

УДК 343.121

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.59>

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАЛУЧЕННЯ ТА УЧАСТІ ЗАХИСНИКА ПІД ЧАС СПЕЦІАЛЬНОГО ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ (IN ABSENTIA)

Коць Є.П.,*доктор філософії у галузі права,**керівник юридичного відділу ЛКП «Муніципальна обрядова служба»**<https://orcid.org/0000-0002-7511-2694>*

Коць Є.П. Проблемні аспекти залучення та участі захисника під час спеціального досудового розслідування (in absentia).

У статті розглянуто проблеми, які виникають при залученні та участі захисника під час спеціального досудового розслідування. Встановлено, що у законодавстві існує неузгодженість між загальним порядком залучення захисника у кримінальному провадженні та спеціальними нормами, які регламентують участь захисника під час спеціального досудового розслідування (in absentia). Для усунення цієї невідповідності та забезпечення права підозрюваного на захист запропоновано внести відповідні зміни до Кримінального процесуального кодексу.

Підтримано позицію науковців щодо необхідності залучення захисника з моменту звернення слідчого за погодженням з прокурором або прокурора до слідчого судді з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування. Водночас, на основі аналізу рішень суду зроблено висновок про те, що зазвичай слідчий або прокурор звертається до центру вторинної правової допомоги для залучення захисника у проміжку часу між повідомленням про підозру та зверненням до суду з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування. Констатовано, що такі дії сторони обвинувачення є позитивними, оскільки захисник має час на ознайомлення та аналіз матеріалів кримінального провадження, повідомлення про підозру та інші процесуальні документи.

Підтримано позицію науковців, які зазначають що захисник за відсутності знайомства та спілкування з підзахисним, повинен обирати позицію, яка є протилежною стороні обвинувачення. Запропоновано заперечувати рішення, дії чи бездіяльність сторони обвинувачення з процесуальних підстав, що забезпечує активність дій захисника щодо захисту підозрюваного та реалізації засади змагальності у кримінальному провадженні.

Констатовано, що під час ухвалення рішення про здійснення спеціального досудового розслідування допускаються порушення прав підозрюваних на захист та засади змагальності, що по-

лягає у незалученні захисника, пасивності участі захисника, підтримання захисником позиції сторони обвинувачення. Вказане свідчить про порушення прав підозрюваного на захист та може призвести до оскарження усіх подальших рішень.

Ключові слова: спеціальне досудове розслідування, захисник, адвокат, підозрюваний, право на захист, клопотання, слідчий суддя, ухвала

Kots E.P. Problematic aspects of involvement and participation of a defense attorney during a special pre-trial investigation (in absentia).

The article examines the problems that arise with the involvement and participation of a defense attorney during a special pre-trial investigation. It has been established that there is an inconsistency in the legislation between the general procedure for the involvement of a defense attorney in criminal proceedings and special regulations regulating the participation of a defense attorney during a special pre-trial investigation (in absentia). In order to eliminate this inconsistency and ensure the suspect's right to defense, it is proposed to make appropriate changes to the Criminal Procedure Code.

The position of scientists regarding the need to involve a defense attorney is supported from the moment the investigator, in agreement with the prosecutor, or the prosecutor appeals to the investigating judge with a request to carry out a special pre-trial investigation. At the same time, based on the analysis of court decisions, it was concluded that usually the investigator or prosecutor turns to the secondary legal aid center to attract a defense attorney in the time between the notification of suspicion and the application to the court with a request for a special pre-trial investigation. It was established that such actions of the prosecution are positive, as the defense attorney has time to review and analyze the materials of the criminal proceedings, reports of suspicion and other procedural documents.

The position of scientists is supported, who point out that the defender, in the absence of acquaintance and communication with the client, should choose a position that is opposite to the side of the prosecution. It is proposed to deny the

decision, actions or inaction of the prosecution on procedural grounds, which ensures the activeness of the actions of the defense attorney regarding the defense of the suspect and the implementation of the principle of competition in criminal proceedings.

It was established that during the adoption of a decision to conduct a special pre-trial investigation, violations of the rights of suspects to defense and the principles of competition are allowed, which consists in the non-involvement of the defense counsel, the passive participation of the defense counsel, the defense counsel's support of the prosecution's position. This indicates a violation of the suspect's rights to defense and may lead to the appeal of all subsequent decisions.

Keywords: special pre-trial investigation, defender, lawyer, suspect, right to defense, petition, investigating judge, resolution.

