 4–10.

ністю. Обвинувачений може буде радий і амністії, але захисник вважає, що він заслуговує повної реабілітації без визнання його винним. Ситуація може бути такою, що засуджений продовжує визнавати себе винним, і у суду не буде підстав скасувати відносно нього амністію, але захисник доведе його невинуватість і замість амністії доб'ється винесення оправдального вироку, що може бути реальним, виходячи з системи доказів у справі. За таких умов самостійна позиція захисника не тільки допустима, а й бажана.

Аналогічним чином має вирішувались і дилема щодо відмови від апеляційної скарги. Заслугове підтримки пропозиція вчених про те, що частину третю ст. 403 КПК України потрібно доповнити й викласти у такій редакції: «Якщо обвинувачений чи потерпілий відмовляється від апеляційної скарги до закінчення апеляційного розгляду, але захисник чи представник потерпілого підтримує свою апеляційну скаргу, то суд може розглянути апеляційну скаргу захисника чи представника потерпілого, якщо вирішить, що це відповідає інтересам підозрюваного, обвинуваченого чи потерпілого»¹.

За вимогою закону до апеляційної скарги та доданих до неї письмових матеріалів надаються копії в кількості, необхідній для їх надіслання сторонам кримінального провадження та іншим учасникам судового провадження, інтересів яких стосується апеляційна скарга. Цей обов'язок не поширюється на обвинуваченого, який перебуває під домашнім арештом або тримається під вартою (ч. 6 ст. 396 КПК України).

Змагальність кримінального судочинства обумовлює необхідність ознайомлення сторін з апеляційними скаргами та поданнями. Захисник вправі одержувати копії апеляційних скарг і подань інших сторін кримінального провадження, подати свої заперечення на апеляцію.

Заперечення на апеляційну скаргу – письмове викладення суджень і аргументів щодо спростування вимог апелянта, подане іншими суб'єктами кримінального процесу, які наділені правом подачі апеляційної скарги, з посиланнями на докази й інші документи, що додаються до заперечення.

Додатковими гарантіями функції захисту є наступні загальні положення та засади інституту апеляції. Подання апеляції на ви-

¹ Скрябін О. М. Юридико-психологічні аспекти участі захисника у суді апеляційної інстанції. Держава та регіони. Серія: Право. 2015. № 3 (49). С. 20.

рок, ухвалу чи постанову суду зупиняє набрання ними чинності. Суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги. Суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого. За клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується. Суд апеляційної інстанції не має права розглядати обвинувачення, що не було висунуте в суді першої інстанції.

Обвинувальний вирок, ухвалений судом першої інстанції, може бути скасовано у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення чи суворіше покарання, скасувати неправильне звільнення обвинуваченого від відбування покарання, збільшити суми, які підлягають стягненню, або в інших випадках, коли це погіршує становище обвинуваченого, лише у разі, якщо з цих підстав апеляційну скаргу подали прокурор, потерпілий чи його представник. Виправдувальний вирок, ухвалений судом першої інстанції, може бути скасований лише у разі, якщо апеляційну скаргу подав прокурор, потерпілий чи його представник, а також на підставі апеляційної скарги обвинуваченого, його захисника з мотивів і підстав виправдання (ст. 421 КПК України).

Письмове апеляційне провадження – новий процесуальний інститут, спрямований на спрощення судочинства і забезпечення провадження судового розгляду в розумні строки. Його перевага – у швидкості розгляду, його недоліки – у неприсутності зацікавлених у справі осіб, хоча і за їх же клопотанням. Останній недолік компенсується наданням їм копії судового рішення та правом на касаційне оскарження. Практика показує дієвість цього інституту.

Захисник може активно здійснювати доказову діяльність на користь захисту як на етапі підготовки апеляційного провадження, так і в його ході, забезпечуючи при цьому подання достовірних доказів та доведення їх допустимості. Безумовно, існуючих повнова-

жень захисника ще недостатньо для системної доказової діяльності, тому за необхідності захисник має звертатись до суду з клопотаннями щодо надання доступу до певних речей і документів, приєднання до справи наданих захистом нових матеріалів, призначення додаткових експертиз, здійснення інших необхідних дій. Але його клопотання мають бути виважені й здійснююватися лише при впевненості, що такі дії сприяють захисту.

Доказова діяльність в апеляційному суді сторони захисту здійснюється за загальними правилами доказового права та судового розгляду (судового слідства), з урахуванням предмету апеляційного розгляду, що більш детально розглядається в спеціальній навчальній літературі¹.

Згідно з висновком Верховного Суду України, викладеним у постанові від 21 січня 2016 року (справа № 5–249кс15), при винесенні апеляційним судом свого вироку не допускається спрощена процедура розгляду кримінального провадження, а всі докази, на які посилається суд, повинні бути предметом безпосереднього дослідження.

Захисник в стадії апеляційного провадження відповідно до норм глави 31 КПК України користується системою таких прав:

– ознайомлюватися з матеріалами справи для вирішення питання про апеляційне оскарження судового рішення (ст. 221 КПК України);

– подавати апеляційну скаргу на судові рішення, які були ухвалені судами першої інстанції і не набрали законної сили (ст. ст. 392, 393 КПК України);

– оскаржувати вирок суду першої інстанції на підставі угоди між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості (п. 1 ч. 4 ст. 394 КПК України);

– подавати скаргу в касаційному порядку на ухвалу про повернення апеляційної скарги або відмову у відкритті апеляційного провадження (п. 6 ч. 3 ст. 399 КПК України);

– після відкриття апеляційного провадження за скаргою на вирок або ухвалу суду першої інстанції, але до проведення судового засідання щодо розгляду апеляційної скарги у суді, отримати копію

¹ Острогляд О. В. Діяльність захисника в апеляційному провадженні: навчальний посібник. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. 162 с.

ухвали про відкриття апеляційного провадження разом з копіями апеляційних скарг; подати нові докази, на які захисник посилається, або витребувати їх за клопотанням захисника (п. 1, 2 ч. 1 ст. 401 КПК України);

– подавати заперечення на апеляційну скаргу (ч. 1 ст. 402 КПК України);

– відмовлятися від апеляційної скарги, змінювати та доповнювати апеляційну скаргу під час апеляційного провадження (ст. 403 КПК України);

– за клопотанням захисника мати час, необхідний для вивчення зміненої апеляційної скарги і подання заперечень на неї (ч. 2 ст. 403 КПК України);

– заявляти клопотання про здійснення апеляційного провадження за відсутності захисника та підзахисного (Письмове апеляційне провадження) (ст. 406 КПК України)¹.

Суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги, а обсяг доказової діяльності в апеляційному суді визначається предметом скарги та позицією скаржника, оскільки, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 401 КПК України, суддя-доповідач пропонує учасникам судового провадження подати нові докази, на які вони посилаються, або витребує їх за клопотанням особи, яка подала апеляційну скаргу.

Новелою у кримінальному процесуальному законодавстві є частина третя ст. 404 КПК України, відповідно до якої, за клопотанням учасників судового провадження, суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, лише якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Варто погодитися з думкою В. І. Мариніва, що судовий розгляд у суді апеляційної інстанції не повинен дублювати дослідження доказів, яке проводилося у суді першої інстанції. Він має здійсню-

¹ Скрябін О. М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя: Просвіта, 2017. С. 225–226.

ватися в обсязі, який є достатнім і необхідним для перевірки законності й обґрунтованості вироків або ухвал, з урахуванням доводів і вимог, наведених в апеляційній скарзі¹.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду кримінальних справ уточнює, що за наявності відповідного клопотання учасників кримінального провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний:

1) повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, якщо вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями;

2) дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, лише у випадку, якщо під час розгляду в суді першої інстанції було клопотання про дослідження таких доказів;

3) дослідити докази, які стали відомими після ухвалення рішення судом першої інстанції².

Участь захисника в судових дебатах також здійснюється за загальними правилами, але в аспектах оскаржуваної частини вироку.

За результатами розгляду скарги апеляційний суд уповноважений:

1) залишити вирок або ухвалу без змін;

2) змінити вирок або ухвалу;

3) скасувати вирок повністю чи частково та ухвалити новий вирок;

4) скасувати ухвалу повністю чи частково та постановити нову ухвалу;

5) скасувати вирок або ухвалу і закрити кримінальне провадження;

6) скасувати вирок або ухвалу і призначити новий розгляд в суді першої інстанції.

Сторона захисту готує і відстоює апеляційну скаргу та здійснює доказування в апеляційному суді орієнтуючись на те, що підставою для скасування або зміни судового рішення при розгляді справи в суді апеляційної інстанції є: 1) неповнота судового розгляду; 2) невідповідність висновків суду, викладених у судово-

¹ Маринів В. І. Окремі питання доказування в апеляційному провадженні за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (до 75-річчя з дня народження доктора юридичних наук, професора Михайла Макаровича Михеєнка): матер. Міжнар. наук. – практ. конф. (м. Київ, 6–7 груд. 2012 р.). Харків, 2013. С. 244.

² Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 листопада 2012 р. № 10–1717/04–12. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v1717740–12>.

му рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження; 3) істотне порушення вимог кримінального процесуального закону; 4) неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

Неповним визнається такий досудовий розгляд, в ході якого залишилися невиявленими важливі обставини предмета доказування, що не дає змоги суду з упевненістю реконструювати досліджувану подію і дійти безсумнівного висновку щодо наявності події кримінального правопорушення, вчинення її обвинуваченим, винуватості або невинуватості обвинуваченого, форму його провини і зв'язок його дій зі шкідливими наслідками, що настали, залишилися недослідженими чи недостатньо дослідженими такі обставини, з'ясування яких може мати істотне значення для правильного вирішення справи.

Судове рішення вважається таким, що не відповідає фактичним обставинам кримінального провадження, якщо: 1) висновки суду не підтверджуються доказами, дослідженими під час судового розгляду; 2) суд не взяв до уваги докази, які могли істотно вплинути на його висновки; 3) за наявності суперечливих доказів, які мають істотне значення для висновків суду, в судовому рішенні не зазначено, чому суд взяв до уваги одні докази і відкинув інші; 4) висновки суду, викладені в судовому рішенні, містять істотні суперечності.

