



УДК 343.14+343.135

## ВИПАДКИ ОBOB'ЯЗKОВОЇ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Рогатинська Н.З., к. ю. н., доцент,  
завідувач кафедри публічного права юридичного факультету  
Тернопільський національний економічний університет

Колосівська М.Б., студентка III курсу  
юридичного факультету  
Тернопільський національний економічний університет

Стаття присвячена положенням, що стосуються правової допомоги захисника та його обов'язкової участі у кримінальному провадженні. Детально розглядаються конкретні випадки обов'язкової участі захисника за чинним кримінальним процесуальним законодавством. Доведено, що право особи на справедливий суд є обмеженим, та обґрунтована необхідність розширення переліку осіб, що можуть виступати захисниками у кримінальному процесі.

**Ключові слова:** захисник, обов'язкова участь захисника, правова допомога, спеціальне досудове розслідування.

Статья посвящена положениям, касающимся правовой помощи защитника и его обязательного участия в уголовном производстве. Подробно рассматриваются конкретные случаи обязательного участия защитника по действующему криминально-процессуальному законодательству. Доказано, что право человека на справедливый суд ограничено, и обоснована необходимость расширения перечня лиц, которые могут выступать защитниками в уголовном процессе.

**Ключевые слова:** защитник, обязательное участие защитника, правовая помощь, специальное досудебное расследование.

Rohatynska N.Z., Kolosivska M.B. THE CIRCUMSTANCES OF MANDATORY PARTICIPATION OF ADVOCATE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The article is devoted to the provisions relating to legal assistance and obligatory participation of advocate in criminal proceedings. Details the specific cases obligatory participation a lawyer under current criminal procedural law is analyzed. Proved that the right to a fair trial is limited and important is the necessity of expanding the list of people who can be lawyers in criminal cases.

**Key words:** advocate, mandatory participation of advocate, legal assistance, special pre-trial investigation.

**Постановка проблеми.** Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека відповідно до ст. 3 Конституції України визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1]. З огляду на розвиток Української держави, інститутів демократії та гуманізму, правових поглядів, які сповідують міжнародні організації, та позицій Європейського суду з прав людини, одним із невід'ємних прав особи є її право на захист, а захисник є основним і практично єдиним (крім самого обвинуваченого або підозрюваного) учасником кримінального процесу з боку захисту, на якому лежить тягар забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, засудженому, виправданому права на правовий захист. Також виконання такої засади кримінального процесу, як забезпечення права на захист у сукупності з іншими засадами забезпечить виконання завдань кримінального судочинства.

**Результати дослідження.** Питання обов'язкової участі адвоката-захисника у кримінальному процесі розглядали такі дослідники, юристи та адвокати, як Н.С. Алексєєва, В.П. Божев, О.М. Баєв,

Р.С. Белкін, І.Л. Петрухін, З.В. Макарова, Т.Г. Морщакова, А.Д. Прошляков, Н.В. Радутна, В.М. Савицький, Ю.І. Стецовський, С. Арія, М.Ю. Барщевський, М.А. Говштейн, Г.П. Падва та ін.

**Метою** даної статті є проаналізувати положення, що стосуються обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні, здійснити порівняльний аналіз таких законодавчих актів, як кримінальний-процесуальний кодекс 1960 р. та чинний КПК 2012 р. в аспекті зазначеної проблематики.

**Виклад основного матеріалу.** Однією із засад кримінального провадження, яка також віднесена і до конституційних засад, є «забезпечення права на захист». Ця засада повинна виконуватись на усіх стадіях кримінального провадження, але, передусім, закріплення її у законодавстві є гарантією для встановлення об'єктивної істини та винесення законного, обґрунтованого та справедливого вироку. Помилково вважати, що таке надане законодавством право є нічим іншим, як можливістю уникнути відповідальності за вчинене злочинне діяння. Але ні Конституція, ні кримінально-проце-

суальне законодавство не надають можливості захищати незаконні інтереси та забороняють використовувати незаконні засоби захисту.

