

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У СПЕЦІАЛЬНОМУ
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ (IN ABSENTIA)****PROBLEM ISSUE OF DEFENDER PARTICIPATION IN SPECIAL
CRIMINAL PROCEDURE (IN ABSENTIA)**

Шишман Д.М., здобувач кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено регламентацію порядку залучення й участі захисника у спеціальному кримінальному провадженні (in absentia), визначено наявні прогалини у чинному законодавстві, а також проаналізовано практичні питання здійснення функції захисту за умови відсутності контакту з підозрюваним, обвинуваченим під час спеціального кримінального провадження (in absentia).

Ключові слова: спеціальне кримінальне провадження (in absentia), захисник у спеціальному кримінальному провадженні (in absentia), функція захисту у спеціальному кримінальному провадженні (in absentia).

В статье исследована законодательная регламентация порядка привлечения и участия защитника в специальном уголовном производстве (in absentia). На основании анализа норм действующего уголовного процессуального права Украины и изучения научных источников определены пробелы в регулировании указанных правоотношений и предложены пути усовершенствования законодательства. Кроме того, проанализированы практические вопросы осуществления функции защиты при отсутствии контакта с подозреваемым, обвиняемым во время специального уголовного производства (in absentia) и изложен подход к определению позиции защиты в таких условиях.

Ключевые слова: специальное уголовное производство (in absentia), защитник в специальном уголовном производстве (in absentia), функция защиты в специальном уголовном производстве (in absentia).

The article examines the legislative regulation of defender involvement and participation in special criminal procedure (in absentia).

Based on the analysis of the current legislation and scientific sources, gaps in the regulation of these legal relationships were identified and ways of its improvement were proposed. It pointed out the need to eliminate the inconsistency between clause 8 part 2 of art. 52 and part 1 of art. 297-3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine and the need to introduce the requirement of the mandatory defender participation during special criminal procedure (in absentia) from the consideration of the motion of investigator (prosecutor) about its implementation and throughout all the process. It also substantiates the necessity to define a minimum period for involvement of defender and receiving by him motion of investigator (prosecutor) in the course of 5 days before the date of sending such motion to the court.

Moreover, the practical issues of the protection function in the absence of contact with the suspect, accused during special criminal proceedings (in absentia) and the approach to defining the position of protection in such conditions are analyzed in the article.

The author suppose, that defender position in the absence of communication with the suspect, accused should be equal to proper performance of the function of protection in accordance with the requirements of the current legislation comply with the principles "not to injure" the interests of the suspect, accused and "protect" his rights.

Key words: special criminal procedure (in absentia), defender in special criminal procedure (in absentia), function of protection in special criminal procedure (in absentia).

Належний захист прав та інтересів підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні завжди був важливим питанням з огляду на необхідність дотримання верховенства права, законності та інших засад кримінального провадження. Особливо гостро вказана проблема постає під час здійснення кримінального провадження, в якому підозрюваний, обвинувачений фактично не бере участі – спеціальному кримінальному провадженні (in absentia). За умов, коли особа не має змоги самостійно відстоювати та реалізовувати свої права та захищати інтереси, забезпечення належної процедури залучення захисника та реалізації ним функції захисту є принципово важливими. Однак чинне законодавство, що регламентує цю діяльність, містить низку прогалин, а практичні питання реалізації захисником своєї функції за відсутності контакту з підозрюваним, обвинуваченим викликає чимало запитань як у науковців, так і в практиків.

Проблемні питання участі захисника у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного, обвинуваченого висвітлювалися у наукових працях таких вчених, як Ю.І. Азаров, І.В. Гловюк, В.О. Гринюк, М.П. Климчук, В.Т. Малярєнко, Г.В. Матвієвська, О.О. Нагорнюк-Данилюк, Р.Г. Песцов, І.І. Сливич, О.Ю. Татаров, В.М. Трофименко, С.Л. Шаренко, О.Г. Шило та ін., однак значна кількість питань залишається невирішеними та потребують ґрунтовного дослідження.

Мета статті полягає у визначенні порядку залучення захисника у спеціальному кримінальному провадженні (in absentia), окресленні прогалин законодавчого регулювання вказаного питання, а також дослідженні практичних моментів належної реалізації функції захисту за умови

відсутності контакту з підозрюваним, обвинуваченим під час такого кримінального провадження.

