ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ
З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ
(ВССУ)
вул. П. Орлика, 4а, м. Київ, 01043, тел. 591-10-00
http://sc.gov.ua; e-mail: inbox@sc.gov.ua; код ЄДРПОУ 37317811

Головам апеляційних судів областей,
міст Києва і Севастополя,
Апеляційного суду Автономної
Республіки Крим

Про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні

25 вересня 2015 року на засіданні пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ було обговорено та взято до відома інформацію про узагальнення судової практики забезпечення права на захист у кримінальному провадженні.

У зв'язку із цим надсилаємо витяг із зазначеного узагальнення.

1. Забезпечення права на захист у кримінальному провадженні

Забезпечення обвинуваченому права на захист згідно зі ст. 129 Конституції України є основною засадою судочинства, а відповідно до ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) віднесено до загальних засад кримінального провадження.

Стаття 59 Конституції України проголошує право кожного на правову допомогу та вільний вибір захисника своїх прав, а ст. 63 Конституції України закріплює право на захист підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного.

У ст. 20 КПК, що розкриває зміст забезпечення права на захист як загальної засади кримінального провадження, закріплено право підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення; право збирати і подавати докази; брати особисту участь у кримінальному провадженні; користуватись правовою допомогою захисника; реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК.

Відповідно до положень ст. 48 КПК захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати

можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані утримуватися від надання рекомендацій щодо залучення конкретного захисника.

Крім того, право на захист захисника забезпечується, зокрема, нормами КПК, які регламентують обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні (ст. 49, 52 КПК), визнання недопустимими доказів, отриманих внаслідок порушення права особи на захист (ст. 87 КПК), особливості реалізації права на відмову від захисника (ст. 54 КПК), можливість підготовки до захисту від нового (ст. 338 КПК) або від додаткового обвинувачення (ст. 339 КПК), здійснення судового провадження за відсутності захисника як підставу для скасування судового рішення (п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК).

Зокрема, відповідно до ст. 49 КПК, слідчий суддя, суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках, якщо: відповідно до вимог статті 52 цього Кодексу участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника; підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно; слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його.

Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги.

У кримінальному провадженні на підставі угод право на захист забезпечено обов'язковим виконанням судом вимог ч. 4 або ч. 5 ст. 474 КПК для роз'яснення права мати захисника, у тому числі права на отримання правової допомоги безоплатно у порядку та випадках, передбачених законом, або захищатися самостійно. Крім цього, у випадках, передбачених ст. 52 КПК (із тих підстав, по яких угоду може бути укладено), обвинуваченому має бути забезпечено захист за призначенням.

Важливою складовою права на захист у кримінальному провадженні є також забезпечення ефективності захисту та створення умов для вільного вибору захисника. Недотримання цих складових права на захист навіть за умови участі захисника у провадженні на різних стадіях може призвести до істотних порушень вимог КПК та скасування судового рішення.

Належна реалізація права на захист у кримінальному провадженні вимагає застосування практики ЄСПЛ, згідно з правовою позицією якого, відображеною, зокрема, у п. 262 рішення ЄСПЛ від 21 квітня 2011 року у справі «Нечипорук і Йонкало проти України», «право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником…, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду». Також у п. 89 рішення ЄСПЛ від 13 лютого 2001 року у справі «Кромбах проти Франції» вказано, що «хоча право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом

не є абсолютним, воно становить одну з головних підвалин справедливого судового розгляду». Разом із тим, потрібно враховувати правові позиції ЄСПЛ, які містяться, зокрема, у таких рішеннях: від 19 лютого 2009 року у справі «Доронін проти України», «Шабельник проти України», від 16 грудня 2010 року у справі «Боротюк проти України», від 03 листопада 2011 року у справі «Балицький проти України», від 24 листопада 2011 року у справі «Загородній проти України», від 12 січня 2012 року у справах «Тодоров проти України», «Довженко проти України», «Іглін проти України», від 15 листопада 2012 року у справі «Єрохіна проти України» та інші.

Також необхідною умовою реалізації права на захист є забезпечення основних його гарантій на усіх стадіях кримінального провадження, оскільки випадки, коли підозрюваному, обвинуваченому під час досудового розслідування не було призначено захисника за умови його обов'язкової участі, ставлять під сумнів питання належності та допустимості доказів, на яких ґрунтується обвинувальний акт прокурора. При цьому призначення захисника у судовому провадженні у таких справах не може саме по собі відновити порушене право на захист. Правову позицію ЄСПЛ щодо початкового етапу забезпечення права на захист у кримінальному провадженні викладено, зокрема, в п. 63 рішення ЄСПЛ від 09 червня 2011 року у справі «Лучанінова проти України», де зазначено, що «для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження» (п. 52 рішення ЄСПЛ від 27 листопада 2008 року у справі «Сальдуз проти Туреччини» та пункти 90–91 рішення ЄСПЛ від 12 червня 2008 року у справі «Яременко проти України»). За необхідності захисника мають призначати офіційно. Просте призначення національними органами захисника не гарантує ефективну правову допомогу (п. 65 рішення ЄСПЛ від 19 грудня 1989 року у справі «Камазінскі проти Австрії»).

Основними причинами залучення захисників за призначенням були відсутність коштів у підозрюваного (обвинуваченого) для оплати необхідної йому правової допомоги; необхідність замінити раніше залученого захисника у зв'язку із його хворобою; встановлення судом обставин, за яких участь захисника у кримінальному провадженні є обов'язковою.

2. Дотримання вимог КПК про обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні

Відповідно до ч. 1 ст. 52 КПК участь захисника є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. У цьому випадку участь захисника забезпечується з моменту набуття особою процесуального статусу підозрюваного. Згідно з ч. 2 ст. 52 КПК в інших випадках обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні:

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;

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;

4) щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, – з моменту встановлення цього факту;

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;

6) щодо реабілітації померлої особи – з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи;

7) щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, – з моменту прийняття відповідного процесуального рішення;

8) у разі укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості – з моменту ініціювання укладення такої угоди.

2.1. Обов’язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів

Обов’язкова участь захисника залежить від тяжкості кримінального правопорушення, щодо якого здійснюється кримінальне провадження. Відповідно до ч. 5 ст. 12 Кримінального кодексу України (КК) особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачено покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п’ять тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі. Крім того, слід враховувати, що визначення початкового моменту виникнення обов’язку щодо забезпечення захисника згідно з ч. 1 ст. 52 КПК залежить від набуття особою процесуального статусу підозрюваного. Підозрюваним відповідно до ч. 1 ст. 42 КПК є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276–279 КПК, повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень.

Результати аналізу судової практики дозволили встановити наявність випадків, коли участь захисника у кримінальних провадженнях щодо особливо тяжких злочинів забезпечувалась лише під час судового розгляду.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження та встановлено Бородянським районним судом Київської області, К. та Г. обвинувачувалися у вчиненні особливо тяжкого злочину (ч. 3 ст. 187 КК), проте під час досудового розслідування для захисту Г. адвоката залучено не було. Обвинувачений Г. зазначив, що він не мав постійної роботи, ні він, ні його близькі родичі не мали можливості укласти угоду з адвокатом для захисту його інтересів. Ухвалою Бородянського районного суду Київської області від 09 квітня 2013 року для захисту Г. було залучено адвоката та забезпечено реалізацію права на захист обвинуваченим у судовому провадженні.

Водночас неналежна оцінка матеріалів кримінального провадження призводила до помилкових висновків про незабезпечення права на захист у кримінальних провадження щодо особливо тяжких злочинів.

Ухвалою Апеляційного суду Київської області від 21.11.2013 скасовано ухвалу Броварського міськрайонного суду від 20.09.2013, оскільки адвокатом Б. під час перегляду судового рішення судом апеляційної інстанції було спростовано висновок місцевого суду про порушення права на захист обвинуваченого З. під час проведення досудового розслідування, оскільки 29.08.2013 (в день повідомлення З. про підозру) адвоката Б. було залучено в якості захисника З., за його участі останньому вручено письмове повідомлення про підозру, а також надалі всі слідчі та процесуальні дії відбувались за його присутності.

За результатами узагальнення встановлено випадки, коли особа, яка обвинувачується у вчиненні особливо тяжкого злочину, відмовлялася від участі захисника у розгляді справи.

При розгляді кримінального провадження стосовно К., обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК, Центральним районний судом м. Миколаєва призначено обвинуваченому захисника в порядку ст. 49 КПК. Проте в судовому засіданні обвинувачений відмовився від захисника і не просив залучити іншого захисника. Рішенням суду відмовлено у задоволенні клопотання щодо відмови від захисника та зазначено, що К. обвинувачується у вчиненні особливо тяжкого злочину, а тому участь захисника у справі є обов'язковою.

У цьому випадку суд обґрунтовано відхилив клопотання обвинуваченого про відмову у залученні захисника на підставі ч. 1 ст. 52 КПК, згідно з якою участь захисника є обов'язковою у кримінальних провадженнях щодо особливо тяжких злочинів, та ч. 3 ст. 54 КПК, яка встановлює, що відмова від захисника не приймається у випадку, якщо його участь є обов'язковою. У таких випадках можливою є лише заміна захисника.

Важливою гарантією дотримання права на захист у кримінальному провадженні є забезпечення обвинуваченого у вчиненні особливо тяжкого злочину захисником під час розгляду кримінального провадження у суді апеляційної інстанції. Незабезпечення захисту під час перегляду вироку в

апеляційному порядку є істотним порушенням вимог КПК та тягне за собою скасування судового рішення.

Наприклад, колегією суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ, за результатами розгляду в судовому засіданні кримінальної справи за касаційними скаргами засуджених Т.Р.С. і С.О.П., захисника Є.Л. та прокурора, який брав участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції, на вирок Апеляційного суду Дніпропетровської області від 30 жовтня 2013 року,цей вирок ухвалою від 18 березня 2014 року скасовано і направлено справу на новий апеляційний розгляд, зокрема з підстав порушення права на захист.

Так, Т.Р.С. засуджено за вчинення кількох злочинів, у тому числі і за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК. Вироком місцевого суду Т.Р.С. визнано винним і засуджено за вчинення злочину, санкція якого передбачає довічне позбавлення волі. У апеляційних скаргах прокурор та потерпіла ставили питання про посилення йому покарання. За таких обставин суд апеляційної інстанції під час апеляційного розгляду не забезпечив участь захисника обвинуваченого, чим порушив його право на захист, що є істотним порушенням вимог КПК.

У схожому випадку колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ, розглянувши кримінальне провадження стосовно Г.О., обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК, ухвалою від 19 серпня 2014 року скасувала вирок Апеляційного суду Полтавської області від 16 грудня 2013 року стосовно Г.О. та призначила новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вироком Гадяцького районного суду Полтавської області від 23 жовтня 2013 року Г.О. засуджено за ч. 1 ст. 121 КК із застосуванням ст. 69 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки. Апеляційний суд, задовольнивши частково апеляційну скаргу прокурора, скасував вирок суду першої інстанції стосовно Г.О. у частині кваліфікації дій обвинуваченого та призначеного покарання і постановив новий вирок від 16 грудня 2013 року, яким визнав Г.О. винуватим за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК і призначив покарання у виді позбавлення волі на строк 7 років. У решті вирок суду першої інстанції залишено без змін. Під час касаційного розгляду колегією суддів встановлено, що постановою слідчого від 29 квітня 2013 року Г.О. було призначено захисника Д.Ю., який представляв його інтереси під час досудового розслідування та провадження у суді першої інстанції. Відповідно до обвинувального акта, Г.О. було висунуто обвинувачення у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК, який згідно зі ст. 12 КК України є особливо тяжким, й судовий розгляд проводився в межах цього обвинувачення.

Прокурор оскаржив вирок у частині кваліфікації дій Г.О., вважаючи, що останній вчинив більш тяжкий злочин та визначене йому покарання не досягне своєї мети внаслідок м'якості. Просив кваліфікувати дії Г.О. як замах на вчинення умисного вбивства й призначити йому покарання у виді позбавлення волі на строк 9 років.

Хоча захисник засудженого Г.О. – адвокат Д.Ю. і подав суду свої письмові зауваження на апеляційну скаргу прокурора, однак у судове

засідання не з'явився. При цьому у суду не було підстав вважати, що захисник Д.Ю. був належним чином повідомлений про дату, час і місце апеляційного розгляду щодо Г.О., оскільки матеріали кримінального провадження не містили підтвердження зворотного.

Разом із тим матеріали кримінального провадження містили заяву Г.О. від 12 грудня 2013 року, у якій він просив апеляційний розгляд здійснити за відсутності його захисника Д.Ю., захист своїх інтересів взяв на себе. В той же час відповідно до журналу судового засідання та запису судового засідання суд лише приєднав зазначену заяву, але процесуального рішення щодо неявки захисника не прийняв.