Забезпечення права на захист полягає у наданні підозрюваному, обвинуваченому, виправданому, засудженому можливості подати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, права збирати та подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені кримінально-процесуальним кодексом [2, с. 12]. Це право вказаних суб'єктів кримінального провадження на захист являє собою сукупність наданих їм законом повноважень для спростовування підозри або обвинувачення, пом'якшення покарання, а також захисту своїх особистих інтересів. Незабезпечення підозрюваному (обвинуваченому) можливості особисто відстоювати свої інтереси у кримінальному провадженні всіма допустимими засобами і способами або обмеження його можливості скористатися допомогою захисника є істотним порушенням кримінального процесуального закону, що тягне за собою скасування вироку й визнання недійсними інших рішень і дій [4, с. 61–62]. Пункт 2 ст. 20 КПК також надає особі, яка потребує захисту, права на правову допомогу з боку обраного нею чи призначеного захисника. Це передусім наділяє слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд зобов'язанням роз'яснити такій особі її права та забезпечити їх, у чому виражається й публічний характер кримінально-процесуального права.

Призначення захисника ще не означає надання повної правової допомоги, адже захисник в силу певних суб'єктивних чи об'єктивних обставин може не забезпечити ефективну реалізацію права на захист особі, на що повинні одразу ж зреагувати правоохоронні органи та вжити всіх необхідних заходів, зокрема надати такій особі можливість замінити захисника чи призначити іншого, якщо особа сама не в змозі цього зробити в силу фізичних чи матеріальних обставин. Але все ж захисник є одним із реалізаторів права особи на захист та гарантією здійснення справедливого судочинства.

Захисник згідно зі ст. 45 КПК – це адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд

питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) [2, с. 30]. Як правило, відповідно до положення ст. 45 Кримінального процесуального кодексу 2012 р. в якості захисників можуть виступати лише адвокати, відомості про яких внесені до ЄРАУ, проте за часів дії КПК 1960 р. як захисники у справі допускались не лише адвокати, але й фахівці у галузі права, які відповідно до закону можуть надавати правову допомогу, а також близькі родичі, опікуни чи піклувальники обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого [5]. Хоча відповідно до ст. 59 Конституції України кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Ці положення законодавчих актів вступають у колізію, що потребує вирішення такої проблеми та внесення відповідних змін, оскільки ст. 44 КПК України обмежує конституційні права людини та суперечить Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, тобто порушує право на справедливий суд [6].

Відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатом є фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставі та в порядку, передбаченому цим законом. Згаданий законодавчий акт також надає визначення поняттю «захист», який є видом адвокатської діяльності, що полягає у забезпеченні захисту 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) [7]. Визначення поняття «захист» у вказаному Законі та визначення поняття «захисник» і змісту його діяльності у КПК є тотожними та не суперечать один одному.

У Кримінально-процесуальному кодексі також визначаються загальні правила участі захисника у кримінальному провадженні, його обов'язки, можливості залучення та відмови захисника від участі у провадженні.

Захисник може бути залучений у будь-який момент кримінального провадження будь-яким його суб'єктом: це може бути як підозрюваний, обвинувачений, так і слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд. Статтею 49 КПК урегульовано порядок залучення захисника слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням. У частині 1 вказаної статті поміщені випадки, коли працівники правоохоронних органів, які безпосередньо беруть участь у кримінальному провадженні,



зобов'язані забезпечити участь захисника у здійсненні кримінального судочинства. Це, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 49 КПК, якщо участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний, обвинувачений не залучили його [2, с. 32–33].

З метою реалізації таких засад, як забезпечення права на захист та доступу до правосуддя законодавець встановив випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. Це зумовлено тим, що особи, які володіють неповною дієздатністю чи є недієздатними, є найменш захищеними в міру свого стану. Порушення форми кримінального процесу найчастіше здійснюється саме у провадженні стосовно таких осіб. Що стосується обов'язкової участі захисника щодо особливо тяжких злочинів, покарання при таких злочинах є особливо великим аж до довічного позбавлення волі. На захисника тут покладається особливе завдання, адже якщо вирок буде винесений із порушенням законодавства, зокрема прав та свобод людини, це призведе до невиконання завдань кримінального судочинства, знівечення людської долі та зменшить віру у справедливе правосуддя.