Право на захист у кримінальному судочинстві є одним із найважливіших інститутів, гарантією дотримання інших прав і свобод особи. Безумовно, критерієм становлення держави повинна бути реальна забезпеченість захисту людини у суспільстві взагалі й у кримінальному судочинстві зокрема, оскільки діяльність державних органів у сфері кримінальної юстиції часто суттєво обмежує конституційні права людини [1, с. 72].

Враховуючи особливості спеціального кримінального провадження (in absentia) та фактичну відсутність підозрюваного, обвинуваченого у ньому, законодавцем як обов'язкова умова передбачена участь захисника. Відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України обов'язкова участь захисника у такому кримінальному провадженні забезпечується з моменту прийняття відповідного процесуального рішення.

Водночас згідно з ч. 1 ст. 297-3 КПК України клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування розглядається слідчим суддею не пізніше десяти днів із дня його надходження до суду за участі особи, яка подала клопотання, та захисника. Якщо підозрюваний самостійно не залучив захисника, слідчий суддя зобов'язаний вжити необхідних заходів для залучення захисника.

Таким чином, можна побачити неузгодженість між п. 8 ч. 2 ст. 52 та ч. 1 ст. 297-3 КПК України, оскільки участь захисника є обов'язковою не тільки з моменту прийняття процесуального рішення про проведення спеціального досудового розслідування (in absentia) (п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК

України), а й для розгляду клопотання про його здійснення (ч. 1 ст. 297-3 КПК України). У задоволенні такого клопотання відповідно до ст. 297-4 КПК України слідчим суддею може бути відмовлено, однак участь захисника у цьому разі є обов'язковою.

Про неузгодженість вищевказаних норм КПК України також зазначається й іншими науковцями. О.О. Нагорнюк-Данилюк, С.Л. Шаренко та О.Г. Шило пропонують у п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України передбачити вимогу щодо обов'язкової участі захисника в разі здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) з моменту розгляду клопотання про дачу дозволу на здійснення такого виду кримінального провадження [3, с. 61; 4, с. 82]. Крім того, О.О. Нагорнюк-Данилюк також пропонує передбачити необхідність надавати захиснику підозрюваного копію клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність його здійснення, не пізніше ніж за три години до початку розгляду такого клопотання [4, с. 89–90]. Однак така позиція не враховує, що для належного виконання захисником своїх функцій необхідно ознайомитися з відповідним клопотанням (а за необхідності – і з матеріалами кримінального провадження), провести їх аналіз з метою встановлення достатності підстав для здійснення такого виду кримінального провадження та визначити позицію захисту. Тому, на нашу думку, строк у три години, запропонований О.О. Нагорнюк-Данилюком як мінімальний для вручення захиснику копії клопотання та доданих до нього матеріалів, є доволі коротким і не забезпечить можливості належним чином ознайомитися зі змістом наданих копій матеріалів і виробити позицію захисту.

З метою реального забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист мінімальний строк для вручення клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) повинен складати 5 днів. Вказаний строк є тотожним тому, що передбачений у порядку вручення копії клопотання про продовження строку досудового розслідування підозрюваному та його захиснику (ч. 3 ст. 295 КПК України), і є, на нашу думку, достатнім для належного виконання захисником своїх функцій.

Крім того, слід звернути увагу, що ч. 1 ст. 297-3 КПК України обов'язок щодо залучення захисника у разі, коли підозрюваний не запросив його самостійно, покладається на слідчого суддю.

Однак із метою оптимізації кримінального процесу, враховуючи викладені пропозиції стосовно необхідності передбачити обов'язкове вручення клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) не менше, ніж за 5 днів до його направлення до суду, вважаємо за доцільне обов'язок щодо залучення захисника, якщо підозрюваний не залучив його особисто, покласти на слідчого, прокурора.

Слід звернути увагу також і на те, що стосовно спеціального судового провадження чинним КПК України передбачено лише обов'язкову участь захисника у такому провадженні (ч. 3 ст. 323 КПК України), тоді як під час розгляду клопотання прокурора про його здійснення присутність захисника як обов'язкова умова відсутня.

Зважаючи на необхідність уникнення випадків неґрунтованого здійснення спеціального кримінального провадження (*in absentia*), дотримання прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та засад кримінального провадження, участь захисника як під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*), так і під час безпосереднього спеціального судового провадження, на нашу думку, є принципово важливою.

