

відомими суб'єкту для наявності певного злочину, передбаченого Особливою частиною КК України. Таких обставин досить багато. Завідомість може стосуватись фактичного характеру дій винуватої особи (наприклад, неправдивість розповсюджуваних відомостей), правового значення вчинюваних дій (наприклад, неправосудність вироку, неправомірність дій), настання можливих наслідків, ознак характеристики потерпілої від злочину особи (наприклад, неповнолітній вік, вагітність), властивостей предмета злочину (наприклад, розголошення відомостей, які є завідомо заборонені для цього) тощо. Враховуючи зазначене, завідомість належить до характерних ознак саме інтелектуального ставлення суб'єкта до цих обставин.

Питання про форму вини у злочинах, вчинених із ознаками завідомості, вирішується у кримінально-правовій науці неоднозначно. Інколи зазначається, що завідомість виключає злочинну самовпевненість та недбалість (тобто необережну форму вини) і можлива лише при умисній формі вини. При цьому, ми вважаємо необґрунтованим посилання на те, що завідомість завжди свідчить лише про прямий умисел в межах реалізації суб'єктивної сторони складу злочину.

Необхідно зазначити, що, хоча у переважній більшості випадків, завідомість обумовлює саме умисну форму вини, однак можливі і такі ситуації, коли завідомість може бути ознакою злочину, вчиненого з необережності. Так, психічне ставлення суб'єкта до суспільно небезпечних діянь може полягати у злочинній самовпевненості (наприклад, ненадання без поважних причин допомоги хворому медичним працівником, який зобов'язаний, згідно з установленними правилами, надати таку допомогу, якщо йому завідомо відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого – ч. 1 ст. 139 КК України. Також, завідомість може бути ознакою злочину вчиненого за наявності злочинної недбалості. Наприклад, при вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 133 КК України, особа знає про наявність у неї венеричної хвороби, але може легковажно не передбачати можливості зараження такою хворобою іншої людини. Саме тому завідомість необхідно розглядати не лише як самостійно існуючу ознаку суб'єктивної сторони, не пов'язуючи її із іншими елементами складу злочину, а лише у зв'язку із ними і обов'язково як ознаку умислу чи необережності при визначенні форм та видів вини.

Під час аналізу суб'єктивної сторони конкретних складів злочинів потрібно також дати відповідь на питання не лише про форму вини, але і про характер психічного ставлення винуватої особи до об'єктивних ознак складу злочину. Інколи термін «завідомість», який використовується у диспозиції норм Особливої частини КК України, визначає таке ставлення. Однак питання щодо характеру психічного ставлення суб'єкта злочину до об'єктивних ознак складу злочину не знайшло повного вирішення у теорії кримінального права. Оскільки умисне діяння передбачає усвідомлення особою його суспільно небезпечного характеру, то, вочевидь, усі обставини, які впливають на характер суспільної небезпечності, мають бути відомі суб'єкту злочину, а обставини при здійсненні умисних злочинів, про які винувата особа не могла і не повинна була знати, не можуть мати місця і є об'єктивним інкримінуванням. На думку деяких вчених, вказівка у складах умисних злочинів на завідомість була б зайвою, якби умисна форма вини передбачала обов'язкове усвідомлення суб'єктом всіх об'єктивних ознак злочину (Михайлов В. Суб'єктивна сторона зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 130 КК України). / В.Михайлов // Вісник Академії правових наук України. – 2010. - № 2 (61). – С. 217-225).

Гловюк І.В.

доктор юридичних наук, доцент,

в.о. завідувача кафедри кримінального процесу

Національного університету «Одеська юридична академія»

АДВОКАТ ЯК УЧАСНИК СУДОВО-КОНТРОЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Стадія досудового розслідування характеризується найбільш істотними засобами обмеження конституційних та процесуальних прав та свобод особи у кримінальному провадженні, у зв'язку з чим законодавець розширив сферу судового контролю у цій стадії, передбачивши спеціально уповноваженого на це суб'єкта – слідчого суддю. Обсяг та характер

питань, які вирішуються слідчим суддею у досудовому розслідуванні, їх важливість для учасників кримінального провадження дозволяє ставити питання про необхідність участі адвоката у їх вирішенні.