Розглянемо положення ч. 1 ст. 52, у якій зазначається, що «участь захисника є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. У цьому випадку участь захисника забезпечується з моменту набуття особою статусу підозрюваного» [2, с. 33]. Відповідно до Кримінального кодексу особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного ув'язнення [8, с. 8]. Такі злочини завжди здійснюються умисно та становлять для держави особливу суспільну небезпеку та завдають об'єкту посягання максимально можливу шкоду. Найчастіше це такі склади злочинів, як ґвалтування і вбивство неповнолітніх, розчленування трупів, інші види вбивств, вчинених з особливою жорстокістю, вбивства кількох осіб. Ці злочини є огидними та жорстокими, що може призвести до їх суб'єктивної оцінки зі сторони обвинувачення та маніпулювання психологічним станом присяжних, присутніх на розгляді справи, чого має не допустити адвокат. Основним завданням для адвоката у таких справах буде не звільнення від відбування покарання винної особи, а перш за все захист її прав та недопущення обмеження у правах такої особи через вчинений нею проступок. Для держави передусім є важливим, щоб така особа, винна в осо-

бливо важкому злочині, понесла покарання згідно із законодавством, а порушені права були відновлені в міру можливості. Але, незважаючи на вчинений проступок, особа все ж залишається соціально цінністю держави, тому і права її також повинні бути захищені. Українське законодавство в питаннях довічного позбавлення волі за особливо тяжкі злочини не є досконалим і вимагає доопрацювань, оскільки таке покарання є економічно недоцільним і позбавляє людину будь-якої надії на звільнення. З'являються «безконтрольні засуджені», які вважають, що їм немає чого втрачати. Відповідно рівень інцидентів серед таких засуджених у місцях позбавлення волі є найвищими, як свідчать зарубіжні дослідження. «Нікого не можна заганяти у куток, навіть злочинця,» – це слова одного із начальників колонії довічників, і він правий. Отож, адвокат у такій справі зобов'язаний домогтись найгуманнішого покарання за особливо тяжкий злочин, що подарує людині надію на виправлення та можливість змінити своє життя.

У пункті 2 ст. 52 визначені інші випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. До них відносяться:

1) щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, – з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

2) 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. Пункт 1 та пункт 2 даної статті встановлюють обов'язкову участь захисника щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років чи стосовно яких передбачається застосування заходів виховного характеру. Залучення захисника у такому кримінальному провадженні здійснюється з моменту встановлення факту неповноліття осіб чи виникнення сумнівів у повнолітті таких осіб. Відповідно до постанови Пленуму ВСУ № 5 від 16 квітня 2004 р. «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» вік підсудного неповнолітнього встановлюється за документами, в яких вказана дата його народження. Якщо такі документи відсутні, то вік можна встановити із книги реєстрації актів громадянського стану, довідок Органів Внутрішніх Справ за місцем реєстрації громадян тощо. За відсутності і таких документів та неможливості їх отримання вік встановлюється

судово-медичною експертизою. Оскільки за результатами експертизи неможливо визначити точний вік, то днем народження вважається останній день року, вказаного експертом, а кількістю років вважається мінімальний вік, вказаний у висновку [9]. У випадках, коли у слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду з'являються сумніви щодо повноліття особи, вони зобов'язані негайно залучити захисника та призначити медичну експертизу;

3) щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права, – з моменту встановлення цих вад. Коли особа, учасник кримінального провадження, через психічні чи фізичні вади не в змозі повною мірою реалізовувати свої права, то з моменту встановлення цих вад обов'язково залучається захисник для допомоги такій особі у реалізації та захисті її прав. Як роз'яснює постанова Пленуму ВСУ № 8 від 24 жовтня 2003 р. «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» під особами, які через свої психічні чи фізичні вади не здатні повною мірою реалізувати свої права, слід розуміти не лише німих, глухих, сліпих осіб, а й осіб, котрі хоч і визнані осудними, але мають психічні вади, що перешкоджають самостійно захищатися від обвинувачення [10];

4) щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, – з моменту встановлення цього факту. Захисник у випадку, коли особа не володіє мовою, якою ведеться кримінальне провадження, повинен одразу ж залучитися із моменту встановлення факту неволодіння такою особою мовою кримінального провадження для допомоги у реалізації нею своїх прав;

5) 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. Установлення такого факту слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом може здійснюватись через медичні документи, що підтверджують у особи наявність психічного розладу чи захворювання, або якщо поведінка особи під час вчинення нею правопорушення чи після нього була і є неадекватною. Для перевірки таких фактів обов'язковим є призначення медичної експертизи та одразу після встановлення факту наявності психічної хвороби у особи до кримінального провадження має залучатись захисник;