Варто передбачити порядок вручення захиснику клопотання про здійснення спеціального судового провадження, аналогічний тому, що запропонований вище для вручення захиснику клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*), а якщо обви-

нувачений самостійно не залучив захисника, обов'язок щодо його залучення слід покласти на прокурора.

З огляду на вказане, на нашу думку, деякі положення чинного КПК України потребують змін і доповнень у відповідних частинах. Зокрема:

1) п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України необхідно змінити та передбачити вимогу щодо обов'язкової участі захисника у разі здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) та спеціального судового провадження «з моменту розгляду відповідного клопотання слідчого, прокурора про його здійснення та протягом усього процесу»;

2) ст. 297-2 КПК України слід доповнити ч. 3 та 4 такого змісту: «3. У разі, коли підозрюваний самостійно не залучив захисника, слідчий, прокурор не менше ніж за 5 днів до направлення клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) зобов'язаний вжити необхідних заходів для залучення захисника» та «4. Клопотання слідчого, прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) та доданих до нього матеріалів вручається захиснику підозрюваного не пізніше ніж за 5 днів до дня подання його до слідчого судді»;

3) абзац 2 ст. 297-3 КПК України виключити;

4) абзац 4 ч. 3 ст. 323 КПК України викласти у такій редакції: «Участь захисника у спеціальному судовому провадженні є обов'язковою з моменту розгляду клопотання прокурора про здійснення спеціального судового провадження. У разі, якщо обвинувачений самостійно не залучив захисника, прокурор не менше ніж за 5 днів до направлення клопотання про здійснення спеціального судового провадження зобов'язаний вжити необхідних заходів для залучення захисника. Клопотання прокурора про здійснення спеціального судового провадження та доданих до нього матеріалів вручається захиснику обвинуваченого не пізніше ніж за 5 днів до дня подання його до суду».

На нашу думку, запропоновані законодавчі зміни допоможуть скоротити час і матеріальні ресурси правоохоронної та судової систем на прийняття рішення щодо здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) та спеціального судового провадження, оскільки відпаде необхідність у відкладенні розгляду клопотання слідчого, прокурора для залучення захисника та наданні йому часу на ознайомлення з матеріалами, а також гарантуватимуть належний захист прав та інтересів підозрюваного, обвинуваченого.

Роль захисника та виконання ним своїх обов'язків у межах спеціального кримінального провадження (*in absentia*) є дуже важливою, оскільки саме від компетентності та добросовісності адвоката у ставленні до своєї роботи залежить реалізація принципів змагальності, презумпції невинуватості та доведеності вини, доступу до правосуддя та права на захист, що є мірилом проведення справедливого та неупередженого кримінального провадження.

Слід враховувати, що за відсутності особи, обвинуваченої у вчиненні кримінального правопорушення, та її контакту із захисником існує велика вірогідність формального підходу останнього до виконання своїх обов'язків, що може мати суттєві негативні наслідки та призвести до прийняття незаконного рішення.

З метою мінімізації випадків неякісного виконання захисником своїх обов'язків у спеціальному кримінальному провадженні (*in absentia*) слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд під час здійснення кримінального провадження за відсутності обвинуваченого повинні належним чином оцінювати роботу адвоката з огляду на її ефективність і добросовісність. Неналежним виконанням обов'язків захисника, на нашу думку, слід вважати неявку на виклики слідчого, прокурора або до суду без поважних причин

більш як 2 рази підряд, необізнаність із матеріалами кримінального провадження й обставинами вчиненого кримінального правопорушення тощо.

Враховуючи вказане, вважаємо за доцільне передбачити в чинному КПК України положення про можливість заміни адвоката на підставі рішення слідчого судді, суду, винесеного за клопотанням слідчого, прокурора або власною ініціативою, з подальшим ініціюванням питання про притягнення цього адвоката до дисциплінарної відповідальності в порядку, передбаченому законом.

Наступним проблемним питанням під час реалізації функції захисту у спеціальному кримінальному провадженні (*in absentia*) є визначення тактики захисту підозрюваного, обвинуваченого у разі залучення захисника за призначенням. У більшості випадків захисник може бути не знайомим із підозрюваним, обвинуваченим, а тому у нього не має змоги з'ясувати ставлення клієнта до висунутих обвинувачень, обставин справи та належним чином виробити лінію захисту, враховуючи зазначені обставини.

