

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2024.6.12>

РЕАЛІЗАЦІЯ ЗАХИСНИКОМ ПРАВА ОПИТУВАТИ ОСІБ ЗА ЇХ ЗГОДОЮ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Калінніков Олексій Валерійович,

orcid.org/0000-0003-4337-833X

доктор філософії, докторант

Київського університету інтелектуальної власності і права

Національного університету «Одеська юридична академія»



У статті здійснено дослідження права захисника опитувати осіб за їх згодою у кримінальному провадженні в аспекті аналізу проблем теперішнього правового регулювання та шляхів їх подолання. Констатовано, що у кримінальному провадженні досягнення його завдань можливо лише за неухильного дотримання вимог кримінального процесуального законодавства України та ефективної реалізації відповідних прав і повноважень усіма учасниками кримінального провадження, у тому числі захисником, на якого покладається захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого. У силу імперативних вимог кримінального процесуального законодавства України захисник з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування необхідних обставин у кримінальному провадженні зобов'язаний використовувати всі засоби захисту, передбачені, зокрема, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Передбачене Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» право адвоката опитувати осіб за їх згодою покликане виступати у кримінальному провадженні певним способом реалізації такої загальної засади, як забезпечення права на захист. Доведено, що чинний Кримінальний процесуальний кодекс України та Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не визначають порядок реалізації захисником права опитувати осіб за їх згодою, а також форми фіксації отриманих в результаті опитування відомостей, що свідчить про формальність такого права. Для подолання вказаної проблеми запропоновано доповнити Кримінальний процесуальний кодекс України положеннями щодо: 1) закріплення права захисника на опитування осіб за їх згодою, а також фіксування ходу і результатів такого опитування за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації; 2) визначення показаннями відомостей, які надаються в усній або письмовій формі під час опитування захисником осіб за їх згодою; 3) запровадження можливості використовувати в якості доказів у суді показань, отриманих захисником шляхом реалізації права опитувати осіб за їх згодою, у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану.

Ключові слова: адвокат, захисник, підозрюваний, опитування, право на захист.

Kalinnikov Olexii. Realization of the right of defense counsel to interview persons with their consent in criminal proceedings: problems and ways of improvement

The article examines the right of defense counsel to interview persons with their consent in criminal proceedings in terms of analyzing the problems in the current legal regulation and the ways to overcome them. It is stated that in criminal proceedings, the achievement of its objectives is possible only with strict compliance with the requirements of the criminal procedural legislation of Ukraine and effective exercise of the relevant rights and powers by all participants to criminal proceedings, including defense counsel who is entrusted with the protection

of the rights, freedoms and legitimate interests of a suspect or an accused person. By virtue of the mandatory requirements of the criminal procedural legislation of Ukraine, defense counsel, in order to ensure the observance of the rights, freedoms and legitimate interests of the suspect or accused and to clarify the necessary circumstances in criminal proceedings, is obliged to use all the remedies provided for, inter alia, by the Law of Ukraine "On the Bar and Practice of Law". The right of the advocate to interview persons with their consent provided for by the Law of Ukraine "On the Bar and Practice of Law" is intended to act in criminal proceedings as a certain way of implementing such a general principle as ensuring the right to defense. The current CPC of Ukraine and the Law of Ukraine "On the Bar and Practice of Law" do not define the procedure for the defense counsel to exercise the right to interview persons with their consent, as well as the form of recording the information obtained as a result of the interview, which indicates the formality of such a right. To overcome this problem, the author proposes to supplement the CPC of Ukraine with provisions on: 1) consolidation of the defense counsel's right to interview persons with their consent, and also to record the course and results of such an interview using available technical means of video recording; 2) determination of the information provided orally or in writing during the interview by the defense counsel of persons with their consent as testimony; 3) introduction of the possibility to use as evidence in court the testimony obtained by the defense counsel by exercising the right to interview persons with their consent in criminal proceedings conducted under martial law

Key words: attorney-at-law, defense counsel, suspect, interrogation, right to defense.

У Конституції України проголошено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура (стаття 131²) [1].

