



ПРОБЛЕМИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

ТАТАРОВ Олег Юрійович - доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, адвокат, старший партнер правової корпорації «Татаров, Фаринник, Головка»

УДК 343.131.5

Проведено аналіз проблем здійснення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні, зокрема пов'язаних з оскарженням певних рішень на досудовому розслідуванні, ознайомлення захисника з матеріалами НСРД на стадії досудового розслідування тощо.

Ключові слова: сторона захисту, підозрюваний, право на захист, незаконне затримання, ознайомлення з матеріалами, досудове розслідування.

Проведен анализ проблем осуществления адвокатской деятельности в уголовном производстве, а также проблем, связанных с обжалованием определенных решений на досудебном расследовании, ознакомление защитника с материалами НСРД на стадии досудебного расследования.

Ключевые слова: сторона защиты, подозреваемый, право на защиту, незаконное задержание, ознакомление с материалами, досудебное расследование.

Постановка проблеми. З часу вступу в дію Кримінального процесуального кодексу України (надалі – КПК) пройшло достатньо часу, щоб наукова спільнота, практичні працівники, суспільство змогли оцінити діяльність адвокатури у кримінальному процесі як однієї з гарантій реалізації права громадян на захист та отримання правової допомоги. Започаткування нових процесуальних форм та методів протидії злочинності на засадах змагальності сторін наблизило вітчизняний кримінальний процес до стандартів Європейської спільноти. На жаль, вітчизняна правоохоронна, правозахисна і судова система на даному етапі не в повній мірі спроможні реалізувати європейські стандарти правосуддя у кримінальному процесі України з об'єктивних причин.

Аналіз практики застосування окремих положень КПК України свідчить, що адвокати при реалізації повноважень стикаються з різними перешкодами.

Однією з таких є неможливість реалізації повноважень захисника з огляду відсутності законодавчої регламентації гарантій права на захист на певних етапах кримінального провадження. Йдеться про випадки, коли особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, нібито відома правоохоронним органам, оскільки безпосередньо зазначена у витязі про реєстрацію відомостей у ЄРДР, проте реалізувати своє право на захист (заявлення клопотань, збирання доказів, ознайомлення з матеріалами тощо) не в змозі, оскільки її статус не визначено.

Адже відповідно до положень ч.3 ст.42 КПК України право на захист виникає з моменту оголошення особі про підозру або затримання її за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення [3]. До цього моменту, навіть за умови того, що стороні обвинувачення достовірно відомо про те, хто вчинив злочин, та проведення за цим фактом

розслідування, що підтверджуватиметься витягом з ЄРДР, адвокат позбавлений можливості використовувати свої повноваження для захисту особи, яка на цьому етапі, хоча й не є підозрюваною, проте в подальшому органом досудового розслідування буде визнана такою. Означена проблема не єдина в адвокатській практиці реалізації права на захист.

Надзвичайно актуальним є питання законодавчої регламентації можливості оскарження затримання особи без ухвали слідчого судді, здійсненого в порядку ст.208 КПК України з огляду на численні порушення прав людини при проведенні цієї процесуальної дії та питання надання можливості ознайомлення сторони захисту в порядку ст.221 КПК України з матеріалами НСРД.

З огляду на це, основними завданнями статті є аналіз проблем здійснення повноважень стороною захисту з метою забезпечення реалізації прав учасників кримінального провадження та шляхів їх вирішення.

Стан дослідження. У науковій літературі проблеми адвокатської діяльності у кримінальному провадженні неодноразово ставали предметом дослідження у працях Ю.П. Аленіна, М.А.Погорецького, Д.Б. Сергєєвої, Ю.П. Яновича тощо. Окремих проблем здійснення адвокатами професійних обов'язків на стадії досудового розслідування у своїх роботах торкалися Н.І. Бойчук, Т.В. Довбнюк, М.М. Стоянов, Д.П. Фіолевский, Д.О. Шумейко та ін. Водночас залишилися поза увагою питання гарантій забезпечення права на захист осіб, відносно яких здійснюється розслідування до оголошення їй про підозру, повноваження захисника у здійсненні оскарження незаконного затримання, забезпечення можливості ознайомлення сторони захисту з матеріалами НСРД у порядку ст.221 КПК України.

