

Олександра ЯНОВСЬКА,
професор кафедри правосуддя
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
голова кваліфікаційної палати
кваліфікаційно- дисциплінарної комісії
адвокатури м. Києва,
доктор юридичних наук, доцент



ПРОТЕСТНА ДІЯЛЬНІСТЬ АДВОКАТА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Ефективний захист прав людини в кримінальному провадженні неможливий без усвідомлення ролі спеціальних правових інститутів у цьому процесі, а саме – адвокатури, покликаної активно сприяти охороні прав і свобод громадян, зміцненню законності і здійсненню правосуддя. Мету адвокатської активності в кримінальному провадженні взагалі можна визначити як протест проти порушення будь-яких прав та інтересів осіб, представництво або захист яких здійснює адвокат.

Під протестом зазвичай розуміють відносно відкриту реакцію на суспільну ситуацію. Загальноприйнятим є розрізнення таких видів протесту: політичний протест (протест, звернений до представників влади, мета якого – зміна політичної ситуації, найчастіше аж до повної зміни політичного курсу та режиму), соціальний протест (протест, спрямований проти соціальної нерівності, проблем, що існують у суспільстві, як правило, економічного характеру) та культурний протест (протест, викликаний якою-небудь подією у культурному житті і яка спричинила естетичне обурення населення). При цьому форми протесту можуть бути ненасильницькими (голосування проти всіх (протестне голосування), мітинг, мовчання, флешмоб, пікет, бойкот, голодування, петиція, марш протесту, страйк тощо) та насильницькими (бунт, перекриття доріг, захоплення адміністративних будівель, повстання, революція).

У кримінальному провадженні можна виділити такий вид протесту, як протест процесуальний, що дістає вияв у відкритій реакції адвоката на допущені порушення його прав і прав його клієнта. На мій погляд, формами такої протестної діяльності адвоката в кримінальному провадженні можуть бути: клопотання, заяви, вимоги, відводи, заперечення (зауваження, протести), скарги.

Заявлення клопотань абсолютно природне і правомірне, проте адвокати постійно стикаються з тим, що їх активна діяльність щодо заявлення клопотань як під час досудового розслідування, так і в суді викликає роздратування й протидію з боку органів слідства, прокуратури чи суду. Проте важко припустити, що професійний рівень захисту може бути належним, якщо адвокат не здійснюватиме належних дій протягом розслідування, а стане чекати доказів обвинувачення, щоб їх спростувати, не будучи впевненим, що зможе зробити це, а можливо, і взагалі втратить внаслідок своєї бездіяльності таку можливість.

Клопотання можна поділити на: 1) клопотання про надання можливості реалізувати прямо передбачене в законі право, при заявленні яких достатньо зазначити відповідну норму Кримінального процесуального кодексу (КПК) України. До таких належать клопотання захисника про надання побачення з підзахисним віч-на-віч, про пред'явлення захисникові матеріалів провадження для ознайомлення та інші клопотання адвоката про надання можливості використати права, зазначені в ст.ст. 42, 46, 56, 58, 61, 62, 63, 66 КПК України. Можливості вибору рішення за заявленим клопотанням в цих випадках слідчому, прокурору, слідчому судді, суду закон не надає, відмовити в такому клопотанні вони не мають права; 2) клопотання, на обґрунтування яких необхідно послатись на підставу, що сформульована в законі, і зазначити обставини, що свідчать про наявність цієї підстави. Наприклад, при заявленні клопотання про відвід слідчого, прокурора, судді слід послатись на норму закону, що надає це право, зазначити конкретні підстави для відводу й навести дані, що свідчать про наявність цих підстав. Таке клопотання підлягає задоволенню, якщо фактичні дані підтверджують наявність підстав для відводу; 3) клопотання, що пов'язані зі збиранням нових доказів, наприклад характеристик, різноманітних довідок, а також клопотання про проведення процесуальних дій, в тому числі про допит додаткових свідків, проведення огляду місця події, залучення експерта тощо; 4) клопотання, спрямовані на вирішення кримінального провадження по суті. Це – клопотання про закриття провадження, зміну кваліфікації злочину. У результаті оцінки наявного у справі доказового матеріалу адвокат встановлює обставини, які можуть бути підставою для подібних клопотань.