Постановка проблеми. Реалізація особою права на захист регламентована міжнародним та національним законодавством. Одним із складових цього права є можливість мати захисника. Спеціальне досудове розслідування є особливою формою кримінального провадження, яке здійснюється без участі підозрюваного, обвинуваченого та передбачає обов'язкову участь захисника. Проте, загальні положення КПК щодо участі захисника у кримінальному провадженні та норми, які регламентують участь захисника під час спеціального досудового розслідування є не узгодженими, тому наявні проблеми щодо суб'єкта та моменту залучення захисника, які досі не вирішені законодавцем. Ще однією проблемою є складність розробки лінії захисту в умовах відсутності бодай знайомства з підозрюваним та необхідністю реалізації засади змагальності, забезпечення права на захист, оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності тощо. Тому, важливим є пошук вирішення цих проблем.

Стан опрацювання. Дослідженням участі та правового статусу захисника у кримінальному провадженні займались С. Абламський, А. Бірюкова, В. Єрохін, Я. Зейкан, О. Капліна, О. Кучинська, Ю. Кухарук, О. Мартовицька, В. Нор, М. Погорецький, О. Скрябін, М. Строгович, Р. Чайка, О. Юхно, М. Юхно та інші науковці. Окремі аспекти участі захисника у спеціальному досудовому розслідуванні досліджували І. Гловюк, Д. Коперсак, О. Маленко, Є. Пеліхос, М. Стоянов, О. Татаров, А. Тимофеев, А. Шевчишен, Д. Шумейко. Незважаючи на значний внесок науковців щодо дослідження цієї тематики, багато проблемних питань щодо залучення та участі захисника залишаються невирішеними.

Метою статті є дослідження проблемних аспектів залучення та участі захисника під час спеціального досудового розслідування.

Виклад основного матеріалу. Участь захисника під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування є обов'язковою. Проте, як зазначає А. Тимофеев, існує розбіжність тлумачення суб'єкта, який призначає захисника. Непоодинокими є випадки, коли слідчий або прокурор самостійно залучають захисника на підставі п. 3 ч. 1 ст. 49 КПК України (обставини кримінального провадження вимагають такого залучення), поряд з цим у ч. 1 ст. 297-3 КПК зазначено обов'язок лише слідчого судді призначити захисника [1 с. 65].

Дійсно, зі змісту ч. 1 ст. 297-3 КПК можна констатувати що законодавець передбачив тільки 2 варіанти залучення захисника під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування: (1) підозрюваний залучає захисника самостійно та (2) слідчий суддя вживає заходів для залучення захисника. На нашу думку, залучення захисника слідчим чи прокурором на підставі п. 3 ч. 1 ст. 49 КПК України є важливою гарантією права підозрюваного на захист. Адже відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 7 КПК, сторона обвинувачення зобов'язана використати всі передбачені законом можливості для дотримання прав підозрюваного чи обвинуваченого (зокрема, прав на захист, на доступ до правосуддя, таємницю спілкування, невтручання у приватне життя) у разі здійснення кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (in absentia). Тому, у даному випадку слід внести зміни до ч. 1 ст. 297-3 КПК та викласти її у наступній редакції: *«Слідчий суддя зобов'язаний вжити заходів для забезпечення підозрюваного захисником, якщо він не був залучений раніше».*

Іншою проблемою, на думку А. Тимофеева, є обов'язкова участь захисника вже на стадії розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування згідно з ст. 297-3 КПК, що не узгоджується з положеннями ст. 52 КПК України, яка передбачає обов'язкову участь захисника щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження лише з моменту прийняття відповідного процесуального рішення [1, с. 64]. У цій дискусії слушною є позиція О. Маленка, який звертає увагу на необхідність передбачити обов'язкову участь захисника з моменту звернення слідчого за погодженням з прокурором або прокурора до слідчого судді з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування [2, с. 86]. Таку думку підтримують і інші науковці (Г. Мудрецька [3, с. 105], О. Татаров [4, с. 170], С. Шаренко та О. Шило [5, с. 61], О. Нагорнюк-Данилюк [6, с. 82], Є. Пеліхос [7, с. 115]).