Істотні порушення вимог кримінального процесуального закону – це такі порушення процесуального законодавства, що обмежують учасників процесу в здійсненні своїх прав, ставлять під загрозу забезпечення прав і законних інтересів учасників процесу та вирішення завдань кримінального судочинства, перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення.

Несуттєві порушення вимог кримінально-процесуального закону – такі порушення, що не позбавляють суд можливості перевірити достовірність використовуваних доказів, можуть бути усунутими в суді і не заважають йому встановити об'єктивну істину з предмета доказування до рівня відсутності сумнівів у зроблених висновках, ухвалити справедливий вирок.

Істотні порушення закону дають право на повернення справи на новий розгляд судом першої інстанції, якщо такі порушення не можуть бути виправлені апеляційним судом.

Апеляційний суд має виправляти допущені юридичні помилки і порушення закону, відновлювати законність і справедливість. Якщо він має реальну можливість це зробити – нічого займатись бюрократизмом та повертати справу на новий судовий розгляд, слід негайно виправити помилки і відновити порушені права людини.

Неправильне застосування кримінального закону виявляється в неправильній кваліфікації злочину відповідно до вимоги кримінального права, неправильне застосування або незастосування норм про необхідну оборону або крайню необхідність, норм що визначають поняття злочину, умови звільнення особи від кримінальної відповідальності, строки давності притягнення до відповідальності, умови призначення покарання й інших норм, що порушують права і законні інтереси обвинуваченого.

Неправильне застосування кримінального закону може також виражатися у неправильному застосуванні кваліфікуючих ознак, застосуванні кримінального закону, який був декриміналізований, у неправильному застосуванні кримінального закону, що не має зворотної дії в часі, і навпаки в незастосуванні закону, що має зворотню дію, неправильному застосуванні положень закону про амністію, незастосуванні положень закону щодо дійового каюття як підстав для звільнення особи від кримінального покарання тощо.

Невідповідним ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею (частиною статті) закону України про кримінальну відповідальність, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим через м'якість або через суворість.

Виступ захисника в судових дебатах в суді апеляційної інстанції не повинен зводиться до озвучення тексту апеляційної скарги та разом з тим як не обмежуватись доводами апеляційної скарги, так і не повторювати виступ в суді першої інстанції. Захисник в апеляційному суді в своєму виступі має зупинитись лише на спірних питаннях, які оскаржуються і є предметом розгляду, бути максимально конкретним, бажано сказати все, що необхідно та бути максимально раціональним, пам'ятаючи, що «сестра таланту» вимагає вміння коротко сказати «все що треба і так як треба», при цьому бути ще більш переконливим ніж завжди, адже тут ще більше відповідальності.

Завдання захисника полягає у викладенні положень скарги в розгорнутому вигляді, їх детальній аргументації, для чого потрібні відповідні доповнення, уточнення та розвиток цих положень. «Природа не терпить пустоти, – писав Бернард Шоу, – там, де люди не знають правди, вони заповнюють прогалини видумками».

Потрібно чітко сформулювати бажані та з точки зору захисту справедливі рішення, які потрібно прийняти за результатами розгляду справи.

У справі селян села Люторич Ф. Н. Плевако самостійно зголосився захищати селян. До того ж, те тільки не взяв гонорару за виконання функцій судового повіреного, а й протягом трьох тижнів витрачався на утримання всіх 34 підсудних в період судового процесу¹. На завершення своєї промови у цьому процесі Ф. Н. Плевако сказав: «Вірю я, глибоко вірю, що сьогоднішній день в літописі російського правосуддя не буде днем, за який червонітиме суспільство, розбите в своїх сподіваннях на величність правди в російському суді. Вірю я, що ви скажете сьогодні: «Мовчи, законе, настав час благодаті!» Вірю я, що ті економічні поневіряння, ті моральні муки, в яких минали довгі роки життя люторичних селян, сьогодні досягли своєї межі... Вони вийдуть звідси з набутою впевненістю, що правда є і діє. Ви не винесете жорстокого рішення... Ні, ви не засудите їх. Мученики терпіння, страстотерпці праці безпросвітної знайдуть собі захист під саявом суду і закону... «²! Слова актуальні сьогодні і будуть ще довго актуальними.

Якщо в процесі апеляційного провадження виявлені обставини, які указують на відсутність події кримінального правопорушення чи відсутність в діянні складу кримінального правопорушення, або якщо не встановлені достатні докази винуватості особи і вичерпані можливості їх отримати, суд апеляційної інстанції зобов'язаний скасувати судові рішення суду першої інстанції та ухвалити виправдувальний вирок.

Касаційне провадження – стадія кримінального процесу, в якій суд касаційної інстанції, а саме Касаційний кримінальний суд Верховного Суду України, за поданням прокурора або скаргою інших учасників процесу переглядає такі, що не набули чинності, вироки, ухвали і постанови суду апеляційної інстанції, з'ясовує об'єктивну

¹ Утевский И. С. Воспоминания юриста. М. 1989. С. 161.

² Плевако Ф. Н. Избранные речи. М.: Юрайт, 2012. С. 601–602.

істину і вирішує питання про законність, обґрунтованість і справедливість вироку суду, виявляє та виправляє допущені помилки.

У касаційному порядку підлягають перегляду лише ті рішення суду першої інстанції, які були переглянуті в апеляційному порядку.

Касаційну скаргу мають право подати: 1) засуджений, його законний представник чи захисник – у частині, що стосується інтересів засудженого; 2) виправданий, його законний представник чи захисник – у частині мотивів і підстав виправдання; 3) підозрюваний, обвинувачений, його законний представник чи захисник; 4) законний представник, захисник неповнолітнього чи сам неповнолітній, щодо якого вирішувалося питання про застосування примусових заходів виховного характеру, – в частині, що стосується інтересів неповнолітнього; 5) законний представник чи захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру; 6) прокурор; 7) потерпілий або його законний представник чи представник – у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції; 8) цивільний позивач, його представник або законний представник – у частині, що стосується вирішення цивільного позову; 9) цивільний відповідач або його представник – у частині, що стосується вирішення цивільного позову; 10) представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, – у частині, що стосується інтересів юридичної особи.

Забезпеченню доступу до правосуддя та дотримання розумних строків провадження сприяє нове правило викладене в ст. 426 КПК України, згідно з яким касаційна скарга подається безпосередньо до суду касаційної інстанції – Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Це спрощує і оптимізує початок касаційного провадження, мінімізує можливий спротив чиновників суду, рішення якого оскаржується.

Касаційна скарга на судові рішення може бути подана протягом трьох місяців з дня проголошення судового рішення судом апеляційної інстанції, а засудженим, який утримується під вартою, – в той самий строк з дня вручення йому копії судового рішення.

Протягом строку, встановленого на касаційне оскарження, матеріали кримінального провадження ніким не можуть бути витребувані з суду, який виконує судові рішення, окрім суду касаційної інстанції.

У справі «Чопенко проти України» (рішення від 15 січня 2015 року) ЄСПЛ сформулював висновок, що відмова Верховного Суду України у задоволенні клопотання заявника про виклик його на засідання суду касаційної інстанції для дачі пояснень призвела до непропорційного обмеження його права на захист, а з огляду на присутність представника прокуратури – до порушення принципу рівності сторін. Отже, вона не відповідала гарантіям справедливого суду, закріпленим у пункті 1 та підпункті «с» пункту 3 ст. 6 Конвенції.

На відміну від апеляційної інстанції суд касаційної інстанції не вправі постановити свій вирок, а вправі лише змінити його на основі тих доказів, що були дослідженні в попередніх судових розглядах справи.

Касаційний розгляд здійснюється згідно з правилами, аналогічними розгляду в суді апеляційної інстанції. Кримінальне провадження в касаційному порядку здійснюється колегією суддів Кримінального касаційного суду Верховного Суду у складі трьох або більшої непарної кількості суддів. У визначених законом випадках кримінальне провадження в касаційному порядку здійснюється судовою палатою Касаційного кримінального суду (палатою), об'єднаною палатою Касаційного кримінального суду (об'єднаною палатою) або Великою Палатою Верховного Суду (Великою Палатою).

В основі захисту незмінно домінує дослідження доказів, але все більшу актуальність набирає і аналіз правових норм. Варто враховувати правові позиції суду касаційної інстанції у кримінальних провадженнях.

Ухвалою від 15 березня 2016 року у справі № 5–2554км15 ВССУ зазначив про необхідність дотримання однієї із загальних засад кримінального провадження, визначеної п. 16 частини першої ст. 7 КПК України – безпосередність дослідження доказів, що означає звернену до суду вимогу закону про дослідження ним всіх зібраних у конкретному кримінальному провадженні доказів шляхом допиту обвинувачених, потерпілих, свідків, експерта, огляду речових доказів, оголошення документів, відтворення звукозапису і відеозапису тощо. При цьому безпосередність сприйняття доказів дає змогу суду належним чином дослідити та перевірити їх (як кожний доказ окремо, так і у взаємозв'язку з іншими доказами), здійснити їхню оцінку за критеріями, визначеними у частині першій ст. 94 КПК України, і сформулювати повне та об'єктивне уявлення про фактичні обста-

вини конкретного кримінального провадження. З огляду на це недотримання засади безпосередності призводить до порушення інших засад кримінального провадження: презумпція невинуватості і забезпечення доведеності вини, забезпечення права на захист, змагальність сторін та свобода в поданні ними своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (пункти 10, 13, 15 ст. 7 КПК України). Тому засада безпосередності виступає необхідним елементом процесуальної форми судового розгляду. Аналогічну позицію Суд демонструє і в ухвалі ВССУ від 4 травня 2017 року у справі № 692/1329/15-к, а також в ухвалях ВССУ від 23 травня 2017 року у справі № 186/152/15-к, від 12 вересня 2017 року у справі № 154/1598/15, від 14 вересня 2017 року у справі № 704/913/15-к¹.

