

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ
ДЕННА ФОРМА НАВЧАННЯ

ДОПУСТИТИ ДО ЗАХИСТУ
Завідувач кафедри
_____ Лихова С.Я.
«___» _____ 2020 р.

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА
ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ «МАГІСТР»
ЗА ОСВІТНЬО-ПРОФЕСІЙНОЮ ПРОГРАМОЮ
«Правоохоронна діяльність»

Тема: «Забезпечення права на захист у кримінальному провадженні»

Виконавець: студентка 2 курсу, групи ПР-202 Березанська Олександра Валеріївна

Керівник: к.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінального права і процесу
Ланцедова Юлія Олександрівна

Київ–2020

НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Юридичний факультет
Кафедра кримінального права і процесу
Освітньо-професійної програми «Правоохоронна діяльність»

ЗАТВЕРДЖУЮ
Завідувач кафедри
_____ Лихова С.Я.
«_____» _____ 2020 р.

ЗАВДАННЯ**на виконання кваліфікаційної роботи**Березанської Олександри Валеріївни

1. Тема роботи «Забезпечення права на захист у кримінальному провадженні», затверджена наказом ректора від 24 вересня 2020 р. № 1771/ст.
2. Термін виконання та захисту роботи: з 05 жовтня 2020 р. по 13 грудня 2020 р.; з 21 грудня по 27 грудня 2020 року.
3. Вихідні дані роботи: монографічна наукова література, нормативно-правові акти, нормативно-правові акти міжнародного характеру, узагальнення судової практики.
4. Зміст пояснювальної записки: сутність і правові основи реалізації принципу забезпечення права на захист переслідуваного; особливості процесуального становища захисника в кримінальному провадженні; деякі проблеми реалізації засади забезпечення права на захист і можливості їх традиційного та інноваційного вирішення.

5. Календарний план-графік

№ пор	Завдання	Термін виконання	Відмітка про виконання
1	Вибрати тему кваліфікаційної роботи	до 01.10.2020	виконано
2	Затвердити тему і план роботи у наукового керівника	до 05.10.2020	виконано
3	Визначити статистичну, інформаційну базу дослідження скласти бібліографію	до 26.10.2020	виконано
4	Оформити і обговорити з науковим керівником перший розділ роботи	до 30.10.2020	виконано
5	Оформити і обговорити з науковим керівником другий розділ роботи	до 11.11.2020	виконано
6	Оформити і обговорити з науковим керівником третій розділ роботи	до 20.11.2020	виконано
7	Доопрацювати роботу, оформити її кінцевий варіант	до 29.11.2020	виконано
8	Отримати відгук керівника та рецензії	до 05.12.2020	виконано
9	Підготувати доповідь на захист	до 10.12.2020	виконано

6. Консультанти з окремих розділів

Розділ	Консультант (посада, П.І.Б.)	Дата, підпис	
		Завдання видав	Завдання прийняв
Консультанти з окремих розділів не залучались			

7. Дата видачі завдання: 05.10.2020 р.

Керівник кваліфікаційної роботи

к.ю.н., доцент, доцент кафедри
кримінального права і процесу
Ланцедова Юлія Олександрівна

(підпис)

Завдання прийняв до виконання _____ Березанська Олександра Валеріївна

(підпис)

РЕФЕРАТ

Пояснювальна записка до кваліфікаційної роботи «Забезпечення права на захист у кримінальному провадженні»: 111 сторінок, 100 найменувань використаних джерел.

АДВОКАТ, АДВОКАТУРА, БЕЗОПЛАТНА ВТОРИННА ПРАВОВА ДОПОМОГА, ЗАХИСНИК, ПІДОЗРЮВАНИЙ, ПРАВО НА ПРОФЕСІЙНУ ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ, СУБ'ЄКТИ ЗАХИСТУ.

Об'єктом дослідження є врегульовані кримінальним процесуальним законодавством суспільні відносини, пов'язані із забезпеченням права на захист від підозри на досудовому розслідуванні у зв'язку із участю у ньому адвоката-захисника. Предметом дослідження є забезпечення права на захист у кримінальному провадженні.

Мета роботи полягає у розкритті правових та організаційних аспектів діяльності адвоката-захисника щодо реалізації засади забезпечення права на захист на ранніх етапах досудового розслідування та наукове обґрунтування відповідних рекомендацій прикладного характеру щодо посилення правового статусу захисника у кримінальному провадженні України, а також дослідження іноваційних розумінь поняття рівності повноважень сторони захисту та обвинувачення у кримінальному судочинстві.

Методами дослідження є положення теорії пізнання, її закони і категорії, історично-порівняльний, формально-логічний, порівняльно-правовий і системно-структурний методи, методи аналізу, синтезу, індукції, дедукції та аналогії.

Установлено, що забезпечення права на захист у кримінальному провадженні має ряд процедурних прогалин, а саме проблемні аспекти функціонування системи безоплатної вторинної правової допомоги в Україні. Обґрунтовано необхідність посилення незалежності правової допомоги від держави та підвищення якості її надання. Матеріали кваліфікаційної роботи рекомендуються для використання у навчальному процесі з кримінальної процесуальної підготовки співробітників правоохоронних органів.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	6
РОЗДІЛ 1. ОСНОВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	11
1.1. Сутність і правові основи реалізації принципу забезпечення права на захист переслідуваного	11
1.2. Порівняльна характеристика правового статусу суб'єктів інституту захисту в кримінальному провадженні	27
1.3. Особливості процесуального становища захисника в кримінальному провадженні	44
РОЗДІЛ 2. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ І МОЖЛИВОСТІ ЇХ ТРАДИЦІЙНОГО ТА ІННОВАЦІЙНОГО ВИРІШЕННЯ.....	63
2.1. Деякі проблеми реалізації права на захист за рахунок держави та традиційне розуміння можливості їх вирішення	63
2.2. Інноваційне розуміння рівності повноважень сторони захисту та обвинувачення у кримінальному судочинстві	82
ВИСНОВКИ.....	98
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	102

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. В сучасній Україні продовжується складний процес побудови правової держави, який орієнтовано на міжнародні стандарти в галузі прав людини та конституційні засади, відповідно до яких людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини виступає головним її обов'язком. Саме тому Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) має бути побудований таким чином, щоб здійснення прав і законних інтересів особи не ставилося в залежність від діяльності органів державної влади чи суду і мало надійний механізм для їх реалізації.

Право на захист від підозри та обвинувачення у вчиненні злочину є невід'ємним, природним правом людини, забезпечення якого є однією із основних засад судочинства (п. 5 ч. 2 ст. 129 Конституції України), важливою гарантією об'єктивного розгляду справи та запобігання притягненню до кримінальної відповідальності невинуватих осіб, що в першу чергу забезпечується функціонуванням професійного правозахисного інституту адвокатури. В умовах судової реформи, реформування кримінального процесуального провадження загалом та адвокатури зокрема, важливість та інтерес до захисту як правового інституту важко перебільшити, адже саме завдяки його реалізації забезпечується всебічний розвиток демократії, рівноправність людей, право обвинуваченого на захист, змагальність процесу, справедливе правосуддя та досягнення істини у справі.

Прийняття з урахуванням європейських стандартів, досягнень та здобутків наукової думки та практичного досвіду КПК та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закону про адвокатуру) відкрило нову епоху розвитку кримінально-процесуальної науки та практики. Із закріпленням у кримінальному процесуальному законодавстві права захисника-адвоката збирати

докази фактично було запроваджено інститут адвокатського розслідування, а тому формально запроваджено змагальність у кримінальному провадженні. Однак на сьогодні триває процес формування правового та організаційного забезпечення засади забезпечення права на захист, а сам захист ще не став дієвою протидією кримінальному переслідуванню особи.

Проблеми реалізації права на захист та участі захисника в кримінальному процесі неодноразово та у різних аспектах підіймались у юридичній літературі дореволюційних, радянських часів, а також незалежної України, зокрема в наукових дослідженнях О.Р. Балацька, В.І. Галагана, І.Ю. Гловацького, В.Г. Гончаренка, С.В. Т.М. Добровольської, П.С. Елькінд, Я.П. Зейкана, Л.Б. О.Ю. Костюченко, О.П. Кучинської, О.М. Ларіна, Л.М. Лобойка, Г.М. Мамки, В.В. Назарова, В.М. Савицького, О.М. Скрябіна, М.С. Строговича, В.М. Тертишника, А.М. Тітова, та ін., що насамперед свідчить як про надзвичайну пріоритетність захисту як виду кримінальної процесуальної діяльності (функції кримінального процесу), так і про їх невичерпність.

Однак, більшість наукових праць написана під час дії Кримінально-процесуального кодексу України від 28.12.1960 року (далі – КПК 1960 року), багато теоретичних і практичних питань, що стосуються поняття та змісту засади забезпечення права на захист, суб'єктів захисту та їх класифікації, сучасного організаційно-функціонального забезпечення інституту захисту в кримінальному провадженні України, поняття захисника, загальних правил його участі у провадженні, природи та змісту його правового статусу, визначення особливостей дій захисника при вступі його у кримінальне провадження на різних етапах досудового розслідування, проблем забезпечення раннього доступу до захисника та його вступу у справу, забезпечення правничою допомогою за рахунок держави, можливостей захисника щодо ознайомлення з матеріалами провадження та їх оскарження залишаються дискусійними, недостатньо вивченими та недослідженими. В той час як сучасні реформаційні процеси, новели чинного законодавства, які стосуються доктринального розуміння окремих сторін діяльності адвоката-захисника на ранніх етапах кримінального провадження є

наразі невивченими, відсутні їх спеціальні наукові дослідження, практичні обґрунтування. Зазначені правові питання потребують наукового та порівняльного аналізу та вимагають подальшого дослідження для вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства у частині правового регулювання процесуального положення учасників кримінального провадження з боку захисту під час досудового розслідування, що, у свою чергу, зумовлює актуальність представленої кваліфікаційної роботи, її наукове та практичне значення.

Метою дослідження є розкриття правових та організаційних аспектів діяльності адвоката-захисника щодо реалізації засади забезпечення права на захист на ранніх етапах досудового розслідування та наукове обґрунтування відповідних рекомендацій прикладного характеру щодо вирішення проблемних питань доступності професійної правничої допомоги, посилення правового статусу захисника у кримінальному провадженні України. Дослідження іноваційних розумінь поняття рівності повноважень сторони захисту та обвинувачення у кримінальному судочинстві.

Відповідно до поставленої мети сформульовано такі **основні задачі**:

- розкрити сутність та правові основи реалізації принципу забезпечення права на захист переслідуваного;
- здійснити порівняльний аналіз характеристики правового статусу суб'єктів інституту захисту в кримінальному провадженні;
- розглянути особливості процесуального становища захисника в кримінальному провадженні;
- проаналізувати деякі проблеми реалізації права на захист за рахунок держави та традиційного розуміння можливості їх вирішення;
- дослідити існуючі іноваційні розуміння рівності повноважень сторони захисту та обвинувачення у кримінальному судочинстві.

Об'єктом дослідження є врегульовані кримінальним процесуальним законодавством суспільні відносини, пов'язані із забезпеченням права на захист від підозри на досудовому розслідуванні у зв'язку із участю у ньому адвоката-захисника.

Предметом дослідження є забезпечення права на захист у кримінальному провадженні.

Методами дослідження є загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання, серед яких: аналіз та синтез; індукція та дедукція, які застосовувалися під час аналізу рішень судів та з'ясування (пояснення) змісту окремих положень закону; узагальнення, для формулювання певних висновків щодо існуючих у літературі поглядів на певну проблему; аналогії, при аналізі подібних нормативних положень, які діють у різних видах судочинства; математичний; історико-правовий; порівняльно-правовий, при порівнянні відповідних правоположень вітчизняного та зарубіжного законодавства, а також КПК від 1960 року та чинного КПК; догматичний (спеціально-юридичний), при аналізі змісту законодавчих положень; статистичний. під час вивчення та узагальнення судово-слідчої та адвокатської практики, а також використання положень філософії, зокрема, її діалектичних та метафізичних підходів.

Нормативною базою дослідження є міжнародно-правові акти в галузі прав людини (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), Загальна декларація прав людини та ін.), Конституція України, КПК, КПК 1960 року, Кримінальний кодекс України (далі – КК), Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон про адвокатуру), Закон України «Про безоплатну правову допомогу», інші нормативно-правові акти Верховної Ради України та Президента України, Рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ).

Теоретичною основою дисертації стали наукові праці провідних українських і зарубіжних науковців у галузі загальної теорії права, філософії, кримінального, кримінально-процесуального права та криміналістики, а також інших галузей знань щодо гарантування права на захист людини у правовій системі держави, засобів та особливостей їх реалізації у сфері кримінального судочинства.

Емпіричну базу дослідження становить практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), судова практика Верховного Суду (далі – ВС), звіти ЄСПЛ щодо порушення ст. 6 Конвенції за період 2009-2017 рр.; аналіз функціонування системи безоплатної правової допомоги, проведений Українською фундацією правової допомоги та Українською Гельсінською спілкою з прав людини за

період 2012-2017 рр.; узагальнення судової практики ВС в кримінальних справах.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що досліджені у кваліфікаційній роботі положення та отримані висновки можуть допомогти побудувати кримінальне провадження із максимальним врахуванням приватних, тобто особистих інтересів без загрози встановленню об'єктивної істини у кримінальному провадженні.

Структура кваліфікаційної роботи. Специфіка теми дослідження, сформульовані мета і завдання визначили структуру кваліфікаційної роботи, послідовність та логіку викладання матеріалу. Вона містить вступ, два розділи, які поділяються на п'ять підрозділів, висновки та список використаних джерел (100 найменувань). Основний обсяг роботи становить 101 сторінка.

РОЗДІЛ 1

ОСНОВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

1.1. Сутність і правові основи реалізації принципу забезпечення права на захист переслідуваного

Поняття та правові основи реалізації принципу забезпечення права на захист переслідуваного та багато інших правових та організаційних аспектів участі захисника в реалізації засади забезпечення права на захист досліджено на підставі сучасного правового регулювання та практики, як вже зазначалося, мають традиційне та інноваційне відображення. Одне з останніх узагальнююче дослідження традиційного підходу проведено у відповідній дисертації О. Р. Балацької [6, с. 25-190], основні положення якої в контексті традиційних позицій інших авторів та правових актів по даній проблемі [26, 47, 62, 71 та ін.] можуть бути представлені таким чином.

На думку О. Р. Балацької, якщо брати до уваги різноманітність правових норм, що регулюють захист від підозри та обвинувачення, необхідно враховувати, що відповідно до ст. 1 КПК України порядок кримінального провадження на території України визначається тільки кримінальним процесуальним законодавством України, що складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, КПК України та інших законів України. Саме зазначені джерела права є визначальними нормативними основами принципу забезпечення права на захист у кримінальному провадженні [6, с. 42].

Правові основи права на захист у кримінальному провадженні доцільно визначити як сукупність правових норм, що визначають місце а також зміст права на захист у кримінальному провадженні України та окреслюють його межі, встановлюють правовий статус учасників кримінального провадження, що мають право на захист та захисника, регулюють правовідносини, які складаються з приводу реалізації і організаційного забезпечення їх діяльності та ін.

На рівні держави найвищу юридичну силу має Конституція України [21] як Основний Закон держави. Необхідно зазначити, що саме Конституція України проголошує і гарантує право на захист від підозри чи обвинувачення, виходячи з таких правових положень: як елемента права людини на свободу та особисту недоторканість, а саме: «Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правничою допомогою захисника (ч. 4 ст. 29 Конституції України); також як складової права на професійну правничу допомогу «Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, така допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» (ч. 1 ст. 59 Конституції України); як безпосередньо саме право на захист у кримінальному судочинстві – «Підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист» (ч. 2 ст. 63 Конституції України); як принцип судочинства України «Основними засадами судочинства є: ... 5) забезпечення обвинуваченому права на захист» (п. 5 ч. 2 ст. 129 Конституції України); стосовно організаційного забезпечення права на захист – «Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура» (ч. 1 ст. 131-2 Конституції України) та «Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення» (ч. 4 ст. ст. 131-2 Конституції України) [6, с. 42-43].

Право на захист від обвинувачення відноситься до загальновизнаних засад міжнародного права та розглядається як необхідна умова й складова забезпечення права на справедливий судовий розгляд і права на отримання правової допомоги. Саме це є дуже важливим у кримінальному судочинстві, яке, як відомо, пов'язане із істотним обмеженням у випадках, які передбачені законом, конституційних прав і свобод громадян. Наприклад, право на захист від обвинувачення гарантується нормами Загальної декларації прав людини і громадянина, яка прийнята Генеральною Асамблеєю ООН від 10 грудня 1948 року і говорить про те, що «Кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися

невинною доти, поки її винність не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, при якому їй забезпечують усі можливості для захисту» (ст. 11) [16]; Міжнародного пакту про громадянські та політичні права ООН, який ратифікований 1973 року Українською РСР і містить в собі положення про те, що «Кожен має право бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безоплатно для нього в усякому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника» (пп. «d» п. 3 ст. 14) [40]; Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, яка прийнята 11 квітня 1950 року Радою Європи і ратифікована Законом України № 475/97ВР від 17 липня 1997 року, а саме, як складова права на справедливий суд, тобто «Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя» (пп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції). Окрім цього, Конвенція гарантує кожному обвинуваченому у вчиненні кримінального правопорушення щонайменше ще й інші права, які є складовими елементами права на захист та справедливий судовий розгляд, тобто: «бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього» (пп. «а» п. 3 ст. 6 Конвенції); також «мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту» (пп. «b» п. 3 ст. 6 Конвенції); а ще «допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення; якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача» (пп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенції) [20].

Також 20 грудня 2012 року Генеральною Асамблеєю ООН було прийнято перший у світі міжнародний документ, який присвячений наданню юридичної допомоги, – Принципи та керівні настанови щодо доступу до правової допомоги у системі кримінального правосуддя і які встановили взірцеві стандарти реалізації юридичної допомоги та запропонували державам прийняти та посилити заходи стосовно забезпечення її ефективності.

Отже, закріплення права на правову допомогу саме в Конституції України, за достатньо виваженою думкою О.Р. Балацької, є результатом імплементації загальновизнаних та загальноприйнятих норм і принципів міжнародних правових актів. Важливість вказаних актів обумовлена тим, що у відповідності до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, а у ч. 3 ст. 55 Конституції України задекларовано положення, згідно якого, кожен має право, після використання всіх національних засобів правового захисту звернутися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ або до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна [6, с. 44-45].

Саме тому, на нашу думку необхідно звернути увагу на принципове значення у правозастосуванні підходів ЄСПЛ стосовно забезпечення права на захист, а також раннього доступу до правової допомоги, тому що на міжнародному рівні ЄСПЛ уповноважений розглядати скарги заявників стосовно порушення національними судовими та іншими органами України положень Конвенції. Наприклад, у рішенні по справі Кромбах проти Франції ЄСПЛ встановлює, що «право на захист особи, що обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, гарантоване пунктом 3 (с) статті 6 Конвенції становить одну з головних підвалин справедливого судового розгляду» [93]. На сьогодні практика ЄСПЛ виступає безсумнівним інструментом для ефективного та надійного захисту особи від порушень з боку держави. Роль усталеної практики ЄСПЛ для кримінального провадження вперше закріплена у КПК України, а саме стаття 8 визначає, що принцип верховенства права у кримінальному судочинстві

застосовується з обов'язковим урахуванням практики ЄСПЛ; також стаття 9 КПК України закріплює такі самі положення щодо обов'язкового застосування рішень ЄСПЛ у кримінальному процесуальному законодавстві і з прийняттям Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» у 2006 році рішення ЄСПЛ як джерело права стали обов'язковими для виконання.

Право підозрюваного (обвинуваченого) на захист походить безпосередньо із основних завдань кримінального процесу, у відповідності з якими захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального процесу, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура (ст. 2 КПК України).

На підставі викладеного доцільно погодитися з традиційною точкою зору О. Р. Балацької, що відповідно до цих завдань інститут захисту особи від обвинувачення та пов'язані із ним процесуальні гарантії цього права займають важливе значення та є необхідним складовим елементом досягнення цих завдань [6, с. 46].

У цей же час, оскільки більш конкретне та детальне правове регулювання забезпечення права на захист відображено в положеннях КПК України, що й складає основу традиційного підходу, то і необхідно піддати окремому аналітичному дослідженню деякі норми вказаного кодексу. Звертаємо увагу на те, що право на захист увійшло до переліку загальних засад кримінального судочинства, що надає йому особливої важливості та фундаментальності. Дана особливість права на захист має першочергове значення для правової регламентації функції захисту саме як складової частини кримінального процесу – діяльності, що бере початок з появою у ньому суб'єкта у статусі підозрюваного та

здійснюється протягом усього кримінального процесу, а також правовідносин, які виникають в процесі її здійснення. Глава 2 КПК України називається «Засади кримінального провадження» і складається із норм-принципів, яким мають відповідати зміст і форма кримінального процесу. Вперше в Україні з моменту прийняття КПК України у 2012 року в окремій главі законодавчо були закріплені загальні принципи кримінального процесу та окреслено їх головний зміст, що у свою чергу, стало співзвучним нормам Конституції України, а саме ч. 3 ст. 129 Конституції України, яка закріплює основні принципи судочинства.

Не можна не погодитися з О. Р. Балацькою, що визначення правових основ організації засади забезпечення права на захист важливе значення належить положенням низки інших законів України [6, с. 46], що даний автор аналізує таким чином. Так, ст. 10 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» засадою реалізації права на справедливий суд визначено професійну правничу допомогу, а саме, закріплено право кожного на професійну правничу допомогу, а також забезпечення її безоплатно у випадках, які визначених законом, право на вільний вибір захисника своїх прав та особи, яка надає правничу допомогу [55]. Вказаним законом підтверджено монопольне становище адвокатури стосовно надання професійної правничої допомоги. Також, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлює нормативні основи функціонування адвокатури, гарантій адвоката та правового статусу [49], Закон України «Про безоплатну правову допомогу» закріплює організацію, умови та порядок отримання безоплатної правової допомоги, у тому числі в кримінальному судочинстві для забезпечення захисту від підозри або обвинувачення [50].