Підозрюваний, обвинувачений мають право заявляти клопотання про проведення процесуальних дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо (пункт 12 ч. 3 ст. 42 КПК). Право потерпілого заявляти клопотання визначено пунктом 4 ч. 1 ст. 56 КПК. Аналогічні права цивільного позивача та цивільного відповідача на заявлення клопотань передбачені ч. 3 ст. 62 та ч. 3 ст. 61 КПК.

У КПК України також містяться й інші норми, якими прямо передбачені права учасників кримінального провадження на заявлення клопотань. Так, в пункті 7 і пункті 8 ч. 1 ст. 66 КПК визначено право свідка заявляти клопотання про внесення до протоколу допиту змін, доповнень і зауважень, про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом.

Підозрюваний, обвинувачений, потерпілий мають право на звернення до прокурора, слідчого судді або суду з клопотанням, в якому викладаються обставини, що обумовлюють необхідність здійснення кримінального провадження (або окремих процесуальних дій) у більш короткі строки, ніж ті, що передбачені КПК України (ч. 6 ст. 28 КПК). Сторони кримінального провадження, потерпілий мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими (ч. 3 ст. 89 КПК). Ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань (ч. 3 ст. 93 КПК). За клопотанням учасників процесуальної дії під час досудового розслідування застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим (ч. 1 ст. 107 КПК). Пропущений із поважних причин строк повинен бути поновлений за клопотанням заінтересованої особи ухвалою слідчого судді, суду (ч. 1 ст. 117 КПК). Сторона кримінального провадження має право звернутися до слідчого судді із клопотанням провести допит свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні (ст. 225 КПК), допит, впізнання у режимі відеоконференції під час досудового розслідування (ст. 232 КПК). Обвинувачений у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді довічного позбавлення волі, під час підготовчого судового засідання має право заявити клопотання про розгляд кримінального провадження стосовно нього судом присяжних (ч. 2 ст. 384 КПК). За клопотанням сторони кримінального провадження суд має право дозволити доступ до відомостей, які були видалені з матеріалів досудового розслідування, які були в розпорядженні сторони обвинувачення (ч. 5 ст. 290 КПК).

Під час судового провадження суд вирішує клопотання учасників судового провадження (про здійснення судового виклику певних осіб до суду для допиту; витребування певних речей чи документів; про обрання, зміну чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження тощо – ч. 2, ч. 3 ст. 315, ч. 1 ст. 331, ч. 1 ст. 332, ч. 1 та ч. 2 ст. 333, ч. 2 ст. 336, ч. 13 ст. 352, ст.ст. 356, 358, ч. 2 ст. 363 КПК). У разі невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості потерпілий чи прокурор відповідно мають право звернутися до суду, який затвердив таку угоду, з клопотанням про скасування вироку (ч. 1 ст. 476 КПК). Питання, які виникають під час та після виконання вироку, вирішуються судом за клопотанням засудженого, його захисника, законного представника, органу або установи виконання покарань, а також інших осіб, установ або органів у випадках, встановлених законом (ст. 539 КПК). Клопотання також можуть бути заявлені й з деяких інших процесуальних питань.

У будь-якому разі заявлення клопотань адвокатом свідчить, зокрема, про наявність якихось порушень, прогалин, спрощень, допущених у ході слідства чи судового розгляду, у зв'язку з чим наведені адвокатом аргументи вимагають ретельної перевірки і оцінки прокурором, судом. Відхилення клопотань, спрямованих на збирання доказів, може мати наслідком суттєве обмеження прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого,

потерпілого, а також тяганину в судочинстві; воно є одним із джерел судових помилок. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) вважає, що принцип процесуальної рівності сторін як один із елементів більш широкої концепції справедливого судового розгляду вимагає, щоб кожній стороні надавалась розумна можливість представляти свою позицію за таких обставин, які не ставлять цю сторону в істотно не вигідне щодо протилежної сторони становище (див. пункт 72 і пункт 74 рішення ЄСПЛ від 7 червня 2001 р. у справі «Кресс проти Франції»¹).