Для отримання інформації про досудову практику залучення захисника у таких провадженнях, нами проаналізовано 100 судових ухвал про здій-

снення спеціального досудового розслідування за період 06.01.2023 – 15.04.2023. Як показує практика, слідчий або прокурор звертається до Регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги (далі – РЦБВПД) після повідомлення про підозру (наприклад в той же день [8], або до тижня часу після такого повідомлення [9]). В подальшому, слідчий за погодженням з прокурором чи прокурор готують клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування та подають його до суду. Відповідно до ч. 1 ст. 297-3 КПК слідчий суддя розглядає таке клопотання не пізніше 10 днів. Отже, захисник має вдосталь часу для ознайомлення з повідомленням про підозру, клопотанням про здійснення досудового розслідування, матеріалами кримінального провадження (орієнтовний мінімум між дорученням РЦБВПД про призначення захисника та винесенням рішення суду про задоволення чи відмову у клопотання про спеціальне досудове розслідування – 2 тижні).

Проте, не у всіх ухвалах зазначено про участь захисника під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування. Так, у 1 випадку зі 100 аналізованих ухвал суду не було зазначено про участь захисників та вжиття заходів щодо їх залучення слідчим суддею (у провадженні було двоє підозрюваних) та й взагалі про будь-яких інших учасників (прокурор, слідчий), окрім слідчого судді та секретаря [10]. Незалучення захисника слідчим суддею всупереч ст. 297-3 КПК є порушенням прав підозрюваного на захист та може призвести до оскарження усіх подальших рішень. Окрім того, ст. 374 КК передбачає кримінальну відповідальність за ненадання суддею своєчасно захисника підозрюваному.

Таким чином, залучення захисника доцільно здійснювати у проміжку часу між повідомленням про підозру та зверненням з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування. Зазвичай на етапі повідомлення про підозру слідчий та прокурор уже знають про необхідність здійснення спеціального досудового розслідування, мають докази перебування особи на тимчасово окупованій території чи закордоном, оголошують таку особу в розшук тощо. На разі саме така практика поширена під час досудового розслідування.

Іншим проблемним аспектом є виконання захисником обов'язків не те що за відсутності спілкування з підозрюваним, обвинуваченим, а й інколи за відсутності можливості познайомитися з ним, побачити особу, яку він захищає. Видається незрозумілим, яким чином при цьому буде будуватися лінія захисту за відсутності у захисника навіть даних про обставини, фактичні дані, які могли бути повідомлені йому виключно клієнтом [11, с. 439]. Адвокат фактично позбавлений можливості вжити заходів для отримання доказів,

які спростовують підозру і змушений обмежуватись лише вивченням доказів наданими стороною обвинувачення, що суперечить меті захисту [7, с. 116].

Також постає питання, чи буде він зацікавлений у здійсненні своїх повноважень належним чином. Враховуючи обставину неучасті підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні, неможливо визначити його правову позицію, як наслідок, неможливо з'ясувати, чи співпадає вона із позицією захисника. Звідси випливає проблема можливого так званого пасивного захисту, коли участь захисника стає лише формальною, не націленою на максимальне виконання професійних обов'язків. Відсутність контакту між підозрюваним, обвинуваченим та його захисником може тягнути за собою неузгодженість у тактиці захисту. Крім того, законодавець не передбачив переліку прав, якими може користуватись сторона захисту в процесі заочного кримінального провадження, що неприпустимо у зв'язку з особливостями цього провадження [12, с. 146].

Протилежною є думка Д. Коперсака, який вважає що проведення спеціального досудового розслідування є наслідком вибору підозрюваного своєї лінії захисту у формі переховування від органів правопорядку, тому бесіда такого підозрюваного з його адвокатом неможлива через об'єктивні причини, а у разі зміни лінії поведінки підозрюваного, тобто поява його до органів правопорядку, суду, підозрюваний у повній мірі використовує право на захист, спілкування з адвокатом, вибір адвоката та буде користуватись усіма правами, визначеними у КПК [13, с. 94].

Найбільш вдалою, на нашу думку, є позиція О. Маленка, який зазначає, що в умовах необізнаності захисника щодо правової позиції у кримінальному провадженні, яку займає підозрюваний (обвинувачений), необхідно виходити з того, що вона у будь-якому разі протилежна позиції сторони обвинувачення і рішенням слідчого судді, суду, які прийнято не на користь відповідних суб'єктів [14, с. 86]. Схоже вважає Є. Пеліхос, який зазначає що процесуальний інтерес підозрюваного і захисника один – захист від підозри [7, с. 116]. Погоджуючись із цією думкою слід зазначити, що під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування адвокат повинен заперечувати кожне таке клопотання. При цьому посилатись на процесуальні підстави: неналежне вручення процесуальних документів (у т.ч. повідомлення про підозру), невстановлене місцезнаходження особи, не оголошення у розшук, відсутність доказів ухилення від кримінальної відповідальності тощо. Тому, видається неправильним якщо адвокат під час розгляду клопотання констатує що матеріали кримінального провадження зібрані відповідно до норм КПК, а здійснення спеціального досудового