Деякі науковці, які займають традиційний підхід у розв'язанні зазначених проблем, звертають увагу на те, що будь-яка діяльність, якщо говорити про її природу, ґрунтується та підпорядковується на безпосередньо закріплених у законі основоположних ідеях, основних положеннях, що відзначаються стабільністю та системністю і визначають суть, спрямованість та зміст такої діяльності [13, с. 15]. С.С. Алексєєв зазначав про те, що принципами права є саме «вихідні нормативно-керівні начала, що характеризують його зміст, його основи, закріплені у ньому

закономірності суспільного життя» [2, с. 102], М.А. Маркуш зазначила, що «принципи права – об'єктивно властиві праву відправні начала, незаперечні вимоги (позитивні зобов'язання), які ставляться до учасників суспільних відносин з метою гармонійного поєднання індивідуальних, групових і громадських інтересів» [37, с. 72]. Кримінальна процесуальна діяльність не являється винятком та має відповідати загальним критеріям, принципам, закономірностям, що визначають її спрямування та характер, а саме є її основою та водночас орієнтиром. У кримінальній процесуальній науці зазначені фундаментальні положення прийнято називати як принципи або засади кримінального провадження, які відповідно відображено у кримінальному процесуальному законі.

У розділі «Засади кримінального провадження» КПК України закріплені правові норми-принципи як сутнісні цінності і які визначають зміст а також форму кримінального судочинства загалом та усіх його інститутів зокрема. На думку О. Р. Балацької тут знайшли своє вираження найбільш прогресивні положення, що позиціонуються міжнародною спільнотою саме як міжнародно-правові стандарти кримінальної процесуальної діяльності, які містяться у Конституції України, Загальній декларації прав людини а також у Конвенції та Міжнародному пакті про громадянські та політичні права [6, с. 47-48].

Звертаючи увагу на провідну роль, що відіграють загальні принципи у кримінальному судочинстві, визначення поняття даної категорії науки, а також визначення сутності та нормативного змісту конкретних загальних принципів має пріоритетне значення. Застосування у КПК України терміну «засади кримінального провадження» обумовлює актуальність питання про визначення вказаного поняття, яке було одним з найскладніших та найважливіших у науці кримінального процесу та й на сьогодні таким залишається [6, с. 47]. Сам термін «засади» не був широкому застосуванні, у кримінальній процесуальній науці дослідженню підлягала саме категорія «принципи», їх поняття і ознаки, сутність та зміст окремих принципів кримінального провадження, системність принципів кримінального провадження [27; 32; 45]. Проте термін «засада» більше за всього

ототожнювався із терміном «принципи», тому що лексичне значення цих термінів є дуже близьке, а тому вони розглядались саме як синоніми. Так, В.В. Навроцька, О.З. Хотинська досліджуючи поняття термінів «принципи» і «засади», дійшли такого висновку, що вони є етимологічно ідентичними [45, с. 11].

Здійснивши аналіз визначення даних термінів у тлумачних українських словниках, О. Р. Балацька доходить висновку про те, що слово «засада» (основа, початок, принцип) слов'янського походження і означає: 1) основа чогось; те головне, на чому щось ґрунтується, базується що-небудь, 2) вихідне, головне положення, принцип, основа світогляду, правило поведінки, 3) спосіб, метод здійснення чого-небудь. Слово «принцип» латинського походження (від лат. *principio* – основа, начало) означає: 1) основне, вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку, 2) особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чогось, 3) переконання, норма, правило, яким керується хто-небудь у житті, поведінці [46, с. 515]. Отже, враховуючи те, що дані терміни дуже близькі за лексичним значенням і своєю сутністю та відмінністю їх є лише іншомовне походження, тому будемо вважати їх тотожними, тобто синонімами.

З точки зору філософського розуміння засада є теоретичним узагальненням найбільш типового, що констатує і виражає закономірність, яка покладена в основу пізнання взагалі або в основу будь-якої галузі знань. У теорії пізнання під цією категорією розуміють загальне положення тобто найбільш універсальний елемент у понятійному апараті науки. У системі правового регулювання на сучасному етапі засади права виступають особливими регуляторами, за допомогою яких держава здійснює гарантування а також захист проголошених у Конституції України положень про права та свободи людини. Тому, на думку О. Р. Балацької, використання у кримінальному процесуальному законодавстві стосовно основоположних ідей терміну «засади» відповідає їх сутнісному значенню та відповідає нормам Конституції України, тобто ч. 3 ст. 129, якою визначено основні засади судочинства України під час здійсненні правосуддя [6, с. 48].

Зазначений термін яскраво відображає основну характеристику принципів кримінального процесу, а саме їх фундаментальність для кримінальної процесуальної системи, яка проявляється у тому, що будучи основними ідеями та вихідними положеннями, вони виражають найістотніші властивості кримінального процесу, вимоги до правил та способу діяльності його суб'єктів, що не залежать від волі або певних обставин у ході зазначеної діяльності та є гарантіями забезпечення щодо дотримання прав, свобод та законних інтересів учасників процесу, а у підсумку їх дотриманням забезпечується виконання завдань кримінального процесу [1, с. 145].

Хочемо наголосити, що до прийняття КПК України 2012 року, у кримінальному процесуальному законодавстві засади або принципи навмисно не були окреслені та перелічені і тому в науці питання щодо поняття принципів кримінального процесу, їх системи, класифікації та встановлення ознак, що їх характеризують, як наприклад їх нормативності, були, з точки зору О. Р. Балацької, неоднозначними [6, с. 49].

На нашу думку, у юридичній літературі в основу визначення поняття засади (принципу) кримінального процесу, такі науковці як Ю.М. Грошевий, О.П. Кучинська, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.Я. Тацій, В.М. Тертишник та інші, які детально вивчали питання принципів кримінального провадження, покладали сукупність притаманних їм властивостей або ознак, яка залежала від контексту застосування і позиції того чи іншого автора.

Наприклад, В.Т. Маляренко, при визначенні принципів кримінального провадження, розглядає їх як фундаментальні ідеї та положення, що визначають спрямованість та побудову процесу, зміст і форму його стадій а також інститутів [35, с. 4]. М.М. Михеєнко, В.Т. Нор та В.П. Шибіко визначили принципи кримінального провадження як «закріплені в законі панівні в державі політичні і правові ідеї щодо завдань, способу формування й здійснення правосуддя в кримінальних справах, які визначають спрямованість і побудову кримінального процесу в цілому, форму і зміст його стадій та інститутів» [39, с. 29]. Також цими

науковцями було багатоаспектно, саме з точки зору кримінальної процесуальної діяльності, розкрито властивості та ознаки принципів кримінального провадження, що є тими найбільш загальними а також вихідними положеннями:

- а) що мають фундаментальне значення для кримінального провадження, визначають його спрямованість, побудову загалом, форму та зміст стадій і інститутів;
- б) що виражають панівні у нашій державі ідеї, що стосуються завдань, способу формування та здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях;
- в) що закріплені у нормах права;
- г) що діють в усіх або декількох стадіях кримінального провадження та обов'язково в його головній стадії, а саме – стадії судового розгляду;
- д) порушення яких говорить про незаконність рішення по справі і обов'язкову його відміну [39, с. 29].

В свою чергу В.М. Тертишник, визначаючи поняття принципів кримінального провадження, окрім зазначених вище ознак зазначає також про ще одну – «вони створюють систему гарантій встановлення істини, забезпечення верховенства права та справедливості правосуддя» [70, с. 184].

У спеціальному монографічному дослідженні О.П. Кучинська поняття принципів кримінального провадження визначила їх як «основу створення та направленості всієї системи кримінальної процесуальної галузі права, які найбільш повно відображають зміст кримінально-процесуального законодавства, пов'язані з державною політикою у сфері кримінального судочинства, є загальними для всіх стадій процесу та мають вплив на всі кримінально-процесуальні норми» [27, с. 387].

На думку О. Р. Балацької, більшість визначень як принципів права загалом, так і принципів кримінального провадження зокрема суттєво не відрізняються, проте вчені-процесуалісти по-різному розглядали їх зміст, а саме дискусійним було питання щодо необхідності закріплення таких основоположних ідей у правових нормах. Отже у багатьох дослідженнях коло принципів необґрунтовано розширювалось за рахунок прав, гарантій та загальних правових положень [6, с. 51].

Розглянемо думку таких науковців як С.А. Альперт та В.М. Савицький, які ознакою принципів називали їх чітко виражений нормативний характер як норм права, що і визначають характер всіх інших процесуальних правил [60, с. 23], а от інші науковці, наприклад такі, як А.С. Александров, М.С. Строгович розглядали принципи як основні, загальні та керівні ідеї незалежно від їхнього законодавчого закріплення у тій або іншій формі. [66, с. 134]. Підтримуємо позицію Л.М. Лобойко, який сформулював поняття кримінальних процесуальних принципів як такі, що закріплені у правових нормах вихідних положень та що відбивають панівні у державі політичні і правові ідеї та визначають сутність організації і діяльності відповідних компетентних державних органів щодо порушення, досудового слідства та судового розгляду кримінальних справ [32, с. 36].

На підставі ж дослідження викладених традиційних підходів О. Р. Балацька доходить висновку про те, що сьогодні беззаперечною та надзвичайно значущою ознакою засад кримінального процесу є їх нормативний характер і формальна визначеність у КПК України як норм, що є правилами організації та діяльності кримінального процесу, які мають у ньому найвищу юридичну силу у порівнянні з іншим та кримінальними процесуальними нормами. Так що ж означає ця їх властивість? Принаймні те, що норми кримінального процесуального закону, що закріплюють принципи кримінального процесу (їх всього закріплено 22) виконують роль юридичного підґрунтя, нормативної першооснови для інших положень КПК України а також й інших нормативно-правових актів кримінального процесуального права. У зазначених нормах передбачено важливі правила організації кримінального процесу, з яких визначаються головні напрямки його подальшої правової регламентації а також основи побудови окремих його правових інститутів (у тому числі й інституту захисту) і правових норм [6, с. 51-52].

Най важливіший момент нормативного оформлення принципів кримінального процесу та їх особливе значення у кримінальному процесуальному законодавстві пов'язана ще й з тим, що законодавець задекларував те, що у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно

регулюють питання кримінального процесу, застосовуються загальні засади кримінального процесу, які визначені у ч. 1 ст. 7 КПК України. Отже загальним принципам кримінального процесу надано статусу вихідних у тлумаченні норм права та правозастосуванні за аналогією права. Саме тому загальні засади мають виступати основою з якої розпочинається викладення нормативно-правових актів та бути критеріями перевірки законності під час застосування а також тлумачення норм права посадовими особами, при прийнятті кожного процесуального рішення у кримінальному процесі [6, с. 52].

Також на законодавчому рівні у ч. 1 ст. 7 КПК України в імперативній формі встановлено те, що зміст та форма кримінального процесу (п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК України визначено, що кримінальне провадження (процес) – це досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність) повинні відповідати загальним принципам кримінального процесу. Із визначення засад у главі 2 КПК України саме загальними впливає те, що їх сфера регулювання розповсюджується на увесь без винятку кримінальний процес, однак виникає запитання, чи є ще незагальні принципи кримінального процесу.

Підводячи підсумок у аналітичному співставленні традиційних підходів, О. Р. Балацька підкреслює, що результатом нормативності загальних принципів кримінального процесу є юридичне закріплення правових орієнтирів та цільових настановлень для організації правового регулювання а також правозастосовчої діяльності. Вони відіграють роль гарантій та стають основою для визначення змісту процесуальних прав, обов'язків та повноважень учасників кримінального процесу, а також порядку кримінальної процесуальної діяльності взагалі, порядку вчинення і оформлення окремих процесуальних дій, прийняття, оформлення та звернення до виконання процесуальних рішень, а тому синхронізують усю систему норм кримінального процесуального права та забезпечують узгодженість кримінальних процесуальних інститутів, забезпечують єдність процесуальної форми. Однак, законодавчо реалізація принципів кримінального процесу не залежить від: стадії кримінального процесу, суб'єкта кримінальної процесуальної

діяльності, процесуальної дії (бездіяльності), учасника кримінального процесу, рішення в ході кримінальної процесуальної діяльності, а саме взагалі від будь-яких факторів, що визначає їх універсальність [6, с. 52-53].

Отже, закріплення у КПК України одним із загальних принципів кримінального процесу забезпечення права на захист свідчить про надання даному праву особи виключно особливого значення та обумовлює його нормативний цілеспрямований вплив на всю кримінальну процесуальну систему. Перший раз забезпечення права на захист набуло нормативного оформлення та статусу правового принципу, ідеями якого мають керуватися усі без будь-яких винятків суб'єкти кримінальних процесуальних відносин [6, с. 53].

Ми вважаємо, що на законодавчому рівні даний принцип представлений нормами-принципами, які закріплені у Конституції України, а саме ч. 4 ст. 29, ст. 59, ч. 2 ст. 63, п. 5 ч. 2 ст. 129, 131-2 Конституції України та у міжнародних правових актах, які ратифікованих Україною та які були нами вище окреслені. Цілеспрямовано принцип забезпечення права на захист нормативно визначений системою приписів у статті 20 КПК України, який розкриває його базові положення у кримінальному процесі. Окремі аспекти та елементи даного принципу визначаються іншими нормами КПК України та законів України, а саме Закону України «Про безоплатну правову допомогу», Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Підводячи підсумок, хочемо зазначити, що за формою вираження принцип забезпечення права на захист є принципом, який закріплений у визнаних Україною міжнародних договорах, а також конституційним та кримінальним процесуальним принципом.

Враховуючи те, що принцип забезпечення права на захист є конституційним принципом кримінального провадження ми можемо говорити про те, що він створює загальні умови правового регулювання одного із основоположних прав, а саме права на захист від обвинувачення та встановлює загальні вимоги, яким має відповідати кримінальна процесуальна діяльність суб'єктів сторони захисту стосовно здійснюваної ними функції, а також й інших суб'єктів кримінального провадження щодо відповідності їх практичної діяльності зазначеним нормам, та

кримінальній процесуальній формі. Даний принцип віддзеркалює базові ідеї, найсуттєвіші риси, визначає організацію та побудову правового інституту захисту кримінальної процесуальної галузі права, тим самим утворюючи той нормативний фундамент, із якого виходять положення більш деталізованого характеру, які не можуть йому суперечити. Саме тому у відповідності до предмету правового регулювання принцип забезпечення права на захист ми можемо назвати організаційно-функціональним, так як він визначає як організацію, так і діяльність стосовно забезпечення права на захист у кримінальному процесі [6, с. 54].

У такому аспекті вважаємо за необхідне також зазначити, що для забезпечення права на захист головне значення має запровадження та нормативне визначення інших загальних принципів кримінального процесу.

Питання щодо визначення системності принципів було предметом дослідження одного із науковців О.П. Кучинської, яка розкрила внутрішні зв'язки у системі принципів та їх взаємодію. Системність принципів призводить до того, що перебуваючи у тісній взаємодії та взаємозв'язку, одні принципи сприяють здійсненню інших, так би мовити, виступають передумовами та гарантіями їх реалізації [27, с. 8]. Зазначена специфіка регуляторного впливу принципів кримінального процесу на кримінальні процесуальні відносини проявляється у тому, що реалізація принципу забезпечення права на захист залежить не тільки від його змісту, а й від властивостей та змісту інших принципів. У ст. 7 КПК України не має такого загального принципу кримінального процесу, який би не був взаємопов'язаний з принципом забезпечення права на захист, однак зв'язок із деякими з них, зокрема принципами верховенства права, законності, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, є найбільше вираженим та суттєвим.

Аналіз чинного законодавства, на думку О.Р. Балацької, дає підстави зробити висновок, що на сьогодні в Україні формується саме публічно-

змагальний кримінальний процес, основи якого закріплені у КПК України [6, с. 55].

Принцип змагальності у чинному КПК України на відміну від Кримінально-процесуального кодексу України від 28.12.1960 року (далі – КПК 1960 року) поширює дію не тільки на судові стадії, а й на весь кримінальний процес, розпочинаючи з досудового розслідування і має на меті побудову такої моделі кримінального процесу, за якої відокремлені основні його функції, а саме захисту, обвинувачення та правосуддя. Зокрема, елементами змагальності відповідно до статті 22 КПК України, є: а) самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими Кодексом; б) рівність прав на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом; в) розподіл функцій державного обвинувачення, захисту та судового розгляду, що не можуть покладатися на один і той самий орган чи службову особу.

Отже, невід'ємною рисою змагальності є рівність сторін, які виконують протилежні функції, наділені комплексом прав, свобод, законних інтересів для реалізації та самостійного обстоювання правової позиції у кримінальному процесі. Проголошена рівність прав сторін, передбачає однакові можливості сторін рівно ефективно добиватись своєї мети, реалізовувати свої права, свободи та законні інтереси. Зараз мова йде саме про забезпечення функціональної рівності сторін у кримінальному процесі, тобто це, насамперед, рівні процесуальні можливості і засоби здійснення своїх повноважень [38, с. 5]. Тому саме для реалізації змагальності та забезпечення права на захист головну роль відіграють обсяг прав суб'єктів захисту та додаткові можливості стосовно їх вільного здійснення [6, с. 55-56].

Принцип забезпечення права на захист взаємообумовлений існуванням принципу забезпечення доведеності вини, так як функція захисту походить від функції обвинувачення. Тому що захист як особлива процесуальна функція є діяльністю, що протистоїть кримінальному переслідуванню і спрямована на

спростування підозри (обвинувачення), обґрунтування невинуватості обвинуваченого або ж меншої його винуватості [6, с. 56]. Як зазначає М.Т. Мазяр, якщо проаналізувати зміст принципу забезпечення доведеності вини, він «відображає суть процесуальної діяльності органів держави та їх посадових осіб в процесі розслідування і судового розгляду кримінальних правопорушень, завершальним етапом якої є забезпечення у встановленому законом порядку доведення вини особи, що скоїла правопорушення з тим, щоб в подальшому піддати її та її діяння осуду та засобам кримінально-правового впливу» [34, с. 266].

Отже принцип забезпечення права на захист є протилежним за своєю метою принципу забезпечення доведеності вини, умовно їх можна назвати «парними» принципами, тому що в практичній діяльності вони не існують один без одного. Дані принципи зв'язані між собою презумпцією невинуватості особи у вчиненні відповідного кримінального правопорушення, яку сторона захисту покликає підтвердити, а сторона обвинувачення навпаки покликає спростувати [6, с. 56].

Взаємозалежність та взаємообумовленість принципів кримінального процесу призводить до того, що зміст одного принципу переплітається зі змістом іншого. Не є винятком і принцип забезпечення права на захист, реалізація якого залежить від здійснення та дотримання інших принципів. Змагальність у процесі є необхідною передумовою забезпечення права на захист, а от дотримання норм забезпечення права на захист і є гарантією існування справжньої змагальності у кримінальному процесі. Зазначений взаємозв'язок загальних принципів кримінального процесу передбачає потребу укріплення позиції сторони захисту, також надання суб'єктам захисту комплексу процесуальних прав, через реалізацію яких, вони отримують реальні процесуальні можливості для здійснення захисту захисту. Тому що в свою чергу забезпечення права на захист є гарантією для інших загальних принципів кримінального процесу. Саме дія загальних принципів у системних взаємозв'язках буде забезпечуватиме вимогу закону про відповідність змісту і форми кримінального процесу цим принципам та в підсумку виконанню завдань кримінального процесу [6, с. 77].

1.2. Порівняльна характеристика правового статусу суб'єктів інституту захисту в кримінальному провадженні

З того моменту, коли особа притягається до кримінальної відповідальності, а саме після затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення або повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, саме з цього моменту у кримінальному провадженні у даній особі з'являється право на захист і бере свій початок безпосередньо функція захисту та діють положення принципу забезпечення права на захист у всіх його проявах. Саме з цього моменту виникають правовідносини стосовно забезпечення права на захист, що включають наступних суб'єктів, а саме: осіб, учасників процесу, правомочних здійснювати захист та які представляють сторону захисту і здійснювану ними діяльність стосовно реалізації наданих їм прав і повноважень у процесі виконання процесуальної функції захисту [6, с. 77].

На думку О. Р. Балацької, для того, щоб з'ясувати суб'єктний склад функції захисту змагального процесу варто провести аналіз правових норм саме кримінального процесуального закону [6, с. 77] і що даний автор робить наступним чином. Стосовно питань, які стосуються суб'єктів кримінального процесу у статті 3 КПК України «Визначення основних термінів Кодексу» застосовуються та визначаються наступні терміни: «учасники кримінального провадження», «сторони кримінального провадження», «учасники судового провадження». Але, що саме цікаве сам термін «суб'єкти кримінального провадження» у КПК України відсутній. У п. 25 вказаної статті визначено термін «учасники кримінального провадження», який охоплює сторін кримінального провадження та потерпілого, його представника і законного представника, цивільного позивача, його представника і законного представника, цивільного відповідача і його представника, а також представника юридичної особи, стосовно якої здійснюється провадження, третю особу, стосовно майна якої вирішується питання про арешт, іншу особу, права або законні інтереси якої обмежуються в процесі досудового розслідування, особу, відносно якої розглядається питання щодо

видачі в іноземну державу (екстрадицію), заявника, свідка і його адвоката, понятого, перекладача, заставодавця, спеціаліста, експерта, представника персоналу органу пробації, секретаря судового засідання та судового розпорядника. Звідси, на думку О. Р. Балацької, п. 25 ст. 3 КПК України, враховуючи положення ст. 131-2 Конституції України та ст. 10 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» необхідно доповнити таким учасником кримінального провадження як адвокат, що надає професійну правничу допомогу учасникам кримінального процесу [6, с. 78].