Заява як процесуальна форма протесту може бути використана адвокатом для висловлення незгоди із певними діями чи рішеннями, що здійснюються чи приймаються посадовими особами та органами в кримінальному провадженні, а також з метою надання інформації уповноваженим органам щодо неправомірних дій та рішень, пов'язаних із процесуальною діяльністю адвокатів. Право адвоката на подання заяв передбачається окремими нормами кримінального процесуального законодавства: право потерпілого та, відповідно, його представника на негайне прийняття та реєстрацію заяви про кримінальне правопорушення (ч. 2 ст. 56 КПК); 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 (ч. 6 ст. 206 КПК); особи, у присутності яких здійснюється обшук, огляд при проведенні певної слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку, огляду (ч. 8 ст. 236, ч. 4 ст. 237 КПК); суд має право за заявою учасника кримінального провадження чи іншої заінтересованої особи виправити допущені в судовому рішенні цього суду описки, очевидні арифметичні помилки незалежно від того, набрало судове рішення законної сили чи ні (ч. 1 ст. 379 КПК); втрачені матеріали кримінального провадження можуть бути відновлені за заявою учасника судового провадження (ст. 525 КПК); право на подання заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України (ст. 446 КПК) та про перегляд за нововиявленими обставинами (ст. 460 КПК).

Новий КПК України вперше запровадив таку процесуальну форму адвокатської активності в кримінальному провадженні, як заявлення вимог. КПК України передбачає такі права адвоката на заявлення вимог: право вимагати перевірки обґрунтованості затримання (пункт 6 ч. 3 ст. 42 КПК); право вимагати відкриття матеріалів згідно зі ст. 290 КПК (пункт 14 ч. 3 ст. 42 КПК); право вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду,

¹ Див.: [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.rpqi.narod.ru/echr/another_3/kress.htm

в порядку, визначеному законом, а також відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердилися (пункт 17 ч. 3 ст. 42 КПК); право вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення (пункт 1 ч. 4 ст. 42 КПК). Загалом, керуючись ст. 8, ст. 9 КПК, адвокат має право вимагати здійснення кримінального провадження з додержанням принципу верховенства права, вимагати від суду, слідчого судді, прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого, інших службових осіб органів державної влади неухильного додержання вимог Конституції України, КПК України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства, практики ЄСПЛ. Крім того, адвокат має право вимагати у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосування загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 КПК.

Існує також ряд правових гарантій, які забезпечують право адвоката на заявлення вимог в кримінальному провадженні. Так, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника (ч. 7 ст. 46 КПК), в тому числі зобов'язані не пізніше 5 робочих днів з дня отримання запиту надати адвокату відповідну інформацію, копії документів, крім інформації з обмеженим доступом і копій документів, в яких міститься інформація з обмеженим доступом (ст. 24 Закону України від 5 липня 2012 р. «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Неправомірна відмова в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, на адвокатський запит, запит кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, її палати або члена відповідно до Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» тягне адміністративну відповідальність, передбачену ст. 212-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Законодавство України також визначає кримінальну відповідальність за 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 (ст. 397 Кримінального кодексу України).

Заявлення відводів також може розглядатись як прояв протестної діяльності адвоката. Адже клієнт має право розраховувати на суд безсторонній та справедливий, на правий суд, який виносить вирок за законом та совістю. В іншому разі захист чи представництво стає ілюзорним та неефективним, здійснення правосуддя ускладнюється. Вимога щодо неупередженості стосується не лише слідчих суддів та суддів, а й інших учасників кримінального провадження, яким може бути заявлений відвід, а саме: прокурора, слідчого, захисника, представника, спеціаліста, перекладача, експерта, секретаря судового засідання.

Заперечення є однією із найяскравіших форм протестної діяльності адвоката в кримінальному провадженні. Процесуальна форма заявлення та найчастіше і вирішення заперечень КПК України не визначена. Тож заперечення можуть заявлятися як в усній, так і в письмовій формах. Як один із різновидів заперечень можна розглядати зауваження, порядок подання та розгляду яких прямо передбачений в кримінальному процесуальному законодавстві. Також КПК України передбачає можливість заявлення сторонами протесту щодо поставленого запитання під час проведення допиту в ході судового розгляду.