Ухвалою від 18 травня 2017 року у справі № 219/412/15-к ВССУ, виходячи з того, що сторони кримінального провадження згідно зі ст. 22 КПК України мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених законом, сформулював правову позицію – порушення принципу змагальності сторін і свободи в поданні ними суду своїх доказів є істотним та таким, що перешкодило суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення.

В Ухвалі від 11 квітня 2017 року у справі № 394/1085/15-к ВССУ, в порядку тлумачення ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якою адвокату забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта, займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта, зазначив, що зайняття захисником позиції, яка суперечить волі свого підзахисного, є порушенням принципу домінантності інтересів клієнта та з огляду на рішення ЄСПЛ у справі «Яременко проти України» свідчить про неналежне виконання захисником своїх обов'язків та символічний характер надаваних послуг².

¹ Слущка Т.І. Деякі правові позиції суду касаційної інстанції у кримінальних провадженнях за 2016–2017 роки // Протокол. 02.03.2018. URL: http://protokol.com.ua/ua/slutska_tetyana_ivanivna_deyaki_pravovi_pozitsii_sudu_kasatsiynoi_instantsii_u_kriminalnih_provadgennyah_za_2016_2017_roki/

² Слущка Т.І. Деякі правові позиції суду касаційної інстанції у кримінальних провадженнях за 2016–2017 роки // Протокол. 02.03.2018. URL: http://protokol.com.ua/ua/slutska_tetyana_ivanivna_deyaki_pravovi_pozitsii_sudu_kasatsiynoi_instantsii_u_kriminalnih_provadgennyah_za_2016_2017_roki/

Захисник, виконуючи функцію захисту, орієнтується на те, що суд касаційної інстанції має право: а) скасувати вирок і закрити справу в частині обвинувачення, що дістало окрему кваліфікацію; б) виключити частину (епізод) обвинувачення; в) виключити з обвинувачення обставини, що обтяжують відповідальність засудженого; г) виключити вивід про кваліфікацію дій підсудного за окремою статтею, яка зайво ставиться у провину внаслідок помилкової оцінки вчиненого як ідеальної сукупності злочинів; г) при перекваліфікації дій обвинуваченого на статтю, провадження за якою підлягає закриттю через закінчення строків давності, амністію, зміну обстановки чи інші не реабілітуючі підстави (ст.ст. 286–288 КПК), суд касаційної інстанції скасовує рішення суду першої та/або апеляційної інстанцій і закриває кримінальне провадження.

При цьому захист має враховувати, що суд касаційної інстанції не має права застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення чи суворіше покарання.

Сторона захисту обґрунтовує свою позицію в касаційному суді орієнтуючись на те, що підставою для скасування або зміни судового рішення при розгляді справи в суді апеляційної інстанції є: 1) неповнота судового розгляду; 2) невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження; 3) істотне порушення вимог кримінального процесуального закону; 4) неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

Виступ захисника в судових дебатах в суді касаційній інстанції, безумовно, не обмежується доводами касаційної скарги і, тим більше, не повинен зводитися до простого зачитування самої скарги.

Захисник має проаналізувати помилки попередніх судових інстанцій, оцінити і перевірити доказову базу як сторони захисту, так і обвинувачення (*ad unguem* – «до нігтя», тобто «з максимальною ретельністю»), показати прогалини і недоліки як у доказах, так і в правозастосуванні, підготувати свою неперевершену судову промову, з якою в касаційному суді має бути ще більш переконливим, ніж завжди, адже тут «уже відступати нікуди».

Отже, захисник в касаційному суді має задіяти усі аналітичні здібності й доказові можливості та засоби риторичного впливу. Зважаючи на повноваження вищої судової інстанції, за необхідності варто буде звернути увагу на колізії законодавства, на наявні

фікції і прогалини, на неможливість застосування певних положень закону, які не відповідають конституційним нормам, на можливість і доцільність декриміналізації певних норм, розкрити існуючі конкуренції правових норм та інші проблеми юридичної визначеності, які потребують додаткового доктринального тлумачення і роз'яснення, якщо це на користь захисту.

Мова – рушійна сила юридичних процесів і має важливе значення при розв'язанні багатьох колізій та правових проблем.

Промова захисника має органічно поєднувати «залізобетонну» логіку суджень, запальність бунтаря, експресивність художника, вишукану красоту і елегантність поета. Але слід пам'ятати, що риторика заради прикрашення може послабити логічну умотивованість і переконливість промови, привести до зворотного ефекту і комічних ситуацій. Істинне красномовство, – як відзначав Ф. Ларошфуко, – це вміння сказати усе, що слід, і тільки те, що слід. «Сила мови, – писав Плутарх, – полягає в умінні виражати багато чого в деяких словах». Небагатослівність – вершина красномовства. Стислість слів і ясність думки – це те, чого має прагнути оратор-захисник в поважній судовій установі. Подібно тому, як щодо архітектури застосовується формула Вітрувія «Міцність – користь – краса», до судової промови може бути застосована формула: «Обґрунтованість – доцільність – елегантність». *Елегантність мови* – це здібність викладеної думки в простій одежі слів виглядати пишною і в вишуканій оправі слів бути простою і зрозумілою.

Зразком захисних судових промов досі можна вважати виступи в судових процесах Федора Плевако. В грудні 1897 р. при захисті робітників фабрики, які обвинувачувались у заколоті проти нелюдських умов праці та побуту, погромах квартир фабричного панства й «опору владі», він мовив:

«Злочинцем був натовп. А судять не натовп. Судять декілька десятків осіб, помічених у натовпі. Це теж свого роду натовп, але вже інший, малий; той утворили масові інстинкти, цей – слідчі та обвинувачі. Все, що вимальовувало бунт маси, приписуємо натовпу, скопищу, а не окремим людям. А судимо окремих осіб: натовп пішов»... Натовп – будівля, люди – цегла. З однієї і тієї ж цегли будується і храм Богу, і в'язниця – житло знедолених. Бути в натовпі ще не означає бути носієм його інстинктів. В натовпі богомольців завжди туляться і кишенькові злодії. Натовп заражає, особи, які

входять до нього, заражаються. Бити їх – це все одно, що боротися з епідемією, вбиваючи хворих».

Не менш відповідальним має бути і останнє слово обвинуваченого. При цьому захисник має звернути увагу на те, що, якщо обвинувачений в останньому слові повідомить про нові раніше невідомі обставини, які мають істотне значення для кримінального провадження, він має звернутися до суду із клопотанням про відновлення судового розгляду для всебічного дослідження таких обставин.

Суд касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги по суті ухвалює судові рішення у формі постанов. При скасуванні або зміні судових рішень у постанові має бути зазначено, які статті закону порушено та в чому саме полягають ці порушення.

Захиснику, при обґрунтуванні своєї позиції, варто звертати увагу на прецедентну практику ЄСПЛ, а також на сучасну судову практику застосування правових позицій ЄСПЛ у практиці національних судів і в правових позиціях Верховного Суду України з прав людини.

Наприклад, у рішенні ВССУ від 28 січня 2016 р. у справі № 5–280км16, суд, безпосередньо керуючись принципом презумпції невинуватості, відповідно до частини третьої ст. 271 КПК України та правових позицій, викладених в рішеннях Європейського суду з прав людини у справах: «Веселов та інші проти Росії» від 2 жовтня 2012 року; «Банніков проти Росії» від 4 листопада 2010 року; «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 року, згідно з якими під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати, підбурювати особу на вчинення цього злочину, з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який би вона не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем, виніс оправдальний вирок, зазначаючи, що суспільні інтереси не можуть виправдовувати використання доказів, що отримані внаслідок провокації правоохоронних органів), а також мотивуючи таке рішення тим, що мала місце провокація злочину, зокрема під час здійснення оперативних заходів органи досудового розслідування не виявляли необхідної пасивності, отже, – відносно нього було здійснено провокацію правоохоронних органів, оскільки суду не надано жодних доказів, які б свідчили про те, що підсудним було б вчинено злочин без втручан-

ня з боку правоохоронних органів. Plus peccat auctor quam actor – підбурювач винен більше, ніж виконавець.

В рішенні Бахмацького районного суду Чернігівської області № 728/1357/17 від 22 лютого 2018 року суд, враховуючи докази сторони захисту щодо того, що заявник у цьому кримінальному провадженні неодноразово виступав «хабародавцем» у інших справах та стосовно нього у одному з судів розглядається кримінальне провадження, у якому він є обвинуваченим, а також, які свідчать про те, що заявник мав неодноразовий досвід участі в таємних операціях і його участь в негласній операції по справі обвинуваченого не була випадковою, оскільки він діяв активно, зустрічі проводились за його ініціативою, спрямовуючи свої дії на створення ситуації, в якій поведінку обвинуваченого можна кваліфікувати, як злочин, керуючись частиною третьою ст. 271 КПК України, якою передбачено, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем, а також правовими позиціями ЄСПЛ («Трифонцев проти Росії», «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 року та ін.), ухвалив визнати підсудного невинуватим у пред'явленому обвинуваченні за частиною першою ст. 368 Кримінального кодексу України у зв'язку з недоведеністю того, що кримінальне правопорушення (злочин) вчинене, а самого підсудного виправдати.

Рішення, прийняте касаційною інстанцією, є остаточним, набуває чинності з моменту його проголошення і негайно звертається до виконання. Воно може бути лише переглянute за нововиявленими обставинами. Судові рішення суду касаційної інстанції ухвалюються, проголошуються, видаються, роз'яснюються або надсилаються учасникам судового провадження. Учасники судового провадження мають право подати заяву про перегляд за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили.

Захисник має відстоювати принцип верховенства права та в складних умовах судово-правової реформи вміти здійснювати самостійний аналіз законодавчих норм, а в разі їх протиріччя юридично правильно

визначати, які з норм мають застосовуватись в конкретній ситуації. Часто ці питання ускладнюються самим законодавцем.