Трохи вужчим від поняття учасники кримінального процесу є значення терміну «учасники судового процесу», під яким законодавець визначає сторони кримінального процесу, потерпілого, його представника та законного представника, цивільного відповідача та його представника, цивільного позивача, його представника та законного представника, представника персоналу органу пробації, третю особу, щодо майна якої вирішується питання про арешт та інших осіб, за клопотанням або скаргою яких у випадках, передбачених КПК, здійснюється судове провадження (п. 26 ч. 1 ст. 3 КПК України).

В п. 19 зазначеної статті, закріплений термін «сторони кримінального провадження» – з боку обвинувачення: прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, а також потерпілий та його представник і законний представник куди на підставі закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» включені ще й дізнавач та керівник органу дізнання [52]; з боку захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру чи вирішується питання щодо їх застосування, їхні захисники і законні представники.

Також у главі 3 КПК України усі учасники кримінального процесу залежно від характеру виконуваної діяльності зведені у такі групи: суд, сторони (обвинувачення та захисту) та інші учасники кримінального провадження. Однак учасники кожної із вказаних груп, виконують різні функції та мають відмінні

інтереси у процесі. У цій главі передбачений розділ, який називається «Сторона захисту». До сторони захисту, як зазначає законодавець, відносяться підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, їх захисники та законні представники.

Необхідно наголосити на тому, що у кримінальній процесуальній науці стосовно усіх осіб (органів), що приймають участь у справі застосовується термін «суб'єкти» кримінальної процесуальної діяльності. Здійснений аналіз правових норм КПК України, надає можливість зробити висновок, що законодавець, застосувавши нову термінологію, щодо учасників кримінального процесу відніс не усіх суб'єктів кримінальної процесуальної діяльності. А саме, можна прослідкувати, що не долучені до учасників кримінального процесу щонайменше слідуючі суб'єкти: професійний суддя, суд, слідчий суддя, присяжний, співробітники оперативних підрозділів, що не віднесені до сторони обвинувачення, але здійснюють слідчі (розшукові) дії а також негласні слідчі (розшукові) дії у кримінальному процесі за письмовим дорученням слідчого або прокурора (ст. 41 КПК України), орган, який уповноважений законом щодо надання БПД за дорученням слідчого, прокурора, слідчого судді або суду (ст. 49 КПК України), представник третьої особи, стосовно майна якої вирішується питання щодо арешту (ст. 64-2 КПК України), особи, яким майно передано на зберігання (ст. 100 КПК України), поручитель (ст. 180 КПК України) та ін. І зазначений перелік далеко не є вичерпним [6, с. 79].

Такі науковці як С.А. Альперт та Т.М. Добровольська, зазначали, що поняттям «суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності» мають охоплюватися усі органи та особи, що наділені правами та несуть зазначені у законі обов'язки у зв'язку з провадженням по даній справі. Для того, щоб віднести до суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності не має значення характер діяльності, яку провадить та чи інша особа. Не беручи до уваги відмінності процесуального положення всіх зазначених осіб, спільним для них виступає те, що вони є суб'єктами процесу. Стосовно ж поняття «учасники процесу», то воно має

визначатися з урахуванням чинного закону та не повинно довільно розширюватися [13, с. 9-10].

На підставі викладеного О. Р. Балацька доходить висновку, що з теоретичної точки зору поняття «суб'єкти кримінального провадження» є більш ширшим аніж поняття «учасники кримінального провадження», саме тому їх не можна ототожнювати. Враховуючи це, варто підтримати позицію, яку у ході дискусії з приводу співвідношення понять «суб'єкти» і «учасники» як рід та вид (згідно із класифікацією відповідно до КПК України 1960 року), займали багато науковців, а саме Ю.М. Грошевий, М. М. Михеєнко, В.В. Назаров, В.Т. Нор, Л.Д. Удалова, В.М. Хотенець, В.М. Шибіко [39, с. 28; 44, с. 201; 73, с. 65]. Оскільки всі учасники кримінального процесу є його суб'єктами, однак далеко не кожен суб'єкт кримінального процесу є його учасником. Саме тому поняття суб'єкти кримінального процесу слід розглядати як загальне найменування усіх осіб та органів, які у тій чи іншій мірі приймають участь у кримінальному процесі [6, с. 80].

В той же час, необхідно зазначити, що у КПК України термінологічно серед учасників кримінального процесу, у силу розмежування головних процесуальних функцій, виділено поняття сторін та нормативно зазначений їх вичерпний перелік. Отже, законодавцем, у силу запровадженої змагальності кримінального провадження, визначено поняття сторін, які на відміну від КПК України 1960 року з'являються не лише на стадії судового розгляду, а й протягом усього кримінального процесу [6, с. 80]. У результаті виокремлення головних ознак, якими наділені сторони, І. Я. Мокрицька зробила висновок, що «сторонами кримінального процесу є його учасники, що на засадах змагальності та рівності у реалізації процесуальних прав, які передбачені законом, виконують функцію обвинувачення чи захисту, а також мають протилежні інтереси та юридичну зацікавленість у результатах кримінального процесу» [41, с. 36].

З урахуванням викладеного для О. Р. Балацької без сумніву вказівка на конкретних суб'єктів кримінального процесу, які належать до сторони обвинувачення та сторони захисту є вкрай важливою нормативною гарантією

щодо реалізації як засади змагальності, так і засади щодо забезпечення права на захист у змагальному кримінальному процесі. Виходячи з вищенаведеного, суб'єктами захисту у кримінальному процесі можна зазначити осіб, учасників кримінального процесу, що віднесені кримінальним процесуальним законом саме до сторони захисту і які шляхом застосування наданих кримінальним процесуальним законом прав та виконання обов'язків, які покладені на них цим законом виконують процесуальну функцію захисту. До сторони захисту належать підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, особа щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру чи вирішується питання щодо їх застосування, а також їхні захисники та законні представники [6, с. 80-81].

Визначившись з поняттям суб'єктів захисту у кримінальному процесі, слід розглянути більш детально їх коло та здійснити їх класифікацію у відповідності до чинного КПК України, оскільки, на думку О. Р. Балацької, у науковій літературі була відсутня однотайність думок стосовно класифікації та системи як суб'єктів кримінального процесу загалом, так і суб'єктів захисту зокрема [6, с. 81].

У відповідності до КПК України право на захист гарантується на усіх стадіях кримінального процесу, беручи початок від появи підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення. Підозрюваний (обвинувачений, засуджений, виправданий) є безпосередньо суб'єктом процесу, який у свою чергу здійснює самозахист у передбаченому кримінальним процесуальним законом порядку. Саме цей суб'єкт кримінального процесу, його права, свободи та законні інтереси і є об'єктом захисту, враховуючи, що саме вони поставлені під загрозу пред'явлення підозри у вчиненні кримінального правопорушення (обвинувачення, затримання, арешту або підозри) та засудження (виправдання). Так само до зазначеної групи відноситься особа по відношенню до якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру чи вирішується питання щодо їх застосування, кримінальне провадження стосовно якої здійснюється в особливому порядку [6, с. 81].

У відповідності до частини 1 статті 42 КПК України, підозрюваним є особа, якій у порядку, який передбачений статтями 276 – 279 КПК України, повідомлено про підозру, або особа, яка є затриманою за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. У чинному КПК України зміна статусу від підозрюваного на обвинуваченого перенесено на більш пізнішу стадію процесу, а саме, обвинуваченим є особа, щодо якої обвинувальний акт передано до суду. Фізична особа набуває статусу підозрюваного з моменту повідомлення їй про підозру або ж з моменту затримання її за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення і до моменту передачі щодо неї обвинувального акта до суду, тобто повністю на стадії досудового розслідування.

Після визнання під час досудового розслідування зібрані докази достатніми для складання обвинувального акта чи клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру слідчий за його дорученням прокурора або прокурор зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, по відношенню до якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, про завершення стадії досудового розслідування та надання відповідно доступу до матеріалів досудового розслідування. Отже, як підсумовує О. Р. Балацька, обвинувальний акт може бути завершальним процесуальним документом стадії досудового розслідування у якому формулюється обвинувачення як ствердження про вчинення кримінального правопорушення конкретною особою (ч. 4 ст. 110 КПК України). Обвинувальний акт має складатися слідчим та/або прокурором коли буде зібрано достатньо доказів для того, щоб надати його суду і коли сторона обвинувачення впевнена у тому, що здійсненим досудовим розслідуванням встановлено особу, саме яка вчинила кримінальне правопорушення, що процес доказування завершений у повному обсязі тобто повно та всебічно встановлені і досліджені обставини, що підлягають доказуванню у кримінальному процесі (ст. 91 КПК України). Саме з моменту передачі до суду обвинувального акту, особа і набуває статусу обвинуваченого саме як суб'єкта сторони захисту у кримінальному процесі. Отже, у суді особа

виступає вже в якості обвинуваченого, а отже згідно з п.19 ч.1 ст. 3 КПК України поняття «підсудний» та «обвинувачений» на сьогодні розглядаються як синоніми, що свідчить саме про те, що термін «обвинувачений» так би мовити фактично замінив термін «підсудний».

На нашу думку необхідно зазначити, що право на захист мають як підозрюваний і обвинувачений, так і засуджений та виправданий. Визнання у чинному КПК України засудженого та виправданого як осіб, що мають право на захист, який має забезпечуватися їм з боку держави стало головною гарантією забезпечення права на правничу допомогу. Також необхідно звернути увагу на редакцію ч. 3 ст. 20 КПК України, яка зазначає надання безоплатної правової допомоги підозрюваному та обвинуваченому. Однак, разом з цим серед суб'єктів отримання правової допомоги за рахунок держави немає засудженого та виправданого.

Окрім цього, правовий статус засудженого зазначається Кримінально-виконавчим кодексом України, у якому згідно з ч. 2 ст. 8 засудженому гарантується право на правову допомогу. Для того, щоб одержати правову допомогу засуджені мають можливість користуватися послугами адвокатів та інших фахівців у галузі права, які за законом мають право щодо надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи. Зазначене право поширюється і на засуджених осіб, що перебувають на лікуванні у відповідних закладах охорони здоров'я. Тобто вказана стаття також не має вказівки на те, що засуджені особи мають право саме на те, щоб отримати правничу допомогу адвоката за рахунок держави. Доходимо до висновку, що в даному випадку особа не має бути обмежена у праві на користування послугами адвокатів, які обираються засудженим самостійно та на платній основі.

Підсумовуючи викладений аналіз, хочемо наголосити, що норми закону, які були розглянуті зумовлюють обмеження у праві на безоплатну правничу допомогу засуджених осіб у практичній діяльності. Дослідивши матеріали щодо узагальнення судової практики областей стосовно застосування законодавства, що забезпечує право на захист, було помічено, що подекуди зустрічаються випадки,

коли представники установ БВПД регіонів України тлумачать досить буквально правові норми. А саме, якщо Конституцією України у ч. 1 ст. 59 передбачено надання безоплатної правової допомоги у випадках, які визначені законом, та визначеному колу осіб (тільки підозрюваному та обвинуваченому – ст. 20 КПК України), то тільки цим суб'єктам та тільки у визначених випадках ця допомога надається. На превеликий жаль, Центри БПД далеко не завжди відносять до таких суб'єктів власне засуджених осіб. Наведемо приклад: Оріхівським районним судом Запорізької області було розглянуто подання адміністрації установи виконання покарань щодо умовно-дострокового звільнення Ю., який був засуджений до позбавлення волі на певний строк за вчинення злочину, який передбачений п. 4 ч. 2 ст. 115 КК України. Маючи намір реалізації конституційного права щодо захисту суд першої інстанції виніс ухвалу про призначення Ю. адвоката через установу безоплатної вторинної правової допомоги а також направив її для виконання до Запорізького центру. Однак, ситуація склалася наступним чином, центром двічі направлялися листи на адресу зазначеного суду із повідомленням про неможливість виконати ухвалу про призначення адвоката тому, що засудженому безоплатна правова допомога не має надаватися і лише на чергову (!) ухвалу суду центр все ж таки відповів видачею доручення адвокату щодо здійснення захисту прав та інтересів засудженого. Згідно інформації Запорізького обласного центру з надання БВПД адвокати засудженому не призначалися, тому що це прямо не зазначено у Законі України «Про безоплатну правову допомогу» [54].

На нашу думку подібна практика не узгоджується з відповідними висновками КСУ, які викладені у рішенні № 23-рп/2009 від 30 вересня 2009 року у справі щодо конституційного звернення громадянина Голованя Ігоря Володимировича стосовно офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа, яка стосується права на правову допомогу). Отже, відповідно до зазначеного рішення дане право є одним із конституційних прав, які є невід'ємними правами людини і має загальний характер. КСУ зазначає, що «поняття «кожен» охоплює усіх без винятку осіб, а саме: громадян України,

іноземців та осіб без громадянства, що перебувають на території України. Реалізація права на правову допомогу засноване на дотриманні засад рівності всіх перед законом та відсутності будь-якої дискримінації як за ознаками раси або кольору шкіри, політичних чи релігійних та інших переконань, соціального походження, майнового стану або місця проживання, за мовними чи іншими ознаками» [56].

Для того, щоб відбувалося на практиці дотримання рівності всіх учасників судового процесу перед законом та судом, права на захист на усіх без виключення стадіях кримінального процесу, усунення можливості порушення зазначеного права на захист у стадіях кримінального провадження стосовно перегляду судових рішень необхідно відносити засудженого та виправданого до осіб, яким має надаватися безоплатна правова допомога і яка є невід'ємною складовою принципу забезпечення права на захист у кримінальному процесі. Право на правничу допомогу це ніщо інше, як гарантована державою можливість кожної без винятку особи отримати цю допомогу у формах та обсязі, визначених нею і це не має залежати від характеру правовідносин особи з будь-якими іншими суб'єктами права. Саме такими засадами керується ЄСПЛ, наприклад: рішення у справах Балицький проти України від 3 листопада 2011 року [91], Загородній проти України від 24 листопада 2011 року [100] і такими ж засадами необхідно керуватися при здійсненні кримінального провадження в Україні.

На думку О. Р. Балацької, з метою вдосконалення правозастосовної діяльності ч. 3. ст. 20 КПК України необхідно доповнити наступним: «У випадках, передбачених цим Кодексом та/або законом, що регулює надання безоплатної правничої допомоги, підозрюваному, обвинуваченому, засудженому, виправданому професійна правнича допомога надається безоплатно за рахунок держави» [6, с. 85].

Отже доходимо до висновку, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений та виправданий є категоріями суб'єктів захисту, яких можна іменувати суб'єктами самозахисту та яким мають бути притаманні такі особливості. По-перше, коли особа набуває відповідного статусу у кримінальному процесі підозрюваний

(обвинувачений, засуджений, виправданий) також набуває усі передбачені законом процесуальні права та обов'язки у тому числі також право на захист. Це учасники кримінального процесу, які захищають власні інтереси, а саме здійснюють самозахист у встановленому законом порядку, також є учасниками сторони захисту, їм безпосередньо належить право мати адвоката у ролі захисника своїх прав, свобод а також законних інтересів, які виступають об'єктом захисту. По-друге, якщо наявна підозра або обвинувачення, то це породжує невідворотність захисту для особи, тому зазначені учасники з'являються у силу притягнення до кримінальної відповідальності саме у примусовому порядку здійснення кримінального процесу. По-третє, до суб'єктів захисту відносяться й деякі інші учасники кримінального процесу, зокрема це особи, які вчинили суспільно небезпечне діяння, яке передбачене законом України про кримінальну відповідальність перебуваючи у стані неосудності (ст. 507 КПК України), це саме особи, по відношенню до яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або ж вирішувалося питання щодо їх застосування [6, с. 85-86].

До іншої групи суб'єктів захисту відносяться захисники підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та виправданого. Зазначені учасники кримінального процесу з'являються у даному процесі у силу забезпечення права особи на отримання професійного захисту та їх діяльність спрямована на здійснення захисту прав, свобод та законних інтересів інших осіб (підзахисних). Застосовуючи процесуально-правові засоби реалізації права на захист підозрюваний має можливість скористатись правом на допомогу захисника або відмовитись від нього (у цьому випадку він буде здійснювати самостійно своє право на захист). Однак, ми підтримуємо думку М.С. Строговича, який зазначав, що «коли адвокат виступає у кримінальній справі як адвокат обвинуваченого, то він здійснює «війну за права» обвинуваченого, якого він захищає, тобто бореться проти будь-якого можливого порушення його прав та допомагає йому ефективно реалізувати конституційне право на отримання захисту» [65, с. 51], так як адвокат,

як захисник повинен відповідно до закону зробити все та нічого не випустити з того, що може бути корисним обвинуваченому.

Поняття «захисник» у кримінальному процесі розкривається у ст. 45 КПК України через зазначення того, хто може ним бути, а саме: «Захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, 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)». Одночасно захисником не може бути той адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або ж стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України (далі – ЄРАУ) містяться відомості щодо зупинення чи припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (ч. 2 ст. 45 КПК України). Зазначена правова норма є новелою у КПК України, тому що захисником, відповідно до вищезазначеного, є адвокат, відомості щодо якого внесені до ЄРАУ.

Так у ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вказано, що адвокатом є фізична особа, що здійснює адвокатську діяльність на підставах та у порядку, які передбачені законом. Адвокатською діяльністю є незалежна професійна діяльність адвоката стосовно здійснення захисту, представництва а також надання інших видів правової допомоги клієнту [49].

У науці кримінального процесу до 2012 року поняття «захисник», не дивлячись на його широку вживаність, трактувалось по різному, а саме розглядалось співвідношення категорій «захисник» і «адвокат». Тому що до кола захисників були віднесені також фахівці у галузі права, що за законом мають право на надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи а також близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого або виправданого, його опікуни чи піклувальники (ст. 44 КПК України 1960 року). Наприклад, у здійсненому дослідженні А. Р. Чайка навів класифікацію осіб, що можуть бути захисниками, виокремивши три групи: адвокат, інші фахівці в галузі права та близькі родичі, опікуни й піклувальники [87, с. 64].

На сьогодні ж у КПК України закріплене виключне право адвокатів на забезпечення захисту у кримінальному процесі. Необхідно наголосити, що деякі науковці та практики розглядають норму про допуск як захисника лише адвокатів неприпустимим обмеженням законодавцем права особи на здійснення вільного вибору захисника лише з кола адвокатів [12, с. 158; 61, с. 260; 63, с. 76]. Наприклад, І.В. Дубівка у своєму дисертаційному дослідженні говорить, що дане положення КПК України є беззаперечним звуженням прав людини на отримання захисту та вважає, що для України прийняття цього рішення є ще зарано [14, с. 76]. Отже, право на захист у КПК України визнається достатньою кількістю науковців не виправдано звуженим.

Право щодо надання доступу до юридичної допомоги, яка повинна надаватися кваліфікованими спеціалістами, закріплено безпосередньо в Основних принципах стосовно ролі юристів, які були прийняті Восьмим конгресом ООН із запобігання злочинності та поводження з правопорушниками (Гавана, 27 серпня – 7 вересня 1990 р.), в європейських міжнародно-правових актах та правилах, які стосуються професійного захисту обвинуваченого, а також у рішеннях ЄСПЛ «захисник» ідентифікується як «адвокат». Вітчизняна практика допуску як захисників тільки лише адвокатів, занадто високі вимоги до адвоката-захисника, ліцензування адвокатської діяльності відомі й багатьом європейським країнам, наприклад: Австрії, Англії, Бельгії, Голландії, Данії, Італії, Іспанії, Латвії, Литві, Німеччині, Польщі, Франції та ін. Стосовно права на вільний вибір захисника особою, ЄСПЛ наголошує, що обвинувачений має право користуватися послугами захисника на свій власний вибір, якщо у нього є для цього достатні фінансові засоби. У коментарях до Конвенції говориться, що право на вибір адвоката існує тільки тоді, коли обвинувачений має достатні кошти для того, щоб оплатити послуги захисника. Разом із тим, право на вибір захисника не є абсолютним, тому що держава має право регламентувати доступ адвокатів до суду, а у певних випадках забороняти це певним особам [84, с. 75-76].

Захисник як особа, що спеціально уповноважена для того, щоб відстоювати законні інтереси обвинуваченого та надавати необхідну правову допомогу у

реалізації відповідних процесуальних прав, має здійснювати саме професійний захист підозрюваного, що потребує спеціальних знань та певного досвіду. Виключно адвокат в Україні у повній мірі відповідає усім світовим критеріям, які визначені для захисника та здійснює відповідну кваліфіковану правову допомогу на виконання конституційної гарантії щодо забезпечення обвинуваченому права на захист. Специфіка правовідносин у кримінальному процесі, публічний та владний характер діяльності органів державної влади а також наявної можливості їх втручання в особисте життя людини, застосування безпосередньо до неї заходів процесуального примусу, на пряму зумовлюють те, що захист не може бути довіреним не спеціалісту у цій галузі. Крім того, О. Р. Балацька повністю поділяє думку О.Ю. Татарова стосовно того, що: «Залучення до кримінального процесу лише професійних захисників сприяє як стороні захисту, так і обвинувачення, тому що складання кваліфікаційного іспиту якраз і передбачає можливість оволодіння адвокатом відповідними необхідними навичками та знаннями, що є гарантією професійності кандидатів на внесення до Реєстру. Отже, слідчий та прокурор розраховує на так би мовити фаховий «процесуальний діалог», а підозрюваний, обвинувачений, у свою чергу, має всі підстави мати надію на професійний захист його прав та на здійснення ефективного використання наданих законодавцем повноважень» [6, с. 88-89; 69, с. 25-28].