Адвокатура в силу Основного Закону України [1], Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [2] та Правил адвокатської етики [3] виконує таку найважливішу соціальну функцію в правовій державі, як забезпечення права на захист від обвинувачення у кримінальному провадженні та надання професійної правничої допомоги.

Досягнення завдань кримінального провадження можливо, зокрема, за неухильного дотримання вимог кримінального процесуального законодавства України та ефективної реалізації відповідних прав і повноважень усіма учасниками кримінального провадження, у томі числі захисником, який здійснює захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого.

Дослідженням різних аспектів реалізації захисником своїх повноважень у кримінальному провадженні займалися такі науковці: Ю.П. Аленін, Т.В. Бабчинська, А.М. Бірюкова, Т.В. Варфоломеева, Т.Б. Вільчик, Т.В. Волошанівська, В.І. Галаган, І.Ю. Гловацький, І.В. Гловюк, О.Г. Данільян, Я.П. Зейкан, О.П. Кучинська, Л.М. Лобойко, В.Т. Малярченко, В.В. Михайленко, А.В. Молдаван, Є.М. Пеліхос, М.А. Погорецький, Д.П. Пись-

менний, В.О. Попелюшко, О.В. Сачко, С.В. Слінько, О.С. Старенький, О.Ю. Татаров, В.Я. Тацій, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, М.Є. Шумило, О.Г. Яновська та інші.

При цьому питання реалізації захисником права на опитування осіб за їх згодою досліджували, зокрема, такі науковці: В.В. Бажанюк, Б.Б. Винник, О.Л. Дульський, В.В. Заборовський, Р.В. Сінельник та інші.

Попри ґрунтовні дослідження вказаних питань і з огляду на неодноразову зміну правового регулювання та поліаспектність реалізації захисником своїх повноважень у кримінальному провадженні залишається вкрай важливим подальше наукове осмислення права захисника на опитування осіб за їх згодою в кримінальному провадженні для визначення наявних проблем та шляхів їх подолання.

Відповідно до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) кримінальне процесуальне законодавство України, окрім безпосередньо КПК України, складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів та інших законів України [4].

У кримінальному провадженні процесуальні права захисника визначені в спосіб встановлення, що він користується правами підозрюваного (обвинуваченого), захист якого він здійснює, окрім процесуальних прав, які реалізуються безпосередньо підозрюваним (обвинуваченим)

і які не можуть бути доручені захиснику (ч. 4 ст. 46 КПК України) [4].

Серед прав підозрюваного та обвинуваченого в аспекті даного дослідження можна відокремити право збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді, суду докази (п. 8 ч. 3 та п. 2 ч. 4 ст. 42 КПК України) [4].

Водночас захисник є адвокатом, а правові засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні врегульовано Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Згідно з п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правничої допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правничої допомоги, тобто збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою [2].

В.В. Заборовський дійшов висновку, що професійне право адвоката на опитування осіб за їх згодою за своєю суттю повинно розглядатися як одне із основних прав адвоката, що спрямоване на формування належної та допустимої доказової бази [5, с. 216].

Слід погодитися з вказаною позицією, оскільки право адвоката опитувати осіб за їх згодою виступає способом реалізації такої загальної засади кримінального провадження, як забезпечення права на захист, що передбачено приписами ст.ст. 7, 20 КПК України.

Відповідно до положень ст. 20 КПК України підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений мають право на захист, що включає надання усних або письмових пояснень 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 [4].

Водночас з огляду на положення ч. 1 ст. 47 КПК України на захисника покладений імперативний обов'язок використовувати засоби захисту, передбачені цим Кодексом та іншими законами України, для 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 [4].

При цьому відповідно до ст. 7 Правил адвокатської етики у своїй професійній діяльності адвокат зобов'язаний використовувати всі свої знання та професійну майстерність для належного захисту й представництва прав та законних інтересів клієнта, дотримуючись чинного законодавства України, сприяти утвердженню та практичній реалізації принципів верховенства права та законності [3].