Так, наприклад, Законом України «Про судоустрій України» (2002 р.) поспіхом у «водоверті» судової реформи був запроваджений Касаційний Суд України. Ідея з Касаційним Судом України «приказала довго жити». Вже 16 грудня 2003 р. Конституційний суд України, погодившись з викладеною в літературі думкою та аргументацією М. Оніщука¹ щодо законності та доцільності запровадження Касаційного суду України, прийшов висновку щодо невідповідності даної новели Конституції України, а відповідно, і скасував названий законодавчий інститут. Основний аргумент: Стаття 125 Конституції України зазначає: Створення надзвичайних та особливих судів не допускається». Висновок – створення судів не передбачених Конституцією України не допускається.

В чинній редакції ст. 125 Конституції України зазначено: «Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається».

Захисник має враховувати такі правничі засади: норми Конституції мають фундаментальний і концептуальний характер для всього кримінально-процесуального процесу; норми кримінально-процесуального права не повинні суперечити Конституції України і прийматись у відповідності з її положеннями; при розв'язанні проблемних ситуацій і конкуренції правових норм перевагу слід надавати нормам конституційного права: нормативні акти, які суперечать Конституції України, не мають юридичної сили і не підлягають застосуванню; норми конституційного права є нормами прямої дії і безпосередньо застосовуються у випадках неврегульованості якихось відносин галузевим законодавством.

За своєю юридичною силою норми, що регулюють кримінальний процес і кримінально-процесуальні відносини, поділяються на такі рівні:

- конституційні норми (норми найвищої юридичної сили);
- норми, викладені в рішеннях Конституційного Суду України;

¹ Оніщук М. Судово-правова реформа: чи буде дано відповіді на виклик часу. Право України. 2003. № 5. С. 16.

- норми ратифікованих Україною міжнародних правових актів;
- правотворчі рішення Європейського суду з прав людини;
- норми КПК України;
- норми інших законів.

Конституційні права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Суд, прокурор, слідчий безпосередньо застосовують Конституцію у разі, коли зі змісту норм Конституції не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом; коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй; коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовані. При розгляді кримінальної справи має застосуватись тільки той закон, який не суперечить Конституції України.

Згідно зі ст. 22 Конституції України при прийнятті нових законів або внесення змін до чинного законодавства не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод людини. Для кримінального процесу це вихідне і визначальне положення означає можливість розвитку законодавства тільки в напрямку зміцнення гарантій прав і свобод людини, недопустимість звуження прав учасників кримінального процесу. Особливого значення набувають проблеми забезпечення недоторканності особи, особистого життя, житла людини.

Згідно з ч. 3 ст. 9 КПК України «закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу».

Норми правових актів меншої юридичної сили мають відповідати нормам правових актів більшої юридичної сили, в іншому випадку не підлягають застосуванню. Так, суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. Водночас, міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України.

Згідно з ч. 2 ст. 57 Конституції є нечинними, а отже, не можуть застосовуватись ті закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права й обов'язки громадян, які не доведені до відома населення у встановленому законом порядку. Це означає, що судові рішення не може ґрунтуватись на не оприлюднених нормативно-правових актах такого змісту. *Non obligat lex nisi promulgata – Закон не зобов'язує, якщо він не обнародований.*

У разі невизначеності в питанні про те, чи відповідає Конституції України застосований закон або закон, який підлягає застосуванню в конкретній справі, суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, який відповідно до ст. 150 Конституції може порушувати перед Конституційним Судом України питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів. Таке рішення може прийняти суд в будь-якій стадії розгляду справи.

Згідно зі ст. 55 Конституції України «кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом».

Відповідно до ст. 147 Конституції України «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених цією Конституцією випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до цієї Конституції». Рішення Конституційного Суду України з цих питань обов'язкові до виконання і виступають не тільки актами тлумачення права, а мають значення джерел процесуальних норм.

«Закони та інші акти за рішенням Конституційного Суду України визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині, якщо вони не відповідають Конституції України або якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності. Закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. Матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку» (ст. 152 Конституції України).

Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, при здійсненні процесуальної діяльності міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України.

Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року визначені фундаментальні для правової системи України положення: суди мають застосовувати при розгляді справ практику Європейського суду з прав людини як джерело права (ст. 17); законодавчий орган держави (орган представництва) має здійснювати експертизу та перевірку чинних законів і підзаконних актів на відповідність Конвенції та практиці Європейського суду з прав людини (ст. 19)¹. Прецедентна практика Європейського суду з прав людини стає важливим джерелом кримінально-процесуального права України.

Правові позиції та прецедентна практика Європейського суду з прав людини стають не тільки європейськими правовими стандартами, а й наповнюють правову систему України цілісними й важливими принципами, дефініціями, гарантіями, нормами, які мають гармонізувати національне право і правосвідомість, унормувати наявні прогалини законодавчого регулювання, сприяти їх більш чіткій юридичній визначеності та системності.

В разі незгоди з рішенням касаційної інстанції сторона захисту може звернутися зі скаргою до Європейського суду з прав людини (м. Страсбург – Франція), який може прийняти справу до розгляду тільки після того, як були використані всі національні засоби захисту, відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права і впродовж шести місяців від дати прийняття остаточного рішення.

§ 4. Виправдання підсудного та правнича допомога при застосуванні інституту реабілітації

Jus est ars boni et aequi
(Право є мистецтво добра і справедливості).

Вирок суду – акт правосуддя, спрямований на захист порушених прав і свобод людини й інтересів держави, в якому суд на основі всебічного, повного, об’єктивного і безпосереднього дослідження доказів доходить висновку про винуватість або неви-

¹ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. Офіційний вісник України. 2006. № 12.

нуватість підсудного і приймає рішення про притягнення його або непритягнення до кримінальної відповідальності, вирішуючи інші пов'язані з висновками суду юридичні питання.

Відповідно до ст. 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Виправдувальний вирок, винесення якого захисник може по праву вважати успіхом захисту, постановляється у випадках, якщо:

- 1) не встановлена подія злочину;
- 2) у діянні підсудного немає складу злочину;
- 3) не доведена участь підсудного у вчиненні злочину.

Виносячи вирок у нарадчій кімнаті, суд обґрунтовує його тільки на тих доказах, які були розглянуті в судовому засіданні.

Таємниця наради суддів – один із найважливіших принципів правосуддя, що служить гарантом об'єктивності, незалежності, безсторонності, неупередженості і справедливості суду.

Стороною захисту, як і іншими учасниками процесу, порушення таємниці наради суддів може розцінюватись як істотне порушення кримінально-процесуального закону, що тягне скасування вироку. Недодержанням таємниці наради суддів є: складання вироку або його частини поза нарадчою кімнатою; не пов'язане з відпочинком залишення нарадчої кімнати одним або всіма суддями (суддею); перебування у нарадчій кімнаті під час наради суддів сторонніх осіб; розголошення висловлюваних у нарадчій кімнаті міркувань.

Справедливість означає відповідність вживаних до підсудного заходів примусу і покарання тяжкості вчиненого ним злочину і його особистості. Вирок суду підлягає скасуванню, якщо призначене судом покарання є явно несправедливим як внаслідок м'якості, так і суворості покарання.

Мотивувальна частина виправдувального вироку має містити викладення підстав для виправдання обвинуваченого із зазначенням підстав і мотивів, з яких суд відкидає докази обвинувачення.

Стороні захисту важливо звернути увагу на недоцільне введення у виправдувальний вирок формулювань, які ставлять під сумнів невинуватість виправданого.

У резолютивній частині виправдувального вироку з-поміж іншого зазначається, що підсудний у пред'явленому обвинуваченні визнаний невинуватим і по суду виправданим; вказується про ска-

сування запобіжного заходу, про скасування заходів до забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна, про речові докази, судові витрати і про порядок та строк оскарження вироку.

Якщо при постановленні виправдувального вироку за недоведеністю провини підсудного особа, яка фактично вчинила відповідний злочин, залишається не встановленою, суд виносить ухвалу про вжиття заходів до її встановлення. На наш погляд, у такій ситуації завдання процесу залишаються взагалі не вирішеними, крім одного – правильного застосування закону щодо одного з підсудних. Сам злочин залишився не розкритим, а істина – не встановленою. В такій ситуації суду було б доцільним виділяти щодо самої події злочину кримінальну справу в окреме провадження та направляти її на додаткове розслідування.

Визнавши особу невинуватою у вчиненні злочину, суд виносить виправдувальний вирок і негайно звільняє підсудного з-під варті.

Постановляючи виправдувальний вирок, суд роз'яснює виправданому його право на відшкодування збитку, заподіяного незаконним арештом, затриманням, притягненням як обвинуваченого і здійсненням щодо нього інших незаконних процесуальних дій, які порушують його права і свободи.

На нашу думку, в разі постановлення виправдувального вироку мало б сенс вручати зацікавленим особам копію вироку та роз'яснювати їм право на відшкодування шкоди, заподіяної незаконним притягненням до відповідальності. При цьому суд повинен винести постанову про розв'язання даного питання.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009 у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) право на правову допомогу є одним із конституційних, невід'ємних прав людини і має загальний характер. Положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що «кожен має право на правову допомогу», треба розуміти як гарантовану державою можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує.

Захисник не повинен залишати свого під захисного без правової допомоги навіть при винесенні оправдального вироку, оскільки є потреба в забезпеченні застосування правових норм інституту реабілітації, які є не скільки досить складними для розуміння, скільки «важко підйомними» для належного застосування.

Реабілітація в кримінальному процесі – поновлення доброго імені, честі, гідності, репутації, соціального та громадянського статусу людини, відновлення усіх її юридичних прав і свобод та позитивних для неї правовідносин і життя заходів адаптації реабілітованої людини в суспільство, а також відшкодування майнових і фінансових збитків та компенсація моральної шкоди в разі незаконного обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення, або допущення інших слідчих і судових помилок, незаконних дій, рішень або обмеження її прав і свобод.

Правові основи реабілітації (реабілітаційного права) закладені у ст. 56, 62 Конституції України, ст.ст.42, 130 КПК України, а також у Законі України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду».

Проблеми реабілітації в кримінальному судочинстві дедалі активніше аналізуються вченими-процесуалістами¹, праці яких надають поважну науково-методологічну базу для подальшої розробки цієї проблематики.