Таким чином, заява Г.О. про розгляд кримінального провадження в порядку апеляційної процедури не може вважатися такою, що супроводжувалась мінімальними гарантіями, співмірними з її важливістю. Крім того, вона не сумісна з вимогами українського законодавства, яке для випадку Г.О. передбачало обов'язкову участь захисника, від якого він не відмовився, а лише вважав можливим провести апеляційний розгляд за його відсутності. Отже, розглянувши провадження в апеляційному порядку без участі захисника, суд апеляційної інстанції ухвалив рішення з недотриманням інтересів правосуддя, чим порушив право Г.О. на захист.

Також слід зазначити, що, скасовуючи зазначений вирок апеляційного суду, судом касаційної інстанції застосовано правову позицію ЄСПЛ у справі «Мефта та інші проти Франції» (п. 40 рішення від 26 липня 2002року), у справі «Фам Хоанг проти Франції» (п. 39 рішення від 25 вересня 1992 року) та у справі «Максименко проти України» (п. 32 рішення від 20 грудня 2011 року), відповідно до якої гарантії забезпечення права на захист не припиняють своєї дії після закінчення провадження у суді першої інстанції. Забезпечення обвинуваченому у вчиненні злочину юридичної допомоги є однією з гарантій, що здійснюється й у випадку, коли інтереси правосуддя вимагають, щоб цій особі було надано таку допомогу. Згідно з практикою ЄСПЛ інтереси правосуддя вимагають забезпечення представництва у випадку, коли йдеться про позбавлення свободи. Колегія суддів ВССУ зазначила, що практика ЄСПЛ, яка відповідно до ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» застосовується при розгляді справ як джерело права, у цьому випадку не була врахована апеляційним судом.

Відповідно до ч. 1 ст. 412 КПК істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення вимог цього Кодексу, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення. Згідно із ч. 2 цієї статті здійснення судового провадження за відсутності захисника, якщо його участь є обов'язковою, входить до переліку істотних порушень вимог кримінального процесуального закону, які вимагають скасування судового рішення у будь-якому разі.

Таким чином, судам необхідно враховувати необхідність дотримання вимог КПК щодо обов'язкової участі у кримінальному провадженні захисника у випадку, коли особа обвинувачується у вчиненні особливо тяжкого злочину. Залучення захисника за призначенням у передбачених ст. 52 КПК випадках у судовому провадженні є обов'язком суду, що обумовлений не тільки інтересами самого обвинуваченого, а й публічними інтересами, які полягають у вирішенні завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК.

2.2. Обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, та осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру

При вирішенні питання про встановлення віку особи суддям доцільно керуватись п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України (ВСУ) від 16 квітня 2004 року № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх». Вік неповнолітнього підсудного встановлюється за документами, в яких вказана дата його народження, – за паспортом чи свідоцтвом про народження. У разі їх відсутності відповідні дані можна отримати із книги реєстрації актів громадянського стану, довідок органів внутрішніх справ за місцем реєстрації громадян, журналів обліку новонароджених тощо. За відсутності відповідних документів і неможливості їх одержання вік неповнолітнього встановлюється судово-медичною експертизою. У цьому випадку днем народження вважається останній день того року, який названо експертом. При визначенні віку мінімальною і максимальною кількістю років суд приймає рішення, керуючись встановленим експертом мінімальним віком.

У випадках, коли у слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду виникнуть будь-які сумніви в тому, що особа є повнолітньою, останні повинні залучити захисника у кримінальне провадження та відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 242 КПК звернутися до експерта для проведення експертизи щодо встановлення віку особи.

За результатами узагальнення встановлено, що судді в цілому дотримуються вимог щодо забезпечення неповнолітнім права на захист, у тому числі шляхом залучення захисників для надання кваліфікованої правової допомоги як під час досудового розслідування, так і під час судового провадження з моменту встановлення факту про те, що кримінальне правопорушення було вчинено неповнолітнім. Участь захисника в судовому засіданні під час розгляду кримінального провадження та під час перевірки судових рішень за результатами судового розгляду щодо неповнолітніх має бути забезпечено незалежно від стадії судового провадження та суб'єкта оскарження судового рішення.

При розгляді клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру стосовно неповнолітнього Д. захисник, участь якого у

цьому кримінальному провадженні є обов'язковою відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 52 КПК, у судове засідання не з'явився. З урахуванням необхідності у наданні неповнолітньому безоплатної вторинної правової допомоги суддею Березнегуватського районного суду Миколаївської області було прийнято рішення про забезпечення неповнолітнього захисником. Відповідно до ухвали від 17 січня 2013 року зазначеним судом доручено центру з надання безоплатної вторинної допомоги забезпечити захисника для участі у кримінальному провадженні.

Також, 26 вересня 2013 року суддя Апеляційного суду Сумської області, розглядаючи матеріали кримінального провадження за апеляційною скаргою прокурора на ухвалу слідчого судді Конотопського міськрайонного суду від 12 вересня 2013 року про відмову у задоволенні клопотання про застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою стосовно неповнолітнього Т.М., ухвалив доручити Сумському обласному центру з надання безоплатної вторинної допомоги призначити підозрюваному захисника під час розгляду провадження в апеляційній інстанції.

У цих випадках судом було забезпечено право неповнолітнього на захист. Водночас результати аналізу судової практики засвідчили наявність випадків порушення судами вимог КПК під час розгляду кримінального провадження щодо неповнолітніх.

Ухвалою колегії суддів Апеляційного суду Луганської області у кримінальному провадженні по обвинуваченню Н.І. та К.І. за ч. 1 ст. 286 КК за апеляційними скаргами прокурора і обвинуваченого К.І. скасовано вирок та призначено новий розгляд у суді першої інстанції через невиконання судом вимог п. 2 ч. 2 ст. 52 КПК та незабезпечення захисту неповнолітнього К.І.

Вироком Заставнівського районного суду Чернівецької області від 19 березня 2013 року, залишеного без змін ухвалою Апеляційного суду Чернівецької області від 04 червня 2013 року, Г. засуджено за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 185 КК із застосуванням ст. 69 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на один рік. На підставі статей 75, 104 КК Г. звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком один рік із покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 2–4 ч. 1 ст. 76 КК.

Ухвалою ВССУ від 05 листопада 2013 року ухвалу Апеляційного суду Чернівецької області від 04 червня 2013 року скасовано і призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Своє рішення ВССУ мотивував тим, що засуджений Г. (17 жовтня 1998 року народження) вчинив злочин, будучи неповнолітнім, а відповідно до вимог п. 1 ч. 2 ст. 52 КПК, участь захисника у кримінальному проваджені є обов'язковою на усіх його стадіях. Як убачається з матеріалів справи, засудженого було забезпечено захисником лише під час досудового розслідування та під час розгляду кримінального провадження у суді першої інстанції. Але апеляційний розгляд провадження було проведено без участі захисника і в журналі судового засідання

зазначено про те, що він не з'явився, хоча з листа-повідомлення вбачається, що захисника не було поінформовано про місце та час апеляційного розгляду.

Апеляційний суд істотно порушив вимоги КПК, оскільки здійснив судовий розгляд щодо неповнолітнього без участі захисника, чим порушив право обвинуваченого на захист, що призвело до скасування ухвали суду відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК.

Під час судового провадження щодо неповнолітніх судді обґрунтовано керуються роз'ясненнями, які містить п. 2 постанови Пленуму ВСУ № 2 від 27 лютого 2004 року «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу громадську діяльність» та п. 2 постанови Пленуму ВСУ № 5 від 16 квітня 2004 року «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх», відповідно до яких здійснення захисту неповнолітнього і дорослого співучасника злочину одним і тим самим захисником не допускається.

Однак не всі судді враховують особливості провадження щодо неповнолітніх та правові позиції судів вищих інстанцій.

Наприклад, ухвалою Апеляційного суду Кіровоградської області скасовано вирок Бобринецького районного суду Кіровоградської області стосовно повнолітнього С. та неповнолітнього Ш., обвинувачених у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК. Призначено новий розгляд кримінального провадження у суді першої інстанції, який ухвалив вирок, але в іншому складі суддів. Під час апеляційного розгляду встановлено, що захист обвинувачених повнолітнього С. та неповнолітнього Ш. здійснював один і той самий захисник – адвокат Г.

Колегія суддів Апеляційного суду Кіровоградської області, враховуючи наведене, дійшла обґрунтованого висновку про істотне порушення права на захист неповнолітнього під час провадження в суді першої інстанції, яке відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК є безумовною підставою для скасування вироку.

З аналогічних підстав ухвалою Апеляційного суду Харківської області від 10 вересня 2013 року скасовано вирок Дергачівського районного суду Харківської області із направленням справи на новий розгляд стосовно повнолітнього К.А., засудженого за ч. 1 ст. 121, ч. 2 ст. 187, ст. 304 КК; неповнолітнього А.О., засудженого за ч. 2 ст. 187, ч. 3 ст. 357 КК; неповнолітнього С.С., засудженого за ч. 2 ст. 187 КК. Суд зазначив, що у цій справі не міг бути один захисник, оскільки інтереси захисту неповнолітніх суперечать інтересам захисту дорослого, який обвинувачується в тому числі і у втягненні їх у злочинну діяльність.

2.3. Обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права

При вирішенні питання про наявність психічних чи фізичних вад, внаслідок яких особа нездатна повною мірою реалізувати свої права, суддям доцільно керуватись п. 13 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 року № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві», згідно з яким під особами, які через свої фізичні або психічні вади не можуть самі реалізувати право на захист, необхідно розуміти, зокрема, осіб з істотними дефектами мови, зору, слуху тощо, а також осіб, які хоча і визнані осудними, але мають психічні вади, що перешкоджають самостійно захищатися від обвинувачення.

Потрібно враховувати, що питання наявності психічних вад, які перешкоджають самостійній реалізації своїх прав, має вирішуватись суддею у кожному конкретному випадку.

Зокрема, слід враховувати, що для здатності особи самостійно здійснювати своє право на захист потрібен такий стан психічних функцій (сприйняття, уваги, пам'яті, мислення) та емоційно-вольової сфери обвинувачених, що забезпечить правильне відображення дійсності і створить передумови для повноцінної інтелектуальної діяльності.

Обставини, які впливають на здатність особи здійснювати право на захист, можуть бути з'ясовані з документально підтверджених відомостей: що особа інвалід певної групи, встановленої щодо психічного захворювання; особа перебуває на обліку в психоневрологічному диспансері або навчається в школі для розумово відсталих дітей; визнана медичною установою такою, що страждає хронічним алкоголізмом, наркоманією, а тому має певні розлади поведінки та психіки.

Ухвалою Залізничного районного суду м. Львова від 30 квітня 2013 року Львівському обласному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги доручено призначити обвинуваченій Б. захисника, оскільки остання знаходиться на диспансерному обліку з діагнозом розлади поведінки та психіки внаслідок вживання опіоїдів.

Зазначене рішення суду є обґрунтованим та таким, що забезпечило реалізацію положень, закріплених у ст. 52 КПК. Під час вирішення питання про обов'язкову участь захисника при проведенні досудового розслідування і в судовому провадженні суддям необхідно враховувати згадані обставини.

Встановлено випадки порушення місцевими судами права на захист осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад не здатні повною мірою реалізувати свої права, коли розгляд кримінального провадження щодо них проходив за відсутності захисника.

Вироком Чорноморського районного суду Автономної Республіки Крим від 10 червня 2013 року засуджено Д. за ч. 1 ст. 191, ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 185, ч. 1 ст. 70, ч. 1 ст. 71 КК на 4 роки 6 місяців позбавлення волі з позбавленням права займатися адміністративно-господарською

діяльністю строком на 1 рік. Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Автономної Республіки Крим 13 серпня 2013 року вирок суду стосовно Д. скасовано, призначено новий розгляд кримінального провадження у суді першої інстанції. Постановляючи ухвалу, колегія суддів керувалася таким: судове провадження у суді першої інстанції здійснено за відсутності захисника, участь якого є обов'язковою, оскільки, як убачається з матеріалів кримінального провадження, під час досудового розслідування та судового провадження не з'ясовувався психічний стан обвинуваченого, тобто не було встановлено дані, які характеризують обвинуваченого. Проте під час апеляційного провадження з'ясовано, що у обвинуваченого Д. легка форма вродженого слабоумства (дебільність). У п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК зазначено, що судове рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню, якщо судове провадження здійснено за відсутності захисника, у випадках, коли його участь є обов'язковою.