Виклад основних положень. При прийнятті КПК України визначений порядок початку досудового розслідування вважався серйозним кроком вперед, оскільки початок досудового розслідування не має залежати від винесення процесуального рішення уповноваженою особою з огляду на необхідність адекватної та миттєвої реакції на порушення

прав громадян. Проте, як показує практика застосування нового КПК України мають місце численні порушення права на захист саме на початку досудового розслідування.

У науці кримінального процесу окремими авторами питання початку досудового розслідування без винесення процесуального рішення неодноразово ставало предметом дискусії. З цього приводу Ю.П. Аленін зауважує, що у діяльності правоохоронних органів однією з найбільш складних є проблема диференційного підходу до вирішення заяв та повідомлень про злочини, оскільки загальна кількість відповідних звернень громадян та юридичних осіб щороку збільшується, а механізм їх перевірки так і досі належним чином не врегульований [4]. Автор переконаний у тому, що під час подальшого вдосконалення положень ст.214 КПК необхідно законодавчо передбачити можливість перевірки заяв та повідомлень; передбачити обов'язок службових осіб приймати процесуальне рішення шляхом винесення постанови слідчим чи прокурором про початок досудового розслідування чи про відмову в цьому; визначити обставини, що виключають досудове розслідування; передбачити право на оскарження до прокурора і слідчого судді рішень про початок досудового розслідування або про відмову в ньому, з чим ми погоджуємося з наступних підстав [4].

Адже за статистичною інформацією Генеральної прокуратури України у 2015 році внесено до ЄРДР відомості про вчинення близько 1615433 кримінальних правопорушень, з яких лише у 205202 кримінальних провадженнях особам оголошено про підозру, що становить 12, 7 % випадків [5]. Тобто всі інші особи позбавлені можливості відновити свої права та захистити інтереси в зв'язку з безпідставним проведення розслідування щодо них.

Переконаний, що зумовлено це тим, що процесуальний статус особи, відносно якої проводиться досудове розслідування кримінальним процесуальним законом не визначений. Ця особа не є ні свідком, ні підозрюваним, ні іншим учасником кримінального провадження. Проте, фактично, є потенційним підозрюваним, який реалізувати свої права немає змоги. У зв'язку з цим, адвокати

вимушено застосовують неформальні прийоми здійснення захисту інтересів таких осіб у кримінальному процесі, які полягають у поданні скарг, депутатських запитів тощо. Адже положення КПК про можливість здійснення права на захист з моменту оголошення особи про підозру робить безсильними адвокатів у кримінальному процесі.

Відповідно до положень ч.1 ст.22 КПК України діє принцип змагальності сторін, який передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК [5]. З огляду на це, обов'язок здійснення захисту повністю покладається на підозрюваного та його захисника, однак реалізувати його немає можливості у зв'язку з тим, що процесуальним законом не передбачено такого права до моменту набуття статусу підозрюваного.

Крім цього, проблема полягає в тому, що в ЄРДР вносяться відомості про особу, яка нібито вчинила злочин, якщо вона відома на момент реєстрації відомостей. У КК України диспозиції окремих складів злочинів описані таким чином, що кримінальне провадження може бути відкрито за умови, що відома особа, яка вчинила злочин. Наприклад, у випадку ухилення одним із батьків від сплати аліментів на утримання дітей кримінальне провадження може бути відкрито у випадку встановлення обставин, що саме батько чи мати ухиляється від сплати аліментів, чи зберігання наркотичних засобів особою, у якої їх вилучили [2].

У зв'язку з цим, відомості до ЄРДР вносяться з вказівкою на особу, яка ухиляється від сплати аліментів, чи особи у якої виявлено наркотичний засіб. За таких умов, позбавлення можливості захищатись з моменту внесення відомостей до ЄРДР є істотним порушенням прав громадян. Таких прикладів можна навести тисячі, і стосуються вони й

інших складів кримінальних правопорушень, зокрема злочинів у сфері господарської діяльності, використання бюджетних коштів тощо. Навіть за таких умов, право на захист не виникає автоматично, а лише з моменту оголошення особи про підозру.