Адвокат як суб'єкт, який надає професійну правничу допомоги наділений такою особливістю як власний адвокатський статус, тобто певна сукупність передбачених законом прав, обов'язків та гарантій адвокатської діяльності. О.П. Кучинська говорить про те, що «цей особливий статус повинен забезпечити ефективність правової допомоги у порівнянні з юридичними послугами, які надаються в Україні іншими суб'єктами, які надають правову допомогу» [28, с. 67]

З урахуванням викладеного О. Р. Балацька, вважає, що встановлення вимоги стосовно допуску як захисника адвокатів не є безпосереднім обмеженням права особи щодо здійснення вільного вибору захисника та відповідає засаді правової визначеності, саме на порушення якого і звертав увагу ЄСПЛ в Україні, де

існувала ситуація щодо права на захист особи «фахівців в галузі права», спеціальний закон щодо допуску яких у кримінальний процес не був прийнятий, а саме у рішенні у справі Загородній проти України [100]. Звісно, що визначивши захисником у кримінальному процесі саме адвоката, законодавець мав на меті забезпечити саме гарантування належного а також висококваліфікованого захисту підозрюваного (обвинуваченого) особою, що має відповідні професійні навички у правовій сфері діяльності та має зобов'язання зберігати у таємниці усі відомості, які їй стали відомі у зв'язку з виконанням нею функції захисника (адвокатську таємницю). Адже адвокатська діяльність базується на перевірці професійних знань, а також дотриманні Правил адвокатської етики і відповідній дисциплінарній відповідальності. Залучення до кримінального процесу тільки професійних та кваліфікованих захисників сприяє як і стороні захисту, так і обвинувачення, тому що складання кваліфікаційного іспиту саме і передбачає оволодіння адвокатом відповідними необхідними навичками та знаннями, що у свою чергу є гарантією професійності. [6, с. 89-90].

Отже, враховуючи вищезазначене та безпосередньо конституційні положення щодо професійної правничої допомоги, на думку О. Р. Балацької, обґрунтованим виглядає необхідність виключення з чинного законодавства норми про те, що адвокат може відмовитись від захисту у зв'язку з недостатньою кваліфікацією або відсутністю знань. Відповідно до п. 4 ч. 4 ст. 47 КПК України захисник після того, як він був залучений у ролі адвоката до провадження має право відмовитися від виконання своїх обов'язків у тому випадку, якщо він свою відмову мотивує відсутністю належної кваліфікації для надання відповідної правової допомоги лише у конкретному кримінальному провадженні, що є особливо складним. Адвокат не має права приймати доручення відповідно до Правил адвокатської етики, якщо немає компетентності у конкретних питаннях у певному провадженні. Отже, на нашу думку відмову необхідно вважати обґрунтованою тільки у тих випадках, коли лише з об'єктивних причин у адвоката відсутня належна кваліфікація для надання відповідної правової допомоги у конкретному кримінальному провадженні, яке є особливо складним.

Можна підвести підсумок у підтримання позиції О. Р. Балацької, яка називає наступні особливості захисника як безпосереднього учасника кримінального процесу. Захисник є адвокатом, відомості про якого внесені до Єдиного реєстру адвокатів України, також є учасником кримінального процесу тобто спеціально уповноваженим здійснювати безпосередній захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та виправданого, а також особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного або виховного характеру чи вирішувалося питання щодо їх застосування та особи, стосовно якої передбачається розгляд питання щодо видачі іноземній державі (екстрадицію). Специфіка захисника як адвоката та учасника кримінального процесу полягає у тому, що він діє безпосередньо від імені, а також в інтересах іншої особи та надає правничу допомогу підзахисному тобто саме здійснює захист його прав, свобод і законних інтересів. Захисник як суб'єкт захисту з'являється у процесі в силу необхідності забезпечення права особи на захист у порядку, який визначений законом запрошення або залучення захисника (ст. ст. 48, 49 КПК України). Для такої категорії суб'єктів захисту належить особливий процесуальний статус, який проявляється у наявності у захисника права користуватись усіма процесуальними правами підозрюваного, захист якого він безпосередньо здійснює та прав і обов'язків, якими він володіє у відповідності до закону як окремий учасник кримінального процесу та адвокат, який здійснює захист у кримінальному процесі і має власний адвокатський статус [6, с. 90-91].

До наступної групи суб'єктів захисту у кримінальному процесі необхідно віднести законних представників підозрюваного (обвинуваченого). І на відміну від КПК України від 1960 року, яким до захисників відносились не тільки адвокати, а й законні представники, інші фахівці в галузі права, то у чинному КПК України чітко розмежовуються учасники кримінального процесу «захисник» і «законний представник». Щодо широкого тлумачення змісту поняття захисника та участі у процесі як захисників законних представників була піддана відповідній критиці науковців, зокрема Я.П. Зейкана, А.М. Титова, Н.П. Хмелевської, які наполягали, що наслідком їх участі у такій процесуальній ролі проявляється у

неналежній якості захисту, тому що лише адвокатська діяльність, ґрунтується на перевірці професійних знань, дотриманні Правил адвокатської етики, а також дисциплінарній відповідальності та ін. [17, с. 8; 72 с. 125; 85, с.106-107].

У відповідності до ст. 44 КПК України, якщо підозрюваним (обвинуваченим) є неповнолітній або ж особа, визнана у встановленому законом порядку недієздатною або обмежено дієздатною, то до участі у процесуальній дії разом з ним повинний залучатися його законний представник. Як законні представники можуть бути залучені батьки або у певних випадках усиновлювачі, а в разі їх відсутності – опікуни або піклувальники особи, також можуть бути інші повнолітні близькі родичі або члени сім'ї, а також представники органів опіки чи піклування, установ та організацій, під опікою або піклуванням яких перебуває неповнолітній чи недієздатний або обмежено дієздатний, що залучаються разом із обвинуваченим до участі у процесуальній дії. В.О. Попелюшко зазначає, що «такі категорії осіб як неповнолітні або недієздатні та обмежено дієздатні в силу неповноти процесуальної дієздатності, а тому певних особливостей (вікових чи психофізичних) не в змозі самотійно реалізувати своє право на захист, в результаті чого потребують посилення своєї безпосередньої правової захищеності та застосування до них особливих правил під час провадження та створення до них певних додаткових процесуальних гарантій. Однією із таких гарантій і є так би мовити подвійне представництво інтересів таких категорій осіб, а саме законним представником та захисником» [47, с. 32].

Розмежування законодавцем вищевказаних суб'єктів, наприклад О. Р. Балацька визнає позитивним з огляду на те, що захисником має бути особа, яка спроможна здійснювати професійний та кваліфікований захист, а також надавати своєму підзахисному необхідну правничу допомогу. А отже, близькі родичі, які не мають необхідної відповідної освіти, не можуть забезпечити відповідний професійний захист, а відтак і не повинні виступати як захисники у кримінальному процесі. Визначення батьків, опікунів, піклувальників та інших близьких родичів і членів сім'ї як законних представників найбільш повно визначає сутність та особливості їх участі у кримінальному процесі як виду

представництва, що з'являється на підставі закону, на відміну від захисту, що здійснюється безпосередньо захисником-адвокатом і виникає лише на договірній основі, у передбаченому порядку запрошення чи залучення адвоката. Якщо порівнювати захисника та законного представника, то останній відповідно до норм КПК України користується процесуальними правами особи, інтереси якої він безпосередньо представляє, окрім тих процесуальних прав, реалізація яких здійснюється виключно безпосередньо обвинуваченим і не може бути доручена його представнику. Фактично ж, це означає, що законний представник на відміну від захисника заміняє обвинуваченого, який із об'єктивних причин не може реалізовувати свої права на захист [6, с. 92]. Як слушно зазначає І.І. Артеменко, «законні представники безпосередньо здійснюють представництво інтересів особи не через призму виконання своєї професійної діяльності, а у першу чергу через загальноправову відповідальність (прикладом можна привести наступне, за неповнолітніх дітей з урахуванням морально-етичних аспектів виховання)» [4, с. 83]

Зазначені суб'єкти відрізняються в першу чергу в правовому статусі, а також і за процедурою вступу у кримінальний процес. Тому що законний представник залучається до процесу за постановою слідчого чи прокурора або ухвалою слідчого судді чи суду та може бути усунений, наприклад у виняткових випадках, коли дана участь законного представника може завдати шкоди інтересам неповнолітнього підозрюваного або обвинуваченого. Суд або за його клопотанням або за клопотанням прокурора чи за власною ініціативою своєю ухвалою може обмежити участь даного законного представника у виконанні окремих процесуальних або судових дій чи усунути його від участі у кримінальному процесі і залучити замість нього іншого на власний розсуд законного представника (ч. 3 ст. 488 КПК України).

1.3. Особливості процесуального становища захисника в кримінальному провадженні

Адвокат виступає професійним захисником прав, обов'язків а також законних інтересів підозрюваного та обвинуваченого і забезпечує надання професійної правничої допомоги. М.С. Строгович вказує, що «саме адвокат, через реалізацію функції захисту, може законно та обґрунтовано спростовувати доводи сторони обвинувачення та визначати правильність застосування норм матеріального чи процесуального права, а також дотримання процедури прийняття рішень та виконання процесуальних дій, які закріплені на законодавчому рівні» [66, с. 24].

Захист прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, а також надання їм необхідної правничої допомоги у процесі є стратегічною метою захисника, від якої і походять більш конкретні завдання у кримінальному процесі щодо доведення обставин, які виправдовують або пом'якшують вину підзахисного та забезпечують його права і свободи на усіх стадіях кримінального процесу. Як зазначив В.О. Попелюшко, досліджуючи поняття мети і завдань захисту, «існує так зване «дерево цілей», у якому одні цілі підпорядковуються іншим, або ж можна сказати, що менш важливі цілі є засобами досягнення головних та визначних цілей» [48, с. 147-148]. Продовжуючи дану традицію, О. Р. Балацька підкреслює, що метою захисту є кінцевий результат у справі, який і є найбільш сприятливий для підзахисного, тобто стратегічна мета, а його завдання походять від обов'язку захисника, який визначений відповідно до ч. 1 ст. 47 КПК України, а саме ними є забезпечення дотримання прав, свобод та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого і з'ясування обставин, що спростовують підозру або обвинувачення, а також пом'якшують або виключають його кримінальну відповідальність [6, с. 93-94].

Що ж до законодавчого регулювання процесуального становища захисника у КПК України необхідно звернутись до положень ст. 20, ст. 46, ст. 47 КПК України. Так, згідно ч. 4 ст. 20 КПК України участь у кримінальному процесі

захисника підозрюваного або обвинуваченого не звужує його процесуальних прав. Таке правило дозволило О. Р. Балацькій зробити висновок про те, що захисник не заміняє свого підзахисного, а навпаки є його правозаступником і діє поряд із останнім тобто є самостійним учасником кримінального провадження. Захисник здійснює представництво саме законних інтересів підзахисного та сприяє йому у реалізації його прав та надає правову допомогу підозрюваному або обвинуваченому. Процесуальні права захисника та підзахисного не об'єднуються, тому що захисник саме наділений системою своєрідних, а у певній частині ще й нехарактерних обвинуваченому прав та обов'язків, що в свою чергу породжують виникнення особливих правовідносин як безпосередньо між захисником та підзахисним, так і між захисником та іншими суб'єктами кримінальних процесуальних відносин [6, с. 94].

Так, стаття 46 КПК України закріплює загальні правила участі захисника у кримінальному процесі. А саме: «захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу» (ч. 1 ст. 46 КПК України). У зазначеній нормі відсутня вказівка стосовно того, щодо яких же саме інтересів особи йде мова. Однак у ст. 2 КПК України, де зазначено основні завдання кримінального процесу є поняття «законні інтереси особи». Тут слід зазначити, що в основі процесуального становища захисника знаходяться законні інтереси підзахисного, саме конкретно на реалізацію яких спрямована його діяльність. Наприклад, П. С. Елькінд з цього питання зазначала, що «якщо предметом особистого захисту обвинуваченого може бути як законний, так і незаконний інтерес обвинуваченого, а от предметом діяльності його захисника може бути лише законний інтерес обвинуваченого» [15, с. 33].

Отже, виключно законні інтереси підзахисного є саме тією межею, що відокремлює дозволене та заборонене з-поміж усіх елементів щодо процесуального статусу захисника і визначає ступінь обов'язковості волі підзахисного для нього [6, с. 95]. М. С. Строгович щодо визначення законного інтересу обвинуваченого стверджував, що він «зводиться до того, щоб при

розслідуванні, а також на судовому розгляді кримінальної справи було неупереджено, повно і об'єктивно зібрані усі докази та з'ясовані усі обставини, що виправдовують або пом'якшують його відповідальність, а також щоб обвинуваченому була забезпечена можливість щодо спростування обвинувачення, наводити доводи та подавати докази на своє виправдання або пом'якшення своєї відповідальності» [66, с. 27]

Окрім цього, О. Р. Балацька вважає, що дане правило відповідає вимогам та правилам стосовно неприпустимості конфлікту інтересів та адвокатської таємниці, які поміщені у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правилах адвокатської етики. Зокрема, підставою для відмови адвокатом в укладенні договору щодо надання правової допомоги особі є ситуація тоді, коли «адвокат надає правову допомогу іншій особі, інтереси якої можуть суперечити інтересам особи, яка безпосередньо звернулася для укладення договору щодо надання правової допомоги» (ч. 7 ст. 25 Закону). Дотримання засади неприпустимості конфлікту інтересів на етапі прийняття доручення клієнта докладно деталізовано у статті 20 Правил адвокатської етики. Отже, адвокат не має права прийняти доручення у тому випадку, якщо інтереси клієнта об'єктивно суперечать інтересам якогось іншого клієнта, з яким адвокат зв'язаний договором щодо надання правової допомоги, або якщо є адекватні підстави вважати, що передбачуваний розвиток інтересів нового та попереднього клієнта призведе саме до виникнення конфлікту інтересів (ч. 1 ст. 20 Правил); адвокат також не має права прийняти доручення у випадку якщо конфлікт інтересів пов'язаний з тим, що адвокат попередньо отримав від іншого клієнта конфіденційну інформацію, яка охоплюється предметом адвокатської таємниці або ж захищається законодавством в інший спосіб і яка має перспективу бути використаною під час наданні правової допомоги новому клієнту (ч. 2. ст. 20 Правил).

До викладеного необхідно додати, що питання неприпустимості суперечності захисту інтересів осіб, яких безпосередньо захищає захисник, здійснення адвокатом у цьому ж кримінальному процесі або раніше представництва особи, інтереси якої суперечать інтересам тієї особи, яка звернулася з проханням щодо

надання правової допомоги відповідає серед іншого ще й одній із підстав для відводу захисника (п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України). Тому що у випадку виявлення таких підстав захисник має заявити про самовідвід, або ж цьому адвокату має бути відмовлено у допуску щодо участі у процесі, а якщо він вже бере участь у ньому, то його участь повинна бути припинена шляхом відводу.

У відповідності до п. 8 ч. 1 ст. 1 Закону про адвокатуру та ст. 9 Правил конфлікт інтересів проявляється як суперечність між особистими інтересами адвоката і його професійними правами та обов'язками перед клієнтом, що в свою чергу може вплинути на об'єктивність та неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків і також на вчинення або не вчинення ним дій у процесі здійснення ним адвокатської діяльності.

На думку О. Р. Балацької, визначення конфлікту інтересів у ч. 1 ст. 46 КПК України є звуженим, адже не розкриває його сутність, а саме у наявності суперечностей між інтересами клієнта та професійними правами і обов'язками адвоката. Також, в діяльності адвоката на практиці конфлікт інтересів може мати інакші, причому різноманітні форми, наприклад такі як: суперечності між інтересами двох або більше клієнтів, чи змішані форми конфліктів, а саме коли одночасно суперечать як інтереси клієнтів, так і інтереси клієнтів і адвоката, також існуючі та потенційні конфлікти інтересів [6, с. 96-97]. Так, у ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» також та ст. 78 КПК України передбачено й інші випадки конфлікту інтересів, такі як: 1) між інтересами клієнта та інтересами близького родича чи члена сім'ї адвоката та є посадовою особою, яка брала або бере участь у кримінальному процесі щодо яких до адвоката звертаються з пропозицією щодо укладення договору про надання правової допомоги (п. 3 ч. 2 ст. 78 КПК України, п. 5 ч. 1 ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»); 2) діючий конфлікт між інтересами клієнтів, з урахуванням інтересів колишнього клієнта (п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України, пп. 3, 7 ч. 1 ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»); 3) між інтересами клієнта та адвоката, який вже брав участь у кримінальному процесі як суддя, слідчий суддя, присяжний, слідчий, прокурор,

потерпілий, цивільний відповідач, цивільний позивач, спеціаліст, експерт, перекладач (ч. 1 ст. 78 КПК України). Адвокат не має права прийняти доручення також у тому випадку, якщо конфлікт інтересів пов'язаний з тим, що адвокат вже отримав від іншого клієнта конфіденційну інформацію, яка охоплюється предметом адвокатської таємниці чи захищається законодавством в інший спосіб і яка має перспективу бути використаною під час надання правової допомоги новому клієнту (стаття 20 Правил).

З урахуванням викладеного ми доходимо висновку, що усі форми конфлікту інтересів захисника, в залежності від того чи є вони взаємно суперечливими, або лише імовірно можуть стати суперечливими можна досить умовно розділити на діючі та потенційні. Інколи науковці їх ще називають як явні та неявні, очевидні чи неочевидні, відкриті або приховані [26, с. 4]. Так, залежно від правових наслідків та стадії виявлення конфлікту інтересів можна також поділити на ті: 1) які є підставою для відмови у прийнятті захисту на стадії укладення договору або прийняття доручення Центру БВПД; 2) які мають наслідком розірвання договору або відмову у виконанні доручення Центру БВПД; 3) які є відповідною підставою для відводу або самовідводу захисника (стаття 78 КПК України, ч. 4 ст. 47 КПК України) [6, с. 97].

О. Р. Балацька також звертає увагу на те, що при прийнятті захисту адвокатом слід у першу чергу врахувати наявність у нього достатньої кваліфікації та достатньої практики щодо надання правничої допомоги у конкретному кримінальному провадженні [6, с. 97-98]. Так, у ст. 17 Правил зазначено, що у відносинах адвоката з клієнтом саме адвокат повинен керуватися принципом компетентності і добросовісності під час прийняття адвокатом доручення клієнта. А саме, приймаючи доручення про надання професійної правової допомоги, адвокат має зважити на свої можливості стосовно його виконання. Адвокат не може здійснювати ведення справи, що не відповідає його рівню професійної компетенції, без участі та за згодою клієнта в ній іншого адвоката, який володіє цією необхідною компетенцією.

Діяльність та міра можливої поведінки суб'єктів стосовно захисту їх законних інтересів врегульовується, в основному, шляхом надання прав учасникам кримінального процесу. На відміну від інших учасників процесу в КПК України відсутня правова норма, у якій було б окремо закріплені процесуальні права захисника. Виникає питання, а чи у достатній мірі врегульований процесуальний статус захисника нормами КПК України? [6, с. 98].

У ч. 4 ст. 46 КПК України зазначене лише загальне правило, відповідно до якого захисник користується процесуальними правами підозрюваного або обвинуваченого, безпосередній захист якого він здійснює, окрім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним або обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених КПК України, слідчому або прокурору, слідчому судді чи суду.

В КПК України передбачений комплекс різних за змістом процесуальних прав підозрюваного та обвинуваченого, якими може користуватись адвокат-захисник. Зокрема у ч. 3 ст. 42 КПК України їх перелік більш розширений активними процесуальними правами у процесі доказування, серед яких право на першу вимогу мати захисника, а також побачення з ним до першого допиту із дотриманням умов, які забезпечують конфіденційність даного спілкування, а також після першого допиту можливість мати такі побачення без обмеження у їх кількості та тривалості, право на участь захисника у проведенні допиту або інших процесуальних діях, право збирати та подавати слідчому, прокурору та слідчому судді докази, право приймати участь у проведенні процесуальних дій, право під час проведення процесуальних дій ставити запитання або подавати свої зауваження та заперечення стосовно порядку проведення дій, що заносяться до протоколу, право щодо застосування з додержанням вимог КПК України технічних засобів при проведенні процесуальних дій, у яких підозрюваний або обвинувачений приймає участь, право заявляти клопотання щодо проведення процесуальних дій та про забезпечення безпеки стосовно себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла та ін., право заявляти відводи, право

ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування у порядку, який передбачений статтею 221 КПК України, а також вимагати відкриття матеріалів згідно із статтею 290 КПК України, право одержувати копії процесуальних документів і письмові повідомлення. Підозрюваний та обвинувачений мають також інші процесуальні права, які передбачені КПК України.

Такий підхід законодавця, на думку О. Р. Балацької, безпідставно призводить до можливого зрівняння прав захисника і підзахисного. Однак таке зрівнювання прав, на нашу думку, необхідно розглядати у визначенні захисника як саме представника підозрюваного або обвинуваченого у кримінальному процесі. Також у положеннях зазначеної статті КПК України, не міститься вказівки стосовного того, які із названих прав здійснюються безпосередньо підозрюваним або обвинуваченим, а які з них не можуть бути доручені безпосередньо захиснику. Виходячи з даного питання необхідно підкреслити наступне. З однієї сторони, деякі права підозрюваного або обвинуваченого захисникові належати не можуть тому, що вони є його невід'ємними правами, а тому не можуть бути довірені, наприклад, право підозрюваного на захисника, право підозрюваного відмовитись від дачі показань або право останнього слова обвинуваченого у суді та ін. З іншої ж сторони, у правовідносинах захисника-адвоката та підзахисним застосовуються загальні положення щодо представництва, відповідно до яких між цими суб'єктами укладається договір щодо надання правничої допомоги і у якому може бути спеціально оговорено, які із прав здійснюватимуться виключно самим підозрюваним або обвинуваченим, а які із них будуть передані захиснику [6, с. 99].