Отже, захисник для забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування необхідних обставин у кримінальному провадженні зобов'язаний використовувати всі засоби захисту, передбачені, в тому числі, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», зокрема опитувати осіб за їх згодою.

У кримінальному провадженні процесуальними джерелами доказів є лише показання, речові докази, документи, висновки експертів (ч. 2 ст. 84 КПК України) [4].

Відповідно до ч. 1 ст. 95 КПК України результати опитування захисником осіб за їх згодою не можуть вважатися показаннями, оскільки під показаннями розуміються відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження [4].

Отже, згідно з чинним кримінальним процесуальним законодавством України опитування захисником осіб за їх згодою не є джерелом доказів.

Крім того, КПК України та Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не визначають порядок реалізації захисником (адвокатом) права опитувати осіб за їх згодою, а також форми фіксації

отриманих в результаті опитування відомостей, що в сукупності свідчить про здебільшого примарність і декларативність цього права, тобто про його формальність.

З вказаною позицію погоджуються науковці, які досліджували відповідне питання.

Так, Р.В. Сінельник констатує, що Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та процесуальні кодекси не врегульовують процедуру реалізації адвокатом права на опитування осіб за їх згодою, що дає науковцям доходити висновку про його декларативність [6, с. 284].

В.В. Заборовський вважає, що відсутність законодавчого закріплення як порядку проведення опитування адвокатом, так і форми фіксації отриманих в результаті такого опитування відомостей фактично перетворила таке право на декларацію [5, с. 216].

На думку адвоката-практика Б. Масеха, натепер інститут опитування в адвокатському співтоваристві не користується успіхом, проте це дуже перспективний інститут, але для його ефективності необхідно в процесуальних кодексах закріпити порядок оформлення протоколу, а в кримінальне законодавство ввести відповідальність за дачу неправдивих показань [7].

При цьому А. Облетов погоджується з тим, що законом не прописана процедурна складова частина опитування адвокатом осіб за їх згодою, однак він пропонує це використовувати, оскільки це дає варіативність у використанні такого інструменту [8].

Крім того, в правовому регулюванні кримінального провадження після введення воєнного стану 24.02.2024 р. було запроваджено особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного стану, який визначається ст.ст. 615–616 КПК України.

Згідно з ч. 11 ст. 615 КПК України показання, отримані під час допиту свідка, потерпілого, у тому числі одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді виключно у випадку, якщо хід і результати такого допиту фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації. Пока-

зання, отримані під час допиту підозрюваного, у тому числі одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді виключно у випадку, якщо у такому допиті брав участь захисник, а хід і результати проведення допиту фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації [4].

При цьому у ч. 4 ст. 95 КПК України встановлено, що суд не має права обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них, крім порядку отримання показань, визначеного статтею 615 цього Кодексу [8].

Отже, законодавець, зважаючи на специфіку воєнного стану, запровадив виняток із загального правила та встановив, що можуть бути використані як докази в суді показання, надані слідчому, прокурору у порядку отримання показань, визначеному статтею 615 цього Кодексу.

І.П. Зінковський зазначає, що тенденціями змін у нормативній регламентації отримання вербальної інформації від особи у кримінальному провадженні під час воєнного стану є: спрощення механізму отримання інформації; цифровізація; розширення джерел отримання інформації; звуження змісту засади безпосередності дослідження показань, речей і документів [9, с. 517].

Натомість вказані приписи ч. 11 ст. 615 КПК України не стосуються реалізації захисником права опитувати осіб за їх згодою, зокрема свідка, потерпілого, підозрюваного, що є прогалиною, яка потребує усунення шляхом запровадження в КПК України механізму реалізації зазначеного права захисника.

Водночас окремі науковці зауважують про можливе надання стороні захисту рівнозначних повноважень, які є у окремих суб'єктів сторони обвинувачення, щодо допиту осіб.