В практичній діяльності мають місце випадки, коли слідчим, прокурором реєструється кримінальне провадження та проводиться низка слідчих (розшукових) дій, а оголошення про підозру здійснюється перед відкриттям матеріалів досудового розслідування стороною захисту в порядку ст.290 КПК України. Таким чином, слідчий, прокурор мають законну можливість уникнути необхідності розгляду клопотань, проведення слідчих (розшукових) дій, про які заявляє сторона захисту в порядку ст.42, 220 КПК України. Вважаю, що для усунення таких порушень прав громадян доцільно законодавчо передбачити обов'язок слідчого, прокурора за клопотанням сторони захисту надати підозрюваному та його захиснику строк для підготовки до захисту не менше ніж сім днів після оголошення особи про підозру для реалізації права на заявлення клопотань, ознайомлення з доказами, що обґрунтовують підозру, їх аналізу та вироблення стратегії і тактики захисту. Відповідно така можливість відсутня за умови здійснення оголошення особи про підозру та одночасного відкриття матеріалів досудового розслідування в порядку ст.290 КПК України.

Можливість захищатись правовими засобами повинна бути забезпечена на будь-якому етапі кримінального провадження незалежно від процесуального рішення уповноваженої особи (повідомлення про підозру). З огляду на це, необхідно переглянути підходи щодо здійснення залучення захисника на будь-якому етапі досудового розслідування не зважаючи на статус особи.

З аналізу норм ст. 110, 214, 303 КПК України випливає, що КПК неоднозначно регулює питання прийняття рішення про внесення відомостей до ЄРДР. За змістом ст.214 КПК України обов'язку слідчого, прокурора при внесенні відомостей до ЄРДР винести постанову не передбачено. У той же час, відповідно до положень ч.1-

ст. 110 КПК України рішення слідчого, прокурора, викладається в формі постанови. Водночас початок досудового розслідування не може бути оскаржено в порядку ст. 303 КПК України.

Підсумовуючи викладене, вважається за необхідне передбачити право на оскарження внесення слідчими, прокурорами відомостей до ЄРДР про обставини, які свідчать про вчинення кримінального правопорушення, тобто містять склад злочину. Доцільним буде зобов'язати слідчого, прокурора складати постанову про внесення даних до ЄРДР, у якій необхідно описати обставини, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення як підстав для відкриття кримінального провадження. Така постанова на вимогу повинна вручатись учасникам кримінального провадження, які в подальшому зможуть оскаржити її в порядку, передбаченому ст. 303 КПК України щодо наявності обґрунтованих підстав для початку досудового розслідування.

Крім цього, однією з проблем реалізації права на захист є неможливість оскарження стороною захисту незаконного затримання. Виключне право держави на примус не у всіх випадках застосовується в чіткій відповідності до вимог КПК України.

За даними статистики лише в 2015 році органами досудового розслідування Національної поліції України в порядку ст. 208 КПК України затримано 11600 осіб.

Відповідно до ст. 208 КПК України уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді 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.

Враховуючи численні порушення прав затриманих у кримінальному провадженні внаслідок нехтування встановленим у п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК України правилом «безпосередності» та «щойності», п. п. 1 та 2 ч. 1 ст. 208 КПК України не можуть бути достатнім правовим регулюванням порядку затримання уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді в умовах, коли законодавчі норми застосовуються правоохоронними органами «у зручний спосіб».

Аналіз практики застосування положень ст. 208 КПК України, а також анонсовані заходами масової інформації гучні затримання високопосадовців свідчать про те, що КПК України використовується, по-перше, як інструмент залякування в руках окремих політичних еліт, а по-друге, слугує засобом досягнення політичних амбіцій, здобуття електорату шляхом створення ілюзорної боротьби зі злочинністю. Зараз стало нормою здійснювати затримання в порядку ст. 208 КПК України всупереч вимогам безпосередності після вчинення злочину та за відсутності умови наявності підстав, які свідчать про те, що особа щойно вчинила злочин. Як приклад, затримання службової особи державного підприємства «Одеська залізниця» за підозрою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК України, який вчинено чотири роки тому, показове на всю країну за участю численним ЗМІ затримання голови Державної служби з надзвичайних ситуацій та його заступника, яке відбулося не під час вчинення злочину або замаху на його вчинення, чи щойно після його вчинення, а під час засідання Кабміну, затримання народного депутата України в стінах парламенту та одягненням спеціальних засобів (кайданок) на одіозного судді, якого НАБУ викрило в одержанні неправомірної вигоди.

