

Крицька Ірина Олександрівна

кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри кримінального процесу

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ПРИ ПРОВЕДЕННІ СЛІДЧИХ
(РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: ПРОБЛЕМИ ЗЛОВЖИВАННЯ
ПОВНОВАЖЕННЯМИ З БОКУ СТОРОНИ ОБВИНУВАННЯ**

Перманентні законотворчі спроби регламентувати на нормативні рівні питання, пов'язані із неприпустимістю зловживання процесуальними правами і повноваженнями, а також постійний інтерес до відповідного аспекту на рівні теоретичних розробок і правозастосовної практики яскраво свідчить про актуалізацію проблематики цієї спрямованості. Незважаючи на те, що повноваження слідчого (детектива), дізнавача, прокурора при проведенні слідчих (розшукових) дій визначені досить конкретизовано, аналіз окремих правових приписів КПК та підходів, викладених у судових рішеннях, яскраво вказує на існування достатнього поля для зловживання процесуальними повноваженнями суб'єктами сторони обвинувачення. Зупинимося на окремих з них.

Зловживання повноваженням на залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії. Насамперед, пропонуємо звернути увагу на прояв зловживання, що може мати місце при проведенні більшості слідчих (розшукових) дій. Йдеться про застосування ст. 53 КПК, якою передбачено залучення захисника для проведення окремих процесуальних дій, без обґрунтованих для цього підстав. У світлі цього доцільно вказати на реальну мету, задля якої, на наш погляд, взагалі регламентовані відповідні приписи у ст. 53 КПК. Йдеться, зокрема, про забезпечення підозрюваному права на ефективний захист навіть у ситуації, коли його захисник з об'єктивних для

сторони обвинувачення причин (тобто не залежних від неї) не прибув для участі у відповідній процесуальній дії, при цьому відкладення її проведення може мати негативні наслідки для ефективності досудового розслідування. Водночас, у разі, якщо мета, яку переслідує слідчий, дізнавач або прокурор, залучаючи захисника в порядку ст. 53 КПК, є іншою – присутність під час слідчої (розшукової) дії іншого адвоката, який не обізнаний з фактичними обставинами справи, який не зможе забезпечувати захист на належному рівні з одночасною відсутністю захисника, що на постійній основі представляв інтереси підозрюваного в цьому кримінальному провадженні, а тому володіє повною інформацією щодо матеріалів досудового розслідування – може мати місце саме зловживання процесуальними повноваженнями.

У ключі піднятого питання відмітимо, що на поширеність і, одночасно, загрозливість вказаного явища вказується у значній кількості звітів, присвячених питань дотримання положень кримінального процесуального законодавства. Так, наприклад, у «Звіті щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України» (підготовлено в рамках проєкту Ради Європи «Підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні») відзначається розповсюдженість практики неправильного оцінювання слідчими «обставин, за яких ч. 1 ст. 53 КПК дозволяє залучати захисника...». Наводяться приклади із практики адвокатів, які зазначали, що «норму про таке залучення використовують щодо найважливіших слідчих дій і це призводить до участі захисників, які не знають деталей справи, байдужі до становища обвинуваченого, а іноді навіть поділяють позицію сторони обвинувачення». Утім, серед авторів вказаного звіту пропозиція щодо вилучення цієї норми із КПК не отримала підтримки, натомість наголошено на обов'язковості врахування умов для її застосування – передусім, підтвердження заявленого негативного впливу через відкладення проведення слідчої (розшукової) дії та неможливість забезпечити участь захисника. Інакше має бути застосований механізм оскарження під час підготовчого провадження, врегульований ч. 2-3 ст.

303, ст. 314-316 КПК, та поставлено питання про визнання відповідних фактичних даних, недопустимими як доказ [1; с. 20-21].

На розглядувану проблему звернуто увагу й у Звіті «Ефективне застосування та модернізація Кримінального процесуального кодексу України у світлі принципу змагальності та права на захист», підготовленому Всеукраїнською громадською організацією «Асоціація правників України» - зокрема, наголошено на потребі визначення у законодавстві поняття невідкладності процесуальної дії («можливість зникнення доказів, якщо не провести дію у цей момент») та запропоновано «надати повноваження прокурору щодо визначення невідкладності дії та прийняття рішення про проведення таких дій із залученням іншого адвоката» [2; с. 11]. На наш погляд, запропоновані у наведених вище звітах пропозиції (а саме, щодо застосування порядку оскарження, заперечення допустимості відповідних фактичних даних, і, з погляду *de lege ferenda*, нормативного закріплення дефініції поняття «невідкладна процесуальна дія») можуть стати основною механізмом запобігання розглядуваного прикладу зловживання.