Стаття 56 Конституції України визначає: «Кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого само-

¹ Дороніна В. П., Шумило М. С. Про підстави реабілітації та відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, в кримінальному процесі. Вісник Верховного Суду України. 2001. № 1. С. 48–50; Мазур М. Н. Особи, які підлягають реабілітації в кримінальному процесі. Вісник Академії адвокатури України. 2010. № 1 (17). С. 22–28; Малютін І. Проблеми відшкодування шкоди потерпілим державою. Право України. 2002. № 10. С. 62–66; Ніжинська І. Відшкодування шкоди, заподіяної незаконними діями правоохоронних органів з державного бюджету України. Право України. 2002. № 11. С. 40–43; Новиков В. Гарантії права особи на компенсацію шкоди, заподіяної незаконним обвинуваченням. Право України. 1998. № 11. С. 31–33; Мазур М. Н. Компенсація моральної шкоди в зв'язку з незаконним кримінальним переслідуванням чи (та) засудженням: окремі питання судової практики // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету: Сер. Юриспруденція. 2014. № 11. Т. 2. С. 132–135; Шумило М. С. Реабілітація в кримінальному процесі України: монографія. Х.: Арсіс. 2001; Шумило М. С., Смітєнко З. Д. Забезпечення права на реабілітацію в кримінальному процесі. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. 1999. № 1; Ченцов В. В., Тертишник В. М. Реабілітація жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних репресій та зловживань владою: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів. Київ, 2016. 324 с.

врядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень».

Водночас у ст. 62 Конституції України встановлено, що «у разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням».

Згідно зі ст. 42 КПК України «підозрюваний вправі вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, в порядку, визначеному законом, а також відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердилися».

Шкода, завдана незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, згідно з приписами ст. 130 КПК України відшкодовується державою за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом.

Захиснику варто врахувати положення ст. 1176 ЦК України, де визначаються такі положення: «Шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовується державою у повному обсязі *незалежно від вини посадових і службових осіб* органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду. Якщо кримінальне провадження закрито на підставі закону про амністію або акта про помилування, право на відшкодування шкоди не виникає. Фізична особа, яка у процесі досудового розслідування або судового провадження шляхом самообмови перешкождала з'ясуванню істини і цим сприяла незаконному засудженню, незаконному притягненню до кримінальної відповідальності, незаконному застосуванню запобіжного заходу, незаконному затриманню, незаконному накладенню адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, не має права на відшкодування шкоди».

Підставами для реабілітації і відшкодування завданої матеріальної та компенсації моральної шкоди є незаконні дії чи безді-

яльність щодо будь-якого з учасників процесу; незаконні рішення; слідчі чи судові помилки, що спричинили шкоду будь-якому з учасників процесу.

Фактичними підставами для вжиття заходів реабілітації можуть бути: встановлений у передбаченому законом порядку факт незаконного засудження, притягнення як обвинуваченого, затримання, арешту, обшуку, виїмки, накладення арешту на майно, звільнення з посади; вчинення інших незаконних дій, якими звужені права і законні інтереси громадянина.

Слід мати на увазі, що неправомірно шкода може бути завдана громадянину не тільки незаконними діями, рішеннями чи бездіяльністю слідчих чи судових органів, а і внаслідок слідчої чи судової помилки. Остання не обов'язково є наслідком незаконних дій чи бездіяльності правоохоронних органів, вона може мати місце і в ситуації, коли до прийняття якогось з процесуальних рішень всі дії згаданих осіб були законні й обгрунтовані. Адже пошук істини – це складна і не зовсім приємна справа. Тут мають місце і підкуп свідків, і інші приховані від очей правосуддя процеси. Правосуддя повинно виправляти будь-які з помилок, незалежно від того, з чиєї вини вони виникли, а всі люди, яким завдана безпідставно шкода, незалежно від того, стала вона наслідком незаконних дій чи виникла внаслідок судової чи слідчої помилки, мають право на відшкодування завданої їм шкоди.

Юридичними підставами прийняття заходів реабілітації щодо обвинуваченого є:

- 1) постановлення виправдувального вироку суду;
- 2) встановлення в обвинувальному вироку суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали суду про призначення нового розгляду) факту незаконного повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та свободи громадян, незаконного проведення оперативно-розшукових заходів;
- 3) закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення або невстановленням достатніх дока-

зів для доведення винуватості особи у суді і вичерпанням можливостей їх отримати;

Насамперед відповідно до Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду»¹ реабілітованому громадянину, а у разі його смерті – його спадкоємцям орган, який його виправдав і реабілітує, одночасно з повідомленням про закриття справи або з копією виправдувального вироку, що набрав законної сили, або постановою (ухвалою) суду (судді) направляє повідомлення, в якому роз'яснює, куди і протягом якого терміну можна звернутися за відшкодуванням шкоди і поновленням порушених прав. У повідомленні зазначається перелік тільки тих вимог, на які громадянин має право претендувати. За відсутності відомостей про місце проживання спадкоємців повідомлення направляється їм не пізніше п'яти днів з дня їх звернення до органів дізнання, слідства, прокуратури і суду.

Права осіб, які реабілітуються законом, визначаються в різних нормах реабілітаційного права. Доцільно їх систематизувати і викласти в окремій нормі, яка б під розписку доводилась до відома реабілітованої особи при прийнятті реабілітуючого її рішення. Слушну спробу в цьому напрямку зробила О. В. Капліна².

Відправляючись від поданої нею системи прав реабілітованого, можна визначити, що реабілітований має право: знати про прийняття реабілітуючого його рішення та бути ознайомленим з ним; бути поновленим в порушених правах та одержувати відшкодування завданої йому матеріальної і компенсації моральної шкоди; бути повідомленим про порядок поновлення порушених його прав та відшкодування завданої йому матеріальної і компенсації моральної шкоди; вимагати від органів досудового слідства і суду прийняти рішення щодо реабілітації та оскаржувати їх в судовому порядку;

¹ Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». Затв. Міністр. Ген. Прокуратурою та. Мінфін.: Наказ від 04.03.1996р. № 6/5, 3, 41. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. 1997. № 9–10. 757 с.

² Капліна О. В. Реабілітація в кримінальному процесі // Кримінальний процес України. Х.: Право, 2000.

в разі постановлення виправдувального вироку та перебування під вартою бути негайно звільненим з під варти в залі суду.

З практики діяльності слідчих органів ще не викорінені як факти порушень норм процесуального законодавства, так і факти тортур, фальшувань доказів та інших зловживань владою, наслідками яких ставало притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих осіб. Варто нагадати резонансну справу одного із серійних убивць, маніяка Ткача С. Ф., який гвалтував та вбивав дівчат та молодих жінок з 1980 до 2005 р. і був затриманий у своєму будинку у м. Пологи в 2005 році. Непрофесіоналізм, безвідповідальність слідчих органів, тиск керівництва і необхідність звітувань про досягнуті успіхи в розкритті злочинів призвели до того, що за злочини Ткача суди України за сумнівних доказів засудили десяткох невинних людей. Один із них – Володимир Світличний – повісився в камері слідчого ізолятора, шість були взяті під варту, з них Якову Поповичу і Віталієві Каїрі суди винесли обвинувальні вирокі та призначили покарання по 15 років позбавлення волі.

Вирішуючи кримінальну справу по суті, слідчий, прокурор та суд зобов'язані роз'яснити особі, визнаній невинуватою, порядок відновлення її порушених прав та вжити необхідних заходів до відшкодування шкоди, заподіяної їй заходами примусу та притягненням до відповідальності.

Відшкодування майнової шкоди. Згідно зі ст. 3 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» незаконно притягнутому до відповідальності відшкодовуються:

а) заробітна плата, пенсія та інші грошові прибутки, які він втратив внаслідок незаконних дій;

б) майно (у тому числі грошові вклади та проценти по них, цінні папери та прибутки за ними, частка у статутному фонді організації, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав з причини притягнення до відповідальності, інші цінності), звернене в прибуток держави, конфісковане або вилучене майно, а також майно, на яке накладено арешт;

в) штрафи, утримані в порядку виконання вироку або іншого рішення суду, судові витрати та інші витрати, оплачені громадянином;

г) грошові суми, сплачені громадянином адвокату для надання юридичної допомоги;

г) моральна шкода.

Шкода відшкодовується за рахунок коштів державного бюджету, крім повернення майна.

Майно підлягає поверненню в натурі, а в разі неможливості повернення його вартість повертається за рахунок організації, якій воно передане безоплатно, а за ліквідації або неплатоспроможності такої – за рахунок коштів держбюджету.

Вартість житлових будинків, квартир та будівель відшкодовується, якщо такі не збереглися або якщо громадянин відмовився від отримання рівноцінного житла в іншому місці. Вартість втраченого житла відшкодовується, виходячи з ринкових цін за рахунок держбюджету.

Вимагаючи майно з чужого незаконного володіння, власник має право також вимагати від недобросовісного власника повернення усіх прибутків, які він мав під час користування такою річчю. Недобросовісний власник – власник, який знав або зобов'язаний був знати, що володіє річчю незаконно.

Під час відшкодування вартості вилученого майна застосовуються ціни, які діють на момент прийняття рішення про відшкодування шкоди.

Шкода відшкодовується у повному обсязі незалежно від провин конкретних посадових осіб, які допустили незаконне притягнення громадянина до відповідальності.

Моральною шкодою визнаються страждання, заподіяні громадянину незаконними діями чи бездіяльністю, порушенням прав і свобод людини (права власності, особистої недоторканності, недоторканності приватного життя, житла тощо), погіршення або позбавлення можливостей реалізації людиною своїх звичок і бажань; погіршення відносин з оточуючими людьми; порушення нормальних життєвих зв'язків і стосунків з оточуючими людьми; пониження честі, гідності, репутації людини, її доброго імені; втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інші негативні наслідки морального характеру.

Відшкодування моральної шкоди провадиться, коли незаконні дії органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду завдали моральної втрати громадянину, призвели до порушення його

нормальних життєвих зв'язків, вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.

Розмір відшкодування моральної шкоди визначається в межах заявлених вимог залежно від характеру та обсягу заподіяних моральних і фізичних страждань, з урахуванням характеру і тривалості страждань, стану здоров'я реабілітованого, тяжкості завданої йому травми, істотності вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступеня зниження престижу, ділової репутації, часу й зусиль, необхідних для її відновлення.