Обсяг процесуальних прав підозрюваного або обвинуваченого не збігається із обсягом прав, що повинен мати захисник для того, щоб ефективно здійснювати покладені на нього повноваження. При цьому захисник, на відміну від прокурора та слідчого, які діють від імені держави і не є суб'єктом владних повноважень. Натомість захисник є представником підзахисного та діє від його імені, а також має адвокатський статус. Тому окрім прав, які визначені законом для підозрюваного або обвинуваченого, захисник користується ще й цілою низкою професійних прав адвоката, які визначені Законом України «Про адвокатуру та

адвокатську діяльність», реалізація та здійснення яких у повному обсязі надає можливість забезпечувати право особи на отримання захисту, а також правами для захисника як суб'єкта кримінального процесу, визначеними як КПК України, так і іншими законами [6, с. 99-100].

Так, у відповідності до ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» «під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, які не заборонені законом, а також правилами адвокатської етики та договором щодо надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору щодо надання правової допомоги, а саме: звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі й щодо отримання копій документів, до органів місцевого самоврядування, органів державної влади, їх посадових і службових осіб, організацій, підприємств, установ, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб, але за згодою таких фізичних осіб; ознайомлюватися в установах і організаціях, на підприємствах із необхідними для адвокатської діяльності матеріалами та документами, окрім тих, які містять інформацію з обмеженим доступом; складати клопотання, заяви, скарги та інші правові документи і подавати їх у встановленому законом порядку; бути присутнім під час розгляду їх клопотань та скарг на засіданнях колегіальних органів, а також давати пояснення стосовно суті клопотань та скарг; збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати та вилучати речі і документи, їх копії, мати можливість ознайомлюватися з ними та опитувати осіб, якщо на те є їх згода; застосовувати технічні засоби, у тому числі й для копіювання матеріалів справи, у якій адвокат здійснює представництво, захист або надає інші види правничої допомоги, фіксувати процесуальні дії, у яких він приймає участь, а також хід судового засідання у порядку, який передбачений законом та ін.». Більшість із зазначених прав є це повноваження захисника, які надають йому змогу приймати участь у доказуванні, зокрема стосовно збирання відомостей щодо фактів, які можуть бути використані як докази у кримінальному процесі [6, с. 100].

З урахуванням викладеного аналітичного аналізу О. Р. Балацька доходить висновку про те, що захист може здійснюватися не лише через діяльності, яка прямо передбачена процесуальним законом, а й у формах, які не суперечать закону. Важливо згадати про застосування дозвільної засади правового регулювання правового статусу захисника, а саме: «дозволено все, що не заборонено законом». Ось чому захисник, з однієї сторони, на противагу сторони обвинувачення, позбавлений владних повноважень та права застосування передбачених законом заходів щодо процесуального примусу та проведення гласних чи негласних слідчих (розшукових) дій з метою виявлення, збирання та перевірки доказів. Однак, якщо подивитися з іншої сторони, то захисник не обмежується тим, що чітко встановлено законом, так як вправі вчиняти будь-які дії, що не забороняються законом, правилами адвокатської етики або договором щодо надання правничої допомоги, а також використовувати систему норм та положень щодо сприяння захисту (*favor defensionis*), які в свою чергу передбачають додаткові гарантії, права та процесуальні можливості сторони захисту. Ось чому захисник-адвокат має активно користуватися таким нормативно визначеним процесуальним становищем у процесі здійснення захисту особи від підозри або обвинувачення [6, с. 100-101].

Згідно з вимогами ст. 47 КПК України захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, які передбачені КПК України та іншими законами України, з метою щоб забезпечити дотримання прав, свобод та законних інтересів підозрюваного та обвинуваченого і з'ясування обставин, що спростовують підозру або обвинувачення, пом'якшують або виключають кримінальну відповідальність підозрюваного чи обвинуваченого. З даної норми виходить, що найважливіша особливість правового статусу захисника полягає саме у тому, що права захисника є не лише мірою можливої поведінки в класичному розумінні «право», а є й необхідною та обов'язковою мірою поведінки. Ось чому О. Р. Балацька погоджується із В. О. Попелюшко, який дійшов висновку, що «захисник є суб'єктом. На якого покладений обов'язок доказування усіх сприятливих для підзахисного обставин кримінальної справи,

але вказаний обов'язок може бути обмежено та обмежено лише підзахисним...» [6, с. 101; 48, с. 187].

На нашу думку необхідно зауважити, що дане правило визначає не лише головну особливість стосовно процесуального статусу захисника, але й захисту взагалі, а саме відносно питання щодо межі та предмету захисту, взаємовідносин захисника та підзахисного, обов'язку доказування, а також співвідношення прав та обов'язків захисника. [6, с. 101-102]. У свій час О.М. Ларін у зв'язку із цим звертав свою увагу на те, що «законодавець, закріпивши такий обов'язок за захисником визначив його обов'язок доказування, який, однак, поряд з обов'язком слідчого має набагато вужчі межі» [31, с. 142], а В.М. Царьов визначив захисника «суб'єктом не лише права, але в межах даного права, суб'єктом обов'язку доказування» [86, с. 36].

Підтримуючи ці думки та враховуючи специфіку «прав-обов'язків», які покладаються на захисника, ми вважаємо, що можливе використання терміну «повноваження» щодо процесуальних можливостей захисника у кримінальному процесі. Так, у КПК України даний термін використано у ст. 50, зокрема стосовно підтвердження захисником повноважень. Саме термін повноваження означає, по-перше: «сукупність прав та обов'язків громадських організацій, державних органів, а також посадових або інших осіб, які закріплені за ними у встановленому законодавством порядку для здійснення покладених на них обов'язків» [89, с. 590], а друге значення повноваження «являє собою право однієї особи або представника здійснювати дії від імені іншої (представленої), тим самим створюючи, змінюючи або зупиняючи права та обов'язки останньої» [71, с. 331].

Чітке визначення прав та обов'язків захисника його повноваженнями характеризує захисника-адвоката як члена професійної організації адвокатури України, а також як представника підзахисного, що надає правову допомогу із захисту у кримінальному процесі. Отже, повноваження захисника є сукупністю визначених законом прав і обов'язків стосовно захисту прав і законних інтересів особи, яка або підозрюється або обвинувачується у кримінальному процесі,

необхідність здійснення яких передбачена безпосередньо законом та обумовлюється виконання функції захисту [6, с. 102].

У ч. 5 ст. 46 КПК України серед загальних правил участі захисника у кримінальному процесі визначається, що «захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування» (ч. 5 ст. 46 КПК України).

Отож, підсумовуючи викладене, на нашу думку запроваджено законодавчі новації, які, безумовно створюють гарантії забезпечення права особи на захист особи та сприяють ефективності захисту у кримінальному провадженні і тим самим створюють необхідне підґрунтя щодо реалізації захисником його процесуальної функції. Так, закон надає право захиснику не лише бути присутнім під час проведення процесуальних дій, але й брати у них активне участь, тобто використовувати всі процесуальні можливості щодо здійснення активної захисної позиції. У відповідності до ч. 3 ст. 223 КПК України слідчий або прокурор вживає належних заходів щодо забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чиї права або законні інтереси можуть бути обмежені чи порушені. Саме ця вимога стосується захисника, який має відігравати важливу роль під час провадження слідчих (розшукових) дій, саме до яких його залучають, тому що з одного боку він надає під час проведення цих дій правову допомогу підзахисному, а з іншого боку безпосередньо забезпечує додержання вимог закону щодо порядку проведення певної слідчої дії та підвищує ефективність її результатів, тому що його активність, кваліфікація та досвід здатні впливати як на поведінку слідчого, який проводить дану слідчу дію, та і на методику і тактику проведення слідчої дії через зауваження, клопотання та пропозиції, а тому може впливати і на її результати [6, с. 103].

Закон розрізняє два види участі захисника у процесі, це за угодою та за призначенням. Відповідно до положень ст. 48 КПК України захисник може бути залученим у будь-який момент підозрюваним або обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням або згодою підозрюваного чи обвинуваченого до участі у кримінальному процесі. Також норми КПК України покладають на прокурора, слідчого, суд та слідчого суддю обов'язок надати затриманому або особі, яку тримають під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які мають змогу його запросити, а також можливість використовувати засоби зв'язку з метою запрошення захисника (ч. 1 ст. 48 КПК України). При цьому прокурор, слідчий, суд, слідчий суддя повинні утримуватися від надання будь-яких рекомендацій стосовно залучення конкретного захисника.

Отже, терміном «залучення» захисника у КПК України об'єднані випадки як запрошення захисника підозрюваним, обвинуваченим, підсудним або засудженим, їх законними представниками, а також іншими особами на прохання або за згодою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, так і відповідно призначення захисника прокурором, слідчим, слідчим суддею або судом у порядку ст. 49, 53 КПК України.

Як зауважують А.Є. Смирнов та Г.З. Алієв, законодавець помістив у поняття «залучення захисника» два таких аспекти: і реалізацію права підозрюваного та обвинуваченого на професійний захист адвокатом та обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді або суду [64, с. 36; 3, с. 93–95]. При цьому, при подальшій правовій регламентації участі захисника поняття запрошення та залучення законодавцем розмежовуються (наприклад, у ч. 2 ст. 53 КПК України). На підставі викладеного О. Р. Балацька підтримує думку, що щодо забезпечення права на професійний захист самим підозрюваним та іншими особами визначеними у ч. 1 ст. 48 КПК України, краще було б взяти термін «запрошення», а стосовно обов'язку органів перерахованих у ч. 2 ст. 48 КПК України використовувати термін «залучення», тому що у випадку залучення захисника слідчий, прокурор виносить свою постанову, а слідчий суддя чи суд

постановляють ухвалу (ч. 2 ст. 49 КПК України). Тому що у випадку залучення захисника у формі, яка передбачена ч. 1 ст. 48 КПК України, жодних процесуальних рішень у формі постанови чи ухвали не приймається, а йдеться мова виключно про надання захисником документів, що підтверджують його повноваження. Необхідно враховувати й різну правову природу запрошення адвоката для здійснення захисту та його залучення до участі у провадженні, так як запрошення адвоката є цивільно-правовою угодою, а залучення адвоката до участі у кримінальному процесі є кримінально-процесуальною дією відповідних посадових осіб [6, с. 104].

Відповідно до статті 49 КПК України слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному процесі у випадках, якщо: а) відповідно до вимог ст. 52 КПК України участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний або обвинувачений не залучив захисника; б) підозрюваний або обвинувачений заявив клопотання щодо залучення захисника, але за відсутністю коштів або з інших об'єктивних причин не може самостійно його залучити; в) слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд вирішить, що обставини кримінального процесу вимагають участі захисника, а підозрюваний або обвинувачений не залучив його. Захисник також може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею або судом в інших випадках, які передбачені законом і що регулює надання безоплатної правничої допомоги. Участь захисника забезпечують з моменту безпосереднього набуття особою статусу підозрюваного чи після подання заяви про кримінальне правопорушення або ж залучення у провадження особи у статусі потерпілого [6, с. 105].

Процес вступу захисника у провадження а також набуття ним спеціального кримінального процесуального статусу пов'язана із поданням документів, які підтверджують його повноваження та винесенням процесуальних рішень. Як слушно стверджує Н.М. Бакаянова «підтвердження адвокатом повноважень при здійсненні професійної діяльності є дуже важливим питанням правового статусу адвоката» [5, с. 192]. КПК України 1960 року передбачав, що захисник залучався до кримінального провадження постановою особи, що проводила дізнання,

слідчого, прокурора або судді чи ухвалою суду від моменту порушення кримінальної справи (допускний порядок). Допускний порядок участі захисника на підставі процесуального документу критикувався окремими науковцями, зокрема у дослідженнях І.Ю. Гловацького, Я.П. Зейкана, О.Ю. Костюченко, В.О. Попелюшка та ін.[10, с. 11; 17, с. 140; 22, с. 137-138; 48, с. 124-132]. У чинному КПК України захиснику надана можливість користуватись процесуальними правами з моменту пред'явлення слідчому, прокурору, слідчому судді або суду відповідних документів.

Згідно зі статті 50 КПК України такими документами є документ, який посвідчує особу захисника, а також ордер та свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, договір із захисником, або доручення органу чи установи, уповноваженого законом щодо надання безоплатної правничої допомоги. Встановлення будь-яких додаткових вимог, окрім зазначених у даній нормі не допускається.

Але у правозастосовчій діяльності при вступі адвоката у кримінальний процес виникають перепони, які підтверджується опитуванням адвокатів та матеріалами практики судів, так як існують суперечності стосовно підтвердження його повноважень, що викликана неузгодженістю між КПК України і Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Здійснений аналіз судової практики дозволяє стверджувати про наявність чисельних випадків подання захисниками скарг до слідчого судді у зв'язку з відмовою слідчого або прокурора в їх допуску до кримінального процесу, з підстав неналежного підтвердження їх процесуального статусу [6, с. 106]. Так, з проаналізованих ухвал судів загальної юрисдикції України ми бачимо, що серед причин відмови були наступні: подання неоригіналу договору щодо надання правничої допомоги [82], відсутність задокументованої згоди на участь захисника у кримінальному процесі [83]. Також, відповідно до здійсненого опитування 83,5 % респондентів підтвердили, що із ними траплялись випадки відмови адвокату щодо допуску до процесу у зв'язку з неналежним підтвердженням його повноважень, з них – 18,8 % опитаних респондентів причиною вважають відсутність у законодавстві чітких вимог

стосовно підтвердження повноважень; 49,4 % респондентів причиною визначають створення відповідних перешкод з боку посадових осіб стосовно доступу до процесу; 29,4 % респондентів зазначають на неналежне підтвердження повноважень самим адвокатом, решта респондентів, а це 2,4 % вказують на різні причини, у тому числі й одночасне поєднання попередніх [6, с. 237].

Так, відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» документами, які посвідчують повноваження адвоката на надання правничої допомоги, можуть бути: а) договір щодо надання правничої допомоги; б) ордер; в) довіреність; 4) доручення органу або установи, уповноваженого законом щодо надання безоплатної правничої допомоги. При направленні адвокатського запиту обов'язковими документами, що мають надаватися адвокатом є посвідчені адвокатом копії свідоцтва про право щодо зайняття адвокатською діяльністю, ордера чи доручення органу або установи, уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги. Тому вимагати від адвоката надання разом з адвокатським запитом будь-яких інших документів забороняється (п. 2 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

На підставі викладеного О. Р. Балацька робить декілька наступних висновків. По-перше, з урахуванням особливостей кримінального процесуального закону, повноваження адвоката у кримінальному провадженні можуть бути підтверджені ордером чи договором. Як ордер, так і договір містять в собі ідентичні положення стосовно предмету договору щодо надання правничої допомоги, особи, щодо якої надаватиметься правнича допомога, адвоката, який буде надавати таку правничу допомогу, номер та дата видачі свідоцтва і посвідчення адвоката. По-друге, документом, що підтверджує повноваження адвоката щодо надання правничої допомоги, може бути як ордер, так і договір щодо надання правничої допомоги між адвокатом та його клієнтом. Разом з тим, неоднозначність формулювання, яке закріплене у законі, призводить до необґрунтованих вимог стосовно надання адвокатами для підтвердження їх повноважень у кримінальному провадженні і ордеру, та договору. Втретє, надання двох документів є недоцільним та

необґрунтованим, зокрема стосовно надання договору щодо правничої допомоги [6, с. 107].

Так, здійснивши аналіз використання ордеру адвокатами, Н.М. Бакаянова приходить до висновку про те, що представлення договору щодо надання правничої допомоги або витягу з нього приводить також до порушення засади конфіденційності і забезпечення невідкладної юридичної допомоги, у той час як ордер може бути виписаний адвокатом у будь-який час та пред'явлений за місцем його вимоги негайно [5, с. 194].

Тому що у договорі щодо надання правничої допомоги, який є угодою між адвокатом та клієнтом регулюються питання, що є предметом лише правовідносин сторін та які не мають бути розголошені посадовим особам органів досудового розслідування або суду. Наприклад, це інформація стосовно оплати послуг адвоката, а також розміру гонорару або інших витрат, що пов'язаних з виконанням доручення, стосовно інших правовідносин, що можуть виникати під час надання правничої допомоги і є предметом відносин між адвокатом та клієнтом, що саме і становлять адвокатську таємницю. Отже, укладення договору із захисником стосується відповідно цивільно-правових відносин між адвокатом і клієнтом, а тому має регулюватись цивільним законодавством і Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а не КПК України [6, с. 108].

Очевидним є те, що представлення договору щодо надання правової допомоги відповідним посадовим особам для здійснення підтвердження адвокатом повноважень щодо здійснення представництва підзахисного є дійсно зайвим та таким, що істотно обмежує саме право на захист. Тому що договір є первинним документом і який складається у двох примірниках виключно для сторін. Положення та умови договору, що стосуються прав, обов'язків та відповідальності сторін є однією із невід'ємних частин цього договору. Насьогодні для досягнення мети щодо підтвердження повноважень захисником достатнім та раціональним є подання тільки витягу з договору щодо надання правничої допомоги без подання повного тексту цього договору із розкриттям

всіх його істотних умов, які по суті не стосуються кримінального процесу [6, с. 108].

Схожі перешкоди виникають у забезпеченні захисту та безпосереднього доступу захисника до підзахисного в установах попереднього ув'язнення. Згідно статті 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення» від 30.06.1993 № 3352-ХІІ для здійснення побачень захисника із підзахисним повноваження захисника стосовно здійснення захисту особи, що тримається під вартою, підтверджуються згідно статті 50 КПК України. Одночасно Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18.03.2013 року № 460/5 передбачено, що побачення надаються адміністрацією СІЗО при пред'явленні адвокатом договору про надання правничої допомоги або ордера, а також документів, які посвідчують їх особу. Отже, не є виправданим надання всіх вищезазначених документів захисником для того, щоб мати зустріч з підзахисним у пенітенціарних установах [6, с. 108-109].

Не зовсім однозначно тлумачиться й положення ч. 2 ст. 45 КПК України, про те, що захисником не може бути адвокат, відомості щодо якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості щодо зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. А саме, у практиці адвокатської діяльності зустрічаються такі випадки, коли органи досудового розслідування або суду вимагали для підтвердження повноважень захисника не тільки свідоцтво про право щодо зайняття адвокатською діяльністю, а ще й ордер, договір із захисником або доручення органу чи установи, який уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 1 ст. 50 КПК України), а ще й підтверджений Радою адвокатів України чи відповідною радою адвокатів регіонів, витяг з ЄРАУ щодо дійсності відповідного свідоцтва щодо права на зайняття адвокатською діяльністю [6, с. 239].

Г.З. Алієв вважає, що у випадку, коли виникають сумніви слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд у режимі прямого доступу до офіційного вебсайту

НААУ (<http://www.unba.org.ua>) можуть самостійно перевірити відкриту інформацію стосовно конкретної особи адвоката, яка внесена до ЄРАУ. А також, вони можуть надіслати самостійно запит до Ради адвокатів України чи відповідної ради адвокатів регіонів. Але ж така перевірка або направлення запиту не повинні бути підставою щодо позбавлення адвоката права здійснювати захист у кримінальному процесі» [3, с. 96-97].

Також необхідно звернути увагу, що з даного питання було сформульовано правову позицію Верховним Судом, а саме Касаційний кримінальний суд Верховного Суду у справі № 752/11464/16-к, не погодився із позицією апеляційного суду, стосовно того, що словосполучення «ордером, договором із захисником» означає «ордером та (!) договором із захисником», і, таким чином, лише наявність цих двох документів може повноваження захисника підтвердити. Тим самим, Верховний Суд надав наступне тлумачення даної правової норми: «В цьому випадку використана синтаксична конструкція, в якій однорідні члени речення з'єднані безсполучниковим зв'язком і між двома останніми членами речення стоїть розділовий сполучник «або» (п. 10 постанови). В усіх цих випадках вживання «або» для з'єднання однорідних членів речення створює альтернативний перелік. Якщо такий перелік перелічує умови для настання певного правового наслідку, це означає, що наслідок настає за наявності хоча б однієї з перелічених умов (п. 12. постанови ВС).

Також, у даній постанові ВС зазначив, що ордер та договір є документами, що в рівному ступені засвідчують існування договірних відносин між адвокатом та його клієнтом, тому, вимагаючи на додаток до договору надати ще й ордер, апеляційний суд встановив додаткові умови усупереч ч. 2 ст. 50 КПК України [81].