Досить поширеною є практика, коли слідчим взагалі не забезпечується доставка затриманого до слідчого судді. Яскравим прикладом слугує справа одного з колишніх працівників спецпідрозділу «Беркут», доставку до

слідчого судді якого слідчий не забезпечував понад місяць. Крім того, зазначено було затримано на підставі ст. 208 КПК України майже через півтора роки після подій, в участі у яких звинувачують затриманого. Таким чином, вбачається грубе ігнорування слідчими суддями загальних обов'язків щодо захисту прав і свобод людини, зокрема під час затримання.

Згідно зі Спеціальною доповіддю Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за результатами пілотного моніторингу застосування нового Кримінального процесуального кодексу України судами м. Києва, у 27,3 % випадків затримання особи без ухвали слідчого судді питання щодо строку доставлення до суду з моменту фактичного затримання особи суддями не досліджується. У 18,2% випадків затримана без ухвали слідчого судді особа доставляється з перевищенням 60-годинного строку доставлення до слідчого судді [7].

За положеннями КПК України право сторони захисту оскаржити незаконність затримання не передбачено. Адвокат вправі лише вимагати у прокурора перевірити обґрунтованість затримання (п.6 ч.3 ст.42 КПК). У випадку встановлення обставин, що дають підстави вважати затримання особи незаконним, захисник, керуючись вимогами ст. ст. 42, 206, 208 КПК України у праві звертатися з відповідною скаргою до слідчого судді, оскільки будь-яке позбавлення волі повинне здійснюватися не лише згідно з основними процесуальними нормами національного права, але також відповідати цілям статті 5 Європейської Конвенції з прав людини, тобто захищати людину від свавілля властей [6].

Механізм судового контролю за забезпеченням прав затриманого повинен бути таким, що забезпечує правомірну реалізацію прав затриманого у кримінальному провадженні, і передбачати такі процесуальні засоби, які були б здатні забезпечити реалізацію прав затриманого.

Вважаю, що відсутність права в адвоката оскаржити незаконність затримання зумовлює необхідність внесення змін до КПК України, передбачивши право сторони захисту

оскаржити незаконність затримання, а також автоматичний характер судового контролю. Отже, український законодавець повинен насамперед передбачити право сторони захисту оскаржити затримання, створити інститут автоматичної перевірки засобами судового контролю підстав та законності затримання, що не буде залежати від попередньої скарги або заяви затриманої особи у випадку неможливості її подачі з різних обставин. Тому необхідним кроком є посилення гарантій забезпечення прав затриманого у кримінальному провадженні: встановлення конкретних часових меж негайності доставлення затриманого до слідчого судді; пряма заборона на утримання затриманого протягом часу, що перевищує чітко встановлений для такого утримання; запровадження відповідальності за перевищення часових меж негайності доставлення затриманого до слідчого судді; пряма заборона на здійснення затримання, якщо про вчинення злочину стало відомо лише зі слів інших осіб, за відсутності явних ознак (слідів) кримінального правопорушення; допустимі методи і застосування сили при здійсненні затримання, а також обов'язок слідчого судді перевірити законність затримання, якщо таку перевірку вимагає провести затримана особа або її захисник.

Окремої уваги потребує питання можливості ознайомлення сторони захисту з матеріалами кримінального провадження в порядку ч.1 ст.221 КПК України, відповідно до якої слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, 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 [2].

У практиці реалізації права на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження виникають проблеми з отриманням доступу до результатів негласних слідчих (розшукових) дій, які на цій стадії процесу ще

не розтаємнені, однак використовуються органом досудового розслідування як підстави для проведення слідчих дій та отримання дозволів на проведення НСРД.

За змістом ч.1 ст.256 КПК України протоколи щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо- або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування. При цьому особи, які проводили негласні слідчі (розшукові) дії або були залучені до їх проведення, можуть бути допитані як свідки.

За таких умов, неможливість ознайомлення сторони захисту з матеріалами НСРД до моменту їх розтаємнення порушує принцип змагальності та негативно впливає на досягнення завдань кримінального провадження. Зокрема, це стосується права заявити клопотання про допит осіб, які проводили НСРД, а також залучення експерта до проведення досліджень щодо використання технічних засобів фіксування інформації, які застосовувались при проведенні НСРД, дослідження аудіо-, відеоматеріалів та інформації, що міститься на носіях тощо.