Наприклад, адвокат має право під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу (пункт 10 ч. 3 ст. 42, пункт 4 ч. 2 ст. 56 КПК), а також подавати зауваження щодо журналу судового засідання та технічного запису судового розгляду (пункт 5 ч. 4 ст. 42, ч. 3 ст. 376 КПК). У разі, якщо сторона кримінального провадження чи потерпілий заперечує проти здійснення дистанційного досудового розслідування чи судового провадження, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд може прийняти рішення про його здійснення лише вмотивованою постановою (ухвалою), обґрунтувавши нею прийняте рішення. Рішення про здійснення дистанційного досудового розслідування чи судового провадження, в якому дистанційно перебуватиме підозрюваний, обвинувачений, не може бути прийняте, якщо він проти цього заперечує (ч. 2 ст. 232, ч. 2 ст. 336 КПК). Закриття кримінального провадження, звільнення від кримінальної відповідальності або ухвалення вироку з підстави, передбаченої пунктом 1 ч. 2 ст. 284 КПК, не допускається, якщо підозрюваний, обвинувачений проти цього заперечує (ч. 7 ст. 284, ч. 3 ст. 285 КПК). Під час допиту свідка сторонами кримінального провадження головуючий за протестом сторони має право зняти питання, що не стосуються суті кримінального провадження (ч. 8 ст. 352 КПК). Адвокат має право подавати заперечення на апеляційні та касаційні скарги (пункт 6 ч. 4 ст. 42, ст.ст. 402, 431 КПК).

Подання адвокатом скарг також є однією з форм процесуальної протестної діяльності. Аналізуючи суть скарг, не можна не помітити, що скарги – це завжди звернення з приводу вже допущеного порушення прав чи законних інтересів (на відміну від клопотань, що можуть бути спрямовані на запобігання такому порушенню). Відповідно до ст. 55 Конституції України кожному гарантується судовий захист його прав та свобод і можливість оскаржити до суду рішення, дії та бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань та посадових осіб. Стаття 24 КПК також гарантує кожному право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Підсумовуючи, слід зазначити, що новий КПК України суттєво розширив перелік прав адвоката, реалізуючи які він сприяє об'єктивізації ведення кри-

мінального процесу, а також охороняє від можливих і захищає від допущених порушень свої права і права свого клієнта (підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача (відповідача) або свідка).

ЯНОВСЬКА О. Протестна діяльність адвоката в кримінальному провадженні.

Стаття присвячена дослідженню ролі адвокатури в системі ефективного захисту прав людини в кримінальному провадженні. Окрему увагу автор приділяє процесуальним формам протестної діяльності адвоката в кримінальному провадженні. Відзначається, що процесуальний протест має на меті відкриту реакцію адвоката на допущені порушення своїх прав і прав свого клієнта.

Ключові слова: право на захист, адвокатура, оскарження, захист прав людини, процесуальний протест.

ЯНОВСКАЯ А. Протестная деятельность адвоката в уголовном производстве.

Статья посвящена исследованию роли адвокатуры в системе эффективной защиты прав человека в уголовном производстве. Отдельное внимание автор уделяет процессуальным формам протестной деятельности адвоката в уголовном производстве. Отмечается, что процессуальный протест представляет собой открытую реакцию адвоката на допущенные нарушения своих прав и прав своего клиента.

Ключевые слова: право на защиту, адвокатура, обжалование, защита прав человека, процессуальный протест.

IANOVSKA A. Protest activity of the lawyer in criminal proceedings.

The article investigates the role of lawyers in the protection of human rights in criminal proceedings. Special attention is paid to the procedural forms of protest activity of the lawyer in criminal proceedings. It is noted that the procedural objection is an open response to the lawyer's violations of their rights and the rights of their clients.

Key words: the right to protection, the Bar, the appeal, the defense of human rights, procedural objection.