Адвокат у якості захисника та представника може брати участь у різних судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні. До них відносяться такі: участь у розгляді клопотання слідчого, прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування (ст. 297³ КПК) – захисник; участь у розгляді клопотання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом (ч. 1 ст. 151 КПК), продовження строку тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом – захисник; участь у розгляді клопотання про відсторонення від посади (ч. 1 ст. 156 КПК), продовження строку відсторонення від посади – захисник; враховуючи, що захисник користується процесуальними правами підозрюваного, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним і не може бути доручена захиснику – подання клопотання про скасування відсторонення від посади (ч. 3 ст. 158 КПК); заявлення клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів (ч. 1 ст. 160 КПК) – захисник; участь у розгляді клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів (ч. 4 ст. 163 КПК) – захисник; заявлення клопотання про обшук у порядку ч. 1 ст. 166 КПК – захисник; ініціювання арешту майна – представник цивільного позивача (враховуючи, що представник користується процесуальними правами цивільного позивача, інтереси якого він представляє, то представник цивільного позивача вправі заявити клопотання про арешт майна) (ч. 1 ст. 171 КПК); участь у розгляді клопотання про арешт майна – захисник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ч. 1 ст. 172 КПК); представник цивільного позивача (враховуючи, що представник користується процесуальними правами цивільного позивача, інтереси якого він представляє); представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт (враховуючи формулювання "іншого власника майна" та те, що представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, користується процесуальними правами третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інтереси якої він представляє); участь у розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу (ч. 1 ст. 193 КПК) – захисник; участь у розгляді клопотання про продовження строку тримання під вартою, домашнього арешту (ч. 4 ст. 199 КПК) – захисник; подання клопотання про зміну запобіжного заходу, у тому числі зміну чи скасування додаткових обов'язків, зміну способу їх виконання – захисник; участь у розгляді клопотання про зміну, скасування запобіжного заходу, скасування додаткових обов'язків, зміну способу їх виконання (ч. 4 ст. 201 КПК) – захисник; ініціювання звільнення підозрюваного, участь у розгляді звернення за ст. 206 КПК – захисник (хоча участь у розгляді прямо не передбачена); участь у судовому засіданні з вирішення питання про звернення застави в дохід держави (ч. 9 ст. 182 КПК) – захисник (враховуючи, що захисник користується процесуальними правами підозрюваного, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним і не може бути доручена захиснику); участь у розгляді клопотання про передання неповнолітнього підозрюваного під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи (ч. 6 ст. 493 КПК) – захисник; подання клопотання про передання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи під час розгляду питання про обрання запобіжного заходу (ч. 6 ст. 493 КПК) – захисник; подання заяви про відвід – захисник, представник (ч. 2 ст. 80 КПК); участь у розгляді заяви про відвід – захисник, представник (ч. 3 ст. 81 КПК); подання клопотання про становлення строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ, у разі зволікання при ознайомленні з ними сторони обвинувачення (ч. 10 ст. 290 КПК) – захисник; участь у розгляді клопотання про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ (ч. 10 ст. 290 КПК) – захисник; участь у розгляді клопотань щодо речових доказів, передбачених пунктами 2, 4 та абзацом сьомим частини шостої ст. 100 КПК – захисник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ч. 1 ст. 172 КПК); представник цивільного позивача (враховуючи, що представник користується процесуальними правами цивільного позивача, інтереси якого він представляє); представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт (враховуючи формулювання "іншого власника

майна" та те, що представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, користується процесуальними правами третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інтереси якої він представляє); подання клопотання, участь у розгляді клопотання про примусове отримання зразків для експертизи (ч. 2, 3 ст. 245 КПК) – захисник; подання клопотання про направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи, участь у розгляді клопотання (ч. 2 ст. 509 КПК) – захисник; подання клопотання про примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи (ч. 3 ст. 242 КПК) – захисник (хоча участь у розгляді прямо не передбачена); оскарження дій, бездіяльності, рішень слідчого, прокурора – представник потерпілого, захисник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, представник цивільного позивача, представник цивільного відповідача (ст. 303 КПК); подання клопотання про допит свідка, потерпілого у порядку ст. 225 КПК – захисник (ч. 1 ст. 225 КПК); допит свідка, потерпілого у порядку ст. 225 КПК – захисник (ч. 1 ст. 225 КПК); участь у допиті свідка у порядку ст. 225 КПК – адвокат свідка (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК); участь у допиті потерпілого у порядку ст. 225 КПК – представник потерпілого (враховуючи, що представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє); подання клопотання про залучення експерта (ч. 3 ст. 243 КПК); участь у розгляді клопотання про залучення експерта (ч. 3 ст. 244 КПК); присутність при допиті за запитом компетентного органу іноземної держави (ст. 567 КПК); участь у розгляді клопотання про застосування тимчасового арешту (ч. 6 ст. 583 КПК); участь у розгляді клопотання про застосування екстрадиційного арешту (ч. 7 ст. 584 КПК); присутність при оформленні згоди особи на її видачу (ч. 2 ст. 588 КПК); оскарження рішення про видачу особи (екстрадицію) (ч. 1 ст. 591 КПК); участь у розгляді скарги на рішення про видачу особи (екстрадицію) (ч. 3 ст. 591 КПК); оскарження ухвали слідчого судді, участь у розгляді скарги – захисник, представник потерпілого, представник цивільного позивача, представник цивільного відповідача, представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ст. 309, ст. 422 КПК).