Так, на думку О.Л. Дульського, наділення повноваженнями щодо збирання доказів під час досудового розслідування окремих суб'єктів сторони захисту (захисників) призведе до порушення загальної концепції кримінального провадження і змішування функцій, що перетворить сторону захисту на так званий суб'єкт

розслідування, що є недоцільним. Слід зауважити, що саме уповноважені особи сторони обвинувачення можуть реалізувати функцію примусу. Сторона захисту може її реалізувати лише через окремих суб'єктів сторони обвинувачення (ініціювання проведення процесуальних дій) та в окремих випадках слідчого судді. Ненадання примусових функцій окремим суб'єктам сторони захисту компенсується уже під час судового розгляду, де сторона захисту може представити свої фактичні дані суду, вказувати на помилки досудового розслідування та реалізовувати інші функції [10, с. 80].

Водночас В.В. Бажанюк, звертаючи увагу на відмінності завдань сторін у кримінальному провадженні, зазначає, що з наділенням сторони захисту правом проведення процесуальних дій (виявлення, вилучення, проведення огляду предметів і документів тощо) у неї з'явиться можливість діяти на випередження і першою заволодіти об'єктами експертного дослідження з негативними перспективами для сторони обвинувачення. Також дослідник додав, що не виключається можливість фактичного блокування досудового розслідування, тому вбачається неприйнятним надання права стороні захисту самостійного проведення фактично паралельних слідчих (розшукових) дій, у тому числі і самостійного проведення експертизи [11, с. 146].

Приймаючи до уваги напрацювання вказаних дослідників, не можна з ними погодитися, оскільки: по-перше, право адвоката самостійно збирати докази, зокрема в спосіб опитування осіб за їх згодою, є проявом реалізації таких загальних засад кримінального провадження, як рівність і змагальність сторін кримінального провадження; по-друге, встановлення механізму реалізації вже передбаченого права захисників опитувати осіб не може свідчити про наділення адвокатів неприйнятними їм власними повноваженнями, оскільки опитування осіб може здійснюватися лише за наявності їх згоди; по-третє, в разі зловживання стороною захисту правами КПК України передбачає, окрім судового контролю слідчого судді на стадії досудового розслідування, порядок визнання зібраних стороною захисту доказів недопустимими.

Приписи ст. 22 КПК України встановлюють, що кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом. 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 цим Кодексом [4].

На переконання Європейського суду з прав людини, рівність сторін є одним з невід'ємних елементів поняття справедливого судового розгляду. Вона вимагає, аби кожна сторона бачила, що їй надано розумні можливості представити свій інтерес за умов, які не ставлять її у несприятливе становище порівняно із супротивником («Оджалан проти Туреччини» ("Öcalan v. Turkey"), § 140; «Фуше проти Франції» ("Foucher v. France"), § 34; «Булут проти Австрії» ("Bulut v. Austria"); «Файг Маммадов проти Азербайджану» ("Faig Mammadov v. Azerbaijan"), § 19) [12, с. 33].

Право на змагальне провадження означає можливість для сторін знати і коментувати усі складові наданої доказової бази і усі зауваження, надані для того, щоб вплинути на рішення суду («Брандштеттер проти Австрії» ("Brandstetter v. Austria"), § 67). Воно тісно пов'язане з принципом рівності сторін і, до речі, Суд іноді вирішував про порушення статті 6 §1 саме внаслідок сукупного розгляду цих двох понять [12, с. 33].

Відсутність у законодавстві певних кримінально-процесуальних правил може становити загрозу для рівності сторін, оскільки їхня мета – захистити обвинуваченого від будь-яких зловживань представників державної влади. Від недоліків або недостатньої чіткості таких правил найбільше ризикує постраждати саме сторона захисту («Коеме та інші проти Бельгії» ("Coëme and Others v. Belgium"), § 102) [12, с. 34].

Дослідники за результатами опрацювання такого проблемного аспекту реалізації захисником свого професійного права на опитування осіб за їх згодою, як невизначеність форми фіксації отриманих у результаті такого опитування відомос-

тей, зазначають про необхідність їх фіксування в письмовій формі та за допомогою інших засобів, здатних забезпечити повноту фіксації отриманих відомостей.

В.В. Заборовський розділяє позицію інших науковців щодо необхідності письмового фіксування захисником результатів опитування, оскільки використання лише усної форми здатне призвести до втрати інформації, яку особа повідомила адвокату, а також необхідності нівелювання негативних наслідків ситуації, коли під впливом будь-яких обставин особа згодом може дати інші показання, ніж ті, що були повідомлені захиснику. Також письмова форма не тільки збереже захисника від необґрунтованих звинувачень у вчиненні будь-якого тиску на осіб, яких він опитував, а і може бути використана в судовому процесі. Процедура опитування повинна передбачати застосування захисником спеціальних заходів, покликаних забезпечити законність проведеного опитування, правильність, повноту фіксації отриманих відомостей (для прикладу, участь понятих, відеозйомка опитування тощо) [5, с. 215, 216].

З огляду на стрімкий розвиток інформаційних технологій у суспільстві фіксування ходу і результатів опитування захисником осіб за їх згодою доцільно здійснювати в письмовій формі та за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації.

Висновки. Чинне кримінальне процесуальне законодавство України не визначає порядок реалізації захисником права опитувати осіб за їх згодою у кримінальному провадженні, форми фіксації отриманих в результаті опитування відомос-

тей, а також можливості використання результатів опитування в якості доказів у суді, що свідчить про примарність, формальність і декларативність такого права захисника.

Для подолання вказаної прогалини правового регулювання слід:

статтю 46 КПК України доповнити приписом, що захисник має право опитувати осіб за їх згодою, а також фіксувати хід і результати такого опитування за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації;

ч. 1 ст. 95 КПК України доповнити положеннями про те, що показаннями також є відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час опитування захисником осіб за їх згодою щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження;

статтю 615 КПК України доповнити положеннями, згідно з якими показання, отримані захисником шляхом реалізації права опитувати осіб за їх згодою у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді у випадку, якщо хід і результати такого опитування фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації. Показання, отримані під час опитування захисником підозрюваного за його згодою у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді у випадку, якщо хід і результати проведення опитування фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05 липня 2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.
3. Правила адвокатської етики від 09.06.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text>.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
5. Заборовський В.В. Право адвоката на опитування осіб за їх згодою як одне з основних професійних прав адвоката. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 3. С. 214–217.
6. Сінельник Р.В. Правовий статус захисника в провадженні по справах про адміністративні правопорушення та кримінальних справах: об'єм повноважень. *Вісник Запорізького національного університету*. 2012. №1 (I). С. 281–291.

7. Богдан Масеха порекомендував адвокатам використовувати інститут добровільного опитування свідків. URL: <https://lhs.net.ua/ua-bohdan-masekha-porekomenduvav-advokatam-vykorystovuvaty-instytut-dobrovolnoho-opytuvannia-svidkiv-ru-bohdan-masekha-porekomendoval-advokatam-yspolzovat-ynstytut-dobrovolnoho-oprosa-svydetelei/>.

8. Романова Н. Як проводити адвокатське опитування, аби винести з нього максимальну користь. URL: https://zib.com.ua/ua/164000-yak_provoditi_advokatske_opituvannya_abi_vinesti_z_nogo_maks.html.

9. Зіньковський І.П. Трансформація отримання вербальної інформації від особи у кримінальному провадженні під час воєнного стану. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 4. С. 513–518. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.01.89>.

10. Дульський О.Л. Реалізація засади змагальності під час збирання доказів сторонами кримінального провадження. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2023. № 61. с. 77–81. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2023.61.16>.

11. Бажанюк В.В. Правові та організаційно-тактичні основи проведення експертиз у кримінальному провадженні : дис. ... докт. філос. наук : 081 «Право» ; Донецький державний університет внутрішніх справ. Кропивницький, 2023. 256 с.

12. Дроздова О. Посібник із статті 6 Європейської конвенції з прав людини «Право на справедливий суд (кримінально-процесуальний аспект)» від 31 грудня 2019 року. URL: https://first.vaks.gov.ua/wp-content/uploads/sites/2/2021/12/Guide_Art_6_criminal_UKR.pdf.