Отже, на підставі викладеного ми доходимо висновку, що неузгодженості які існують у кримінальному процесуальному законі стосовно підтверджень повноважень захисника та створення у зв'язку із цим на практиці перешкод для того, щоб захисник вступив у справу й зумовлюють необхідність у встановленні єдиного стандарту стосовно підтвердження адвокатом своїх повноважень щодо

участі у справі. Тому що на сьогодні вступ до процесу захисника залишається занадто формалізованим, а також виконання процесуальних обов'язків адвокатом ставиться у залежність від розсуду посадових осіб та не забезпечується вчасність захисту, тим самим порушуючи право на захист. На підставі викладеного вважаємо, що надання всіх документів, що передбачені законодавством не є виправданим і достатнім було б надання одного із цих документів, а саме ордеру. Згідно ч. 2 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що ордер є письмовим документом, який у випадках, які встановлені цим Законом та іншими законами України, посвідчує повноваження адвоката щодо надання правничої допомоги. Відповідно до п. 15 Положення про ордер на надання правової допомоги та порядок ведення реєстру ордерів, який затверджений рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2012 року № 36 зі змінами та доповненнями, ордер є бланком суворої звітності, який є універсальним для ведення будь-яких справ та містить реквізити, у тому числі посилання на договір щодо надання правничої допомоги/доручення органу або установи, які уповноважені законом на надання безоплатної правничої допомоги, номер (у випадку наявності) та дату цього документа; назву органу, у якому надається правова допомога адвокатом із зазначенням, у випадку необхідності, виду адвокатської діяльності, відповідно до статті 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». У п. 14 Положення зазначається, що «Ордер, встановленої цим Положенням форми, є належним та достатнім підтвердженням правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта. Про обмеження правомочності адвоката, встановлені угодою про надання правової допомоги, останній або керівник адвокатського об'єднання (бюро) зобов'язані вказати на звороті ордера». Саме тому ч. 1 ст. 50 КПК України О. Р. Балацька пропонує викласти наступним чином: «Повноваження захисника на участь у кримінальному процесі підтверджуються ордером. Обмеження обсягу повноважень адвоката вказуються на звороті ордеру» [6, с. 111].

РОЗДІЛ 1

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ТА МОЖЛИВОСТІ ЇХ ТРАДИЦІЙНОГО І ІННОВАЦІЙНОГО ВИРІШЕННЯ

2.1. Деякі проблеми реалізації права на захист за рахунок держави та традиційне розуміння можливості їх вирішення

Право громадян на безоплатну правничу допомогу вже досить давно закріплено саме у Конституції України та у спеціальному законі України, але реалізувати його у повному обсязі ще донедавна було неможливо тому що була відсутня узгоджена політика у сфері надання правничої допомоги за кошти держави [6, с. 149]. Необхідно погодитись із висновком О.Г. Яновської про те, що до 2012 року практика надання безоплатної вторинної правової допомоги була надто невтішною, тому її надання повинно розглядатися не як акт благодійності стосовно малозабезпечених, а як перш за все зобов'язання, яке покладене на суспільство у цілому [88, с. 199-202]. Серед проблем щодо забезпечення безоплатної правової допомоги в Україні гостро поставали питання саме відсутності налагодженого порядку щодо відшкодування державою витрат за надання безоплатної вторинної правової допомоги, також налагодження позапроцесуальних стосунків між захисниками та слідчими та інші. Так, О. Ю. Татаров звертав увагу на те, що у зв'язку з цим існувала знижена мотивація а також незацікавленість захисників стосовно відстоювання інтересів осіб, яким надається безоплатна вторинна правова допомога у порівнянні із наданням правничої допомоги за угодою з клієнтом [68, с. 127 – 128].

На нашу думку запровадження системи безоплатної вторинної правової допомоги та порядок призначення професійного захисника у кримінальному процесі повинні мінімізувати ризики щодо незаконного впливу на професійну діяльність адвокатів, а також усунути інституціональний конфлікт інтересів між стороною державного обвинувачення з одного боку і стороною захисту з іншого

боку. Як слушно вказує Н. Г. Муратова, що тільки законодавча рівність інститутів обвинувачення та захисту і незалежність інституту адвокатури від адміністративного контролю держави буде справжнім гарантом захисту прав та свобод людини та громадянина [59, с. 25, 43]. Ця незалежність може бути обмежена тільки в інтересах ефективного виконання професійного обов'язку адвокатом та в інтересах правосуддя в межах, які випливають із принципів професійної етики та процесуального законодавства [6, с. 149-150]. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вперше закріпив норму, яка виступає суттєвою гарантією щодо незалежності адвокатури і регулює взаємовідносини адвокатури та держави. Згідно ст. 5 «Адвокатура і держава» Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»:

1) адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб;

2) держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності [49].

Тому система безоплатної правової допомоги має бути такою, щоб незалежно від того, що дана система знаходиться під управлінням і фінансуванням держави, вона має залишатися незалежною від держави, так як за інших обставин захист інтересів громадянина може опинитись під загрозою [6, с. 150].

Конвенція закріплює право людини за браком необхідних коштів для оплати юридичної допомоги захисника отримувати таку допомогу безоплатно тоді, коли цього вимагають інтереси правосуддя (п. 3(с) ст. 6) [20]. Зазначене положення тлумачиться як позитивне право, тобто таке, коли ефективна реалізація потребує активної підтримки з боку саме держави, тобто законодавчої, організаційної, фінансової та ін. Зустрічаються думки стосовно того, що виконуючи ці позитивні зобов'язання, держава, безперечно, повинна мати достатньо широке коло дискреційних повноважень відносно визначення порядку, способів, обсягів та форм забезпечення безоплатної правничої допомоги. Більш того, держава, маючи відповідальність за якість безоплатної правничої допомоги,

напевно, має право контролювати і кадровий склад, і фаховий рівень адвокатів, які залучені до даної діяльності. Така, Т.В. Вільчик у своєму дисертаційному дослідженні дійшла висновку, що контроль держави за безпосередньою діяльністю адвокатів необхідно визнати реалізацією обов'язку стосовно забезпечення втілення у життя в Україні п. 3 ст. 6 ЄКПЛ. Однак, щоб дане втручання узгоджувалося із європейськими стандартами, то воно має відповідати поставленій меті, а саме забезпеченню ефективної безоплатної правової допомоги, бути мінімальним та здійснюватися тільки у межах досягнення вказаної мети [8, с. 394-395].

Також, С. В. Гончаренко вважає зазначене втручання правомірним та таким, що у повному обсязі відповідає європейським стандартам, але тільки за умови суворого дотримання таких ключових вимог: 1) втручання має бути таким, аби повністю відповідати поставленій меті, тобто повинно слугувати тільки забезпеченню ефективної безоплатної правничої допомоги; 2) втручання повинно бути пропорційним, а саме таким, що є мінімально потрібне для досягнення зазначеної мети. Тільки в таких вузьких межах держава може впливати та контролювати адвокатуру у сфері надання безоплатної правничої допомоги. В іншому випадку, якщо держава під благородними гаслами вдається до дій, які обмежують незалежність адвокатури у більшому обсязі, ніж це мінімально потрібно для досягнення визначеної законом мети, порушення фундаментальних засад діяльності адвокатури неминуче [11, с. 14].

В свою чергу, О.П. Кучинська, здійснивши аналіз цілої низки рішень ЄСПЛ, виділила обов'язок держави в особі відповідних правоохоронних органів і посадових осіб забезпечити обвинуваченому право на ефективний та кваліфікований захист починаючи з моменту першого допиту, незалежно від того, у якому процесуальному статусі перебуває допитуваний. Зазначений обов'язок, як вказує авторка, однаковою мірою поширюється як на випадки, коли обвинувачений сам запрошує захисника, так і на випадки, коли захисник призначається державою. При цьому держава повинна приділяти особливу увагу питанням щодо забезпечення права виключно на ефективний захист у другому

випадку, коли обвинувачений у силу різних причин фактично позбавлений можливості вибору захисника за власним розсудом. За наявності фактів, які прямо вказують на некомпетентність або неефективність захисту, якщо вони знаходять своє відображення саме у процесуальних документах також відсутність адекватної реакції з боку посадових осіб органів досудового слідства, дізнання чи прокуратури або суду на них має розцінюватись як порушення вимог ст. 6 Конвенції стосовно справедливості кримінального провадження. Відповідні заходи, які спрямовані на припинення порушення права обвинуваченого на ефективний захист, мають вживатися вищевказаними посадовими особами як з власної ініціативи, так і за клопотанням безпосередньо обвинуваченого, наприклад, клопотання про заміну захисника з підстав його некомпетентності [28, с. 67].

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та міжнародні стандарти закликають саме до незалежності адвокатської діяльності, як професійної діяльності і у тому числі її незалежності від держави. Але організація реалізації забезпечення особи безоплатною правничою допомогою, існуюча на сьогодні процедура стосовно призначення адвокатів за рахунок держави не забезпечили у повній мірі незалежність адвокатури, а також не усунула державний контроль у цій системі. Тому, на нашу думку, при подальшій організації безоплатної вторинної правової допомоги під керівництвом Міністерства юстиції України, не зможе забезпечити. Як наслідок існуюча система безоплатної правової допомоги в Україні створила для держави можливість мати безпосередню домінуючу роль у кримінальному процесі через призначення як прокурора, так і адвоката.

Національна асоціація адвокатів України занепокоєна тим, що система безоплатної правової допомоги в Україні, як вона існує на сьогодні, становить реальну загрозу для незалежності адвокатури, а також верховенства права та судової влади. Як зазначає, голова Національна асоціація адвокатів України Лідія Ізовітова формат безоплатної правничої допомоги при Мін'юсті, який діє зараз це є знищення незалежності адвокатури, яка є нормою для усіх цивілізованих країн

світу, а також розцінює контроль державних органів за системою безоплатної правової допомоги як спробу тотального владного контролю [43]. Управління системою безоплатної правової допомоги державою через Міністерство юстиції України та через функціонування Координаційного центру з надання правової допомоги стало спробою відновити «державну адвокатуру». Провівши опитування адвокатів, останні зазначали, що не може той, хто отримує плату, допомагати тим, хто судиться з тим, хто платить, а такі випадки основні. Окрім цього також зазначали, що державне управління системою безоплатної вторинної правової допомоги породжує її неефективність у зв'язку з наявною корупцією, бюрократизованістю та значною витратою адміністративного ресурсу [6, с. 152].

Незважаючи на проведені законодавчі реформи системи безоплатної правової допомоги, під час її функціонування збережено численні перешкоди, а також звуження професійних прав адвокатів. Так, серед нагальних проблем адвокати називають наступні: встановлені кваліфікаційні вимоги щодо включення до Реєстру адвокатів безоплатної правової допомоги; непрозорий, нерівномірний і непропорційний розподіл проваджень між захисниками, які працюють у центрах безоплатної правової допомоги; недосконалий порядок надання звітності як-то передавання актів та ін., яке фактично вимагає розкриття адвокатської таємниці; відсутність вчасного і співрозмірного фінансування витрат щодо оплати послуг адвоката; зловживання процесуальними правами адвокатами з метою отримання більшої оплати безоплатної правової допомоги [6, с. 152-153].

Наприклад, неймовірним викликом для незалежної адвокатури стала система допуску адвокатів до системи безоплатної правової допомоги через створення додаткових конкурсів стосовно відбору адвокатів з метою включення до Реєстру адвокатів безоплатної вторинної правової допомоги. Ці конкурси здійснюють відповідно до наказів Міністерства юстиції України (наказ від 06.02.2015 року № 44/7, наказ від 13.11.2017 року № 4300/7 «Про проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги»), а отже, всі адвокати, що не прийняли участь у даних конкурсах позбавляються права долучитися до системи та надавати безоплатну

вторинну правову допомогу громадянам. Зазначена практика не лише є помилковою, але й фактично є формою державного регулювання і навіть вибіркового контролю над тим, яким саме адвокатам дозволяється практикувати у системі безоплатної вторинної правової допомоги, що є неприпустимим, тому що усі адвокати вже пройшли підготовку, а також показали свою кваліфікацію під час складання кваліфікаційного іспиту і стажування та набуття адвокатської практики. Окрім цього, якість роботи адвоката має оцінюватись кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатів, а не Міністерством юстиції України. З цього приводу, Валентин Гвоздій говорить про те, що у Німеччині такий вид правничих послуг абсолютно не забюрократизований. Кожен адвокат має право надавати безоплатну правову допомогу без необхідності проходження додаткових іспитів, а клієнт у свою чергу, наділений правом вільного вибору захисника на власний розсуд. Клієнту необхідно заповнити декларацію про доходи та звернутися до будь-якого захисника, до якого він має довіряє» [73, с. 3-5].

Також управління системою безоплатної правової допомоги державою через Міністерство юстиції України безпосередньо впливає на здійснення неналежного розподілу справ серед адвокатів безоплатної правової допомоги. Так, у системі безоплатної правової допомоги відсутня організована автоматизована система щодо розподілу справ між адвокатами, а тому адвокати отримують досить різний доступ до справ, які призначаються їм відповідними центрами безоплатної правової допомоги, що було виявлено і в самих скаргах адвокатів, які отримала Національна асоціація адвокатів України, і в інформації щодо призначення справ, що є у вільному доступі. Наприклад, у середньому адвокат системи безоплатної правової допомоги має приблизно 10 справ на рік. Але лише за три місяці у Чернівецькій області адвокат Л. отримала 73 доручення, а адвокат Н. отримала лише одне; у Дніпропетровській області в свою чергу адвокат С. отримала 170 доручень, а адвокат Т. отримала лише одне; у Одеській області адвокат П. отримала 237 доручень, а адвокат Ч. отримала лише одне; а у Полтавській області адвокат М. Я. взагалі отримали 451 доручення, а натомість адвокат М. Д. отримала тільки одне [62].

Національною асоціацією адвокатів України проведено моніторинг щодо ефективності діяльності системи безоплатної правової допомоги, який показав, що безоплатна правова допомога на чолі із Координаційним центром при Міністерстві юстиції України на сьогодні є системою, що повністю контролюється з боку держави, та створює умови для зловживань зі сторони держави на різних етапах її надання та породжує корупційні ризики і виключає адвокатське самоврядування. Наразі численні повідомлення говорять про те, що дана система призвела до зловживань та корупції, у тому числі і до затримок в наданні адвоката безоплатної правничої допомоги, примусового надання безоплатної правничої допомоги, вимог додаткових платежів з боку адвокатів та вибіркового розподілу справ державними посадовцями, призначення судами адвокатів безоплатної правової допомоги без потреби та без згоди, затримки в прибутті адвокатів безоплатної правової допомоги та ін. З метою усунення зазначених недоліків у кінці 2016 року Національна асоціація адвокатів України підготувала звіт про систему безоплатної правової допомоги в Україні за останні 4 роки, у якому були висвітлені поточні проблеми, а також рекомендації щодо її реформування [62].

О. Р. Балацька вважає, що на сьогодні існує гостра необхідність щодо скасування Координаційного центру при Мін'юсті як непотрібного посередника між громадянином та адвокатом. Діюча система безоплатної правової допомоги веде до знищення незалежної адвокатури в Україні та підсилює існуючу державну централізовану систему щодо контролю над громадянами і створює умови для зловживань з боку держави. У даному випадку створено дві адвокатури, одна, яка функціонує за Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та у рамках виконання правил та норм адвокатської етики і інша адвокатура, якою управляє Міністерство юстиції. Роль Координаційних центрів має полягати лише у функції щодо здійснення виплат адвокатам гонорарів за надану ними безоплатної правової допомоги, а не оцінювання якості щодо надання послуг, розглядання скарг на адвокатів та підвищення їх кваліфікації, навчання та ін.,

тому що всі ці функції визначені законом для органів адвокатського самоврядування законом [6, с. 154-155].

Організаційна система безоплатної правової допомоги вочевидь вступає в суперечність з принципом саморегулювання адвокатури та адвокатської діяльності, а також її незалежності від держави та недискримінації при користуванні правом щодо здійснення адвокатської діяльності. Дану думку підтримують й адвокати, а саме за результатами опитування більшість адвокатів поділяють точку зору стосовно того, що управління системою безоплатної правової допомоги повинні забезпечувати органи адвокатського самоврядування, а саме Національна асоціація адвокатів України (77,6 % опитаних респондентів) [6, с. 155, 241].

При забезпеченні доступу до правової допомоги за кошти держави важливим є збереження усіх гарантій, а також складових права на захист, зокрема й дотримання ефективності захисту і створення умов для вільного вибору захисника. Під вільним вибором кваліфікованого захисника розуміється право особи на правничу допомогу обраного на власний розсуд захисника. Пункт «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції гарантує кожному обвинуваченому право на використання юридичної допомоги захисника, який обирається ним на власний розсуд, або якщо бракує коштів для оплати такої допомоги він має право її одержувати безоплатно у тому випадку, якщо цього вимагають інтереси правосуддя. ЄСПЛ виходить з того, що особі, по відношенню до якої здійснюється кримінальне переслідування має бути надана можливість вільно обирати захисника якщо у неї є фінансова можливість з урахуванням обмежень передбачених національним законодавством, які стосуються кваліфікації захисника, максимально необхідної кількості захисників тощо (справи Загородній проти України, Шабельник проти України). ЄСПЛ у рішенні в справі Шабельник проти України говорить про те, що законодавча вимога стосовно наявності у захисника юридичної освіти не є порушенням права на правову допомогу на власний вибір [98]. У рішеннях у справі Майзіт проти Росії визначається, що певна юридична кваліфікація може вимагатися для забезпечення ефективного захисту особи та Мефтах та інші проти

Франції говориться про безперешкодне функціонування системи правосуддя. Враховуючи таку позицію ЄСПЛ, положення КПК України можна зробити висновок, що захисником може бути тільки адвокат, конвенційне право обирати захисника на власний розсуд розповсюджується на обрання захисника лише з-поміж осіб, що мають свідоцтво щодо права на здійснення адвокатською діяльністю [6, с. 156].

У справі Кроісант проти Німеччини (1992) ЄСПЛ зазначив важливу правову позицію про те, що потреби заявника не повинні ігноруватися, право на вільний обрання захисника не є абсолютним, але у тому сенсі, коли цього вимагають інтереси правосуддя незважаючи на важливість довірливих відносин між адвокатом та клієнтом, це право не правильно вважати абсолютним. Воно обов'язково стає предметом деяких обмежень, коли мова йде про безоплатну юридичну допомогу, а також тоді, коли, як у цій справі, суди мають вирішувати, чи вимагають інтереси правосуддя того, щоб обвинуваченому був призначений адвокат. Під час призначення адвоката у національних судах як правило повинні враховувати бажання обвинуваченого. Проте суди можуть і не брати до уваги такі побажання тоді, коли є достатні підстави вважати, що це необхідно саме в інтересах правосуддя [92]. ЄСПЛ наголошує, що визначена концепція незалежності адвоката від держави говорить про те, що здійснення захисту є, по суті, предметом між захисником та підсудним, незалежно від того, чи захисника було призначено для надання послуг за кошти держави, або його послуги сплачуються у приватному порядку [92].

Таким чином О. Р. Балацька дійшла висновку, що процесуальний порядок забезпечення захисту особи у відповідності до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» перебуває у суперечці з правом особи на вільний вибір захисника своїх прав. Тому що на практиці він передбачає, що за дорученням Центру з надання безоплатної правової допомоги його керівник визначає на свій розсуд, хто саме з адвокатів, які уклали договір за наслідками конкурсу, буде надавати захист затриманій особі і не враховується при цьому думка самої особи стосовно вибору захисника, навіть за тих умови, що така особа не може собі

забезпечити захисника за власний рахунок. Затримана особа не має можливості вільно обирати захисника, тому що держава «нав'язує» їй адвоката безоплатної правової допомоги, і затриманому відмовляється у виклику свого адвоката. На перший погляд, нібито забезпечується право на захист, але з іншої сторони, держава в особі відповідних посадовців, які як правило не є адвокатами, вирішує питання участі конкретного адвоката та в подальшому надає «змогу» цьому адвокату укласти договір з особою, якій саме надається захист відповідно до передбаченого Законом України «Про безоплатну правову допомогу» процедури. Отже, особу, щодо якої пред'являється кримінальне обвинувачення та якій надається безоплатна вторинна правова допомога, по суті позбавлено права на вільний вибір захисника, що в свою чергу не узгоджується з Конституцією України та Конвенцією [6, с. 156-157].

Також, існуючий формат безоплатної правової допомоги надає можливості для порушення прав людини у процесі отримання нею необхідної адвокатської допомоги, а саме дискримінацію осіб за майновою та матеріальною ознакою в порушення статті 14 ЄСПЛ, а саме заборона дискримінації, в поєднанні зі статтею 6 ЄСПЛ. Тому що особи, які володіють достатніми фінансовими коштами, мають змогу вільно обрати собі адвоката за власним вибором тобто, укласти з ним договір про надання правничої допомоги, тоді як ті, хто таких коштів не має, не мають вибору та повинні погодитись на адвоката, який їм на свій вибір надасть, а правильніше сказати призначить центр безоплатної правової допомоги.

Адвокатура саме і покликана захищати права людини, у тому числі захист і від держави, причому адвокатура веде Єдиний реєстр адвокатів України. Доцільно було б дати кожному адвокату право без будь-яких додаткових тестувань чи перевірки кваліфікації під наглядом Міністерства юстиції, добровільно надавати безкоштовну правову допомогу, через подання попередньої інформації до ЄРА про намір надавати безоплатну правову допомогу та по яких саме справах і в які періоди часу. При цьому клієнтів необхідно наділити правом вільного вибору свого захисника, що може бути реалізовано шляхом звернення до будь-якого захисника, до якого він має довіру, заповнивши декларацію про

доходи. Зазначена практика надання безоплатної вторинної правової допомоги існує у більшості європейських країн і є спроможною на забезпечення реалізації права вільного вибору захисника на конкурентних засадах, тому що особа або її законні представники мають можливість вибрати собі захисника із списку адвокатів, який надається правоохоронними органами з Реєстру. Також необхідно зауважити, що пропозиція про надання безоплатної вторинної правової допомоги усіма адвокатами включеними до Єдиного реєстру адвокатів України була підтримана 71,8 % опитаних респондентів під час проведеного у дослідженні анкетування в межах дисертації О. Р. Балацька. Дане питання гостро пов'язане із потребою реформування сучасної системи надання безоплатної правової допомоги, звільнення від державного контролю адвокатів, що надають допомогу за кошти держави [6, с. 157-158].