Крім цього, відповідно до положень ч.3 ст.256 КПК України разі використання для доказування результатів негласних слідчих (розшукових) дій можуть бути допитані особи, з приводу дій або контактів яких проводилися такі дії. Тобто відсутність можливості ознайомлення з матеріалами НСРД на стадії досудового розслідування в порядку ст.221 КПК України унеможливує забезпечення повноти розслідування та належної реалізації прав сторони захисту, передбачених ст.42, 221 КПК.

Виходом з цієї ситуації може бути передбачення в КПК України обов'язку розтаємнення матеріалів НСРД впродовж певного строку з моменту проведення НСРД з метою надання можливості ознайомлення з ними стороні захисту. Виключно за таких умов,

буде дотримано принципу змагальності сторін та забезпечено реалізацію права на захист.

Висновки. Необхідність вирішення означених проблем вимагає системного підходу щодо питання прийняття рішення про внесення відомостей до ЄРДР, можливості оскарження початку досудового розслідування, а також ознайомлення з матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій та запровадження порядку здійснення оскарження затримання, здійсненого в порядку ст.208 КПК України. Вирішення цих проблем на законодавчому рівні забезпечить гарантії прав та свобод громадян.

Література

1. Конституція України.- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254/96-в>
2. Кримінальний кодекс України.- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
3. Кримінальний процесуальний кодекс України.- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
4. Аленін Ю.П. Початок досудового розслідування за КПК 2012 року/ Ю.П.Аленін // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ.- №1.- 2013.- с.198-203.
5. Статистична інформація Генеральної прокуратури України.- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=111482&libid=100820;
6. Європейська конвенція з прав людини. З поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів №11 та 14.- Електронний ресурс. -[Режим доступу]: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf;
7. Щорічна доповідь Уповноваженого про стан додержання та захисту прав і свобод людини за 2015 рік.- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/5515-qv-schorichna-dopovid-upovnovazhenogo-prostan-doderzhannya-ta-zaxistu-pr/>

Summary

The article analyzes the problems of advocacy in criminal proceedings as one of the guarantees for ensuring the right to defense and legal assistance. Established that one of these is the impossibility of implementing powers defender in view of the absence of legislative regulation guarantees the right to protection at certain stages of criminal proceedings, a person who has committed a criminal offense allegedly known to law enforcement authorities, however, exercise their right to defense (claiming petitions, collecting evidence, review of materials, etc.) can not, because of its status is not defined.

An outlined that the introduction of information should be taught to YERDR Resolution and provide a right of appeal making investigators, prosecutors YERDR to information about the circumstances that indicate a criminal offense that includes the crime investigator obliged to draw up a resolution on the introduction of data to YERDR, which should describe the circumstances that indicate a criminal offense as grounds to initiate criminal proceedings, which upon request shall be awarded to participants of criminal proceedings and that in the future will be able to challenge it in the manner provided in Article 303 of the CPC of Ukraine on reasonable grounds to start pre investigation.

Given the numerous human rights violations during detention order st.208 Code of

Ukraine, the author proposed to provide right of the defense to challenge the detention, a college of automatic testing of judicial review of the grounds and legality of detention, which will depend on previous complaints or statements detainee in case of failure of supply of various circumstances, strengthening guarantees of detainee rights in criminal proceedings by setting specific time limits promptness bringing a detainee to the investigating judge; direct ban on detention for the time exceeding clearly established for such detention; introducing liability for exceeding time limits promptness bringing a detainee to the investigating judge; direct prohibition on implementation of arrest if the crime was to know only the words of others, in the absence of clear signs (traces of) a criminal offense; acceptable methods and the use of force in the exercise of detention and duty investigating judge to verify the legality of detention if such verification demands to the detained person or his counsel.

An argument on the need for a PDA predictions Ukraine rozstayemnennya material NSRD duty for a certain period of time of the NSRD with the aim of providing access to them by the defense.

Keywords: the defense, the suspect, the right to protection, illegal detention, review of materials, pre-trial investigation.