На вказану проблему неодноразово зверталася увага науковців, які зазначають, що у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного, обвинуваченого процедура захисту залишається не досконалою, оскільки захисник не має повної інформації про обставини вчинення кримінального правопорушення, ступінь участі у його вчиненні підозрюваного, обвинуваченого, не може вказати на ті обставини, що свідчать про відсутність події або складу кримінального правопорушення чи виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, й обставини, що пом'якшують його покарання тощо [5; 6; 7, с. 20; 8, с. 138].

На нашу думку, позиція захисника за призначенням під час спеціального кримінального провадження (*in absentia*), коли, не маючи контакту з підозрюваним, обвинуваченим, він не може узгодити з ним тактику дій, повинна зводитися до належного виконання функції захисту відповідно до вимог чинного законодавства та будуватися за принципами «не нашкодити» інтересам підозрюваного та «захистити» його права, зокрема:

- з'являтися за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді, суду для участі у слідчих (розшукових), процесуальних діях і судових засіданнях, захищати права й інтереси підозрюваного, обвинуваченого під час їх проведення, а у разі неможливості прибути за наявності поваж-

них причин – завчасно повідомити про це уповноважену особу;

- здійснювати нагляд за дотриманням прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого з боку уповноважених органів під час всього спеціального кримінального провадження (*in absentia*), а у разі їх порушення – вживати передбачені законом заходи;

- оскаржувати незаконні дії та рішення уповноважених державних органів та ін.;

- аналізувати зібрані докази на предмет їх допустимості, належності та достатності, а у разі невідповідності їх вимогам кримінального процесуального законодавства – доводити це суду.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що чинне кримінальне процесуальне законодавство, яке регламентує порядок залучення захисника у спеціальному кримінальному провадженні (*in absentia*), містить низку прогалин.

Зокрема, на нашу думку, необхідно усунути неузгодженість між п. 8 ч. 2 ст. 52 і ч. 1 ст. 297-3 КПК України та передбачити вимогу щодо обов'язкової участі захисника у разі здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) та спеціального судового провадження з моменту розгляду відповідного клопотання слідчого, прокурора про його здійснення та протягом усього процесу.

Крім того, вважаємо, що обов'язок стосовно залучення захисника у спеціальне кримінальне провадження (*in absentia*), коли підозрюваний, обвинувачений не залучив його самостійно, слід покласти на слідчого, прокурора, а не на слідчого суддю, як це передбачено ч. 1 ст. 297-3 КПК України.

Також, на нашу думку, враховуючи необхідність забезпечити можливість захиснику належним чином реалізувати свої функції, мінімальний строк для його залучення та вручення клопотання слідчого, прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*), спеціального судового провадження має становити 5 днів до дня подання його до суду.

Щодо питання вироблення позиції захисту за фактичної відсутності зв'язку з підозрюваним, обвинуваченим, то вона повинна зводитися до належного виконання функції захисту відповідно до вимог чинного законодавства, а також відповідати принципу «не нашкодити» інтересам підозрюваного, обвинуваченого та «захистити» його права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Маланчук П.М. Функція захисту в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. 201 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10. Ст. 88.
3. Шаренко С., Шило О. Спеціальне досудове розслідування і судове провадження: проблемні питання правового регулювання. *Право України*. 2015. № 7. С. 58–65.
4. Нагорнюк-Данилюк О.О. Спеціальне кримінальне провадження в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук. Київ. 2016. 239 с.
5. Гринюк В.О. Особливості реалізації функції обвинувачення у кримінальному провадженні *in absentia*. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/7677/Hrynyuk%20Act%20probl%20udorsk%20krym%20proc2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 06.10.2018).
6. Татаров О.Ю. Заочний розгляд очима Європи. Які вимоги висувають у Страсбурзі, аби відсутність обвинуваченого не порушувала конвенційних гарантій. *Закон і бізнес*. 2015. № 8 (1202). URL: http://zib.com.ua/ua/print/114635-7_vimog_espl_do_zaochnogo_provadzhennya.html (дата звернення: 06.10.2018).
7. Гловюк І.В. Кримінальне провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (*in absentia*) у системі кримінального провадження України. *Право України*. 2015. № 7. С. 16–25.
8. Азаров Ю.І., Климчук М.П. Чи доцільне запровадження процедури спеціального досудового провадження та спеціального судочинства в Україні. *Юридична наука*. 2014. № 12. С. 134–140.