Досліджуючи загальні та організаційні правила участі та доступу до адвоката, необхідно звернути увагу на питання щодо відмови підзахисного від захисника та навпаки відмови захисника від прийнятого ним захисту, заміни захисника, а також правила за яким це здійснюється. Свобода вибору захисника проявляється як у можливості запрошення до участі у кримінальному процесі будь-якої особи, яка відповідає закріпленим у законі вимогам, так і можливості відмовитися від участі захисника або замінити його на іншого на будь-якій стадії кримінального процесу. Така можливість підозрюваного та обвинуваченого передбачена ч. 1 ст. 54 КПК України.

Через основоположний характер права на правову допомогу відмова підозрюваного чи обвинуваченого від цього права можлива при певних умовах. ЄСПЛ напрацював жорсткі обмеження відносно того, саме коли відмова від захисника буде визнаватися допустимою, та завжди наголошував на необхідності забезпечення окремих гарантій в аспекті цієї відмови. Наприклад, у рішенні по справі Піщальников проти Росії (2009) ЄСПЛ постановив те, що факт відмови від права на правову допомогу повинен бути встановлений в недвозначній формі та має супроводжуватися мінімальними гарантіями, що пропорційні її важливості [96]. У рішенні в справі Павленко проти Росії (2010) ЄСПЛ акцентував увагу на

тому, що відмова від адвоката має бути не тільки добровільною, але й являти собою свідому та обізнану відмову від права. Перед ствердженням, що обвинувачений без висловлення даного бажання та шляхом власної поведінки відмовився від важливого права відповідно до Статті 6, обов'язково необхідно довести, що він міг належно передбачити наслідки своєї поведінки. Також ЄСПЛ притримується позиції, що такий характер відмови від адвоката не може бути встановлений на підставі того, що підозрюваний надав згоду взяти участь у проведених поліцією допитах, навіть у тому випадку, коли він був попереджений про його права. Обвинуваченого, який звернувся з проханням про правову допомогу, не може бути піддано будь-яким подальшим допитам органами влади, доти, поки він не отримає правничу допомогу, окрім тих випадків, коли обвинувачений самостійно ініціює подальше спілкування чи розмови з поліцією або обвинуваченням [96].

Відмова від захисника в інтерпретації ЄСПЛ, на думку О. Р. Балацької, повинна характеризуватися наступними властивостями:

- 1) добровільність;
- 2) усвідомленість;
- 3) недвозначність;
- 4) розумність [6, с. 159].

Врачування всіх даних властивостей вкрай важливе тоді, коли як відмова від права на захист розглядаються дії обвинуваченого, а також для запобігання отримання відмови особи від захисника, яка є сумнівна (справи Яременко проти України [99], Леонід Лазаренко проти України [94]).

Врегулювання даного питання знайшло своє відображення у КПК України та відповідає прецедентній практиці ЄСПЛ. Так у ст. 54 КПК України визначено, що відмова від захисника чи його заміна повинна відбуватися виключно у присутності захисника після надання можливості для конфіденційного спілкування. Ця відмова або заміна фіксується у протоколі процесуальної дії (ч. 2 ст. 54 КПК України). Також, встановлено гарантію заборони відмови особи від захисника у випадку, коли його участь є обов'язковою. У даному випадку, якщо

підозрюваний або обвинувачений відмовляється від захисника та не залучає іншого захисника, захисник має бути залучений у порядку, який передбачений ст. 49 КПК України, для здійснення захисту за призначенням (ч. 3 ст. 54 КПК України).

Пленум ВС у Постанові «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист в кримінальному судочинстві» від 24 жовтня 2003 року № 8 зазначив, що відмова від захисника можлива на будь-якому етапі провадження лише за ініціативою підсудного. Вирішуючи питання щодо прийняття такої відмови, суд повинен з'ясувати чи не є вона вимушеною та як у подальшому підсудний здійснюватиме свій захист чи самостійно, чи за допомогою іншого захисника. Установивши вимушеність відмови, суд має вжити передбачених законом заходів щодо забезпечення участі захисника у справі. Але виправити всі ті процесуальні дії, що проводились без участі захисника, або при відмові від його допомоги уже може бути пізно» [89].

Щодо України, у справі Огородніков проти України ЄСПЛ звернув свою увагу на те, що суд першої інстанції був зобов'язаний достовірно встановити, чи були зізнання та відмова від правової допомоги заявника добровільними, але жодних кроків щодо цього, як бачимо, зроблено не було. Окрім цього, Верховний Суд проводив розгляд скарги заявника щодо порушення його процесуальних прав формально. Тому, на думку ЄСПЛ право заявника не свідчити проти себе та право на правову допомогу були незаконно обмежені у процесі досудового слідства, до того ж це порушення не було виправлене у ході судового розгляду. У рішенні по справі Тарасов проти України від 31 жовтня 2013 р. ЄСПЛ зазначив порушення п. 1 на п. п. «с» п. 3. Ст. 6 Конвенції щодо права заявника на захист, у результаті чого Суд підтвердив незабезпечення особі права на захист із тієї причини, що відмова від захисника та процесуальні документи, що підтверджують таку відмову, були сумнівними і неоднозначними. У свою чергу, у рішенні по справі Юрій Волков проти України від 19 грудня 2013 р. ЄСПЛ зазначив порушення права на захист у зв'язку з проведенням першого допиту у кримінальному процесі як підозрюваного за відсутності захисника [6, с. 160].

З метою подолання таких негативних явищ Урядовим уповноваженим у справах ЄСПЛ було запропоновано суворе дотримання слідчими, прокурорами та суддями норм КПК України, а також застосування у своїй практиці правових позицій Європейського суду стосовно забезпечення особі права на справедливий суд та необхідності дотримання розумних строків розгляду справ. Саме рішення ЄСПЛ закликають державу-відповідача запровадити діючий механізм, який допоможе виправити ситуацію та забезпечити належний контроль за дотриманням гарантій Конвенції на національному рівні.

На думку О. Р. Балацької, забезпечення участі захисника у процесі та запобігання незаконної відмови від захисту можуть бути досягнені лише тоді, коли відмова від адвоката буде розглядатись з точки зору допустимості доказової інформації. Даних дій можна досягнути, коли ст. 87 КПК України, а саме недопустимість доказів, отриманих унаслідок суттєвого порушення прав та свобод людини, буде мати у переліку порушень у вигляді діянь, що в усіх випадках та при будь-яких обставинах є істотними, а саме показання затриманого, підозрюваного, які отримані в ході досудового розслідування за відсутності захисника, окрім випадки відмови від захисника, та не підтверджені підозрюваним або обвинуваченим в суді. Дане правило дозволило б вирішити багато нагальних проблем стосовно забезпечення права на захист на досудовому розслідуванні. Тому що показання, які отримані без захисника не враховувалися б у суді у тому випадку, якщо обвинувачений відмовився від них шляхом визнання їх недопустимими. Така б норма стимулювала до ширшого залучення захисника щодо проведення процесуальних дій, запобігатиме випадкам отримання зізнавальних показань, а також тиску на затриманого чи підозрюваного з метою примусити його відмовитися від захисника [6, с. 160-161].

Окрім цього, державі також належить вжити необхідних заходів для того, щоб довести порядок надання безоплатної правової допомоги до відома широкого загалу та усіх зацікавлених сторін, зокрема тих державних органів, до яких саме можуть звертатися особи, що клопотатимуть про безоплатну правову допомогу. Отже ранній доступ до правової допомоги захисника забезпечується практичним

та ефективним чином за допомогою гарантії стосовно отримання підозрюваним інформації про право щодо доступу до професійної допомоги, що має вирішальне значення, адже особа, яка не знає про своє право, буде не в змозі його використати [6, с. 161].

Адже кожній заарештованій чи затриманій особі гарантується право бути повідомленим про мотиви арешту або затримання, а також отримати роз'яснення його прав і можливість з моменту затримання захищати себе особисто і користуватися правовою допомогою захисника (ч. 4 ст. 29 Конституції України). Слідчий, прокурор, слідчий суддя повинні роз'яснити підозрюваному або обвинуваченому його права ч. 2 ст. 20 КПК України. Процедура роз'яснення прав також передбачена на багатьох важливих етапах процесу: перед розглядом клопотання про застосування запобіжного заходу роз'яснюється слідчим суддею, судом ч. 2 ст. 193 КПК України; в момент законного затримання роз'яснюється службовою особою, уповноваженою на затримання ч. 4 ст. 208 КПК України; в момент реєстрації затримання роз'яснюється службовою особою, відповідальною за перебування затриманих ч. 3 ст. 212 КПК України; перед проведенням кожної слідчої дії роз'яснюється слідчим, прокурором ч. 3 ст. 223, ч. 3 ст. 224 КПК України; в момент повідомлення про підозру роз'яснюється слідчим, прокурором ч. ч. 2, 3 ст. 276 КПК України. Але адвокатська практика свідчить про те, що встановлені законом обов'язки стосовно забезпечення здійснення підозрюваним чи обвинуваченим своїх прав та законних інтересів далеко не завжди виконується посадовими особами правоохоронних органів. Але, як зазначав Ю. Ф. Лубшев, упередженість слідчого, його тенденційність та обвинувальний ухил це не є продуктом особи слідчого, вони виникають саме через об'єктивні умови і обставини, у яких він змушений працювати [33, с. 664].

З самого початку повноцінного функціонування системи безоплатної правової допомоги у 2013 році виявилися значні проблеми, які пов'язані з не інформуванням або невчасним інформуванням центрів безоплатної правової допомоги органами розслідування про випадки затримань, а ще й роз'яснення особам їх процесуальних прав, а саме поширення інформації стосовно можливості

скористатися допомогою адвоката, яка гарантується державою. Дані соціологічних досліджень у 2013 році, підтвердили те, що такої інформації не отримали у 38 % випадків особи, якщо після затримання їх органами міліції звертались саме за послугами безоплатних адвокатів. Серед тих, хто отримував інформацію стосовно можливості використання права на безоплатного адвоката, більшість, а це 69%, вказує на те, що процедура інформування проходила досить детально, а саме розказали, дали буклет, підвели до стенду та ін., інші ж 31% говорять, що інформували їх поверхово та поспіхом [90, с. 16; 7, с. 28-35].

Зазначена практика не відповідає запровадженій процедурі щодо обов'язкового повідомлення та залучення стороною обвинувачення захисників для здійснення захисту затриманих осіб. Зазначені факти стали підставою для прийняття Міністерством юстиції 30 серпня 2013 року наказу «Деякі питання прийняття та оброблення центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги повідомлень про випадки затримання осіб», яким була запроваджена можливість звернення з інформацією щодо затримання осіб не тільки уповноваженими органами, але й родичами затриманих. Тобто, якщо службові особи уповноваженого органу з якихось певних причин цього не здійснили, то сама особа або її родичі чи члени сім'ї мають право безпосередньо звернутися до центру за телефоном чи письмово. Але запровадження нових можливостей для звернення з інформацією щодо затримання не мало наслідком збільшення кількості відповідних повідомлень. З метою невиконання чітких законодавчих вимог щодо інформування центрів стосовно кожного факту затримання співробітники органів досудового розслідування використовують дещо інші способи щодо обмеження свободи пересування осіб, які формально не називаються затриманням. Отже йдеться про виклик особи як свідка або ж виклик чи запрошення особи для надання письмових або усних пояснень стосовно матеріалів, які є у провадженні певного органу. Основною причиною зазначених зловживань є намагання уникати обов'язку щодо негайного повідомлення центрів про затримання осіб та забезпечення таких осіб професійною правовою допомогою адвоката [90, с. 17-18].

За результатами анкетування адвокати зазначили відомі випадки порушення прав особи під час її фактичного затримання це зі слів затриманого, у тому числі неповідомлення затриманого про: підстави затримання право на захист (7,1 % опитаних респондентів), (5,9 % опитаних респондентів), право на адвоката за кошти держави (2,4 % опитаних респондентів), інформування близьких родичів та членів сім'ї (20 % опитаних). А 64,7 % опитаних респондентів зазначили, що у їх практиці трапляються всі вище наведені випадки [6, с. 163, 245].

ЄСПЛ неодноразово зазначав, що держави мають вдаватися до позитивних заходів з метою дотримання усіх вимог справедливого судового розгляду у відповідності до статті 6 ЄКПЛ, включно з активним забезпеченням обізнаності підозрюваних у відношенні їхніх прав. У справі Пановітус проти Кіпру ЄСПЛ постановив, що органи держави повинні були «активно забезпечити» розуміння заявником його права на юридичну та, зокрема, безкоштовну правову допомогу. Кіпрський уряд стверджував, що органи держави у будь-який час з радістю забезпечили б заявникові можливість скористатися його правом на правову допомогу, якби він цього попросив. ЄСПЛ зазначив позицію, що в державі існувало позитивне зобов'язання щодо надання заявникові інформацію, яка необхідна для його доступу до допомоги адвоката, і що така пасивна поведінка порушила статтю 6 Конвенції [96].

В свою чергу, О. Р. Балацька вважає, що незалучення захисника підозрюваним або обвинуваченим, неповідомлення або нероз'яснення йому стороною обвинувачення чи судом про можливість такого залучення може вплинути на реалізацію інших його процесуальних прав, наприклад, права на оскарження вироку суду або не дозволить йому до кінця зрозуміти зміст пред'явленої підозри або обвинувачення чи правових наслідків засудження [6, с. 164].

У відповідності до підпункту «с» пункту 3 Статті 6 Конвенції, особа має право на безоплатну правову допомогу за двох умов: у першому випадку брак коштів для оплати правової допомоги захисника, так званий «фінансовий критерій» та в другому випадку, якщо це необхідно в інтересах правосуддя, тобто

так званий «юридичний критерій» (рішення від 25 вересня 1992 року у справі Фам Хоанг проти Франції). І це означає, що правнича допомога це є не право, яке гарантоване кожному, хто бере участь у кримінальному провадженні, і держави повинні надавати правову допомогу не всім, а лише тим, кому бракує коштів для того, щоб найняти адвоката, та де в інтересах правосуддя у конкретному типі справи або провадження потрібне надання правничої допомоги. Для того, щоб скористатися правничою допомогою, необхідно відповідати обом критеріям, фінансовому та юридичному. Суттєвою проблемою забезпечення безоплатної вторинної допомоги малозабезпеченим вбачаємо відсутність чітких правил стосовно оцінювання фінансового стану особи, яка безпосередньо звертається за такою допомогою. Тому що система безоплатної правової допомоги на сьогодні не передбачає жодних критеріїв щодо надання такої допомоги малозабезпеченим особам, також не встановлюються часові рамки для визначення фінансового стану особи, та в результаті правнича допомога надається за бюджетні кошти кожній особі, яка її обирає, без урахування фінансового статусу особи. А тому існує потреба у виробленні чітких критеріїв права особи на отримання безоплатної правової допомоги та забезпечення, щоб ця допомога надавалася тільки соціально вразливим категоріям осіб, що насправді її потребують. Тому що існуюча модель системи безоплатної вторинної правової допомоги створює умови для зловживанням правом на безоплатну вторинну правову допомогу, а саме отримання її усіма незалежно від їх майнового стану, отримання у тих випадках, коли особи її не потребують або не бажають отримувати [6, с. 164-165].

Окрім іншого, також існують проблеми в заміні адвокатів безоплатної правової допомоги, що може призвести до відмови у справедливому та швидкому судовому розгляді. Так, якщо адвокат безоплатної правової допомоги не може з'явитися до суду, наприклад, якщо він знаходиться у відпустці чи в іншому населеному пункті, центр безоплатної правової допомоги не може замінити його іншим адвокатом, як це зазвичай на практиці відбувається в адвокатів, які діють за угодою з клієнтом. Згідно до статті 24 Закону про безоплатної правової допомоги адвоката може бути замінено у разі хвороби або неналежного

виконання ним своїх зобов'язань за умовами договору чи недотримання ним порядку надання безоплатної правової допомоги або виключення з Реєстру адвокатів, які надають безоплатну правову допомогу. У всіх інших випадках особа фактично залишається без захисника та чекає, поки призначений їй адвокат не зможе повернутися до виконання своїх обов'язків, що, в свою чергу, приводить до невинуватого затягування кримінального процесу. Така затримка може привести до порушення права обвинуваченого на розумні строки процесу, який передбачений ст. 6 Конвенції.

О. Р. Балацька підтримує позицію, що на сьогодні відстоює Національна асоціація адвокатів України щодо потреби подальшого реформування системи безоплатної правової допомоги, а також зниження її забюрократизованості та ідею стосовно створення організаційно іншої її моделі, у відповідності до якої забезпечення фінансування і управління системою здійснюватиметься державою в особі Міністерства фінансів України, при тому що саме оперативний контроль і функціонування цієї системи буде функцією тільки адвокатури (Національної асоціації адвокатів України), а держава в даній функції буде представлена через Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Зазначена модель безоплатної правової допомоги забезпечить ефективне та прозоре використання фінансових коштів, що надходять до системи безоплатної правової допомоги, повагу до прав людини і дотримання професійних прав та гарантій адвокатів на справедливій, прозорій та недискримінаційній основі. Тому що, безсумнівно, без подальшого реформування адвокатури та поглиблення її самостійності, незалежності, розширення прав та обов'язків адвокатів, а також створення необхідних умов для забезпечення доступності і високого професійного рівня правової допомоги кожному громадянину неможливе реальне забезпечення права на захист [6, с. 165-166].

2.2. Інноваційне розуміння рівності повноважень сторони захисту та обвинувачення в кримінальному судочинстві

Поряд із викладеними традиційними варіантами вирішення проблем здійснення захисту у кримінальному провадженні існує й низка публікацій [18, с. 81-93; 19, с. 44-46; 29, с. 83-88 та ін.], в яких достатньо обґрунтовано та послідовно відстоюється інноваційне розуміння рівності процесуальних повноважень сторін у кримінальному судочинстві, що в одній із публікацій [30, с. 44-46] викладено найбільш широко наступним чином.

Цікавим є позиція деяких авторів, яка зводиться до, що процесуальні повноваження сторін обвинувачення та захисту у досягненні мети кримінального провадження встановити об'єктивну істину по справі і на цій основі правильно вирішити справу можна лише тоді, якщо урівняти у разі :

- виключення слідчого та керівника органу досудового слідства з числа осіб, що відносяться до сторони обвинувачення, залишення поміж них замість прокурора державного обвинувача і наділення слідчого, керівника органу досудового слідства, а також дізнавача та керівника органу дізнання, в певній мірі оперативно-розшукового працівника та експерта, а також слідчого судді та судді лише функцією осіб, які ведуть кримінальне провадження та відповідають за об'єктивне, неупереджене та повне дослідження усіх обставин справи, а також найбільш ефективно, раціональне та якісне виконання зазначеної функції з метою встановлення по справі об'єктивної істини, а також правильного вирішення на цій основі цієї справи;

- відмови від так званої змагальності судочинства та заміни даного принципу на принцип встановлення у справі об'єктивної істини та правильного її вирішення лише на цій основі;

- фактичного урівняння повноважень слідчого, дізнавача, прокурора та адвоката із порядком отримання зарплатні лише від держави;

- призначення по справі декількох державних (публічних) обвинувачів та захисників на підставі тільки відповідної складності справи, а не матеріального

стану особи, яку вони представляють, що, зокрема, дозволяє зараз робити ч. 3 ст. 46 КПК України одній переслідуваній особі у частині залучення до п'яти захисників[30, с. 44-45];

- рівної юридичної відповідальності свідка, потерпілого та переслідуваної особи в частині відмови від дачі показань та дачі завідомо неправдивих показань;

- відмови від конституційного принципу тлумачення всіх сумнівів на користь переслідуваної особи, що вимагає робити ч. 3 ст. 62 Конституції України [21] та ч. 3 ст. 17 КПК України [24] і заміни його новітньою доктриною причетної особи та нейтрального вироку;

- відмови від інституту непрофесійних суддів у вигляді присяжних чи народних засідателів, який невиправданий хоча б на фоні значно кращих за звичай ораторських здібностей захисників, що обумовлюється, перше за все, більш вигідною системою оплати їх праці, що й сприяє залученню на посади адвокатів кращих ораторів, ніж на посади державних чи публічних обвинувачів [30, с. 45];

- скасування вимог ч. ч. 1, 2 ст. 338, ч. ч. 1, 2 ст. 441, ст. 421 і ч. 2 ст. 433 КПК України у частині недопустимості погіршення становища власне обвинуваченого, у процесі розгляду справи у першій інстанції за наявності відповідного узгодження прокурора з прокурором вищого рівня, що не може усунути у позиції прокурорів всіх можливих корупційних ризиків [24], оскільки вказані вимоги КПК України суперечать вимогам ч. 2 ст. 3 Конституції України у частині головного обов'язку держави утвердити та забезпечити права і свободи всіх громадян [21], у т. ч. потерпілого, і тому перша, апеляційна та касаційна інстанції повинні мати повноваження будь-яким чином змінювати рішення досудового слідства та/чи попередніх інстанцій, якщо будуть підстави вважати, що досудове слідство чи попередні інстанції не змогли встановити по справі об'єктивну істину і лише на цій основі правильно вирішити справу, навіть в сторону погіршення становища обвинуваченого та за відсутності відповідної позиції прокурора і прокурора вищого рівня або апеляційної чи касаційної скарги прокурора або потерпілого [30, с. 45-46];

- скасування вимог п. 3 ч. 1 ст. 38 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [55] та п. 3 ч. 2 ст. 8 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд» [51] у частині допуску до участі у конкурсі на вакантні посади судді відповідно касаційних судів та антикорупційного суду осіб, які мають досвід професійної діяльності адвоката не менше десяти та семи років або п'яти років в суди інших інстанцій. Більш правильно усувати не лише обвинувальний, а й виправдувальний нахил судді [30, с. 46].