Ухвалою Апеляційного суду Полтавської області від 30 липня 2013 року вирок Полтавського районного суду від 21 травня 2013 року стосовно К.В., І.І. та С.М., засуджених за ч. 3 ст. 185 КК, скасовано та призначено новий судовий розгляд у суді першої інстанції. Як зазначив суд апеляційної інстанції, суд першої інстанції, встановивши факт перебування обвинувачених І.І. та С.М. на обліку у лікаря психіатра як розумово відсталих, порушуючи вимоги КПК (п. 3 ч. 2 ст. 52 КПК), не забезпечив їм захисника та вирішив справу по суті.

Інколи суд не забезпечував право на обов'язкову участь захисника навіть у випадках, які прямо вказували на наявність підстав, визначених п. 3 ч. 2 ст. 52 КПК.

Ухвалою Апеляційного суду Київської області від 11 вересня 2013 року скасовано вирок Згурівського районного суду від 11 березня 2013 року, яким Я.Л.В. засуджено за ч. 2 ст. 289 КК до 2 років обмеження волі. На підставі статей 75, 76 КК звільнено від відбування покарання з випробуванням та призначено іспитовий строк 1 рік. Як встановлено матеріалами кримінального провадження, остання перебувала на лікуванні в психіатричній лікарні, що свідчить про наявність у неї психічних вад. Захисник у провадженні як під час досудового розслідування, так і судового провадження участі не брав. У журналі судового засідання від 11 березня 2013 року відсутні відомості про роз'яснення обвинуваченій права на захист, а технічний носій інформації не відтворював звукозапису цього судового засідання.

На підставі порушення права на захист особи, яка внаслідок фізичних вад не здатна повною мірою реалізувати свої права, колегією суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Черкаської області скасовано вирок Черкаського районного суду Черкаської області, яким В.В.І. засуджено за ч. 1 ст. 317, ч. 2 ст. 310 КК.

Так, під час апеляційного розгляду справи встановлено порушення права на захист В.В.І. на досудовому слідстві. Згідно із матеріалами справи В.В.І., перебуваючи в СІЗО, звернувся до слідчого із заявою про побачення з

родичами для вирішення питання про участь адвоката. Як слідує із листа слідчого, адресованого В.В.І., це його клопотання було задоволено. Однак пізніше слідчий склав протокол та виніс постанову про відмову В.В.І. від захисника, таким чином позбавивши останнього права на захист. В.В.І. під час проведення допиту повторно заявив слідчому про необхідність забезпечення його захисником. Після цього слідчий долучив до справи лист про задоволення цього клопотання, а пізніше склав протокол та виніс постанову про відмову В.В.І. від захисника. Судом першої інстанції справу розглянуто також без захисника. Під час апеляційного розгляду справи встановлено, що В.В.І. є інвалідом другої групи, що ускладнювало йому самостійне здійснення свого захисту, і кошти на оплату послуг захисника у нього відсутні.

2.4. Обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження

Відповідно до ст. 29 КПК кримінальне провадження здійснюється державною мовою. Сторона обвинувачення, слідчий суддя та суд складають процесуальні документи державною мовою.

Слідчий суддя, суд, прокурор, слідчий забезпечують учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою (не можуть розуміти мову або вільно нею розмовляти), право давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі необхідності послугами перекладача в порядку, передбаченому КПК, у тому числі ст. 68 КПК.

При розгляді кримінального провадження, учасник якого не володіє чи недостатньо володіє державною мовою, суд повинен враховувати правові позиції ЄСПЛ. Право на безоплатну допомогу перекладача застосовується не лише до усних виступів на судовому розгляді, а й до документальних матеріалів та досудового провадження. Зокрема, кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, хто не розуміє мову, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, має право на отримання безоплатної допомоги перекладача, що здійснює письмовий і усний переклад усіх тих документів чи заяв у провадженні проти нього, розуміти які йому необхідно або які потрібно оголосити на суді мовою, що там використовується, для того, щоб здійснити своє право на справедливий судовий розгляд (п. 48 рішення ЄСПЛ від 28 листопада 1978 року у справі «Лудіке, Белкасем і Коч проти ФРН»). Однак не можна вважати, що п. 3 (е) ст. 6 Конвенції вимагає письмового перекладу всіх письмових доказів чи офіційних документів, що є у провадженні. Допомога перекладача має бути такою, щоб забезпечити розуміння підсудним справи проти нього і ведення свого захисту, зокрема завдяки тому, що через перекладача він може висувати на розгляд суду свою версію подій (п. 74 рішення ЄСПЛ від 19

грудня 1989 року у справі «Камазінскі проти Австрії»). Також з огляду на необхідність забезпечення реальності та ефективності права, ґарантованого п. 3 (е) ст. 6 Конвенції, обов'язок компетентних органів не обмежується призначенням перекладача, а у випадку попередження їх за конкретних обставин може також розширюватися, включаючи встановлення певного контролю за належною якістю перекладу (пункти 33 і 36 рішення від 30 травня 1980 по справі «Артіко проти Італії»).

Суди в основному виконували вимоги КПК стосовно обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження. *Так, наприклад, ухвалою Залізничного районного суду м. Львова від 12 квітня 2013 року доручено Львівському обласному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги призначити захисника обвинуваченому Н.Т., оскільки він є уродженцем м. Познань (Республіка Польща) та не володіє українською мовою.*

Проте під час проведення узагальнення виявлено випадки порушення судами зазначених вище вимог кримінального процесуального закону. *Так, вироком Ялтинського міського суду Автономної Республіки Крим від 29 січня 2013 року А. засуджено за ч. 2 ст. 15 та ч. 3 ст. 185 КК на 3 роки 6 місяців позбавлення волі. Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Автономної Республіки Крим 02 квітня 2013 року вирок суду щодо А. скасовано, а матеріали кримінального провадження повернуті суду першої інстанції на новий судовий розгляд.*

Колегія суддів Апеляційного суду АРК мотивувала свою ухвалу тим, що судове провадження здійснено за відсутності захисника, участь якого є обов'язковою, оскільки, обвинувачений не володіє державною мовою, не є громадянином України, суд першої інстанції не звернув на ці обставини свою увагу та не забезпечив участь захисника у кримінальному провадженні.

Ухвалою колегії суддів Апеляційного суду Луганської області від 13 серпня 2013 року у кримінальному провадженні по обвинуваченню М.Р. за ч. 1 ст. 304, ч. 3 ст. 185 КК за апеляційною скаргою засудженого М.Р. скасовано ухвалу Краснодонського міськрайонного суду Луганської області від 23 квітня 2013 року про скасування звільнення від відбування покарання з випробуванням та призначено новий судовий розгляд з мотивів порушення права на захист. Апеляційний суд наголосив, що вимогами п. 4 ч. 2 ст. 52 КПК передбачено обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, з моменту встановлення цього факту. При цьому засуджений М.Р. за національністю є циганом, має неповну середню освіту, фактично закінчив лише 1 клас школи та не володіє українською мовою.

2.5. Обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішується питання про їх застосування

Установлення такого факту слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом може здійснюватися з медичних документів, що підтверджують наявність у особи розладу психічної діяльності або психічного захворювання, а також якщо поведінка особи під час вчинення суспільно небезпечного діяння або після нього була або є неадекватною (затьмарення свідомості, порушення сприйняття, мислення, волі, емоцій, інтелекту чи пам'яті).

Наприклад, за участю захисника В. Київським районним судом м. Харкова було розглянуто кримінальне провадження стосовно Б., який, будучи психічно хворим на параноїчну форму шизофренії, що підтверджується висновком стаціонарної судово-психіатричної експертизи, вчинив суспільно небезпечне діяння, передбачене ч. 4 ст. 296 КК. Київським районним судом м. Харкова постановлено ухвалу від 28 січня 2013 року, якою застосовано до Б. заходи медичного характеру у вигляді надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку.

У справі стосовно К., обвинуваченого за ч. 1 ст. 289, ч. 1 ст. 309 КК, ухвалою Якимівського районного суду Запорізької області від 23 січня 2013 року було призначено захисника від Запорізького обласного центру з надання безоплатної вторинної допомоги. За участю призначеного судом захисника 28 лютого 2013 року було задоволено клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру стосовно К.

2.6 Забезпечення участі захисника у кримінальному провадженні з підстав, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 49 КПК

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 49 КПК участь захисника у кримінальному проваджені має бути забезпечена, якщо підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно.

Суди в більшості випадків правильно встановлювали підстави для призначення захисника через відсутність коштів. *Зокрема, 18 лютого 2013 року суддя Кролевецького районного суду Сумської області, розглядаючи клопотання обвинуваченого за ч. 1 ст. 125 КК М.В. про призначення захисника, встановив, що відповідно до довідки МСЕК він є інвалідом другої групи, відповідно до довідки УПСЗН Кролевецької РДА отримує допомогу у розмірі 894 грн. та згідно з довідкою медичного закладу у зв'язку з тяжким захворюванням потребує лікування в умовах онкодиспансеру. Суд врахував також пояснення обвинуваченого, що у зв'язку з хворобою він не може працювати, єдиним джерелом доходів є отримувана ним допомога, та дійшов висновку, що М.В. є суб'єктом права на безоплатну правову допомогу*

відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу».

В іншому випадку суддя Тростянецького районного суду Сумської області 16 жовтня 2013 року в кримінальному провадженні по обвинуваченню Д.Н. за ч. 1 ст. 125 КК відмовив у задоволенні клопотання Д.Н. про залучення захисника, пославшись на те, що обвинувачена не надала доказів того, що середньомісячний сукупний дохід її сім'ї нижчий суми прожиткового мінімуму, встановленого відповідно до Закону України «Про прожитковий мінімум», окрім того обвинувачена вказала, що працевлаштована та має постійний заробіток.

Виходячи з наведеного, судам слід детально розглядати усі фактичні обставини для обґрунтування прийнятого рішення про надання захисника обвинуваченому через відсутність коштів.

Вироком Святошинського районного суду м. Києва від 16 квітня 2013 року, який залишений без змін Апеляційним судом м. Києва від 19 червня 2013 року, засуджено А. за ч. 2 ст. 309 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 2 роки. На підставі ч. 1 ст. 71 КК А. визначено остаточне покарання за сукупністю вироків шляхом часткового приєднання невідбутої частини покарання за вироком Святошинського районного суду м. Києва від 16 листопада 2011 року у виді позбавлення волі на строк 5 років 1 місяць.

У касаційній скарзі засуджена зазначила, що під час судового розгляду в судах першої та апеляційної інстанції було порушено її право на захист.

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що захист інтересів А. в суді першої інстанції проводився за участю захисників О. та Б. Після ухвалення вироку засуджена направила до суду апеляційної інстанції заяву, в якій просила суд призначити їй захисника для захисту її прав під час апеляційного розгляду. Однак таке клопотання засудженої не було розглянуто судом, а розгляд справи в апеляційному суді відбувався без участі захисника, чим було порушено право засудженої на захист. Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ скасовано ухвалу Апеляційного суду м. Києва від 19 червня 2013 року та призначено новий розгляд в суді апеляційної інстанції.

Таким чином, потрібно враховувати, що недотримання вимог про залучення захисника у випадку, передбаченому п. 2 ч. 1 ст. 49 КПК, є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, передбачених п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК.

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 49 КПК суд може залучити обвинуваченому захисника за призначенням і з власної ініціативи, якщо вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають цього. Наприклад, суд *під час підготовчого засідання з власної ініціативи ухвалив рішення про надання К., який обвинувачувався у скоєнні злочинів, передбачених частинами 1, 2 ст. 125 КК, захисника за призначенням*.

У контексті дотримання вимог ст. 6 Конвенції судам слід враховувати та застосовувати і практику ЄСПЛ, зокрема правові позиції, наведені цим міжнародним судовим органом у рішенні від 20 грудня 2011 року у справі

«Максименко проти України». У п. 25 цього рішення ЄСПЛ зазначив, що «забезпечення обвинуваченому у вчиненні злочину безоплатної юридичної допомоги, що є однією з вищезазначених гарантій, здійснюється за двох умов: якщо така особа не має достатньо коштів для оплати юридичної допомоги та якщо інтереси правосуддя вимагають, щоб цій особі була надана така допомога (серед інших прикладів – п. 39 рішення від 25 вересня 1992 року у справі «Фам Хоанг проти Франції»).