Моральна шкода відшкодовується у грошовій формі незалежно від відшкодування майнової шкоди. Згідно зі ст. 13 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» розмір моральної шкоди визначається з урахуванням обставин справи, але *не менше одного мінімального розміру заробітної плати* за кожний місяць перебування під слідством і судом.

Саме поняття «строк перебування під слідством чи судом» законом не визначене. Особа вважається такою, що перебуває під слідством чи судом, з моменту порушення проти неї кримінальної справи, її затримання, арешту або визнання її обвинуваченим до винесення щодо неї виправдувального вироку або закриття справи за реабілітуючими підставами. У цей строк входить як час відбування покарання, так і час, протягом якого особа вважається судимою, доти, доки вона не визнана невинуватою, виправданою та реабілітованою.

Обвинувачення у злочині, якого людина не вчиняла, є найбільшою несправедливістю щодо громадянина. Мабуть є сенс запровадити такий підхід. Незалежно від строків перебування невинного під слідством мінімальний розмір моральної шкоди, яка підлягає відшкодуванню, не може бути нижчим за розмір, встановлений цивільним законодавством, – п'ять мінімальних зарплат. А доцільніше було б установити за норму не менше п'яти мінімальних зарплат за кожен місяць перебування під слідством і судом і не менше десяти мінімальних зарплат за кожен місяць незаконного знаходження під вартою.

Громадянин має право на спростування відомостей, які не відповідають дійсності. Якщо такі відомості були опубліковані, вони

спростовуються в тому самому виданні, де їх було надруковано, або тим самим засобом масової інформації, який їх поширив. Документи, які містять недостовірну інформацію про громадянина, визнаються недійсними, відкликаються або на прохання громадянина замінюються. Наприклад, громадянину може бути замінена трудова книжка, до якої незаконно було внесено запис про його звільнення за неприйнятними для нього підставами.

Поновлення в правах. Громадянин, звільнений з роботи у зв'язку з незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, має бути відновлений на попередній посаді, зарахований на попереднє місце роботи не пізніше місяця з моменту виправдання. На вимогу громадянина йому видається нова трудова книжка (в триденний строк), а за неможливості надати йому попередню роботу або в разі його незгоди працювати в попередній організації – надається рівноцінна робота.

Час перебування під слідством і судом зараховується до загального трудового стажу, стажу роботи за спеціальністю, строку служби. Цей час зараховується також і в строк вислуги у певному званні. Наприклад, капітан міліції О. був незаконно засуджений і лише через півтора року після засудження був визнаний невинуватим та реабілітований. Він був відновлений на попередній посаді, в попередньому званні. Ураховуючи, що у нього скінчився строк вислуги у попередньому званні, йому одразу ж після відновлення було присвоєно чергове звання майора міліції.

Реабілітованому громадянину повертаються його ордени, медалі, титули та звання. Тут діє принцип повернення в первісний стан. Реабілітований повністю отримує всі свої колишні права і пільги. Неприпустиме будь-яке ущемлення його прав та інтересів.

Місцеві органи влади і самоврядування протягом місяця з дня звернення повертають громадянинові, який втратив право користування житловим приміщенням внаслідок незаконного засудження, житлове приміщення, яке він займав раніше, а якщо воно не збереглося в натурі, протягом шести місяців з дня звернення громадянина позачергово надають йому в тому ж населеному пункті рівноцінне впорядковане житлове приміщення з урахуванням складу сім'ї та чинних норм житлової площі.

Вартість втраченого житла відшкодовується, виходячи з ринкових цін, що діють на момент звернення громадянина про відшкодування шкоди.

Проблемою залишається компенсація шкоди, завданої здоров'ю реабілітованої людини, яке за визначенням конституційних норм, поряд з честю і гідністю відноситься до найвищих цінностей у правовій державі. Проблемою буде доведення причинного зв'язку між незаконним кримінальним переслідуванням і погіршенням здоров'я людини. Це досить складний елемент доказування підстав реабілітації, який може нівелювати можливість застосування реабілітаційних заходів в цьому аспекті. Тому більшу практичну цінність може мати беззаперечне рішення влади щодо оздоровлення реабілітованого за рахунок держави, незалежно від причин його хвороб чи погіршеного стану здоров'я.

Реабілітація творчої людини, вочевидь має доповнюватись забезпеченням видання за рахунок держави їх творів, які не побачили світу через незаконні кримінальні переслідування, а також надання певної, визначеної законом, грошової допомоги для «творчої самоінвестиції» (первинного стартового капіталу) для майбутнього творчого самовідновлення), реанімації і розвитку своєї творчої діяльності. Такі положення мають бути передбачені в «Кодексі реабілітації постраждалих від незаконних дій чи бездіяльності влади».

Права осіб, які реабілітуються, законом визначаються в різних нормах інституту реабілітації. Вважаємо, що було б доцільним їх систематизувати і викласти в окремій нормі, яка б під розписку доводилась до відома реабілітованої особи після прийняття реабілітуючого її рішення. Можна визначити, що реабілітований має право: знати про прийняття реабілітуючого його рішення та бути ознайомленим з ним; бути поновленим у порушених правах та одержувати відшкодування завданої йому матеріальної і компенсації моральної шкоди; бути повідомленим про порядок поновлення порушених його прав та відшкодування завданої йому матеріальної і компенсації моральної шкоди; вимагати від органів досудового слідства і суду прийняти рішення щодо реабілітації та оскаржувати їх у судовому порядку; у разі постановлення виправдувального вироку та перебування під вартою – бути негайно звільненим з-під варти в залі суду.

Порядок і розмір відшкодування шкоди визначають суд, слідчий, орган дізнання або прокурор після винесення рішення, реабілітуючого громадянина.

Сторона захисту для визначення розміру шкоди, яка підлягає відшкодуванню, звертається:

– після закриття справи – до відповідних слідчих органів, що винесли постанову про закриття справи;

– після винесення виправдувального вироку судом першої інстанції – до суду, що виніс вирок;

– після скасування вироку судами апеляційної чи касаційної інстанції, у тому числі й у порядку перегляду за нововиявленими обставинами – до відповідного суду першої інстанції, рішення якого були скасовані.

У місячний термін відповідний орган збирає всі необхідні документи для визначення розміру шкоди і виносить постанову (рішення) про її відшкодування.

У такому рішенні вказується: дата початку кримінального провадження, дата і час затримання підозрюваного, арешту або обрання іншого запобіжного заходу та притягнення як обвинувачуваного, дата засудження, міра покарання і строк відбутого покарання; дата прийняття рішення, що реабілітує; зміст вимог реабілітованого; розрахунок втраченої заробітної плати та інших сум, що підлягають відшкодуванню, загальна сума, що підлягає виплаті; порядок і терміни оскарження такого рішення.

Розмір сум, що підлягають виплаті в частині повернення втраченої заробітної плати, обчислюється виходячи із середньомісячної заробітної плати до притягнення громадянина до відповідальності за відрахуванням заробітку, одержаного ним за час відсторонення від роботи. Стосовно осіб, які не є робітниками чи службовцями, розмір середньомісячної заробітної плати визначається шляхом поділу на 12 суми річного прибутку. Якщо реабілітований не працював або не мав прибутків, розмір шкоди визначається виходячи з установленної мінімальної заробітної плати. Шкода відшкодовується з урахуванням індексу інфляції.

Постанова відповідних органів про відшкодування шкоди може бути оскаржена безпосередньо до суду або до вищого суду. Заява про оскарження винесеної постанови звільняється від мита.

Виконання рішення про відшкодування шкоди здійснюється в такому порядку.

Не пізніше трьох діб після винесення постанови (ухвали) про розмір шкоди завірена гербовою печаткою її копія надсилається громадянину або його спадкоємцям і подається ними до відповід-

ного територіального органу Державного казначейства за місцем проживання для одержання чека.

Відповідний територіальний орган Державного казначейства, до якого звернувся громадянин за відшкодуванням шкоди, надсилає до Управління Державного казначейства в областях заявку, в якій вказує суму відшкодування, а Управління Державного казначейства в надсилає заявку до Головного управління Державного казначейства України.

Головне управління Державного казначейства України перераховує вказані кошти на рахунок Управління Державного казначейства в областях, а останні – на рахунок відповідного територіального органу Державного казначейства для виплати їх громадянинові.

Виплата громадянинові суми відшкодування проводиться установою банку на підставі чека, виданого органом Державного казначейства, після подання громадянином копії постанови (ухвали) органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду про розмір відшкодування шкоди за умов наявності коштів на рахунку відповідного територіального органу Держказначейства.

Згідно з впровадженою з 1998 р. новою бюджетною класифікацією України видатки на відшкодування збитків, завданих громадянам, слід класифікувати як «інші види соціальної допомоги» (код № 090402 функціональної класифікації видатків бюджету).

Копія зазначеної постанови (ухвали) залишається в справі відповідного органу Державного казначейства України. На цій копії орган Держказначейства робить відмітку із зазначенням дати, номера і суми чека, виданого громадянинові для отримання ним зазначених коштів.

Якщо вимога про відшкодування моральної шкоди або морального збитку або вимога про відновлення в правах з будь-яких причин будь-ким не виконані або виконані не повністю, громадянин має право звернутися до суду в порядку позовного провадження та вимагати вжиття примусових заходів захисту своїх прав та інтересів.

В слідчій і судовій практиці відшкодування моральної шкоди та визначення розмірів компенсаційних виплат відбувається досі не без проблем.

Промахи захисту і те, яким не повинно бути правосуддя яскраво ілюструє справа Світлани Зайцевої.

Тридцятирічна жінка, мати трьох дітей була незаконно засуджена за вбивство. В процесі слідства їй вручили повістку і дали розписатись в її отриманні. При цьому обставини вручення повістки були «розставлені так, що, розписуючись, Світлана, поклала руку на портфель, який належав загиблій людині. Згодом саме відбитки її пальців на об'єкті посягання і стали «зловісним» доказом обвинувачення, які були підкріплені тортурами, шантажем і їх наслідками – зізнаннями, яке досі залишається «невмирущою царицею доказів». Світлана отримала 7,5 року тюрми за вироком суду.