Проте, ряд питань участь адвоката у різних кримінально-процесуальних статусах у судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні залишилися не вирішеними у КПК, що висуває питання щодо можливості забезпечення особі кваліфікованої правової допомоги при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження, оскарженні дій, бездіяльності, рішень слідчого, прокурора тощо.

Так, особа, на яку було накладено грошове стягнення та яка не була присутня під час розгляду цього питання слідчим суддею, має право подати клопотання про скасування ухвали про накладення на неї грошового стягнення. Грошове стягнення може бути накладено на підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, цивільного відповідача, поручителя, батьків, опікунів і піклувальників неповнолітнього, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Питання про можливість / неможливість забезпечення представництва виникає у випадку накладення грошового стягнення на свідка, потерпілого, цивільного відповідача, поручителя, батьків, опікунів і піклувальників неповнолітнього, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, оскільки КПК вказує лише на саму особу, на яку було накладено грошове стягнення та яка не була присутня під час розгляду цього питання слідчим суддею, як на суб'єкта подання клопотання про скасування ухвали про накладення на неї грошового стягнення, не згадуючи про можливість представництва цієї особи; це стосується і участі у судовому розгляді відповідного клопотання.

Істотною прогалиною КПК є і те, що представництво заявника взагалі і не згадується, хоча реальна необхідність у ньому наявна, на що вже вказувалося і літературі (Криклицев Д.Є. Щодо розширення суб'єктних меж судового захисту під час досудового розслідування // Адвокатура: минуле та сучасність: матеріали V Міжнар. наук. конф. (14 листоп. 2015 р., м. Одеса) / уклад.: І.В. Гловюк, О.В. Малахова, Л.Ю. Чекмарьова; відп. за вип. М.М. Стоянов. – Одеса: Юридична література, 2015. – С. 214-215). Не регламентовано і питання про представництво володільця майна, щодо якого розглядається клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, адже у ч. 4 ст. 163 КПК передбачено лише участь у розгляді клопотання саме особи, у володінні якої знаходяться речі і документи, а про можливість участі

її захисника, представника і не згадується. Не вирішено питання і про представництво володільця тимчасово вилученого майна (крім підозрюваного) у ст. 303 КПК у контексті оскарження у неповернення тимчасово вилученого майна, на яке має право, якщо буквально тлумачити ст. 303 КПК, саме володільця тимчасово вилученого майна, а не його представник. Не регламентовано у контексті ст. 303 КПК і можливість представництва особи, якій відмовлено у визнанні потерпілою.

Ст. 166 КПК містить важливу гарантію для особи, якій не надано фактичного доступу до речей і документів. Так, у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження, якій надано право на доступ до речей і документів на підставі ухвали, має право постановити ухвалу про дозвіл на проведення обшуку згідно з положеннями КПК з метою відшукування та вилучення зазначених речей і документів. Стосовно сторони захисту виникає питання, чи вправі вона брати участь у розгляді клопотання про обшук, адже формулювання "згідно з положеннями цього Кодексу" відсилає до ч. 4 ст. 234 КПК, яке передбачає, у свою чергу, що клопотання про обшук розглядається у суді в день його надходження за участю слідчого або прокурора. Але, якщо клопотання подане стороною захисту, доцільність участі у розгляді клопотання слідчого або прокурора є дуже сумнівною, а участі сторони захисту – навпаки, необхідною.

Участь у розгляді клопотань щодо речових доказів, передбачених пунктами 2, 4 та абзацом сьомим частини шостої ст. 100 КПК, передбачена, як вказувалося вище, для захисника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ч. 1 ст. 172); представника цивільного позивача (враховуючи, що представник користується процесуальними правами цивільного позивача, інтереси якого він представляє); представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт (враховуючи формулювання "іншого власника майна" та те, що представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, користується процесуальними правами третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інтереси якої він представляє). Проте, питання про представництво інших осіб, на майно яких накладено арешт з метою збереження речових доказів, у ч. 7 ст. 100 КПК не регламентовано.