розслідування відповідатиме інтересам потерпілого [15], адже у даному випадку захисник підтримує позицію сторони обвинувачення, не реалізує засаду змагальності, не виконує обов'язку щодо забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного та з'ясування обставин, які спростовують підозру (ст. 47 КПК).

О. Маленко також зазначає, що в іншому разі імовірно, що позиція захисника буде мати пасивних характер, а формальна його участь може мати наслідком прийняття необґрунтованого та незаконного рішення у кримінальному провадженні [14, с. 86]. Проте, саме така пасивність та формальність підтверджується на практиці. Так, під час розгляду клопотання про здійснення досудового розслідування, у 50 випадках зі 100, захисник просив вирішити питання на розсуд суду, у 18 – не заперечував, у 1 – позиція адвоката не зазначена [16], у 1 – адвоката залучено не було [10]. Тільки у 30 випадках адвокати заперечували щодо клопотання, з них у 1 випадку є відомості про самостійне залучення підозрюваним двох адвокатів [17].

Відкритим питанням також залишається те, чи повинен захисник самостійно зв'язуватись з підозрюваним, а також чи повинен він повідомляти про сам факт спілкування. Адже у деяких випадках у матеріалах кримінального провадження наявний телефонний номер підозрюваного, електронна пошта або ж є відомості про його користування соціальними мережами. А також, чи повинен захисник збирати та подавати докази без з'ясування думки підозрюваного щодо цього? Наприклад, документи, які позитивно характеризують підозрюваного. На разі існує багато дискусійних питань щодо участі захисника, відповідь на які шукають науковці та практики та потребують додаткового дослідження.

Висновки. Проблемними аспектами участі захисника є: (1) розбіжність між суб'єктами, які можуть залучати захисника на даній стадії кримінального провадження; (2) момент залучення захисника; (3) лінія захисту, яка ускладнена відсутністю взаємозв'язку між захисником та підозрюваним.

Для гарантування підозрюваному права на захист запропоновано під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, внести зміни до ч. 1 ст. 297-3 КПК та викласти її у наступній редакції: «Слідчий суддя зобов'язаний вжити заходів для забезпечення підозрюваного захисником, якщо він не був залучений раніше».

Наука і практика моменту залучення захисника у таких кримінальних провадженнях відрізняється. Так, науковці підтримують позицію необхідності залучення захисника з моменту звернення слідчого за погодженням з прокурором або

прокурора до слідчого судді з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування та пропонують внести відповідні зміни до п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК. Натомість на практиці слідчий або прокурор звертається до РЦБВПД ще до підготовки та подачі відповідного клопотання. Що на нашу думку є позитивним, не суперечить вимогам КПК, дає адвокату час на вивчення матеріалів, повідомлення про підозру тощо.

Захисник підозрюваного, незалежно від того чи знайомий він з підозрюваним та чи мав можливість з ним спілкуватися щодо обставин кримінального провадження повинен займати позицію, яка є протилежною позиції сторони обвинувачення. Оскаржувати рішення та дії сторони обвинувачення, суду з процесуальних підстав.

Проведений аналіз 100 ухвал суду за наслідком розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування підтверджує пасивність адвокатів під час розгляду клопотань без участі підозрюваного. Виявлено також інші порушення права підозрюваного на захист: невжиття заходів щодо залучення захисника, підтримання захисником позиції сторони обвинувачення тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Тимофеев А.О. Проблеми практичної реалізації процедури спеціального досудового розслідування (in absentia) в Україні. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2021. Том 8. С. 60–68. DOI: 10.18523/2617-2607.2021.8.60-68
2. Маленко О.В. Правове регулювання заочного кримінального провадження за КПК України 2012 року: порівняльно-правовий аспект. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8, № 2. С. 82–86.
3. Мудрецька Г.В. Правове регулювання застосування інституту спеціального досудового розслідування в межах кримінального провадження. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2017. № 3. С. 103–107.
4. Татаров О.Ю. Правове регулювання спеціального досудового розслідування: аналіз положень закону України від 27.04.2021 року № 1422. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2021. Випуск 6. С. 165–171. DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2021.6.28>.
5. Шаренко С., Шило О. Спеціальне досудове розслідування і судові провадження: проблемні питання правового регулювання. *Право України*. 2015. № 7. С. 58–65.
6. Нагорнюк-Данилюк О.О. Спеціальне кримінальне провадження в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук. Київ. 2016. 239 с.
7. Пеліхос Є. Діяльність захисника як важлива гарантія забезпечення права на захист