Після року ув'язнення справжніх злочинців знайшли. Але у колонії Світлана захворіла на туберкульоз і у квітні 2006 р. померла, залишивши сиротами трьох діток. Ними опікується їх бабуся. За чотири години до смерті С. Зайцева написала своїй матері довіреність на представлення в суді інтересів її дітей. Мати С. Зайцевої подала позов на відшкодування морального і матеріального збитку, заподіяного сім'ї смертю дочки, зажадавши від держави по 1 млн грн кожному члену сім'ї, що постраждали. Далі тривали судові поневіряння. Жінка майже 2 роки намагалася відшкодувати моральні збитки, але їй відмовляли.

За вказівкою Генерального прокурора було порушено кримінальну справу за фактом перевищення службових повноважень працівниками Макіївського райвідділу міліції, а саму справу передано для подальшого всебічного та об'єктивного розслідування до Головного управління з розслідування особливо важливих справ Генеральної прокуратури.

Врешті суд присудив два мільйони гривень компенсації моральної шкоди незаконним засудженням, що потягли тяжкі наслідки. Це найбільша компенсація в країні за неправомірні дії правоохоронних органів.

Проблеми компенсації моральної шкоди досі ще є «важкопрохідними» для позивачів, оскільки процедури виплат зарегламентовані підзаконними нормативними актами, які замикаються на приведення їх у дію конкретними приписами щодо надходжень на відповідні рахунки держказначейства, які викладаються в щорічному законі про державний бюджет.

У справі «Волохи проти України» (рішення від 2 листопада 2006 року) Європейський суд з прав людини зазначив що в Україні існує реальний механізм, який передбачається Законом України

«Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконними діями органів ... слідства, прокуратури і суду». Але, на думку Суду, «цей Закон містить дуже загальні положення, оскільки він стосується також інших осіб, а не тільки обвинувачених. Але він може забезпечити відшкодування у ситуаціях, подібних до ситуації заявників, коли в ході кримінального провадження щодо третіх осіб відносно заявників було вжито заходи спостереження. Проте застосування цього Закону та його тлумачення національними судами, як це відбулось у даній справі, здійснювалось не настільки широко, щоб забезпечити належний розгляд скарг інших осіб, а не обвинувачених». Виправляючи помилки вироку по суті обвинувачення, суд має прийняти рішення про усунення порушень прав будь-яких інших учасників процесу.

Отже, виникає потреба в становленні доктрини реабілітаційного права, удосконаленні практики виконання судових рішень щодо реабілітації невинуватих осіб.

Для удосконаленні механізмів реабілітації постраждалих від незаконних звинувачень та дій влади, на наш погляд, слід систематизувати і кодифікувати уже існуючі законодавчі норми.

По-перше, на основі Конституції України потребує розробки і прийняття системний законодавчий акт – «Кодекс реабілітації постраждалих від незаконних дій чи бездіяльності влади», а на основі даного закону має бути розвинута окрема галузь права та навчальна дисципліна – «Реабілітаційне право».

По-друге, у зв'язку з розповсюдженням практики публічних виступів посадових осіб правоохоронних органів і політиків з коментарями окремих фактів затримання підозрюваних, в яких ігноруються принципи презумпції невинуватості, а тим самим заподіюється тиск на слідство і спричиняється суттєва шкода правосуддю, на наш погляд, доцільно в розділі КК України, присвяченому злочинам проти правосуддя встановити окремо кримінальну відповідальність за порушення принципу презумпції невинуватості особи.

По-третє, якості законів може сприяти як ускладнення процедури їх прийняття, включаючи запровадження двопалатного парламенту, так і створення системи стримувань і противаг проти надмірної політизації в сфері законотворчої діяльності. Для виконання законодавчих функцій парламенту зовсім не потрібні будь-які політичні коаліції, діяльність яких не тільки політизує законодавчу

владу, а й часто її паралізує. Від ідеї створення коаліції слід відмовитись, а положення ч. 6–10 Конституції України варто скасувати.

По-четверте, доцільно запровадження в Україні свого окремого *Національного Суду з прав людини*, в юрисдикцію якого входило б розгляд позовів людини проти органів державної влади України та їх посадових осіб.

Національний Суд з прав людини, має створюватись в Україні на засадах максимального забезпеченні незалежності суддів від законодавчої та виконавчої влади. Думається що держава буде мати лише економію, оперативну і швидку та з меншими затратами, коли Національний Суду з прав людини буде розглядати ті справи, які сьогодні доходять до ЄСПЛ. На наш погляд, створення такого судового органу може поліпшити реалізацію інституту відповідальності держави перед людиною, сприяти зміцненню принципу верховенства права в діяльності державних органів влади. Буде виправданим обрання суддів прямими всенародними виборами.

Для більш активної протидії свавіллю чиновників різного рівня та ігнорування ними прав і свобод людини доцільно зміцнити статус Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, а саме, йому можуть бути надані повноваження слідчого, по аналогії з статусом омбудсмена у Швеції.

Правнича допомога та захист в кримінальному процесі можуть набрати більшої результативності, при вирішенні більш стратегічного завдання – забезпечення якості законів.

Актуальною і вчасною новелою є положення ст. 1175 ЦК України «Відшкодування шкоди, завданої органом державної влади ... у сфері нормотворчої діяльності», згідно з якою «шкода, завдана фізичній або юридичній особі в результаті прийняття органом державної влади... або органом місцевого самоврядування нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований, відшкодовується державою... або органом місцевого самоврядування незалежно від вини посадових і службових осіб цих органів».

Стабільність законів – наслідок їх якості і важливий фактор стабілізації соціальних процесів та створення комфортних умов для економічного і технічного прогресу. Перманентна правова реформа з частими змінами правових процедур без наявних підстав для зміни їх суті, змісту і філософії права нічого хорошого суспільству не дає, а скоріше породжує правовий нігілізм і юридичний колапс.

Важливим фактором забезпечення захисту прав і свобод людини в державі є професіоналізація законотворчої діяльності. Для розробки законопроектів доцільно створити департамент законодавчих проектів, а до законодавчих ініціатив допускати лише тих парламентарів, які за аналогом з системою допуску юристів до адвокатської діяльності, щонайменше здали б іспит (ЗНО) на право заняття законотворчою діяльністю.

Знання законів – перша і вкрай необхідна умова адвокатської діяльності. Розуміння їх сенсу та системних недоліків і проблем застосування в складних обставинах реального життя, уміння доказувати і бути переконливим, слухати і почути людину, побачити внутрішні пружини поведінки підзахисного у конкретних обставинах сучасного світу – головна передумова адвокатського мистецтва та ефективного виконання функції захисту в кримінальному судочинстві.

Захист – це мистецтво допитливості, стриманості, здорового глузду і шляхетності.

Нормативні акти

Конституція України: Прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: www.rada.gov.ua.

Кримінально-процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88 (із змінами і доповненнями, внесеними згідно із Законами України). URL: www.rada.gov.ua

Закон України «Про Конституційний Суд України». Відомості Верховної Ради (ВВР). 2017. № 35. Ст. 376 (із змінами, внесеними згідно із Законом № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 р. Відомості Верховної Ради. 2017. № 48. Ст. 436).

Закон України № 5076- VI від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282. URL: www.rada.gov.ua

Закон України «Про безоплатну правову допомогу». Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 51. Ст. 577. URL: www.rada.gov.ua.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Відомості Верховної Ради України, 2016 р. № 31. Ст. 545; 2017. № 2. Ст. 25, № 7–8. Ст. 50.

Закон України від 01 грудня 1994 року «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». Відомості Верховної Ради України. 1995. № 1. Ст. 1.

Закон України «Про реабілітацію осіб на виконання рішень Європейського суду з прав людини». Відомості Верховної Ради України. 2014. № 12. Ст. 194.

Закон України від 2 червня 2016 року № 1404-VIII «Про виконавче провадження. Офіційний вісник України. 2016. № 53. Ст. 1852.

Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про правову допомогу) від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09/conv>

Рішення Конституційного суду України від 23 листопада 2017 року у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України (справа № 1-28/2017) URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17/paran2#n2>

Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Білий проти України» (CASE OF BILYY v. UKRAINE) (заява № 14475/03). URL: <http://hand-help.ru/documents/>

Рішення Європейського суду з прав людини від 24 листопада 2011 року «Загородній проти України» (Заява № 27004/06. Офіційний вісник України від 18 травня 2012 року № 35.

Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Чанєв проти України» (остаточне рішення від 09 січня 2015 р. Рішення Європейського суду з прав людини URL: <http://old.minjust.gov.ua/19612>

Про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні. Лист ВССУ від 25 вересня 2015 року.

Положення про автоматизовану систему документообігу суду. Затверджено Рішенням Ради суддів України від 02 березня 2018 року № 17. URL: <https://court.gov.ua/press/news/448335/>

Література

Адвокатура України: підручник у двох книгах / за заг. ред. д. ю. н., проф. заслуженого юриста України С. Я. Фурси та к. ю. н., доцента Н. М. Бакаянової. 2-ге вид. доповн. і перероб. К.: Алерта, 2016. 864 с.

Бобечко Н. Р. Підстави для зміни або скасування судових рішень в апеляційному та касаційному порядку у кримінальному провадженні: Монографія / за ред. академіка НАПРН України, проф. В. Т. Нора. К.: Алерта, 2015. 234 с.

Біцай А. В. Участь адвоката в медіації: монографія / А. В. Біцай; за заг. ред. д. ю. н., проф. О. Г. Яновської. К.: Алерта, 2017. 260 с.

Бояров В. І. Про деякі питання з тактики захисту при використанні на судовому слідстві свідчень під псевдонімом. Адвокат. 2003. № 6. С. 13–15.

Варфоломеева Т. В. Защита в уголовном судопроизводстве. К., 1998.

Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика: монографія. Ірпінь: Видавництво Національного університету ДПС України, 2014. 422 с.