Певні зауваження виникають і при аналізі ч. 10 ст. 290 КПК стосовно встановлення строку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження. 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. Тобто, попри те, що відповідний строк може бути встановлений не тільки для сторін, а й для потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, на слідчого суддю не покладено обов'язок їх повідомлення, що викликає питання у контексті можливості застосування цієї кримінально-процесуальної санкції без відома та за відсутності зацікавлених осіб; відповідно, як наслідок, питання про їх юридичне договірне представництво у цьому випадку залишається відкритим. Відповідно, у контексті ч. 10 ст. 290 слід насамперед передбачити необхідність повідомлення не тільки сторін, а й потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, про розгляд клопотання, оскільки діюча нормативна регламентація цього питання суперечить ч. 3 ст. 21 КПК щодо того, що "Кожен має право на участь у розгляді в суді будь-якої інстанції справи, що стосується його прав та обов'язків, у порядку, передбаченому цим Кодексом", оскільки порядок, відповідно, КПК не урегульовано.

Вирішення вищенаведених питань представництва осіб у судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні можливо шляхом приведення деяких положень КПК у відповідність із оновленими положеннями Конституції України щодо професійної правничої допомоги. Зокрема, ст. 59 Конституції України закріплює, що кожен має право на професійну

правничу допомогу. Натомість, ст. 20 КПК як засаду кримінального провадження формально передбачає забезпечення права на захист, що, з одного боку, ніяк не тотожне праву на правничу допомогу, а з іншого боку, враховуючи положення ч. 4 цієї ж статті – "Участь у кримінальному провадженні захисника підозрюваного, обвинуваченого, представника потерпілого, представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, не звужує процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, третьої особи, щодо майна якого вирішується питання про арешт", ця засада потенційно має більш широке змістове наповнення, ніж вказано у назві статті. О.П. Кучинською справедливо запропоновано та обґрунтовано нову назву принципу: "Принцип забезпечення права на захист та кваліфіковану правову допомогу", а також необхідність включення до його змісту положення, відповідно до якого кожна особа, незалежно від процесуального статусу в кримінальному провадженні, має право вільно, без неправомірних обмежень отримувати кваліфіковану правову допомогу в формах, передбачених кримінальним процесуальним законом, і в обсязі, необхідному для захисту її прав і законних інтересів (Кучинська О.П. Роль принципів кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / О. П. Кучинська; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. - К., 2013. – С. 5). Проте, вбачаємо за можливе надати певні пропозиції щодо уточнення назви відповідної засади. Виходячи з того, що професійна правнича допомога може бути надана різним учасникам кримінального провадження та у різних формах, то доцільно закріпити назву засади як "Забезпечення права на професійну правничу допомогу", що дозволить охопити абсолютно усі випадки задоволення потреб людини у кваліфікованій правовій допомозі у кримінальному провадженні, у тому числі – у судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні.

Костюченко О.Ю.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
адвокат, Голова Науково-експертної ради та
член правління Асоціації адвокатів України*

РОЗШИРЕННЯ ГАРАНТІЙ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА-ЗАХИСНИКА ТА ПРЕДСТАВНИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Для підвищення ефективності надання адвокатами правничої допомоги у формі захисту чи представництва в кримінальному процесі необхідним є не тільки розширення обсягу прав, а й збільшення гарантій адвокатської діяльності та засобів їх забезпечення, вдосконалення механізму їх реалізації. Результати опитування адвокатів свідчать про необхідність запровадження більш суттєвих заходів захисту адвокатів від неправомірного втручання в їх діяльність, особливо в кримінальному провадженні (98 %).

Для вирішення цих завдань робочою групою Ради з питань судової реформи при Президенті України підготовлено Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» / Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>) та інших законодавчих актів, що регулюють адвокатську діяльність» (далі Законопроект).

Позитивом Законопроекту слід визнати новели, що кримінальні провадження відносно адвокатів здійснюються слідчими органів Державного бюро розслідувань. Крім того, розширення обсягу гарантій адвокатської діяльності, зокрема: будь-які заходи забезпечення кримінального провадження, оперативно-розшукові заходи та слідчі (розшукові) дії, в тому числі негласні, відносно адвоката, застосування до нього запобіжного заходу, затримання або будь-яке обмеження свободи пересування адвоката здійснюються лише на підставі рішенням слідчого судді апеляційного суду, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя та виключно у зв'язку із кримінальними правопорушеннями, у вчиненні яких підозрюється адвокат; заборону проникнення в житло або інше володіння адвоката,