Що стосується першої умови, ЄСПЛ зауважив, що під час зазначеного кримінального провадження заявник відбував строк позбавлення волі за інший злочин, не було жодних ознак того, що він мав будь-яке джерело доходу. Крім того, під час досудового слідства та провадження у суді першої інстанції йому було призначено захисника, що свідчило про визнання державними органами його фінансових труднощів. Зрештою заявник чітко зазначив, що не має змоги запросити захисника для представництва його інтересів під час касаційного розгляду його справи у Верховному Суді України. Тому є підстави вважати, що він дійсно не мав достатньо коштів для того, щоб оплатити послуги з представництва його інтересів під час провадження у Верховному Суді України (для порівняння – п. 39 рішення від 14 січня 2010 року у справі «Цоньо Цонєв проти Болгарії»). Що стосується того, чи вимагали «інтереси правосуддя» надання заявнику безоплатної юридичної допомоги, яка надавалася йому до того часу, під час провадження у Верховному Суді України, то ключовими у цьому контексті пунктами розгляду є серйозність питання, про яке йшлося, та характер цього провадження».

Істотним порушенням права на захист є позбавлення обвинуваченого як правової допомоги у кримінальному провадженні, так і права бути присутнім під час судового розгляду. *Наприклад, колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Луганської області 07 червня 2013 року, розглянувши апеляційну скаргу М.А. на ухвалу Краснолуцького міського суду Луганської області від 14 лютого 2013 року про виконання вироку іноземної держави, скасувала її та призначила новий судовий розгляд з таких підстав: відповідно до ч. 2 ст. 603 КПК про дату судового засідання повідомляють особі, щодо якої ухвалено вирок, якщо вона перебуває на території України. Така особа має право користуватися правовою допомогою захисника. Судовий розгляд здійснюється за участю прокурора. З матеріалів справи вбачається, що обвинувачений у судове засідання не прибув, відомості про отримання ним повідомлення суду відсутні. За цих обставин судом першої інстанції було порушено право М.А. на захист, оскільки судове провадження здійснено за відсутності обвинуваченого.*

У іншій справі колегія суддів ВССУ 12 грудня 2013 року скасувала ухвалу Апеляційного суду Донецької області від 12 квітня 2013 року стосовно С.О., засудженого за ч. 1 ст. 121 КК і призначила новий розгляд в суді апеляційної інстанції з тих підстав, що відповідно до ч. 1 ст. 20 КПК засуджений має право на захист, яке полягає, зокрема у наданні йому

можливості брати особисту участь у кримінальному провадженні. Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, ухвала судді-доповідача апеляційного суду від 28 березня 2013 року про закінчення підготовки та призначення апеляційного розгляду на 09:00 год. 12 квітня 2013 року та повідомлення учасникам судового розгляду засудженому не надіслано, оскільки невірно зазначена його адреса.

Суд апеляційної інстанції провів судове засідання лише за участю прокурора. При цьому апеляційний суд допустився порушення й вимог статей 22, 26 КПК щодо дотримання принципів диспозитивності, змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, оскільки заявник був позбавлений можливості надати пояснення в судовому засіданні, навести доводи на обґрунтування своєї позиції.

Також суд касаційної інстанції скасував ухвалу апеляційного суду і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції за таких обставин. Як убачається з матеріалів кримінального провадження, захисником Г.Ю. 01 липня 2013 року було подано заяву про відкладення апеляційного розгляду матеріалів кримінального провадження щодо С.А., призначеного на 11 липня 2013 року, у зв’язку з перебуванням його у відпустці до 19 липня 2013 року.

Відповідно до ч. 4 ст. 405 КПК неприбуття сторін або інших учасників кримінального провадження не перешкоджає проведенню розгляду, якщо такі особи були належним чином повідомлені про дату, час і місце апеляційного розгляду та не повідомили про поважні причини свого неприбуття. Однак апеляційний суд у порушення цих вимог закону не прийняв до уваги повідомлення захисника Г.Ю. про поважність причини свого неприбуття, відмовив у задоволенні клопотання засудженого С.А. про відкладення розгляду матеріалів кримінального провадження у зв’язку із знаходженням його захисника у відпустці та здійснив розгляд за апеляційними скаргами прокурора та представника цивільного позивача. Така ухвала апеляційного суду постановлена з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, що є безумовною підставою для скасування судового рішення.

У випадку, якщо захист за призначенням захисник здійснює лише у суді першої інстанції, під час перегляду судового рішення в апеляційному порядку обвинуваченому має бути забезпечено право на захист. Так, 03 червня 2013 року суддя-доповідач Апеляційного суду Сумської області, розглянувши матеріали кримінального провадження за апеляційними скаргами прокурора та обвинуваченого на вирок Лебединського районного суду Сумської області від 11 квітня 2013 року щодо Д.С., засудженого за ч. 1 ст. 115 КК, встановив, що в суді першої інстанції інтереси обвинуваченого захищав адвокат за дорученням обласного центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги, яке було видане тільки на надання послуг захисника в суді першої інстанції. За таких обставин суддею було прийняте рішення про призначення обвинуваченому захисника через

Сумський обласний центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Невиконання вимог щодо забезпечення права на захист під час апеляційного провадження також є істотним порушенням вимог КПК та тягне за собою скасування судового рішення.

Так, колегією суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ 05 серпня 2014 року розглянуто в судовому засіданні в межах кримінального провадження касаційну скаргу засудженого М.О.І на вирок Сакського міськрайонного суду АРК від 27 червня 2013 року та ухвалу Апеляційного суду АРК від 17 вересня 2013 року. Ухвалу Апеляційного суду АРК від 17 вересня 2013 року скасовано та призначено новий розгляд в суді апеляційної інстанції з таких підстав.

Згідно з ч. 1 ст. 20 КПК підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає, крім іншого, у наданні йому можливості користуватися правовою допомогою захисника. У ч. 1 ст. 52 цього Кодексу встановлено, що участь захисника є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів. Відповідно до приписів ст. 3 КПК кримінальне провадження охоплює судове провадження також в суді апеляційної інстанції.

При перегляді справи в апеляційному порядку право засудженого на захист було порушено. З кримінального провадження убачається, що М.О.І. обвинувачено і засуджено за вчинення особливо тяжкого злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК, а тому участь захисника у кримінальному провадженні щодо нього була обов'язковою. Проте апеляційний суд переглянув вирок місцевого суду щодо цього засудженого без участі захисника, що є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, яке тягне згідно з ч. 2 ст. 412 КПК безумовне скасування судового рішення.

В іншій справі колегією суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ 18 березня 2014 року розглянуто в судовому засіданні кримінальну справу за касаційними скаргами засуджених Т.Р.С. і С.О.П., захисника Є.Л. та прокурора, який брав участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції, на вирок Апеляційного суду Дніпропетровської області від 30 жовтня 2013 року. Цей вирок скасовано, а справу направлено на новий апеляційний розгляд, зокрема з підстав порушення права на захист.

Так, Т.Р.С., засуджений за вчинення кількох злочинів, в тому числі і за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК. Вироком місцевого суду Т.Р.С. визнано винним і засуджено за вчинення злочину, санкцією за який передбачено довічне позбавлення волі. У апеляційних скаргах прокурор та потерпіла порушували питання про посилення йому покарання. Проте в порушення вимог КПК суд апеляційної інстанції слухав справу без участі захисника засудженого, чим порушив його право на захист, що є істотним порушенням вимог КПК.

У схожому випадку колегія суддів ВССУ ухвалою від 21.10.2014 скасувала ухвалу Апеляційного суду Миколаївської області від 19.02.2014 щодо Ш.А., засудженого за ч. 1 ст. 115, ч. 1 ст. 185 КК України і призначила

новий розгляд у суді апеляційної інстанції через порушення права на захист, а саме проведення апеляційного розгляду без захисника. Судом касаційної інстанції встановлено, що матеріали кримінального провадження містять заяву Ш.А. від 19.02.2014, в якій він просив апеляційний розгляд провести за відсутності його захисника В.А. Водночас відповідно до журналу судового засідання та запису судового засідання суд роз'яснив Ш.А., що участь захисника у судовому засіданні апеляційної інстанції не є обов'язковою, оскільки злочин, за яким йому пред'явлено обвинувачення ч. 1 ст. 115 КК України, не передбачає обов'язкової участі захисника, і прийняв рішення щодо розгляду кримінального провадження в порядку апеляційної процедури без участі захисника.

Таким чином, заява Ш.А. про відмову від захисника у кримінальному провадженні в порядку апеляційної процедури не може вважатися такою, що супроводжувалася мінімальними гарантіями, співмірними з її важливістю. Крім того, вона несумісна з вимогами українського законодавства, яке для випадку Ш.А. передбачало обов'язкову участь захисника, від якого він вимушено відмовився.

Слід зазначити, що колегією суддів ВССУ в порядку реагування на вище зазначене грубе порушення права на захист Ш.А., допущене суддями Апеляційного суду Миколаївської області, постановлено та направлено до Апеляційного суду Миколаївської області ухвалу для повідомлення про виявлені факти Голови суду та обов'язкового розгляду цього випадку на нараді усіх суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду. Зокрема в ухвалі вказано, що судді не дотрималися вимог закону і недобросовісно віднеслися до виконання обов'язків судді, які покладені на них законом України «Про судоустрій і статус суддів», зокрема, що суд здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Важливе значення має також питання забезпечення права на захист під час перевірки законності та обґрунтованості судового рішення у суді апеляційної інстанції.

Наприклад, колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ розглянула 17 грудня 2013 року кримінальну справу за касаційною скаргою засудженого Б.І. на вирок Апеляційного суду Волинської області від 07 червня 2013 року. Цю скаргу задовольнила частково, вирок Апеляційного суду скасувала і направила справу на новий апеляційний розгляд з таких підстав. У силу ст. 334 КПК 1960 року вирок повинен містити не тільки формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, але й докази, на яких ґрунтується висновок суду щодо винуватої особи. За змістом положень статей 16-1, 323, 365 КПК 1960 року при перевірці законності та обґрунтованості вироку місцевого суду апеляційний суд, дотримуючись засад диспозитивності, рівності сторін та змагальності, повинен з'ясувати чи у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку органи

досудового слідства здобули докази обвинувачення, чи повно, всебічно та об'єктивно їх оцінив суд і відповідно до тих доказів, чи правильно було застосовано кримінальний закон, перевірити заперечення сторони захисту висновків суду й у разі незгоди з ними зазначити підстави, через які подані апеляції залишено без задоволення. Недотримання цих положень закону є істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, яке тягне за собою скасування судового рішення.

В силу положень Конвенції, правозастосовної практики ЄСПЛ, законодавчих приписів ст. 53 КПК 1960 року, суд повинен забезпечити реалізацію конституційного права засудженого на захист.

Також в ухвалі ВССУ наголошено, що за загальним правилом п. 1 та підп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенції вимагається надання підсудному можливості заперечувати показання свідка обвинувачення і здійснити його допит під час надання показань. Засудження не може ґрунтуватися виключно чи вирішальною мірою на показаннях, які сторона захисту не може заперечити.

У п. 54 рішення ЄСПЛ від 21 жовтня 2010 року «Корнєв і Карпенко проти України» зазначено, що докази мають подаватись у відкритому судовому засіданні у присутності підсудного з метою забезпечення змагальності дебатів. Із цього правила існують винятки, але вони не можуть порушувати права захисту.

Порядок допиту свідків у судовому засіданні визначено статтями 303, 308 КПК 1960 року, а ст. 306 цього Кодексу передбачено, що оголосити показання свідків, надані ними під час дізнання чи досудового слідства, суд може з власної ініціативи або за клопотанням учасників судового розгляду у випадку істотних суперечностей між показаннями, наданими у суді та під час досудового слідства, або в разі неявки у судове засідання свідків, явка яких з тієї чи іншої причини є неможливою.

Однак місцевий суд усупереч зазначеним вимогам закону, не вживши заходів для забезпечення явки в судове засідання свідків В.Я., К.Н., Ш.Є., оголосив показання зазначених осіб і послався на них у вироку. Ненадання можливості засудженому Б.І. та його захиснику допитати в судовому засіданні свідків обвинувачення є порушенням права на захист. Указане суд апеляційної інстанції залишив поза увагою, хоча у таких випадках суд зобов'язаний забезпечити право на допит свідків обвинувачення стороною захисту за умови, що надані свідчення свідком використані як докази винуватості особи та на них суд посилається у вироку. Це обов'язкові для виконання судами вимоги КПК 1960 року та КПК. При цьому для забезпечення дотримання права на захист необхідно враховувати практику ЄСПЛ, викладену, зокрема, у рішенні ЄСПЛ від 11 липня 2013 року у справі «Рудніченко проти України», та у рішенні від 11 квітня 2013 року у справі «Вєренцов проти України». У п. 1 цього рішення ЄСПЛ підтвердив свою правову позицію, відповідно до якої «усі свідчення, зазвичай, повинні надаватися під час відкритих засідань за присутності обвинуваченого з метою забезпечення змагальності процесу. Існують винятки з цього принципу, але вони не повинні порушувати права захисту. За певних

обставин може виявитися необхідним звернення до свідчень, наданих на етапі слідства. Якщо обвинуваченому було надано адекватну та належну можливість оскаржити такі свідчення чи то під час їх надання, чи то на більш пізній стадії, їх включення до доказової бази саме по собі не становитиме порушення пункту 1 та підп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенції. Проте засудження обвинуваченого не повинно базуватися виключно або значною мірою на свідченнях, які він не міг оскаржити (пункти 38 – 40 рішення від 24 квітня 2008 року у справі «Жогло проти України»).

Таким чином, судам слід враховувати як вимоги КПК щодо безпосереднього дослідження доказів (показань свідків) під час проведення судового провадження, так і враховувати існуючу практику ЄСПЛ для забезпечення дотримання права на захист обвинуваченого.

Крім цього, за правилами КПК судове провадження фіксується на технічний носій інформації. Таким чином, відсутність останнього не дає можливості встановити питання, що пов’язані, наприклад, з допитом свідків. Невиконання цих процесуальних вимог ставить під сумнів докази, досліджені в судовому засіданні, та не дає можливості судам вищих інстанцій перевірити дотримання права на захист.

Так, ухвалою Апеляційного суду Херсонської області від 23 вересня 2013 року скасовано вирок Комсомольського районного суду м. Херсона від 20 червня 2013 року стосовно П.О., виправданого за ч. 1 ст. 115 КК. Колегія суддів зазначила, що за технічним записом судового засідання у цьому провадженні від 12 червня 2013 року проводився допит свідків І., Н., Б. та Б.Р., однак при вивченні матеріалів кримінального провадження та аудіо-запису встановлено, що на інформаційному носії частково відсутній запис допиту свідка Б. та повністю відсутній запис допиту свідка Б.Р., і в порушення кримінального процесуального законодавства їх свідчення покладені в основу виправдувального вироку. З наведеного судом апеляційної інстанції зроблено висновок, що суд фіксував перебіг судового засідання вибірково, що є суттєвим порушенням ч. 4 ст. 107 КПК та відповідно до п. 7 ч. 2 ст. 412 КПК є безумовною підставою для скасування вироку суду.

Інколи помилки суддів-доповідачів суду апеляційної інстанції призводили до порушення права особи на захист та порушення вимог КПК. Йдеться, зокрема, про випадки постановлення ухвал у порядку ст. 399 КПК про відмову у відкритті провадження з підстави пропуску строку на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді. *Так, колегія суддів ВССУ за наслідками розгляду касаційної скарги змінила ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 26 березня 2013 року про відмову у відкритті провадження та постановила вважати апеляційну скаргу такою, що повернута заявнику. Суддя-доповідач суду апеляційної інстанції, встановивши наявність пропущеного строку на апеляційне оскарження, допустив порушення вимог КПК, оскільки, відмовивши у відкритті провадження (замість повернення апеляційної скарги), позбавив заявника права на повторне звернення до суду апеляційної інстанції.*

Таким чином, питання дотримання права на захист у кримінальному провадженні є актуальним для всіх його стадій, оскільки вимагає врахування питання забезпечення підозрюваного, обвинуваченого, засудженого захисником; добросовісного виконання останнім своїх професійних обов'язків; забезпечення судом умов для реалізації підозрюваним, обвинуваченим, засудженим права на захист поряд із професійним захистом; недопущення випадків обмеження у праві на захист (зокрема, шляхом ухвалення незаконних процесуальних рішень учасників кримінального провадження, що обмежують гарантовані КПК способи захисту) тощо.

3. Практика залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії

Відповідно до ст. 53 КПК слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані залучити захисника для проведення окремої процесуальної дії в порядку, передбаченому ст. 49 КПК, виключно у невідкладних випадках, коли є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участю захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прибути для участі у проведенні процесуальної дії чи забезпечити участь іншого захисника або якщо підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг залучити захисника або прибуття обраного захисника неможливе.

Зазначений обов'язок виникає за наявності однієї з таких умов:

1) є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участю захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прибути для участі у проведенні процесуальної дії чи забезпечити участь іншого захисника;

2) якщо підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг залучити захисника;

3) прибуття обраного захисника неможливе.

Найчастіше питання про залучення захисника виникало під час розгляду слідчим суддею клопотання про обрання затриманому, підозрюваному запобіжного заходу у виді тримання під вартою або про продовження строку тримання під вартою.

Суди констатують існування проблеми щодо затримання особи в установлені законом строки (ст. 211 КПК), через ухилення захисника від явки в суд на розгляд клопотання про затримання особи, або через неможливість своєчасного вирішення клопотання підозрюваного про залучення захисника (за призначенням), що призводило до розгляду клопотання про обрання (продовження) запобіжного заходу з порушенням встановлених КПК строків.

Тому у разі, коли підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника або обраний захисник протягом 24 годин не має змоги прибути у судове засідання для проведення процесуальної дії, яка належить до невідкладних, слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд мають право запропонувати підозрюваному, обвинуваченому залучити іншого захисника.

Якщо підозрюваний, обвинувачений відмовиться від залучення іншого захисника, а проведення невідкладної процесуальної дії передбачає участь захисника, то слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані залучити захисника у порядку, передбаченому ст. 49 КПК.

Так, під час розгляду Центральним районним судом м. Миколаєва кримінального провадження щодо обрання запобіжного заходу стосовно К., в судове засідання не з'явились захисники обвинуваченого, які про час та місце розгляду справи сповіщались телефонограмою. Прокурор заявив клопотання про залучення до участі у справі адвоката для здійснення захисту за призначенням. За таких обставин суд, керуючись вимогами ч. 1 ст. 53 КПК, дійшов висновку про залучення захисника обвинуваченому К. для проведення невідкладної процесуальної дії, призначення якого на підставі ч. 2 ст. 49 КПК доручив Миколаївському обласному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Наведене рішення, прийняте Центральним районним судом м. Миколаєва, відповідає вимогам процесуального закону. Залучення захисників для проведення окремої процесуальної дії повинно вирішити питання цілеспрямованого затягування захисниками процесуальних строків, зокрема при обрані запобіжного заходу.

Також є випадки, коли слідчі судді розглядають клопотання про обрання запобіжного заходу особам, які підозрюються у вчиненні особливо тяжких злочинів, без залучення захисника.

Наприклад, ухвалою слідчого судді Солом'янського районного суду м. Києва від 15 грудня 2012 року, задоволено клопотання слідчого та застосовано щодо С., який підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч.1 ст.115 КК, запобіжний захід у виді тримання під вартою.

У ході апеляційного перегляду згаданого судового рішення встановлено, що на момент розгляду Солом'янським районним судом м. Києва клопотання слідчого про застосування щодо С. запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою підозрюваний не залучив захисника.

Проте суд першої інстанції, незважаючи на вимоги статей 49, 52 КПК, не вжив заходів для забезпечення участі захисника та розглянув клопотання слідчого про застосування до С. запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності його захисника, чим допустив істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, що призвело до скасування відповідного рішення суду.

Результати аналізу судової практики засвідчили, що залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії здійснювалось у більшості випадків внаслідок неявки раніше залученого захисника.

Зокрема, під час розгляду скарги О. в інтересах К. на постанову заступника Генерального прокурора України від 08 листопада 2013 року про видачу (екстрадицію) К. в Російську Федерацію для притягнення до кримінальної відповідальності у зв'язку з неявкою захисника особи, Шевченківським районним судом м. Києва було винесено ухвалу

від 20 листопада 2013 року про залучення захисника для проведення окремої невідкладної процесуальної дії – надання правової допомоги при розгляді скарги на постанову, для чого призначено захисника з Київського міського центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

У кримінальному провадженні щодо Н.С., Н.О., К.Д., К.Ю. ухвалою Перевальського районного суду Луганської області було доручено Центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги призначити адвоката для проведення окремої процесуальної дії для здійснення захисту обвинуваченого за призначенням у зв'язку із зайнятістю призначеного раніше захисника в іншому судовому процесі та неможливості з'явитися у судове засідання.

Також ухвалою слідчого судді Комсомольського районного суду м. Херсона від 16 липня 2013 року доручено Херсонському обласному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги підозрюваному І.Г. захисника для розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу, оскільки останній під час розгляду цього клопотання заявив про забезпечення йому права на захист через те, що за своїм матеріальним станом не в змозі запросити захисника. Слідчий суддя під час розгляду зазначеного клопотання встановив, що під час затримання підозрюваний помилково відмовився від послуг адвоката, оскільки йому не було роз'яснено, що адвокат направлений центром з надання безоплатної вторинної правової допомоги, а не обраний і запрошений слідчим на власний розсуд.

Призначаючи захисника для проведення окремої процесуальної дії, необхідно забезпечувати реалізацію його права на ознайомлення з матеріалами провадження, конфіденційне спілкування з підзахисним тощо.

4. Прийняття судом відмови від захисника або його заміна

Відповідно до ст. 45 КПК єдиний суб'єкт, який у кримінальному провадженні має право виступати як захисник – це адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Захисник після його залучення відповідно до п. 4 ст. 47 КПК має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках:

1) якщо є обставини, які згідно з КПК виключають його участь у кримінальному провадженні. До таких обставин належать випадки коли:

а) захисником є особа, яка брала участь у цьому ж кримінальному провадженні як слідчий суддя, суддя, присяжний, прокурор, слідчий, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, експерт, спеціаліст, перекладач;

б) якщо захисник у цьому провадженні надає або раніше надавав правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги;

в) зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (зупинення дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю або його анулювання) у порядку, передбаченому законом;

г) якщо захисник є близьким родичем або членом сім'ї слідчого, прокурора, потерпілого або будь-кого зі складу суду;

2) незгоди з підозрюваним, обвинуваченим щодо обраного ним способу захисту, за винятком випадків обов'язкової участі захисника.

3) умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного із захисником договору, яке виявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, порушенні вимог КПК тощо.

4) якщо він свою відмову мотивує відсутністю належної кваліфікації для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним.

Відмовитись від захисника або замінити його може і сам підозрюваний, обвинувачений. Згідно з ч. 2 ст. 54 КПК відмова від захисника або його заміна повинна відбуватися виключно в присутності захисника після надання можливості для конфіденційного спілкування. Така відмова або заміна фіксується у протоколі процесуальної дії.

При реалізації норм КПК, які регламентують порядок відмови від захисника, суддям необхідно враховувати правові позиції ЄСПЛ сформульовані, зокрема, в рішенні від 16 грудня 2010 року у справі «Боротюк проти України». Так, у п. 80 цього рішення ЄСПЛ зазначив, що: «ані буква, ані дух ст. 6 Конвенції не перешкоджають особі добровільно відмовитися (у відкритий чи мовчазний спосіб) від свого права на гарантії справедливого судового розгляду. Однак для того, щоб така відмова була дійсною для цілей Конвенції, вона має бути виражена у недвозначній формі і має супроводжуватися мінімальними гарантіями, співмірними з важливістю такої відмови». Також у п. 65 рішення ЄСПЛ від 15 листопада 2012 року у справі «Єрохіна проти України» викладена ще одна важлива правова позиція щодо відмови від захисника, зокрема, ЄСПЛ вказав: «перед тим, як вважати обвинуваченого таким, що відмовився від важливого права за ст. 6 Конвенції, з огляду на непрямі ознаки його поведінки слід переконатися, що він міг розумно передбачити наслідки своєї поведінки» (п. 59 рішення від 27 березня 2007 року у справі *«Талат Тунч проти Туреччини»*).

Узагальненням встановлені випадки порушення вимог ч. 2 ст. 54 КПК, оскільки судами не завжди належним чином фіксується відмова від захисника.

Наприклад, Вироком Центрального районного суду м. Миколаєва від 11 березня 2013 року, залишеним без змін ухвалою Апеляційного суду Миколаївської області від 02 липня 2013 року, С. і Б. засуджено за ч. 2 ст. 187 КК із застосуванням ст. 69 КК на 5 років позбавлення волі кожного. Ці

рішення скасовано ухвалою ВССУ від 21 листопада 2013 року та призначено новий розгляд у суді першої інстанції.

Своє рішення ВССУ мотивував тим, що відповідно до журналу судового засідання та запису судового засідання судовий розгляд кримінального провадження щодо С. відбувся 07 березня 2013 року за відсутності захисника, про явку якого, як і про причини його неприбуття, секретар судового засідання суду не доповідав. Не зафіксована на носії інформації і відмова обвинуваченого С. від захисника К.

Порядок відмови від захисника відповідно до ч. 2 ст. 54 КПК передбачає, що відмова від захисника повинна відбуватися виключно в присутності захисника після надання можливості для конфіденційного спілкування. Така відмова фіксується у протоколі процесуальної дії.

Враховуючи викладене, визнано обґрунтованими доводи касаційної скарги захисника К. про неналежне фіксування відмови від захисника, чим порушено право на захист С.

Зазначене порушення вимог кримінального процесуального закону, на думку колегії суддів, перешкодило суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення. Апеляційний суд при перегляді вироку за апеляційними скаргами не звернув уваги на це порушення, а тому ухвалені судові рішення щодо засудженого не можна вважати законними і вони підлягають скасуванню.

Варто звернути увагу на те, що в судовій практиці викликає певні труднощі застосування ч. 2 ст. 54 КПК. Проблема прийняття судом відмови обвинуваченого від захисника часто обумовлена тим, що обвинувачений з захисником заздалегідь домовляються про розірвання договірних відносин на надання правової допомоги або захисник на власний розсуд тлумачить наявність підстав для припинення цих правовідносин і не з'являється в судове засідання.

Ухвалою колегії суддів Печерського районного суду м. Києва від 15 жовтня 2013 року вирішено довести до відома Київської міської кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури інформацію про неявку захисників для проведення перевірки та за наявності підстав вжиття заходів дисциплінарного реагування за фактом самоусунення адвокатів Г. та Б. від захисту інтересів обвинуваченого.

Зазначене свідчить про те, що неявка захисників в судове засідання по кримінальному провадженню, де їх участь є обов'язковою, призводить до істотного порушення строків судового розгляду, порушення прав інших учасників судового розгляду.

Відповідно до ч. 3 ст. 54 КПК відмова від захисника не приймається, якщо його участь є обов'язковою.

Апеляційним судом Волинської області на підставі ч. 3 ст. 54 КПК відмовлено засудженому В. у задоволенні клопотання про відмову від захисника. Цією ухвалою залучено іншого захисника у порядку, передбаченому ст. 49 КПК, для здійснення захисту за призначенням. Апеляційний суд Волинської області мотивував своє рішення тим, що

засуджений перебуває у лікаря нарколога на диспансерному обліку з діагнозом психічні та поведінкові розлади внаслідок вживання алкоголю, а тому участь захисника є обов'язковою.

У згаданому випадку судам необхідно роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому право замінити захисника. Якщо останні відмовляються від захисника та не залучають іншого, захисник повинен бути залучений у порядку, передбаченому ст. 49 КПК, для здійснення захисту за призначенням, що дасть змогу розглянути провадження, не порушуючи права на захист підозрюваного, обвинуваченого, а також строків судового розгляду.

Результати аналізу судової практики засвідчили, що у разі якщо підозрюваний (обвинувачений) відмовлявся від захисника і не залучав іншого, захисника було надано в порядку, передбаченому ст. 49 КПК.

Прикладом цього є кримінальне провадження щодо Ш., який обвинувачувався у скоєнні злочинів, передбачених частинами 1, 2 ст. 172 КК. Обвинувачений заявив клопотання про відмову від захисника, призначеного Волинським обласним центром з надання вторинної правової допомоги, мотивуючи це наявністю різних поглядів на методи захисту. При цьому Ш. одночасно просив призначити йому іншого захисника. Суд задовольнив це клопотання, прийняв відмову від захисника У. та залучив через Волинський обласний центр з надання вторинної правової допомоги іншого захисника.

Слід зазначити, що незалучення іншого захисника судом є безумовним порушенням права на захист. Так, колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Закарпатської області скасувала вирок Міжгірського районного суду щодо Ю.І., обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК, та направила кримінальне провадження на новий розгляд через істотні порушення вимог кримінального процесуального закону. Зокрема, під час судового провадження в суді першої інстанції Ю.І. подав заяву про відмову від захисника. В порушення вимог ст. 54 КПК відмова Ю.І. від захисника відбувалася у відсутності захисника та без вирішення судом питання про задоволення такої відмови. Не вирішивши питання про прийняття відмови обвинуваченого Ю.І. від захисника та розглянувши кримінальне провадження без участі захисника, суд першої інстанції допустив порушення права на захист Ю.І.

Є і інша судова практика. *Зокрема, ухвалою Центрального районного суду м. Миколаєва від 15 липня 2013 року відмовлено у прийнятті заяви про відмову обвинуваченого К. від захисника з огляду на те, що захисник К. призначений судом першої інстанції на підставі ст. 49 КПК. Також обвинувачений не ставив питання про залучення іншого захисника*. Проте, розглянувши заяву обвинуваченого К. без участі в судовому засіданні захисника, суд порушив вимоги ст. 54 КПК. Також не відповідає вимогам КПК практика, коли питання про можливість зміни захисника у справах, в яких його участь є обов'язковою, залежить від наявності чи відсутності клопотання про його заміну.

Таким чином, відмова у задоволенні зазначеного клопотання не відповідає вимогам КПК. Водночас постає питання про зловживання своїми процесуальними правами з боку обвинуваченого. Слід зазначити, що неодноразова відмова від захисника за призначенням без обґрунтування своєї позиції або ж із повторенням одних і тих же підстав може свідчити про зловживання обвинуваченим своїми правами з метою затягування розгляду. Очевидно, що у таких випадках суд має право відмовити в задоволенні заяви обвинуваченого, при цьому в ухвалі повинні бути докладно обґрунтовані мотиви, з яких суд виходив при ухваленні відповідного рішення. Якщо ж цих умов не буде дотримано, така відмова може бути розцінена як обмеження права обвинуваченого на вільний вибір захисника.

Так, розглядаючи скаргу обвинуваченого Г.О. за ч. 3 ст. 186 КК на постанову про закриття іншого кримінального провадження, слідчий суддя Недригайлівського районного суду Сумської області 11 червня 2013 року відмовив у задоволенні повторного клопотання про залучення захисника з таких підстав: в судовому засіданні 30 травня 2013 року за клопотанням Г.О. винесено ухвалу про призначення захисника, яка була направлена в Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги. При цьому з відповіді Центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги вбачається, що Г.О. вже призначався захисник В., від якого останній відмовився, адвокат Ш., призначити якого просив Г.О., не внесений до реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу. У цьому разі участь захисника не була обов'язковою. Зважаючи на те, що Г.О. раніше відмовився від захисника за призначенням, повторно заявив клопотання про призначення захисника, слідчий суддя в ухвалі вказав, що зі сторони скаржника є ознаки зловживання правом, направлені на необґрунтоване затягування розгляду його скарги.

Право обвинуваченого, підсудного на вільний вибір захисника є одним із основних елементів права на захист. Обмеження цього права є істотним порушенням вимог як КПК, так і КПК 1960 року. *Наприклад, ухвалою Апеляційного суду Луганської області від 05 березня 2013 року скасовано вирок Біловодського районного суду Луганської області від 10 жовтня 2012 року, яким З.В. засуджено за ч. 1 ст. 309, ч. 2 ст. 307, ч. 1 ст. 315, ст. 317 КК до 8 років позбавлення волі з конфіскацією майна з підстави порушення права на захист, оскільки в судовому засіданні підсудний відмовився від послуг захисника К.Ю., мотивуючи своє клопотання істотними розбіжностями у лінії захисту, просив залучити до участі у справі його захисника адвоката К.І., з якою його мати уклала угоду. Судом в порушення вимог Конституції України та КПК 1960 року не було прийнято відмову від захисника, чим порушено право підсудного на вільний вибір останнього.*

Важливим є питання забезпечення ефективної реалізації права на захист у судовому провадженні.

Відповідно до положень ч. 1 ст. 47 КПК захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені цим Кодексом та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних

інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого.

Захисник після його залучення має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках: 1) якщо є обставини, які згідно з КПК виключають його участь у кримінальному провадженні; 2) незгоди з підозрюваним, обвинуваченим щодо вибраного ним способу захисту, за винятком випадків обов'язкової участі захисника; 3) умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного з захисником договору, що виявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, порушенні вимог КПК тощо; 4) якщо він свою відмову мотивує відсутністю належної кваліфікації для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним.

ЄСПЛ уже неодноразово констатував порушення права на захист у справах, де захисник формально був призначений, проте не здійснював ефективний захист. Показовим є рішення ЄСПЛ від 12 червня 2008 року у справі «Яременко проти України». У заявника був захисник, якого було усунуто від справи, оскільки заявник підписав відмову від юридичної допомоги захисника Х.О. на тій підставі, що той застерігав його від зізнання у вчиненні злочину. За твердженням заявника, він підписав її під тиском працівників міліції та слідчого у справі. Йому було призначено інших захисників. У п. 90 цього рішення ЄСПЛ як на підставу порушення п. 3 (с) ст. 6 Конвенції зазначив таке: «Суд зауважує: той факт, що кожен із двох інших захисників, які представляли заявника, бачив його лише один раз і тільки під час допиту і що до допиту ніхто з них із заявником не бачився, найімовірніше свідчить про символічний характер їхніх послуг. Суд вважає, що спосіб, у який захисника Х.О. усунули від участі у справі, та підстави, якими було пояснено це рішення, а також у зв'язку зі стверджуваною відсутністю юридичних підстав для такого заходу, викликають серйозні сумніви щодо справедливості всього провадження у цій справі. Суд бере до уваги й той факт, що пізніше захисникові Х.О. дозволили повернутися до участі у справі без будь-якого натяку на те, що стверджуваних підстав для його усунення вже не існує».

Таким чином, ЄСПЛ поставив під сумнів виконання захисниками ефективного захисту заявника, що становило істотне порушення вимог КПК. Судам необхідно враховувати таку практику під час перевірки забезпечення права на захист під час досудового розслідування та судового провадження у справі. За наявності ознак «символічного надання послуг» захисником судове рішення підлягає скасуванню.

Наприклад, ухвалою колегії суддів у кримінальних справах Апеляційного суду Закарпатської області від 23 квітня 2013 року за наслідками апеляційного провадження скасовано вирок Ужгородського міськрайонного суду від 15 червня 2012 року по обвинуваченню Г.В. та К.В. у вчиненні злочинів, передбачених пунктами 6, 12, 13 ч. 2 ст. 115, ч. 4 ст. 187, ч. 3 ст. 187, ч. 3 ст. 289, ч. 1 ст. 263, ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 289 КК, з підстав

порушення права на захист Г.В., а саме: Г.В. судом першої інстанції було призначено захисника, який під час судового розгляду зайняв пасивну позицію та в судових дебатах фактично вступив в протиріччя із своїм підзахисним, стверджуючи про доведеність його вини у вчиненні злочинів, в яких останній своєї вини не визнавав. Цим вироком Г.В. був засуджений до довічного позбавлення волі, захисником не було оскаржено, апеляційна скарга подана самим засудженим без надання правової допомоги захисника.

Колегія суддів дійшла висновку, що призначений судом першої інстанції захисник внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків не забезпечив ефективного захисту підсудного Г.В., чого вимагали інтереси правосуддя, що є порушенням підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції.

У багатьох випадках неналежне виконання обов'язків адвоката по захисту призводили до затягування розгляду справи. Суди вцілому реагували на такі випадки. Так, суддя Краснолуцького міського суду Луганської області відсторонив адвоката Л. у кримінальному провадженні по обвинуваченню С.О. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, п. 7 ч. 2 ст. 115 КК, а у кримінальному провадженні щодо обвинувачення Т.В. за ч. 1 ст. 115 КК, що знаходилось на розгляді у цьому ж суді, суд внаслідок невиконання захисником своїх обов'язків по захисту був змушений залучати іншого захисника для проведення окремої процесуальної дії.

Питання забезпечення ефективного права на захист актуальне і для справ, що розглядаються судами в порядку КПК 1960 року. Зокрема, *ухвалою Апеляційного суду Полтавської області від 23 липня 2013 року скасовано вирок Пирятинського районного суду Полтавської області від 16 травня 2013 року щодо Х.В., засудженого за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК на 13 років позбавлення волі, та направлено справу на додаткове розслідування. Однією з підстав прийняття такого рішення було і те, що захисник неналежно виконував свої обов'язки.*

Як вбачається з матеріалів справи, 15 травня 2012 року підозрюваний Х.В. заявив клопотання про забезпечення його захисником. В цей же день слідчий звернувся листом до голови Полтавського обласного відділення ГО «Спілка Адвокатів України», в якому просив призначити захисника підозрюваному. В цей же час без рішення голови Полтавського обласного відділення ГО «Спілка Адвокатів України» слідчий виніс постанову про допуск захисника Д.Ю. до участі у справі.