- під час надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2021. № 54. Том 2. С. 114–118. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2021.54.2.25>.
8. Повідомлення про початок здійснення спеціального досудового розслідування та ухвала суду про дозвіл на проведення СДР відносно Цветова Д. С. 07.04.2023. Офіс Генерального прокурора: *веб-сайт*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/povidomlennya-pro-pocatok-zdiisnennya-specialnogo-dosudovogo-rozsliduvannya-ta-uxvala-sudu-pro-dozvil-na-provedennya-sdr-vidnosno-cvetova-ds> (дата звернення 18.04.2022).
 9. Повідомлення про початок здійснення спеціального досудового розслідування та ухвала суду про дозвіл на проведення СДР відносно Хлистунова О.С. 11.04.2023. Офіс Генерального прокурора: *веб-сайт*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/povidomlennya-pro-pocatok-zdiisnennya-specialnogo-dosudovogo-rozsliduvannya-shhodo-xlistunova-os> (дата звернення 18.04.2022).
 10. Повідомлення про ухвалення слідчим суддею рішення про здійснення СДР, ухвала суду та повістки про виклик Коробова Ю.М. та Стюпкіна С.П. на 10.04.2023, 11.04.2023, 05.04.2023. Офіс Генерального прокурора: *веб-сайт*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/uxvala-sudu-pro-nadannya-dozvolu-na-zdiisnennya-specialnogo-dosudovogo-rozsliduvannya-vidnosno-korobova-yum-ta-styorkina-sp> (дата звернення 18.04.2022).
 11. Шумейко Д.О. Участь захисника у спеціальному судовому провадженні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 2. С. 438–442.
 12. Назарук О.І., Кислюк Р.Л. Актуальні питання кримінального провадження in absentia. *Правова держава*. 2017. № 26. С. 144–148.
 13. Коперсак Д.В. Спеціальне досудове розслідування кримінальних правопорушень: дис. ... докт. філософ. ... 081 «Право»/Одеський державний університет Міністерства внутрішніх справ України. Одеса. 2021. 247 с.
 14. Маленко О.В. Проблемні питання участі захисника у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного або обвинуваченого. *Вісник Академії адвокатури України*. 2016. том 13. № 1 (35). С. 84–87.
 15. Ухвала про дозвіл на здійснення спеціального досудового розслідування та повістка про виклик Кіора А.Л. на 06.02.2023, 07.02.2023, 01.02.2023. Офіс Генерального прокурора: *веб-сайт*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/uxvala-pro-dozvil-na-zdiisnennya-specialnogo-dosudovogo-rozsliduvannya-ta-povistka-pro-viklik-ki-ora-al-na-06022023-07022023> (дата звернення 18.04.2022).
 16. Ухвала слідчого судді Київського районного суду м. Харкова від 23.03.2023 про здійснення спеціального досудового розслідування відносно Фомичевського А. С. та повістки про виклик на 03.04.2023, 04.04.2023 та 05.04.2023, 30.03.2023. Офіс Генерального прокурора: *веб-сайт*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/uxvala-slidcogo-suddi-kiyivskogo-raionnogo-sudum-harkova-vid-23032023-pro-zdiisnennya-specialnogo-dosudovogo-rozsliduvannya-vidnosno-fomicevskogo-as-ta-povistki-proviklik-na-03042023-04042023-ta-05042023> (дата звернення 18.04.2022).
 17. Ухвала слідчого судді Вищого антикорупційного суду від 13.03.2023 у справі № 991/1741 про здійснення спеціального досудового розслідування стосовно Ключева А. П. 29.03.2023. Офіс Генерального прокурора: *веб-сайт*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/uxvala-slidcogo-suddi-vishhogo-antikorupciinogo-sudu-vid-13032023-u-spravi-9911741pro-zdiisnennya-specialnogo-dosudovogo-rozsliduvannya-stosovno-klyujeva-ap> (дата звернення 18.04.2022).