Гаррис Р. Школа адвокатури: Пер. с англ. П. Сергеича. Тула: Автограф, 2001. 352 с.

Грошевий Ю. М., Тацій В. Я., Туманянц А. Р. та ін. Кримінальний процес: підручник / За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.

Дроздов О. Кримінальне провадження за новоявленими або виключними обставинами: нові виміри за європейськими стандартами // Право України. 2018. № 1. С. 196–213.

Зейкан Я. П., Сафулько С. Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ: Дакор, 2013. 576 с.

Ивакина Н. Н. Основы судебного красноречия (риторика для юристов). М.: Юристь, 1999. 405 с.

Кацавець Р. С. Ораторське мистецтво: підручник. К.: Алерта, 2014. 238 с.

Кашка О. С. Повноваження суду апеляційної інстанції з перегляду судових рішень у кримінальному процесі України: монографія / за ред. О. Ю. Костюченко. К.: Алерта, 2015. 630 с.

Коваль О. М. Процесуальні гарантії права особи на виправдання в кримінальному провадженні // Юридичний науковий електронний журнал. 2014. № 6. С. 199–202.

Кони А. Ф. Избранные труды и речи. М.: Изд-во Юрайт, 2012. 589 с.

Коровайко О. І. Міжнародні стандарти кримінального судочинства в судовому провадженні України: монографія. Х.: Панов, 2016. 492 с.

Лисюк Ю. В. Судові дебати як засіб переконання у кримінальному провадженні. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 1. Т. 3. С. 165–169.

Маланчук П. М., Маслак О. В., Воронкова М. Ю. Актуальні проблеми участі захисника у кримінальному провадженні. Правові горизонти. 2017. № 3. С. 82–85.

Марчук Н. О., Касько В. В., Куйбіда Р. О., Хавронюк М. І. та ін. Настільна книга професійного судді (кримінальне провадження) / за ред. Н. О. Марчук. К.: «Арт-Дизайн», 2015. 248 с.

Менджул М. В. Судовий захист прав та законних інтересів громадян. Ужгород: Видавництво Олександри Гаркуші, 2013. 212 с.

Молдован А. В., Богдан Л. С. Судова промова: навчальний посібник. К.: Алерта, 2014. 288 с.

Несіное О. Про деякі спірні і суперечливі положення КПК України та їх використання для посилення позиції захисту (частина перша). Вісник НААУ. 2016. № 5 (23). С. 7–11.

Нор В. Т. Презумпція невинуватості як принцип кримінального судочинства та його інтерпретація Європейським судом з прав людини. Вісник Львів.ун-ту. Серія юрид. 2011. Вип. 53. С. 390–391.

Одинцова І. М. Діяльність сторони захисту при збиранні, дослідженні та перевірці доказів в умовах судового слідства. Право і суспільство. 2014. № 1. С. 254–259.

Острогляд О. В. Діяльність захисника в апеляційному провадженні: навчальний посібник. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. 162 с.

Плевако Ф. Н. Избранные речи / вступительная статья Г. М. Резника. М.: Издательство Юрайт, 2012 649 с.

Принцип рівності у праві: теорія і практика: монографія / передмова акад. НАН України Ю. С. Шемшученка; за заг. ред. Н. М. Оніщенко. К.: Вид-во «Юридична думка», 2014. 380 с.

Рибалка О. В. Доказова діяльність суду за новим Кримінальним процесуальним кодексом України // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 6. С. 131–136.

Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века / Сост. И. Потапчук. Тула: Автограф, 1997. 816 с.

Савчин М. Конституційний аудит і Конституційна реформа (санация). Дзеркало тижня. 2015. № 8. 6 березня.

Семчик В., Поліводський О. Науково-правова експертиза як форма доктринального тлумачення законодавства. Право України. 2013. № 5. С. 409–415.

Сергеич П. Искусство речи на суде. Тула: Автограф, 1998. 320 с.

Сірий М. І. Здорового глузду і справедливості не вистачає. Український юрист. 2004. № 2 (14). С. 35.

Слуцька Т. І. Деякі правові позиції суду касаційної інстанції у кримінальних провадженнях за 2016–2017 роки // Протокол. 02.03.2018. URL: http://protokol.com.ua/ua/slutska_tetyana_ivanivna_deyaki_pravovi_pozitsii_sudu_kasatsiynoi_instantsii_u_kriminalnih_provadgennyah_za_2016_2017_roki/

Тертишник В. М. Кримінальний процес України: підручник. 7-ме вид., доповн. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.

Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 15-те, доповн. і перероб. К.: Правова Єдність, 2018. 854 с.

Тертишник В. М. Неперевершений майстер судової промови – Федір Плевако. Підприємництво, господарство і право. 2003. № 3. С. 3–4.

Тертишник В. Суд присяжних: ростки і суть ідеї та її мімікрія при реформуванні кримінального судочинства України. Право України. 2012. № 7. С. 274–278.

Тертишник В. М., Поповський А. М. Мова в діяльності юриста. Право і суспільство. 2010. № 4. С. 16–22.

Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., доповн. К., 2015. 208 с.

Хотинська-Нор О. З. Теоретичні засади судової реформи: окремі аспекти // Вісник Академії адвокатури України. Том 12. Число 2(33) 2015. С. 183–193.

Ченцов В. В., Тертишник В. М. Реабілітація жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних репресій та зловживань владою: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів. Київ, 2016. 324 с.

Чернявський С. С., Петков С. В., Удалова, В. М., Стратонов В. М. Зразки процесуальних документів у кримінальному судочинстві. К: «Центр учбової літератури», 2016. 92 с.

Шемшученко Ю. С. Судова реформа в Україні у світлі європейського досвіду: конституційний аспект. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2016. № 6 (33). С. 47–59.

Шемшученко Ю. С., Оніщенко Н. М. До питання про формування і розвиток державно-правових інститутів незалежної України. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2012. № 8. С. 5–12.

Шемшученко Ю. С. Наукові засади конституційної реформи в Україні (за матеріалами наукової доповіді на засіданні Президії НАН України 26 червня 2013 року). Вісник Національної академії наук України. 2013. № 8. С. 15–20.

Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ. 2018. 661 с.

Яновська О. Правова позиція захисту в кримінальному провадженні: шляхи відстоювання у процесі доказування. Право України. 2014. № 10. С. 124–132.

Ясинок М. М. Судові дебати: право, психологія, риторика: наук. – практ. посібн. К.: Алерта, 2016. 158 с.

Замість епілогу

«За прокурором стоїть мовчазний, холодний, непорушний закон, а за спиною захисника – живі люди. Вони покладаються на своїх захисників, підіймаються до них на плечі і... жадливо посковзнутися з такою ношею!»

(Ф. Н. Плевако)

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
-------------------	----------

ГЛАВА 1.

СТАНОВЛЕННЯ ДОКТРИНИ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ ТА ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

§ 1. Концепт доктрини правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі.....	5
§ 2. Становлення і розвиток інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі.....	15
§ 3. Міжнародні стандарти забезпечення ефективності інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі.....	32
§ 4. Досвід європейських країн в розбудові інституту правничої допомоги та захисту в кримінальному процесі.....	68
Нормативні акти.....	79
Література.....	81

ГЛАВА 2.

ФОРМИ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

§ 1. Функція захисту у змагальному кримінальному процесі.....	83
§ 2. Проблеми застосування інституту правничої допомоги щодо свідка, заявника та інших учасників кримінального процесу, які не є сторонами кримінального провадження.....	90
§ 3. Представництво потерпілого, цивільного позивача і відповідача у кримінальному процесі.....	100
Нормативні акти.....	107
Література.....	108

ГЛАВА 3.

ЗАХИСНИК У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

§ 1. Поняття захисника, визначення кола осіб, які допускаються до виконання функції захисту, та проблема конкуренції правових норм.....	110
§ 2. Обов'язкова участь захисника та обставини, що виключають участь захисника у справі.....	123

§ 3. Реалізація в кримінальному провадженні права особи на безоплатну правничу допомогу	129
§ 4. Процесуальний статус захисника у кримінальному процесі.....	134
§ 5. Гарантії діяльності захисника.....	140
Нормативні акти.....	147
Література.....	148

ГЛАВА 4.

ЗАХИСТ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ

§ 1. Право підозрюваного на захист та форми і засоби його реалізації.....	150
§ 2. Захист при затриманні та допиті підозрюваного	166
§ 3. Стратегія і тактика захисту	188
§ 4. Доказова діяльність захисника та проблеми становлення інституту правозахисного розслідування	205
§ 5. Позиція захисту при застосуванні інститутів слідчих дій	223
§ 6. Захист при повідомленні про підозру та проблеми спростування підозри	284
§ 7. Захист при обранні та застосуванні запобіжних заходів.....	297
§ 8. Діяльність захисника на етапі закінчення досудового слідства	313
§ 9. Доктрина захисту при застосуванні інститутів угод у кримінальному провадженні.....	323
Нормативні акти.....	337
Література.....	337

ГЛАВА 5.

ЗАХИСТ ОБВИНУВАЧЕНОГО В СУДІ

§ 1. Захист в суді першої інстанції	342
§ 2. Захисна промова захисника та його участь в судових дебатах.....	371
§ 3. Участь захисника в суді апеляційної та касаційної інстанції	397
§ 4. Виправдання підсудного та правничу допомога при застосуванні інституту реабілітації.....	421
Нормативні акти.....	438
Література.....	439

Навчальне видання

*Тертишник Володимир Митрофанович
Шемшученко Юрій Сергійович*

ПРАВНИЧА ДОПОМОГА ТА ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Підручник

Відповідальний за випуск
Комп'ютерна верстка
Обкладинка

О. В. Діордійчук
Д. М. Алексєєв
В. С. Жиборовський

Підписано до друку **.**.2018 р. Формат 60 x 84 ¹/₁₆.
Папір офсетний. Гарнітура «Times New Roman». Друк офсетний.
Умовн.-друк. арк. ***

Видавництво «Алерта»

04210, м. Київ, а/с 112.

Тел.: (044) 223-15-25, 223-15-30.

E-mail: alerta@ukr.net, веб-сайт: www.alerta.kiev.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 788 від 29.01.2002 р.