Як зазначив апеляційний суд, цей захисник за наявності грубих порушень вимог КПК 1960 року під час проведення досудового слідства з боку слідчого жодним чином на ці порушення не відреагував. Крім цього, після передання справи до суду без будь-яких процесуальних рішень самоусунувся від участі у справі, що свідчить про неналежне виконання ним своїх обов'язків.

За результатами аналізу судових рішень встановлено існування випадків порушення норм КПК, які призвели до неналежного забезпечення права на захист, зокрема в частині положень про встановлення строку, необхідного для підготовки до захисту від нового обвинувачення.

Наприклад, Апеляційним судом Дніпропетровської області скасовано вирок Амур-Нижньодніпровського районного суду м. Дніпропетровська від 30 квітня 2013 року щодо В., засудженого за ч. 4 ст. 296, ч. 1 ст. 121 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на 6 років. Так, В. було пред'явлено обвинувачення за ч. 1 ст. 121 КК. В судовому засіданні прокурором було заявлено клопотання про розгляд додаткового обвинувачення за ч. 4 ст. 296 КК, від якого обвинувачений не захищався на досудовому розслідуванні, після чого суд у порушення вимог ст. 339 КПК, не відклавши судовий розгляд на строк, необхідний для підготовки до захисту від додаткового обвинувачення та виконання прокурором вимог, передбачених статтями 276–278, 290–293 КПК, не розпочавши розгляд справи з підготовчого засідання, провів розгляд справи відповідно до вимог ст. 338 КПК та виніс по справі обвинувальний вирок.

Таким чином, судом допущено істотні порушення вимог КПК, чим порушено право обвинуваченого на захист, що стало підставою для скасування необґрунтованого вироку. У подібних випадках суд зобов'язаний відповідно до ч. 2 ст. 339 КПК відкласти судовий розгляд на строк, необхідний для підготовки до захисту від додаткового обвинувачення. Отже, суддям необхідно враховувати різницю правових наслідків зміни обвинувачення в суді та висунення додаткового обвинувачення.

5. Процесуальні наслідки порушення права на захист під час досудового розслідування

При вирішенні питання про процесуальні наслідки порушення права особи на захист суддям необхідно керуватись положеннями, закріпленими у ст. 87 КПК, відповідно до ч. 1 якої недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. При цьому ч. 2 аналізованої норми передбачає, що одним із діянь, у разі існування яких суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, є, зокрема, порушення права особи на захист.

Судам слід враховувати також практику ЄСПЛ щодо впливу обмеження прав підозрюваного на захист під час досудового розслідування на розгляд під час судового провадження. Зокрема, в п. 57 рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 2010 року у справі «Леонід Лазаренко проти України» ЄСПЛ в обґрунтування порушення п. 1 ст. 6 у поєднанні з підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції зазначив, що «національні суди проігнорували обмеження права заявника на захист під час первісної стадії попри те, що заявник зазначав про це у касаційній скарзі до Верховного Суду України, та те, що відповідно до національного законодавства воно становило істотне порушення кримінально-процесуального закону, яке передбачало скасування вироку.

Цей недолік не міг бути виправлений ані юридичною допомогою, наданою заявнику пізніше, ані змагальним характером подальшого провадження (п. 58 рішення ЄСПЛ від 27 листопада 2008 року у справі «Салдуз проти Туреччини»; пункти 39–41 рішення ЄСПЛ від 31 березня 2009 року у справі «Плонка проти Польщі»).

Також у рішенні ЄСПЛ від 15 листопада 2012 року у справі «Гриненко проти України» цей суд констатував порушення п. 1 та підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції в зв'язку з тим, що заявнику не було забезпечено право на захист за таких фактичних обставин: «незважаючи на те, що заявнику було призначено двох захисників, його було неодноразово допитано виключно в присутності захисника, якого йому було призначено слідчими органами. При цьому не було жодних підтверджень того, що захисник, якого запросив батько заявника, був належним чином повідомлений про такі слідчі дії».

Керуючись такою практикою ЄСПЛ, судам слід ретельно перевіряти питання дотримання під час досудового розслідування права на вільний вибір захисника. При цьому у разі здійснення захисту одночасно захисником за призначенням та залученим підозрюваним чи обвинуваченим захисником судам необхідно встановлювати причини, за якими залучений захисник не брав участі у проведенні тих чи інших процесуальних дій під час досудового розслідування. Це ж стосується і забезпечення дотримання права на захист у судовому провадженні.

Результати аналізу судової практики дозволили встановити існування випадків прийняття судом під час підготовчого судового засідання ухвал про повернення обвинувального акта, підставами якого, зокрема, судді визначають недотримання вимог про забезпечення права на захист під час досудового розслідування.

Так, в ухвалі судді Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 23 липня 2013 року про повернення прокурору обвинувального акта зазначено: «*як вбачається з реєстру матеріалів досудового розслідування, під час досудового розслідування було порушено право ОСОБА_1 на захист, оскільки, перебуваючи у статусі підозрюваної, вона допитувалась у якості свідка 04 березня 2013 року та 24 квітня 2013 року*». На думку судді, відповідно до ч. 3 ст. 87 КПК докази, одержані в результаті таких допитів, є недопустимими.

В ухвалі Суворовського районного суду м. Одеси від 30 жовтня 2013 року зазначено, що «*наряду з викладеним, з огляду на статті 109, 291 КПК, у реєстрі матеріалів досудового розслідування, який є невід'ємним додатком до обвинувального акта при їх розгляді судом, повинні міститися відомості про залучення захисника та про відкриття йому матеріалів досудового розслідування, але з наданого до суду реєстру у цьому кримінальному провадженні, розписки підозрюваного і його захисника про отримання копії обвинувального акта та заяв останніх всупереч викладеним положенням закону і ст. 49 цього ж Кодексу протягом досудового розслідування процесуальної дії та рішення із залучення захисників ОСОБА_3 чи ОСОБА_4 не приймалося, відкриття останній матеріалів досудового*

розслідування не здійснювалось, що у контексті частин 1, 12 ст. 290, статей 9, 87 вказаного Кодексу, ще на стадії підготовчого засідання ставить під сумнів допустимість зібраних у кримінальному провадженні поза участю захисників доказів».

За наслідками розгляду у підготовчому судовому засіданні Гощанський районний суд Рівненської області повернув прокурору обвинувальний акт у кримінальному провадженні по обвинуваченню П. за ч. 3 ст. 187 КК через невідповідність вимогам ст. 291 КПК. Зокрема, судом встановлено, що жодному із трьох захисників доступ до матеріалів кримінального провадження не надавався, копії обвинувального акта та реєстру матеріалів досудового розслідування захисникам вручені не були.

Судам під час підготовчого судового засідання слід ретельно перевіряти дотримання органами досудового розслідування вимог ст. 291 КПК. У деяких випадках недотримання ст. 291 КПК ставить під сумнів законність прийнятого судового рішення у кримінальному провадженні. *Так, під час апеляційного розгляду кримінального провадження щодо П.О. та П.С., обвинувачених за ч. 3 ст. 185 КК, Апеляційний суд Херсонської області встановив, що в обвинувальному акті, а також при формулюванні обвинувачення, визнаного доведеним (що дослівно переписано з обвинувального акта), в мотивувальній частині вироку суд першої інстанції зазначив, що «П.О. 03 лютого 2013 року близько 24:00 год., діючи за попередньою змовою з П.С., переслідуючи прямий умисел, направлений на таємне викрадення чужого майна, з корисливих мотивів, шляхом вільного доступу проникли на територію подвір'я, звідки вчинили крадіжку металевої труби вартістю 1000 грн., а також викрали гідронасос вартістю 476 грн., спричинивши своїми діями матеріальну шкоду потерпілому К.В. на загальну суму 1476 грн.*

Виклавши обвинувачення таким чином, суд вийшов за межі пред'явленої П.С. підозри, згідно з якою він за попередньою змовою з П.О. викрав лише металеву трубу, тоді як крадіжку гідронасосу не вчиняв. Суд першої інстанції не звернув уваги на ці обставини та не повернув обвинувальний акт прокурору на стадії підготовчого судового засідання, що призвело до ухвалення незаконного судового рішення, оскільки фактично суд збільшив обсяг обвинувачення, чим погіршив становище обвинуваченого і порушив його право на захист.

Існують також випадки необґрунтованого повернення обвинувальних актів з аналізованих підстав унаслідок неналежного з'ясування обставин кримінального провадження.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження Броварського міськрайонного суду Київської області за обвинуваченням З. у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 203-2 КК, ухвалою суду від 20 вересня 2013 року повернуто прокурору обвинувальний акт із додатками для виконання вимог ст. 291 КПК. З'ясовано, що суд дійшов такого висновку, встановивши, що обвинувальний акт та додатки до нього не відповідали вимогам КПК, а проведені в ході досудового розслідування

процесуальні дії виконувались без участі захисника, що порушувало права обвинуваченого З. на захист, а пред'явлене останньому обвинувачення було не конкретним та позбавляло його можливості захищатись. Тому зазначене унеможливило призначення кримінального провадження до судового розгляду. Проте ухвалою Апеляційного суду Київської області від 21 листопада 2013 року ухвалу Броварського міськрайонного суду Київської області від 20 вересня 2013 року було скасовано. Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, адвокат Б. спростував твердження про порушення права на захист, оскільки 29 серпня 2013 року (у день повідомлення про підозру) його було залучено як захисника З., за його участі останньому вручено письмове повідомлення про підозру та в подальшому всі слідчі і процесуальні дії проводилися за його присутності.

Суддею Суворовського районного суду м. Одеси постановлено ухвалу від 26 вересня 2013 року, якою обвинувальний акт повернено прокурору. При цьому суддя в зазначеній ухвалі звернув увагу органів досудового розслідування і на неналежне дотримання вимог КПК, а саме: «*всупереч положенням закону, протягом досудового розслідування процесуальне рішення щодо залучення захисника ОСОБА_2, з огляду на надану останнім до суду копію доручення для здійснення захисту за призначенням, або про прийняття відмови обвинуваченого ОСОБА_3 від цього захисника в порядку ст. 54 КПК, не приймалося, і прокурором ця обставина у підготовчому судовому засіданні не спростована, що в контексті частин 1, 12 ст. 290, ст. 87 цього Кодексу призведе до визнання судом доказів зібраних у кримінальному провадженні поза участю захисника, недопустимими*».

Разом із цим у випадках, коли суд встановлював відсутність захисника під час досудового розслідування у судовому провадження, право на захист забезпечувалось з моменту виявлення таких підстав. Так, ухвалою Комсомольського районного суду м. Херсона від 13 листопада 2013 року під час судового розгляду кримінального провадження щодо К.В.В., обвинуваченого за ч. 3 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 1 ст. 186 КК, суд доручив Херсонському обласному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги призначити адвоката для здійснення захисту обвинуваченого, оскільки він страждає на психічні вади, що залишилося поза увагою органу досудового розслідування, який не забезпечив обов'язкову участь захисника підозрюваному у кримінальному провадженні.

Таким чином, суд усунув порушення ст. 52 КПК, що були під час досудового розслідування, шляхом призначення захисника обвинуваченому та продовжив судовий розгляд кримінального провадження.

У цьому контексті слід зазначити, що застосування положень, закріплених у ст. 87 КПК, під час підготовчого судового засідання є передчасним та суперечить ст. 89 КПК. Статтею 89 КПК передбачено випадки визнання доказів недопустимими: 1) суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення; 2) у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за

собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

Таким чином, результати аналізу наведених норм свідчать про те, що оцінка доказів на предмет їх допустимості, а отже, і застосування положень, закріплених у ст. 87 КПК, не здійснюється до початку судового розгляду. Необхідно зауважити, що незабезпечення права на захист не може бути оцінено суддею як невідповідність обвинувального акта вимогам КПК.

6. Дотримання слідчим суддею та суддею вимог про створення необхідних умов для реалізації стороною захисту своїх процесуальних прав

Суддям необхідно враховувати, що відповідно до ч. 2 ст. 22 КПК сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених КПК, а в ч. 6 цієї статті закріплено обов'язок суду створити, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, необхідні умови для реалізації сторонами їх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків. При цьому згідно з ч. 3 ст. 93 КПК сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій.

Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 303 КПК рішення слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій може бути під час досудового розслідування оскаржене особою, якій відмовлено у задоволенні клопотання, її представником, законним представником чи захисником.

Так, слідчий суддя Личаківського районного суду м. Львова ухвалою від 12 червня 2013 року відмовив у задоволенні скарги захисника на бездіяльність старшого слідчого прокуратури Личаківського району П.Д.С., яка полягала в безпідставній відмові в задоволенні клопотання про здійснення слідчо-розшукових дій з метою перевірки показань свідків ОСОБА_5 та ОСОБА_6. Підставою для відмови в задоволенні скарги була обґрунтованість постанови слідчого про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих дій, оскільки в клопотанні захисника не вказано, які саме дії необхідно провести.