6) щодо реабілітації померлої особи – з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи. Реабілітація – це відновлення у правах. У праві України реабілітація особи настає в результаті виправдального вироку, постанови (ухвали) про закриття справи за відсутністю події або складу злочину (з практики застосування термінів, слів та словосполучень у юриспруденції). Підставою щодо реабілітації померлої особи є подання до суду близькими родичами, в інтересах реабілітації померлої особи, належним чином завірених документів, які підтверджують факт смерті особи, щодо якої подано заяву про реабілітацію, та документ, що підтверджує родинний зв'язок заявника із померлою особою;

7) щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, – з моменту прийняття відповідного процесуального рішення. Цей пункт набрав чинності з 7 жовтня 2014 р. на основі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини». Вказаний Закон передбачає, що стосовно підозрюваного (обвинуваченого), який переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності, якщо він перебуває поза межами України, здійснюватиметься за обов'язкової участі захисника спеціальне кримінальне провадження. Можливість спеціального кримінального провадження стосується злочинів проти основ національної безпеки України та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, передбачених розділами I і XX Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), умисних вбивств (ст. ст. 115, 116, 118, 348, 379, 400 КК), злочинів, пов'язаних із терористичною діяльністю (ст. ст. 258, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585 КК), та корупційних злочинів (ст. ст. 191, 364, 3641, 365, 3652, 368, 3682, 3683, 3684, 369, 3692, 370 КК). Спеціальне досудове розслідування здійснюватиметься на підставі ухвали слідчого судді, а судово провадження – ухвали суду. При здійсненні спеціального судового провадження інформація про процесуальні документи, які підлягають врученню підозрюваному (обвинуваченому), та повістки про його виклик обов'язково публікуватимуться в засобах масової інформації України. З опублікуванням повістки про виклик підозрюваний (обвинувачений) вважатиметься належним чином ознайомленим з її змістом.



**Висновок.** Необхідно зазначити, що реформування інституту захисту у кримінальному провадженні відповідно до нового Кримінального процесуального кодексу у певній мірі відповідає положенням Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Проте деякі норми КПК 2012 р. потребують повторного вивчення, доопрацювання та нормативного вдосконалення, зокрема ст. 45 КПК 2012 р. порушує право особи на справедливий суд, а саме «захистити себе особисто чи використувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд» [6].

Що ж стосується обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні, то положення нового КПК 2012 р. більш якісно гарантують підозрюваному, обвинуваченому, потерпілому реалізацію права на захист, зокрема тим, що випадки обов'язкової участі адвоката значно розширені порівняно із КПК 1960 р. Для порівняння, у ст. 45 КПК 1960 р. вказано на обов'язковість адвоката лише у суді першої інстанції та якщо в апеляції ставиться питання про погіршення становища засудженого чи виправданого [5]. КПК 2012 р. визначає обов'язковість захисника за умов, вказаних у ст. 52, на всіх стадіях кримінального провадження, що, на нашу думку, збільшує можливість особи захистити свої законні інтереси. Також КПК 2012 р. вводить обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні щодо реабілітації померлої особи з моменту виникнення такого права, чого не було у КПК 1960 р. [2].

Також новелою у кримінальному процесуальному законодавстві є прийнятий Верховною Радою на позачерговому засіданні 7 жовтня 2014 р. Закон «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини», який вводить такі поняття, як «спеціальне досудове розслідування» та «спеціальне судове провадження», що дають можливість про-

ведення кримінального провадження щодо осіб заочно, тобто без обов'язкової їх присутності, щодо виключного переліку злочинів, вказаних у законі. Таке провадження передбачає обов'язкове залучення захисника, а повістка чи повідомлення підозрюваній чи обвинуваченій особі друкуватимуться у ЗМІ, що прирівнюватиметься до отримання повістки, повідомлення особою.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року зі змінами та доповненнями. – Харків : Парус-Друк, 2012. – 48 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 лип. 2014 р. : [офіц. текст]. – К. : Паливода А. В., 2014. – 328 с.
3. Вапнярчук В. Щодо поняття кримінального процесу та його внутрішньої структури / В. Вапнярчук // Вісник Національної академії правових наук. – 2013. – № 4(75). – С. 216–224.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар / Національна академія правових наук України. – Харків : Право, 2012. – 844 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України 1960 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Міжнародний документ від 4.11.1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
7. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».
8. Кримінальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 серп. 2014 року : [офіц. текст]. – К. : Паливода А. В., 2013. – 2012 с.
9. Постанова Пленуму ВСУ № 5 від 16 квітня 2004 р. «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх».
10. Постанова Пленуму ВСУ № 8 від 24 жовтня 2003 р. «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві».
11. Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини».