

**КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА****БАБІЙ С. В.,**

аспірантка кафедри кримінального процесу

*(Національний університет «Одеська юридична академія»)*

УДК 343.131

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2023.5.32>**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ**

У статті висвітлено та досліджено проблемні аспекти, що виникають під час реалізації забезпечення права на захист у випадку застосування щодо особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Проаналізовано законодавство, яке визначає право особи на захист та регулює його реалізацію. З'ясовано, що право мати захисника є одним із беззаперечних та вагомих проявів реалізації забезпечення права на захист. Зазначено способи забезпечення права на захист під час застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Визначено, що серед основних проблем реалізації забезпечення права на захист під час тримання особи під вартою можна виділити: залучення судом безкоштовного державного захисника без з'ясування причин неявки обраного особою собі самостійно захисника та без вжиття заходів для прибуття такого захисника та його участі у провадженні; розгляд судом справи без захисника за наявності поданого ним клопотання про відкладення судового засідання; недопуск захисника до підозрюваного, обвинуваченого, який тримається під вартою, у зв'язку з об'єктивною неможливістю через це підписати договір про надання правової допомоги та оформити ордер відповідно до встановлених вимог; порушення строків направлення клопотань стороні захисту про продовження строку тримання під вартою; затягування судового розгляду справ; залишення судом без задоволення клопотання підозрюваного, обвинуваченого про відмову від захисника.

Наголошено, що особливе значення для розуміння сутності забезпечення права на захист та проблем, що виникають під час реалізації цієї засади кримінального провадження, мають міжнародні документи та правові позиції Європейського суду з прав людини, що стосуються цього питання. З урахуванням зарубіжного досвіду правового регулювання запропоновано пропозиції щодо вирішення існуючих проблем.

Переконливо доведено, що неякісна реалізація забезпечення права захист призводить до істотних порушень прав осіб, перешкоджає всебічному, повному та об'єктивному розслідуванню та спричиняє прийняття необґрунтованих незаконних рішень.

**Ключові слова:** запобіжні заходи, тримання під вартою, галузеві засади кримінального провадження, право на захист.



**Babii S. V. Problem issues of implementation of ensuring the right to protection during the application of precautionary measure in the form of detention in custody**

The article highlights and investigates the problematic aspects that arise during the implementation of the right to defense in the case of the application of a preventive measure in the form of detention.

The legislation that defines a person's right to protection and regulates its implementation was analyzed. It was found that the right to have a defense attorney is one of the undeniable and important manifestations of the realization of the right to defense. Methods of ensuring the right to protection during the application of a preventive measure in the form of detention are specified.

It was determined that among the main problems of the implementation of the right to protection during the detention of a person can be singled out: the involvement of a free public defender by the court without finding out the reasons for the non-appearance of the defender chosen by the person himself and without taking measures for the arrival a defender and his participation in the proceedings; consideration of the case by the court without a defense attorney in the presence of a motion submitted by him to postpone the court session; not allowing the defense attorney to the person in custody due to the objective impossibility of signing the contract on the provision of legal assistance and issue an order in accordance with established requirements; violation of deadlines for sending requests to the defense to extend the term of detention; delaying the consideration of cases; failure of the court to grant a motion to waive the defense attorney.

International documents and legal positions of the European Court of Human Rights relating to this issue are of particular importance for understanding the essence of ensuring the right to defense and the problems that arise during the implementation of this principle of criminal proceedings. Suggestions for solving existing problems are offered, taking into account foreign experience of legal regulation.

It has been convincingly proven that the poor implementation of the right to protection leads to significant violations of the rights of individuals, prevents a comprehensive, complete and objective investigation and causes the adoption of unjustified and illegal decisions.

**Key words:** *precautionary measures, detention, sectoral principles of criminal proceeding, right to protection.*

**Вступ.** Забезпечення права на захист під час застосування щодо особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є найважливішою гарантією належного дотримання прав такої особи та запобігання їх порушенню. Проте, незважаючи на законодавче закріплення такої неочіненної засади кримінального провадження, існують різні проблеми під час її реалізації. Порушення права на захист завжди означає істотне порушення вимог кримінального процесуального закону і є однією з найбільш поширених підстав для скасування судових рішень. Тому аналіз таких порушень і пошук шляхів їх усунення та запобігання виникненню у майбутньому зумовлюють актуальність досліджуваного питання.

Серед науковців, які проявляли вагомий інтерес до проблем реалізації забезпечення права на захист, можна виділити В.К. Волошину, О.П. Кучицьку, Г.М. Мамку, В.М. Тертишника, О.М. Дроздова, О.Г. Яновську та інших. Незважаючи на те, що проблеми, які виникають під час реалізації забезпечення права на захист під час застосування щодо особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не були достатньо висвітлені у наукових працях, які розкривають різні аспекти цієї проблеми, певним чином було визначено основу для нових наукових пошуків. Зазначене вказує на актуальність даної теми для подальшого її дослідження та пошуку шляхів вирішення проблемних аспектів, які описані у статті, з метою удосконалення чинного законодавства.



**Постановка завдання.** Метою статті є виявлення та дослідження проблем, які виникають під час реалізації забезпечення права на захист як галузевої засади кримінального провадження під час застосування щодо особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

**Результати дослідження.** Забезпечення права на захист регламентовано статтею 20 КПК України, де зазначено, що 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 КПК України [1].

Основним проявом забезпечення права на захист, у тому числі й під час застосування тримання під вартою, є обов'язок суду та правоохоронних органів роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому кожне з наданих йому КПК України прав.

Одним з найефективніших засобів забезпечення права на захист під час застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є право підозрюваного, обвинуваченого мати захисника, оскільки такі особи через відсутність відповідних знань та перебування у розгубленому, пригніченому, стривоженому стані внаслідок їх затримання та поміщення до відповідних установ, неспроможні самостійно реалізувати свої процесуальні права в повному обсязі.

Захисник, здійснюючи захист підозрюваного, обвинуваченого, має право, серед іншого, подавати до суду заперечення щодо обрання та продовження запобіжного заходу, клопотання про зміну на більш м'який вид запобіжного заходу, апеляційну скаргу на ухвалу про обрання/продовження запобіжного заходу, а також складати заяви, скарги, процесуальні та інші документи правового характеру.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника.

Ч. 3 ст. 20 КПК України встановлює, що правова допомога у визначених законом випадках може надаватися безоплатно за рахунок держави [1].

Проте, не зважаючи на законодавче закріплення такої гарантії першочергово заради інтересів особи, яка потребує захисника, непоодинокими є випадки, коли забезпечення права на захист, у тому числі під час застосування щодо особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, порушується судом.

Так, у постанові ККС ВС від 22.11.2018 року у справі № 367/2029/17 суд вказав, що згідно з аудіозаписом судового засідання, який міститься на технічному носії фіксації судового провадження в суді апеляційної інстанції, суд не з'ясував причини неявки захисника в судові засідання, а заяви або клопотання адвоката про розгляд справи апеляційним судом без його участі в матеріалах кримінального провадження також відсутні, таким чином апеляційний розгляд відбувся без участі захисника. Наведене свідчить про те, що захисник був позбавлений можливості висловити доводи на підтримання своєї касаційної скарги та виступити в судових дебатах, у зв'язку із чим грубо порушено права сторони захисту [4]. Верховний суд у постанові від 19.04.2018 року у справі № 234/17471/16-к визначив, що на відповідній стадії провадження застосовуються, зокрема, передбачені ст. 324 КПК правові наслідки неявки в судові засідання захисника, участь якого є обов'язковою, зокрема, суд зобов'язаний вжити заходів для прибуття захисника та його участі у провадженні [5].

Тому якщо судом не встановлено неповажності причини неприбуття захисника підозрюваного, обвинуваченого в судові засідання, якого повідомлено належним чином про день та час розгляду справи, залучення судом адвоката із Центру безоплатної правової допомоги, а не, наприклад, відкладення судового розгляду та вжиття заходів прибуття захисника до суду, є прямим порушенням такої галузевої засади кримінального провадження як забезпечення права на захист.



Національним судам слід мати на увазі позицію ЄСПЛ про те, що призначення захисника саме по собі необов'язково означає дотримання вимог підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки захиснику, призначеному з метою надання правової допомоги, можуть перешкоджати у виконанні його обов'язків або він може ухилитися від їх виконання («Іглін проти України», п. 67). Суд підкреслює, що підпункт «с» п. 3 ст. 6 Конвенції вимагає не просто «призначення» захисника, який би виступав від імені обвинуваченого, а того, щоб право на юридичну допомогу здійснювалось практично та ефективно, щоб забезпечити достатній захист («Артіко проти Італії», «Імбріюша проти Швейцарії»). Оцінити, чи було таке юридичне представництво практичним та ефективним, можна лише на основі конкретних обставин справи, розглядаючи процес в цілому («Куліковський проти Польщі»). В інших випадках, зважаючи на незалежність адвокатської діяльності від держави, здійснення захисту є по суті питанням підсудного та його захисника, незалежно від того, чи цей захисник був призначений у рамках надання правової допомоги, чи він фінансується у приватному порядку (рішення від 24.09.2002 р. у справі «Каскені проти Сполученого Королівства», заява № 32771/96, п. 39 та рішення у справі «Іглін проти України»).

Тому обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, суду забезпечити підозрюваному, обвинуваченому право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника передбачає не тільки вжиття ними заходів щодо реалізації вільного вибору захисника та відмову від нього або його зміну тощо, а й обов'язок відповідного реагування на факти, які відверто вказують на некомпетентність та неефективність захисту, у тому числі і під час застосування щодо особи тримання під вартою. За наявності таких фактів відсутність адекватної реакції на них з боку посадових осіб правоохоронних та судових органів є порушенням підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції. Тому вживати заходів щодо припинення порушення права підозрюваного, обвинуваченого на ефективний захист зазначені посадові особи повинні як за клопотанням, так і з власної ініціативи [7, с. 227].

Бувають також випадки розгляду апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції про обрання або продовження строку дії запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою без участі захисника обвинуваченого незважаючи на завчасно подане ним клопотання про відкладення слухання справи. У таких випадках суди зазначають, що неявка осіб, які були належним чином поінформовані про дату, час та місце апеляційного розгляду, не перешкоджає розгляду справи в суді апеляційної інстанції. Проте така позиція суду не узгоджується з усталеною практикою ЄСПЛ. Наприклад, у рішенні ЄСПЛ від 26.07.2018 р. у справі «Bartaia v. Georgia» суд відзначив, що відмова суду в задоволенні клопотання адвоката про перенесення судового засідання у зв'язку з участю в іншому судовому засіданні є порушенням статті 6 вищезазначеної Конвенції. ЄСПЛ у справах «Мефта та інші проти Франції» (п. 40 рішення від 26.07.2002 р.), «Фам Хоанг проти Франції» (п. 39 рішення від 25.09.1992 р.) та «Максименко проти України» (п. 32 рішення від 20.12.2011 р.) констатував, що гарантії забезпечення права на захист не припиняють своєї дії після закінчення провадження в суді першої інстанції. Забезпечення обвинуваченому у вчиненні злочину юридичної допомоги є однією з гарантій, що здійснюється й у разі, коли інтереси правосуддя вимагають, щоб цій особі була надана така допомога. Реалізація положень кримінального процесуального закону про обов'язкову участь у кримінальному провадженні захисника є необхідною для здійснення захисту особи на усіх передбачених законом стадіях кримінального провадження.

Відповідно до ч. 1-3 ст. 26 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правничої допомоги. Ордер – письмовий документ, що у випадках, встановлених цим Законом та іншими законами України, посвідчує повноваження адвоката на надання правничої допомоги. Повноваження адвоката як захисника в кримінальному провадженні підтверджуються в порядку, встановленому законом [2].

Статтею 50 КПК України передбачено, що повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються: 1) свідцтвом про право на зайняття адвокатською



діяльністю; 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги [1].

Договір про надання правової допомоги є первинним обов'язковим документом, який укладається між адвокатом та особою, яка потребує правової допомоги. У пп. 12.3. п. 12 Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги, затвердженого рішенням Ради адвокатів України від 12.04.2019 року № 41 із змінами та доповненнями, зазначено, що ордер містить, серед іншого, посилання на договір про надання правової допомоги. П. 4 Положення закріплено, що ордер видається адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням та повинен містити обов'язкові реквізити, передбачені цим Положенням [3], тобто для визнання ордера належним документом та його прийняття відповідними органами у ньому повинно бути зазначено номер та дату укладання договору.

Необхідність надання документів захисником для підтвердження його повноважень існує і у випадку початку надання адвокатом професійної правничої допомоги вже після того, як особі було обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою та поміщено до слідчого ізолятора. Таким чином виникають труднощі доступу захисника до такої особи, оскільки яким чином адвокат може укласти договір із клієнтом та підписати його, якщо для першого конфіденційного побачення із підозрюваним чи обвинуваченим йому уже потрібно надати документи, що підтверджують його повноваження. Ордер є документом, який лише посвідчує повноваження адвоката на надання правової допомоги, у той час увесь обсяг повноважень адвоката діяти від імені клієнта обумовлюється предметом договору про надання правової допомоги та колом визначених в ньому повноважень адвоката. Тому якщо ордер не буде містити інформацію про договір про надання правової допомоги, то він може визнаватися неналежним доказом на підтвердження адвокатою своїх повноважень з боку правоохоронних органів. Проте у такій ситуації перешкоди у допуску захисника до особи, яка тримається під вартою та об'єктивно за жодних обставин не може без зустрічі з адвокатом підписати договір, є незаконним, адже позбавляє таку особу права мати захисника, обраного на власний розсуд. Більше того, недопуск захисника до підозрюваного, обвинуваченого можна розцінювати як спробу ізолювати таку особу з метою чинити на неї позапроцесуальний вплив. У такому випадку можливими способами вирішення описаної проблеми є подання захисником відповідних скарг, запитів, висвітлення ситуації у ЗМІ.

Серед проблем порушення права на захист можна виділити також ненаправлення захиснику клопотання про продовження строку дії запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його направлення з порушенням законодавчо визначених строків. У такому разі захисник може скористатися правом на відкладення судового засідання у зв'язку з необхідністю ознайомитися з клопотанням сторони обвинувачення. А у випадку закінчення попередньо встановленого строку тримання під вартою – ставити питання про звільнення особи з-під варти. Дієвим важелем впливу також є звернення до Уповноваженого ВРУ з прав людини, який за наявності на те підстав може вжити необхідних заходів щодо усунення причин та умов, що сприяють порушенням права на особисту свободу.

Забезпечення права на захист порушується судом також у випадках, коли після обрання щодо обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою наступні судові засідання призначаються судом вкрай рідко по невідомих причинах та зводяться по суті лише до вирішення питання про продовження строку дії запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Більше того, відмовляючи у клопотанні захисника про зміну запобіжного заходу на більш м'який вид або за результатами розгляду заперечень захисника щодо продовження тримання обвинуваченого під вартою, суд в ухвалах нерідко вказує, що неможливість застосування більш м'якого запобіжного заходу аніж тримання під вартою обумовлена тим, що докази по кримінальному провадженню ще не досліджені, потерпілі та свідки по справі не допитані, отже, перебуваючи на волі, обвинувачений може переховуватись від суду та незаконно впливати на свідків та потерпілих. Таким чином продовжуючи застосування щодо обвинуваченого тримання під вартою у зв'язку з наявністю обставин, які продовжують існувати саме через пасивну поведінку суду щодо регулярності та продуктивності судових





засідань, будь-які спроби захисника надати належну правову допомогу підзахисному – приречені, що й призводить до порушення, в тому числі, й права особи на захист.

Шляхом вирішення зазначеної проблеми може слугувати законодавче закріплення обов'язку суддів наводити достатні та переконливі мотиви прийняття ними рішення про продовження строку тримання під вартою, а також у судових рішеннях детально роз'яснювати чому застосування більш м'якого виду запобіжного заходу щодо особи є неможливим. Тобто при дослідженні наявності ризиків, якими обґрунтовується тримання під вартою, суди повинні не лише зазначати про те, що вони існують та просто перелічувати їх, а й посилатися на докази їх існування станом на розгляд клопотання та у подальшому.

Ще однією проблемою належної реалізації права на захист є те, що побутують випадки залишення судом без задоволення клопотання підозрюваного, обвинуваченого про відмову від захисника, що в результаті ставить під сумнів законність і обґрунтованість прийнятого в подальшому судового рішення. Відмовитись від захисника особа може в будь-який момент кримінального провадження, що передбачено п. 3 ч. 3 ст. 42 КПК України. У випадку, коли участь захисника є обов'язковою, проте підозрюваний, обвинувачений відмовляється від захисника, то захисник повинен бути залучений у порядку, передбаченому ст. 49 КПК, тобто для здійснення захисту за призначенням. Таким чином підозрюваний, обвинувачений без встановлення будь-яких обмежень та умов, керуючись власним волевиявленням, має право відмовитися від захисника або замінити його в будь-який момент кримінального провадження в усній або письмовій формі. Особа, яка відмовляється від захисника, не зобов'язана обґрунтовувати чи доводити суду наявність обставин, які, на її думку, вказують на те, що захисник не здійснює належним чином захист та не виконує свої професійні обов'язки. Таку позицію висловив ККС ВС у постанові від 09.09.2021 р. у справі № 639/645/19 [6].

Загалом для запобігання виникненню проблем при реалізації забезпечення права на захист особи, яка тримається під вартою, не буде зайвим проведення просвітницької діяльності серед працівників судових та правоохоронних органів, організація регулярних, наприклад щоквартальних форумів чи зборів, на яких подаватиметься інформація про актуальні позиції ЄСПЛ, про прийняті рішення ВСУ, що стосуються питань застосування запобіжних заходів та дотримання засад кримінального провадження.

**Висновки.** Належна реалізація забезпечення права на захист, у тому числі під час застосування щодо особи тримання під вартою, сприяє досягненню завдань кримінального провадження та прийняття рішення, у законності та обґрунтованості якого не буде сумнівів. Створення навіть найменших перешкод з боку правоохоронних органів та суду для захисту особи, яка тримається під вартою, призводить до вагомих порушень прав та свобод такої особи, необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності та призначення несправедливого покарання, а також до неправильного тлумачення та застосування норм КПК України та інших нормативно-правових актів. Усунення будь-яких проблем, які можуть виникати під час реалізації забезпечення права на захист, буде корисним не лише для особи, щодо якої застосовується тримання під вартою, а й для суспільства в цілому, оскільки воно буде забезпечене від вчинення кримінальних правопорушень шляхом виявлення та покарання дійсно винуватих осіб.

#### Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 18.10.2023).
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 18.10.2023).
3. Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги : затв. рішенням Ради адвокатів України від 12.04.2019 р. № 41 із змінами, внес. рішенням Ради адвокатів



України від 17.11.2020 р. № 118. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr041871-19> (дата звернення: 19.10.2023).

4. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22.11.2018 р. у справі № 367/2029/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78129794> (дата звернення: 19.10.2023).

5. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19.04.2018 р. у справі № 234/17471/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73627848> (дата звернення: 19.10.2023).

6. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 09.09.2021 р. у справі № 639/645/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99556538> (дата звернення: 19.10.2023).

7. Волошина В.К. Щодо права на ефективний захист у кримінальному провадженні та практики ЄСПЛ. *Часопис Київського університету права*. 2019/1. С. 225-228.