Зловживання процесуальним повноваженням на допуск адвоката до проведення обшуку житла чи іншого володіння особи

У спеціальній юридичній літературі з цього аспекту звертається увага на те, що участь захисника у проведенні обшуку може сприяти зменшенню кількості зловживань і порушень норм кримінального процесуального законодавства з боку працівників правоохоронних органів – з огляду на що важливого значення набуває унеможливлення неоднозначного тлумачення відповідних положень ст. 236 КПК [3; с. 130]. При цьому, повноваження щодо допуску адвоката до місця проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, регламентоване ч. 1, абз. 3 ч. 3 ст. 236 КПК, не рідко саме стає предметом зловживань з боку слідчого (детектива), дізнавача або прокурора.

Так, наприклад, у звіті, присвяченому неформальним практикам, що складаються під час застосування положень КПК, відмічається те, що, хоча участь адвоката потенційно може зменшити кількість порушень з боку

правоохоронних органів при проведенні обшуку, поширеним явищем є фізичне позбавлення цього суб'єкта можливості взяти участь в ньому через вказівки з боку слідчих оперативними працівникам не впускати осіб до місця проведення відповідної слідчої (розшукової) дій [4; с. 13].

Утім, доцільно зауважити, що після доповнення у 2017 році ч. 1 ст. 236 КПК реченням п'ятим та абзацом третім ч. 3 цієї ж статті, такі дії підпадатимуть під пряму заборону, а отже становитимуть порушення кримінального процесуального законодавства. Водночас, підґрунтя для зловживань все одно залишається через можливість довільного тлумачення речення п'ятого ч.1 ст. 236 КПК, відповідно до якого повноваження адвоката мають бути підтверджені згідно з положеннями ст. 50 КПК. З огляду на що адвокати не допускаються до місця проведення обшуку з причин ненадання ними належним чином засвідченого витягу з Єдиного реєстру адвокатів України та/або договору про надання правової допомоги.

Що стосується вимоги про надання першого документу (витягу з реєстру), звернемо увагу на те, що у згадуваному вище звіті щодо неформальних практик це питання піддано короткому аналізу, за підсумками якого констатовано, що подібна вимога може вважатися законною тільки в тому разі, якщо слідчий, прокурор у режимі прямого доступу до офіційного веб-сайту Національної асоціації адвокатів України не можуть перевірити відомості щодо конкретного адвоката в реєстрі адвокатів – інакше такі дії порушують правила процесуального закону [4; с. 11-12].

Стосовно другого аспекту відмітимо, що, вочевидь, адвокат, прибуваючи за викликом особи на місце проведення обшуку, не завжди має попередньо укладений з цією особою письмовий договір. Однак, зважаючи на положення ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якою «у передбачених законом випадках, договір про надання правової допомоги може вчинятися усно, зокрема, якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим», такі обставини не мають стати перешкодою для допуску адвоката,

за умови подальшого укладення договору в письмовій формі протягом трьох днів.

З огляду на вказане, протилежний підхід до тлумачення положень ч. 1 ст. 236 КПК може бути розцінений як зловживання процесуальними повноваженнями. Проте, зважаючи на відсутність у чинній редакції КПК приписів, що передбачали б можливість оскарження порядку проведення обшуку та/або його результатів під час досудового розслідування, єдиним можливим кримінальним процесуальним засобом постфактум-реагування на нього наразі є заявлення клопотання про визнання відповідних фактичних даних недопустимими як доказ під час судового провадження (п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК).

Список використаних джерел:

1. «Звіт щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України» (підготовлено в рамках проєкту Ради Європи «Підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні»). URL: <https://rm.coe.int/168044f56b>
2. Звіт «Ефективне застосування та модернізація Кримінального процесуального кодексу України у світлі принципу змагальності та права на захист» (підготовлений Всеукраїнською громадською організацією «Асоціація правників України»). URL: https://uba.ua/documents/doc/pdf/Zvit_EU_fin.pdf
3. Крицька, І. Дзюба, Я. Проблемні питання допуску адвоката до участі у проведенні обшуку. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2021. №1. С.122-132.
4. Банчук О.А., Дмитрієва І.О., Лобойко Л.М., Саїдова З.М. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України. Київ: Москаленко О.М., 2014. 41 с.