Результати аналізу судової практики свідчать про те, що захисники, фактично оскаржуючи відмову в проведенні за їх клопотанням слідчих дій, звертаються до слідчих суддів зі скаргами на бездіяльність слідчого, яка полягає у непроведенні слідчих дій, ініційованих стороною захисту.

Слідчі судді обґрунтовано відмовляють у відкритті провадження за такими скаргами, оскільки така бездіяльність не є предметом оскарження згідно з положеннями, закріпленими у ч. 1 ст. 303 КПК.

Слідчий суддя Балаклавського районного суду м. Севастополя, керуючись ч. 4 ст. 304 КПК, ухвалою від 29 березня 2013 року відмовив у відкритті провадження за скаргою ОСОБА_1 на бездіяльність слідчого СВ

Балаклавського РВ УМВС України в м. Севастополі, в якій він просить зобов'язати слідчого СВ Балаклавського РВ УМВС України в м. Севастополі провести дії, зазначені скаржником у його клопотанні про проведення слідчих дій від 11 лютого 2013 року у кримінальному провадженні, зареєстрованому в Єдиному реєстрі досудових розслідувань від 13 грудня 2012 року за ознаками злочину, передбаченого ч. 1 ст. 175 КК.

У свою чергу слід мати на увазі, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК предметом оскарження є бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у нездійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений КПК строк. Згідно з ч. 1 ст. 220 КПК клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника про виконання будь-яких процесуальних дій слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав. Таким чином, слідчим суддям необхідно приймати різні процесуальні рішення при одержанні скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невчиненні ініційованих слідчих (розшукових) дій (відмовляти у відкритті провадження), та скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невиконанні обов'язку з розгляду клопотання у триденний строк (за відсутності інших підстав для відмови у відкритті провадження чи повернення скарги – розглядати її по суті заявлених вимог).

У цьому контексті обґрунтованою є *ухвала слідчого судді Зміївського районного суду Харківської області від 12 листопада 2013 року, який розглянув по суті скаргу, на обґрунтування якої скаржник посилався на те, що із письмовим клопотанням про допит окремих осіб звернувся до слідчого 25 жовтня 2013 року. Слідчий отримав клопотання, про що свідчить поштова відмітка, однак у встановлений законом триденний строк не надав відомостей про задоволення чи відмову в задоволенні зазначеного клопотання*.

Крім того, результати аналізу судової практики свідчать про застосування суддями положень, закріплених у ч. 3 ст. 333 КПК, відповідно до якої у разі, якщо під час судового розгляду виникне необхідність у встановленні обставин або перевірці обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження, і вони не можуть бути встановлені або перевірені іншим шляхом, суд за клопотанням сторони кримінального провадження має право доручити органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії.

Суддя Петрівського районного суду Кіровоградської області ухвалою від 30 вересня 2013 року задовольнив клопотання захисника обвинуваченого та направив доручення слідчому відділу Петрівського РВ УМВС України в Кіровоградській області на проведення певних слідчих (розшукових) дій, а саме допиту свідка – засудженого Петрівської ВК № 49, який був присутній 19 січня 2013 року при проведенні огляду обвинуваченого ОСОБА_1.

Керуючись ч. 3 ст. 333 КПК, *суддя Дніпровського районного суду м. Києва ухвалою від 09 жовтня 2013 року задовольнив клопотання захисника обвинуваченого про проведення слідчої дії (слідчого експерименту) з метою встановлення/перевірки обставин, які мають істотне значення для цього кримінального провадження. Суддя дійшов висновку про те, що з метою уточнення фактичних відомостей необхідно провести слідчі дії (слідчий експеримент), а саме відтворення обстановки і обставин події ДТП за участю обвинуваченого ОСОБА_1, потерпілого ОСОБА_2 та із залученням спеціаліста Київського науково-дослідного інституту судових експертиз у сфері проведення авто-технічних досліджень, оскільки вони не можуть бути встановлені або перевірені іншим шляхом у ході судового розгляду у зв'язку з існуванням протилежних висновків експертів щодо тотожних питань*.

7. Забезпечення права на захист на стадії виконання судових рішень[1]

Спірними на практиці були питання обов'язкового залучення захисника для розгляду питань, пов'язаних із виконанням вироків, зокрема, про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, заміну покарання більш м'яким, звільнення від покарання за хворобою, а також під час розгляду питань про встановлення адміністративного нагляду тощо.

Досить часто суди залучали захисників для розгляду цих питань через центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги. У багатьох випадках самі центри відмовляли у направленні захисників, оскільки засуджені на стадії виконання вироку не є суб'єктами, що наділені правом на безоплатну вторинну правову допомогу.

Наприклад, ухвалою Новокаховського міського суду Херсонської області від 05 вересня 2013 року під час розгляду подання інспектора Новокаховського МВ КВІ УДПтС України в Херсонській області про звільнення від покарання по закінченню іспитового строку щодо неповнолітнього М.А. надано доручення центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги призначити захисника для захисту інтересів неповнолітнього засудженого та забезпечити прибуття адвоката для участі у розгляді подання. 16 вересня 2013 року до суду надійшов лист Херсонського обласного центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги, у якому зазначено, що ухвалу від 05 вересня 2013 року постановлено без належних правових підстав, оскільки засуджений не є суб'єктом права на безоплатну вторинну правову допомогу. У зв'язку з цим головуючий 01 жовтня 2013 року надіслав до центру листа з роз'ясненням положень статей 49, 52 КПК, у якому також зазначив про те, що відсутність під час розгляду захисника призведе до істотного порушення

[1] Підрозділ підготовлено з урахуванням матеріалів аналізу судових рішень, наданих Міністерством юстиції України

права на захист неповнолітнього М.А. Проте захисник центром призначений так і не був.

Ухвалою Перевальського районного суду Луганської області від 08 листопада 2013 року за заявою про звільнення від відбування покарання у зв'язку з хворобою З.В. було відмовлено в задоволенні клопотання засудженого про надання йому безоплатної вторинної правової допомоги з тих підстав, що процесуальний статус засудженого не входить до категорії осіб, визначених ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», а тому засуджений не має права на надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Правом на правову допомогу за призначенням не наділені свідки, потерпілі, скаржники. Судам під час винесення ухвал (постанов) про залучення захисника (представника) для надання безоплатної вторинної правової допомоги необхідно враховувати вимоги ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» стосовно визначення суб'єктів права на безоплатну вторинну правову допомогу. Недотримання таких вимог закону на практиці застосування відповідного закону у 2013 році призводило до винесення ухвал, якими правову допомогу за призначенням отримували особи, що не підпадали під вимоги вище вказаного закону. Зокрема траплялися випадки, коли правова допомога призначалась засудженим, які оскаржували рішення, дії чи бездіяльність слідчих або прокурорів поза межами кримінальних проваджень, за наслідками яких їх було засуджено за вчинення злочину, і виступали заявниками в інших кримінальних провадженнях; свідками у кримінальних провадженнях; потерпілими у кримінальних провадженнях; заявниками (скаржниками) у кримінальних провадженнях; особами для участі в розгляді справи про адміністративне правопорушення.

Наприклад, постановою Зарічного районного суду м. Суми від 06 березня 2013 року було відмовлено в задоволенні скарги на бездіяльність прокурора за заявою Н.В. про порушення кримінальної справи щодо суддів Апеляційного суду Сумської області та прокурора одного з районів області, у якій Н.В. мотивував свої вимоги тим, що в результаті вчинення ними службових злочинів при розслідуванні та судовому розгляді кримінальної справи по обвинуваченню Н.В. він був незаконно засуджений на строк 10 років позбавлення волі. В апеляційній скарзі на постанову Н.В. ставив питання про її скасування та просив призначити йому захисника для захисту його інтересів, оскільки він знаходився в установі виконання покарань і був обмежений у доступі для отримання правової допомоги.

Суд апеляційної інстанції відмовив у задоволенні клопотання Н.В., зазначивши, що Н.В. є засудженим, відбуває покарання, і має право на правову допомогу за правилами ч. 2 ст. 8 КВК, а також може реалізувати право на правову допомогу у порядку, визначеному Законом України «Про безоплатну правову допомогу». Таким чином, Н.В. не є суб'єктом, який наділений правом на правову допомогу за ст. 14 Закону України «Про

безоплатну правову допомогу», тобто йому не може надаватись правова допомога адвокатом за призначенням.

Таким чином, це питання належить до спірних у судовій практиці. Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009 у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) право на правову допомогу є одним із конституційних, невід'ємних прав людини і має загальний характер. Положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що «кожен має право на правову допомогу», треба розуміти як гарантовану державою можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує.

Відповідно до ч. 2 ст. 8 Кримінально-виконавчого кодексу України (КВК) засудженому гарантується право на правову допомогу. Для одержання правової допомоги засуджені можуть користуватися послугами адвокатів або інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Таке право поширюється і на засуджених осіб, які перебувають на лікуванні у закладах охорони здоров'я.

Водночас при вирішенні проблеми залучення захисника для розгляду питань, пов'язаних із виконанням вироку, необхідно враховувати, що відповідно до положень ч. 1 ст. 20 КПК підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом. Згідно з п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК кримінальне провадження – досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність.

Таким чином, КПК надає засудженому право на захист в межах кримінального провадження. В цьому контексті слід згадати і про ч. 3 ст. 43 КПК, відповідно до якої виправданий, засуджений має права обвинуваченого, передбачені ст. 42 КПК, в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження.

Слід зазначити, що це проблемне питання вирішено шляхом внесення змін до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» відповідно до підпункту 64 пункту 5 розділу XII «Прикінцеві положення» Закону України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII «Про прокуратуру».

Так, відповідно до ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» безоплатна вторинна правова допомога – вид державної гарантії, що полягає у створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя.

Безоплатна вторинна правова допомога включає такі види правових послуг, визначені у пунктах 1–3 ч. 2 ст. 13: 1) захист; 2) здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; 3) складення документів процесуального характеру.

Відповідно до пунктів 3–7 ч. 1 ст. 14 цього Закону право на безоплатну вторинну правову допомогу згідно з цим Законом та іншими законами України мають такі категорії осіб: 1) особи, до яких застосовано адміністративне затримання (правові послуги, передбачені пунктами 2 і 3 ч. 2 ст. 13); 2) особи, до яких застосовано адміністративний арешт (правові послуги, передбачені пунктами 2 і 3 ч. 2 ст. 13); 3) особи, які відповідно до положень кримінального процесуального законодавства вважаються затриманими (правові послуги, передбачені пунктами 1 і 3 ч. 2 ст. 13); 4) особи, стосовно яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою (правові послуги, передбачені пунктами 1 і 3 ч. 2 ст. 13); 5) особи, у кримінальних провадженнях стосовно яких відповідно до положень КПК захисник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням або проведення окремої процесуальної дії, а також особи, засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або обмеження волі (всі види правових послуг, передбачені у ч. 2 ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Таким чином, реалізація права засудженого на правову допомогу за призначенням гарантована в межах Закону України «Про безоплатну правову допомогу.

У судовій практиці також встановлені і випадки винесення судами ухвал (постанов) про призначення захисника з порушенням процедури, визначеної КПК та Законом України «Про безоплатну правову допомогу»: 1) залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії без зазначення в ухвалі (постанові) підстав для такого залучення та назви окремої процесуальної дії; 2) прийняття судового рішення про заміну захисника, який надавав безоплатну вторинну правову допомогу, за наслідками задоволення відповідного клопотання обвинуваченого без урахування положень Закону України «Про безоплатну правову допомогу»; 3) прийняття судового рішення про призначення захисників двом особам, обвинуваченим у вчиненні кримінального правопорушення, тоді як клопотання про залучення захисника направлено до суду лише одним з них; 4) безпідставне визначення в ухвалі (постанові) прізвища, імені та по батькові захисника, який залучається для надання безоплатної вторинної правової допомоги; 5) адресування ухвал (постанов) про залучення захисника колегіям адвокатів; 6) переадресування судом клопотань засуджених про залучення захисника до центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги без прийняття відповідного судового рішення.

Таким чином, судам необхідно уникати такого роду помилок при винесенні ухвал про призначення захисника та дотримуватися вимог КПК та Закону України «Про безоплатну правову допомогу».

Отже, при вирішенні судом питань, пов’язаних із виконанням судових рішень, необхідно враховувати, що засуджений реалізує право на правову допомогу у спосіб, встановлений кримінально-виконавчим законодавством та Законом України «Про безоплатну правову допомогу».

Голова **Б. Гулько**

Секретар Пленуму **Д. Луспеник**