Дійсно не треба допускати до конкурсу на посади суддів будь-яких рівнів прокурорів, які підтримували обвинувачення і тому вже набули обвинувального стереотипу професійної діяльності, але за таких же умов треба відмовлятися й від можливого адвокатського нахилу суддів у разі обрання на ці посади колишніх адвокатів. За існуючих же умов, коли мантию судді можу отягти й адвокат, а у судах першої та апеляційної інстанції й колишній обвинувач, судочинство будь-якої інстанції непрямо буде тяжити до надання переваг стороні захисту або обвинувачення [30, с. 46].

Сприяють нерівності повноважень сторін обвинувачення та захисту, а навпаки різному роду перекрученням цих повноважень й інститути приватного обвинувачення та здійснення судочинства на підставі угод, що також порушує новітню доктрину професійності здійснення кримінального судочинства [30, с. 46].

Багато які з викладених положень повторені у такому ж аспекті й в іншій публікації, в якій однак деякі з них подані у розвитку та додані ще деякі інші положення [19, с. 281-283]. Тому не буде зайвим подати й повний виклад відповідних положень даної публікації, що представлені в контексті розкриття можливостей реалізації реформування діяльності органів прокуратури, у частині чого передбачаються суттєве удосконалення й процедури кримінального провадження.

В такому аспекті існуючий принцип змагальності кримінального судочинства (яке не є спортивним змаганням, тут вирішуються долі людей, перш

за все переслідуваної особи та потерпілого) пропонується замінити на принцип встановлення об'єктивної істини з таким більш широким обґрунтуванням.

Передбачене ст. 62 Конституції України положення - всі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого [21], закономірно викликає питання. А чому на користь особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а не потерпілого від цього діяння? [19, с. 281].

У той же час остаточне судове рішення - як обвинувальний, так і виправдальний вирок, мають ґрунтуватися на достатній та узгодженій сукупності значимих, достовірних та доброякісних доказів, а якщо така сукупність відсутня, то в наявності невизначена антиделіктна ситуація, якій має відповідати і невизначене остаточне процесуальне рішення суду, а саме нейтральний вирок (або інше остаточне нейтральне рішення суду, наприклад, у частині застосування примусових заходів виховного або медичного характеру), та процесуальний правовий статус переслідуваної особи, а саме причетний. Причетний відрізняється від виправданого тільки тим, що він не має права подати позов про відшкодування збитків у зв'язку із незаконним притягненням до кримінальної відповідальності. Адже його невинність теж не доведена і також не може ґрунтуватися на припущеннях [19, с. 282].

В рамках вказаної публікації запропоновано ще дуже багато для того, щоб реформувати кримінальний процес, метою якого зараз фактично є створення усіх умов для того, щоб переслідувана особа могла уникнути кримінального покарання або принаймні отримати якомога м'якше покарання. А метою даного судочинства має бути виконання передбаченого ч. 2 ст. 3 Конституції України базисного конституційного обов'язку держави з утвердження і забезпечення прав і свобод усіх громадян [21], причому в рівній мірі, а не однієї особи - переслідуваної особи, за рахунок відповідного порушення правового статусу потерпілого. У такому аспекті необхідно, зокрема:

1. Виключити слідчого, дізнавача, керівників органу досудового розслідування та органу дізнання з числа осіб сторони кримінального провадження з боку обвинувачення, які визнані у такому статусі згідно п. 19 ч. 1

ст. 3 КПК України [24]. Це суперечить, хоча б, такій засаді кримінального провадження, як законність. Згідно ч. 2 ст. 9 КПК України, керівник органу досудового розслідування і слідчий (а треба додати – й керівник органу дізнання та дізнавач) зобов'язані всебічно, повно і об'єктивно дослідити обставини кримінального провадження, виявити як обставини, що викривають, так і виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують або обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень [19, с. 282; 24].

Слідчий, дізнавач, керівники органу досудового розслідування, органу дізнання та суд - це головні суб'єкти кримінального провадження, які ведуть це судочинство і зобов'язані у повній мірі виконати вказані вимоги ч. 2 ст. 9 КПК України [19, с. 283; 24].

2. Удосконалити та практично зрівняти інші процесуальні повноваження прокурора як державного чи громадського обвинувача з адвокатом щодо :

- кількості їх участі на стороні одного відповідно потерпілого та переслідуваної особи на підставі тільки складності і об'ємності справи, а не матеріальних можливостей цих осіб;

- необхідності відкриття перед кожним з них усіх матеріалів кримінального процесу і тих, які звинувачують переслідувану особу, і тих, хто його виправдовують, коли зараз це зобов'язаний робити лише прокурор;

- рівної кримінальної відповідальності усіх особистісних джерел доказів як за дачу завідомо неправдивих показань, так і за відмову від дачі показань, дозволивши в останньому із випадків відмовитися від давання показань щодо близьких осіб лише у тих випадках, коли відповідні обставини можуть бути встановлені за допомогою інших доказів;

- принципово новим баченням сутності допустимості доказів, що є не властивістю доказів, а лише результатом їх оцінки, коли за порушення порядку отримання доказів повинна наступати відповідна юридична відповідальність, тоді як ці порушення не мають тягти за собою автоматичне визнання доказів

неприпустимими, якщо у суду відсутні будь-які сумніви в значимості, достовірності і доброякісності (відсутності внутрішніх суперечностей відомостей, що заважають зробити однозначний висновок) доказів, а також в узгодженості і достатності сукупності таких доказів для прийняття певного остаточного судового рішення;

- можливості прокурора оскаржити, а судді переглядати попередні судові рішення за наявності будь-яких сумнівів у їх законності, обґрунтованості і вмотивованості і незалежно від того, погіршить чи ні це положення переслідуваної особи; та ін. [19, с. 283].

Підтримуючи запропоновані заходи у контексті докорінного реформування кримінального провадження у частині фактичної процесуальної рівності повноважень сторони обвинувачення і сторони захисту і, перш за все, прокурора та захисника, хотілося б висловити й своє ставлення до окремих з викладених положень або навести додаткові аргументи з інших публікацій щодо їх обґрунтованості.

Розпочати варто з викладу додаткових аргументів щодо необґрунтованості підходу з автоматичного визнання доказів недопустимими у разі порушення порядку їх отримання, що набуло особливої актуальності у контексті значної активності авторів реально впровадити у вітчизняне кримінальне провадження так званого принципу «плодів отруйного дерева» і що найбільш широко обґрунтовано у монографії призначеної за нової процедури судді Касаційного кримінального суду Г. Р. Крет [23].

А впровадження власне даного принципу у вітчизняне кримінальне провадження непрямо створює достатньо потужний корупційний фактор (певні обставини чи умови, що сприяють вчиненню корупційних діянь), якій традиційно значно посилює легітимні процесуальні повноваження власне захисників і саме з «розвалу» кримінальної справи і найбільш повного задоволення інтересів переслідуваної особи у частині уникнення належної кримінальної відповідальності чи, принаймні, її пом'якшення.

В той же час треба розуміти, що порушення порядку отримання доказів та процедура притягнення винного в такому порушенні до відповідного виду і ступеня тяжкості юридичної відповідальності, з однієї сторони, та процедура визнання певних відомостей недопустимими якості доказів, з другої сторони, хоча презентують й тісно пов'язані між собою, але все ж таки різні процедури, що мають бути реалізовані самостійно одна від одної і на підставі притаманних власне цим процедурам принципом.

У такому аспекті принципом недопустимості доказів на підставі порушення порядку отримання доказів має бути лише виникнення сумнівів у головних суб'єктів кримінального провадження щодо належного рівня значимості, достовірності та доброякісності цих відомостей, що і заважає визнати їх власне доказами. В іншій ситуації процедура визнання доказів недопустимими і притягнення особи, винної у порушенні порядку отримання доказів, мають бути розведені. Відсутності підстав вже для визнання доказів недопустимими відповідних відомостей у такій ситуації, тобто у разі формування внутрішнього переконання головного суб'єкта в наявності належного ступеня значимості, достовірності та якості цих відомостей, хоча й отриманих з порушенням порядку, але й наявності підстав для притягнення особи, винної в порушенні даного порядку отримання відомостей, до належного виду і ступеня тяжкості юридичної відповідальності. Зрозуміло, що в останньому з випадків, тобто при порушенні порядку отримання відомостей, можуть бути відсутні підстави й для притягнення особи, яка припустилася такого роду порушень й відсутності її вини або за наявності обставин, що виключають протиправність такого роду діянь (необхідна оборона, уявна оборона, крайня необхідність, стан ризику або фізичного чи психічного впливу та ін.).

Звертаючись до практики ЄСПЛ, можна визначити, що загальним критерієм забезпечення презумпції невинуватості є те, що особа повинна визнаватись винною незалежним і безстороннім судом у межах справедливого та гласного судового розгляду. Усі державні органи, представники державної влади зобов'язані утримуватись від наперед визначеного результату судового розгляду.

Так, у справі Мінеллі проти Швейцарії (рішення від 25.03.1983 р.) ЄСПЛ вперше визнав порушення п. 2 ст. 6 Конвенції. Визнавши порушення права вважатись невинуватим, ЄСПЛ зазначив, що п. 2 ст. 6 Конвенції охоплює весь процес кримінального провадження, незалежно від результату обвинувачення, а не тільки розгляд по суті обвинувачення. Питання про наявність чи відсутність порушення принципу презумпції невинуватості тісно пов'язане з питанням про те, чи була надана обвинуваченому можливість захищатись від обвинувачення. Порушення принципу невинуватості має місце в тому випадку, коли ще до того, як винуватість обвинуваченого буде доказаною у відповідності із законом і, зокрема, без надання йому можливості здійснювати своє право на захист, судове рішення, ухвалене відносно нього, відображає думку, що він винуватий. Це може мати місце навіть за відсутності будь-якого формального рішення, достатньо певної підстави стверджувати, що суд вважає обвинуваченого винуватим [95].

У справі Секаніна проти Австрії (рішення від 25.08.1993 р.) ЄСПЛ заявив, що підозри та обвинувачення відносно невинуватості обвинуваченого можна висловлювати до тих пір, доки на підставі кримінального провадження не буде прийнято рішення по суті. Однак після виправдання обвинуваченого не можна керуватись доводами нерозвіяних підозр, виправдання лише на підставі тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого, тощо, оскільки це не сумісне з презумпцією невинуватості [97].

У справі Грабчук проти України (рішення від 21.09.2006 р.) ЄСПЛ нагадав, що презумпція невинуватості порушена, якщо твердження посадової особи щодо особи, обвинуваченої у вчиненні злочину, відображає думку, що особа винна, коли цього не було встановлено відповідно до закону. Цього достатньо, навіть за відсутності жодного формального висновку, що існує деяка підстава припустити, що посадова особа вважає цю особу винною. Питання, чи порушує твердження посадової особи принцип презумпції невинуватості, має бути з'ясоване у контексті тих фактичних обставин, у яких це твердження було зроблене [57].

Досліджуючи інноваційні підходи до розуміння та шляхів вирішення даної проблеми, доцільно звернути увагу, на позицію С.А. Кириченка, який ще у 2009 р.

на рівні кандидатської дисертації започаткував та обґрунтував принципово новий підхід до розгляду даної багатовікової проблеми, запропонувавши ввести новий процесуальний статус переслідуваної особи – причетного, який має з'являється у разі «винесенням остаточного слідчого чи судового рішення про припинення ... провадження по справі за недоведенням вини переслідуваного, коли всі можливості для формування внутрішнього переконання головного суб'єкта про винність або невинність особи вже вичерпані» [18, с. 118-119].

Новітня доктрина причетної особи і нейтрального вироку ґрунтується на тому, що концепція правової визначеності стосується всіх суб'єктів кримінального судочинства і, перш за все, переслідуваного і потерпілого (позивача). Будь-яке, а тим більше остаточне процесуальне рішення по кримінальній справі, має бути постановлене на узгодженій і достатній сукупності доказів, коли кожний окремий доказ має володіти ще й єдністю основних базисних юридичних властивостей (їх значимості, доброякісності, достовірності).

І коли у результаті належної оцінки узгодженої та достатньої сукупності такого роду доказів у судді складеться внутрішнє переконання про винність особи – виноситься обвинувальний вирок, а якщо про невинність особи – виправдувальний вирок [18, с. 52].

Якщо ж існуюча сукупність доказів недостатня для формування внутрішнього переконання судді як першого, так і другого плану, не повинен ухвалюватися виправдувальний вирок, як це вимагають у порушення вимог ч. 3 ст. 62 Конституції України (де в контексті презумпції невинуватості йдеться лише про те, що всі сумніви трактуються на користь обвинуваченого, що унеможливорює ухвалення за такої ситуації лише обвинувального вироку, але ніяк не обумовлює необхідність ухвалення в цій ситуації виправдувального вироку) [21], вимоги ч. 4 ст. 327 «Види вироків» КПК України 1960 р. [25] і п. 2 ч. 1 ст. 373 «Види вироків» КПК Україна 2012 р. [24]. При цьому в останньому з випадків у ч. 3 ст. 373 «Види вироків» КПК Україна, прямо досить упереджено підкреслюється, що «обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і ухвалюється лише за умови доведення у ході судового розгляду винуватості

особи у вчиненні кримінального правопорушення [24], у контексті чого виникає питання, а що, лише обвинувальний вирок не можна ухвалити на припущеннях, а виправдувальний вирок - виходить, що можна. Адже постановлення остаточного процесуального рішення на недостатній та узгодженій сукупності значимих, достовірних і доброякісних доказів – рівнозначна постановленню вироку на припущеннях, що прямо заборонено робити вимогами все тією ж ч. 3 ст. 62 Конституції України [21].

Але ж у ч. 1 ст. 213 «Підстави до закриття справи» КПК України 1960 р. прямо вказувалося, що кримінальна справа закривається 2) при недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину, а у ч. 4 ст. 327 «Види вироків» КПК України 1960 р. прямо вказувалося, що виправдувальний вирок постановляється у випадках, коли ... не доведено участі підсудного у вчиненні злочину [25], тоді як згідно ч. 1 ст. 284 «Закриття кримінального провадження та провадження щодо юридичної особи» КПК України 2012 р., кримінальне провадження закривається в разі, якщо: 3) не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді і вичерпані можливості їх отримати, що має право зробити у силу вимог абз. 3 ч. 4 ст. 284 КПК України лише прокурор і поміж випадків, коли це може зробити суд за вимогами ч. 2 ст. 284 КПК України, такого випадку немає [24].

У той же час у відповідності із вимогами ч. 1 ст. 373 «Види вироків» цього ж кодексу, виправдувальний вирок ухвалюється у разі, якщо не доведено, що : 2) кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим. На користь власне такого рішення суду свідчать й вимоги ч. 2 ст. 17 КПК України, згідно яких, ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом [24].

На підставі викладеного можна зробити висновок, що КПК України передбачає у разі недоведеності вини особи, яка підозрюється у вчиненні злочину обов'язок прокурора закрити справу, що дещо нагадує запропонований авторами варіант вирішення цієї проблеми, але пізніше все ж таки зобов'язує й суд постановляти у

даному випадку виправдувальний вирок, що вже свідчить про те, що зазначена проблема так й залишається не вирішеною [30, с. 45].

Процедурні кодекси й деяких інших країн пострадянського простору також вимагають постановляти виправдувальний вирок у випадку недоведеності вини підсудного, зокрема, п. 4 ч. 1 ст. 42 КПК Азербайджанської Республіки [74], п. 3 ч. 1 ст. 340 КПК Республіки Таджикистан [78], п. 3 ч. 2 ст. 34 КПК Туркменістану [79].

Згідно п. 3 ч. 1 ст. 83 «Підстави для реабілітації» КПК Республіки Узбекистан підозрюваний, обвинувачений чи підсудний визнається невинним і підлягає реабілітації, якщо він непричетний до вчинення злочину [80].

Дещо по-іншому вирішується дане питання й за ч. 2 ст. 36 КПК Республіки Вірменія, згідно якої кримінальне переслідування, а також провадження у справі підлягають припиненню в результаті недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину, якщо вичерпані всі можливості отримання нових доказів [75]; ч. 3 ст. 82 КПК Грузії - для визнання особи винною за обвинувальним вирокком необхідна сукупність доказів, яка узгоджується між собою і не викликає розумних сумнівів [76]; ч. 2 ст. 35 КПК Республіки Казахстан - провадження по справі припиняється при доведеності відсутності події чи складу злочину, якщо всі можливості збирання додаткових доказів вже вичерпані [77].

Процедурні кодекси інших країн пострадянського простору, як бачимо, практично уникають вирішення зазначеного питання, усвідомлюючи, мабуть, те, що пряма вказівка на необхідність виправдання особи, вина якої у вчиненні злочину не доведена не є достатньо обґрунтованою, але й альтернативних шляхів вирішення даного питання законодавці та вчені цих країн поки-що не вбачають [30, с. 46].

Саме тому особливу наукову актуальність набуває й необхідність встановлення об'єктивної істини як у кримінальному, так й в будь-якому іншому виді судочинства.

Тому у разі недоведеності як винуватості, так і невинуватості переслідуваної особи (що часто виникає у результаті навмисних діянь переслідуваної особи та його адвоката із «розвалу кримінальної справи») фактично має місце недостатня

(невизначена) сукупність доказів, яка не може обумовити появу визначеного правового статусу суб'єктів кримінального судочинства [30, с. 45].

У цьому випадку і повинно ухвалюватися відповідно такій ситуації невизначене процесуальне рішення – визнання переслідуваної особи причетним та постанову нейтрального вироку, що не дає права переслідуваній особі пред'явити позов до держави (фактично – до законослухняних платників податків) про відшкодування матеріальної та моральної шкоди у зв'язку з притягненням його до кримінальної відповідальності та з іншими пов'язаними з цим його обмеженнями. Будь-яких інших обмежень правового статусу причетного, у т. ч. судимості, не повинно наступати [19, с. 54].

І власне тому у випадку недоведеності вини переслідуваної особи неможна посилатися на відображення формальних логічних законів суперечності та виключеного третього [36, с. 164], відповідно до яких два судження, в одному з яких щось стверджується, а в другому те саме, в той же час і в тому ж відношенні заперечується, не можуть бути одночасно істинними; із двох суперечливих тверджень одне неодмінно є істинним, друге – хибним, а третього і бути не може.

У разі, якщо сторона обвинувачення не спростує (шляхом кримінального процесуального доказування) усі доводи сторони захисту і таким чином не усуне можливі сумніви в обґрунтованості та достовірності власних висновків, презумпція невинуватості вважається неспростованою і відповідно зберігає свою дію. І у випадках, коли підозрюваний, обвинувачений не доказує належність та допустимість виправдувального доказу, то це логічно повинно означати тільки те, що це питання залишається відкритим (зокрема, для остаточного вирішення його судом), а, значить, в суді має також бути доведена невинуватість особи або має бути постановлено у такій невизначеній судовій ситуації й невизначене остаточне судове рішення – нейтральний вирок із визнанням переслідуваної особи причетним [30, с. 46].

Тому підтримуючи твердження М. Г. Мамки про те, що у світовій історії юриспруденції це правило бере витoki з римського права, зокрема з положення «Indubiorprogeo», що в перекладі означає «маючи сумніви, утримайся» [36, с. 164],

не можна погодитися й з тим, що на початку 20-го ст. деякі вчені стверджували про те, що у кримінальному судочинстві достовірне знання у багатьох випадках не досягне, а його досягнення і не завжди є обов'язковим; для того, щоб визнати обвинуваченого винним, достатньо встановити «максимальну імовірність» його вини [67, с. 66–68].

Остаточне визначене судове рішення – як обвинувальний, так й виправдувальний вирок, має бути основане на визначеній судовій ситуації – наявності у судді сформованого на підставі значимих, достовірних та доброякісних доказів, а також ще на достатній та узгодженій їхній сукупності внутрішнього переконання відповідно про винуватість чи невинуватість переслідуваної особи. І якщо такого переконання немає, в т. ч. й щодо невинуватості переслідуваної особи, то можливе лише відповідне невизначене остаточне судове рішення – нейтральний вирок із визнанням переслідуваної особи причетним [19, с. 52-54].

Тому очевидною є архаїчність на фоні положень викладеної нової доктрини нейтрального вироку та причетної особи вимог ч. 3 ст. 62 Конституції України та ч. 4 ст. 17 КПК України, що зобов'язують всі сумніви при винесенні остаточного процесуального рішення по справі тлумачити на користь переслідуваної особи і що ніяк не означає необхідності їх тлумачити й на користь потерпілого, а має зумовлювати обов'язок постановляти й відповідне невизначене остаточне процесуальне рішення – нейтральний вирок [30, с. 47].

Власне тому неможна погодитися з тими авторами, які й у цій ситуації продовжують підтримувати викладений хибний конституційний та процесуальний підхід. Наприклад, Г.М. Мамка, приділивши даному положенню достатньо значне місце у спеціальній докторській дисертації, все ж таки й через десять років доходить, незважаючи на багаторічне існування викладених інноваційних підходів, хибного висновку про необхідність підтримання очевидно помилкового традиційного підходу і вказаної законодавчої позиції, підкресливши, що: «у випадках, коли об'єктивно зібрати докази, достатні для висновку про наявність чи відсутність вини особи у вчиненні злочину, неможливо, в силу дії

презумпції невинуватості обвинувачений має бути виправданий, а якщо такі сумніви виникли ще на стадії досудового розслідування – кримінальне провадження має бути закрито у зв'язку з невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді і вичерпанням можливості їх отримати» [36, с. 161-168].

На користь цього не може бути приведена й позиція І.В. Рогатюк, який вказує, що подолання сумнівів або ж їх перемога є підставою для винесення об'єктивних рішень під час здійснення кримінальної процесуальної діяльності [58, с. 102]. Такий підхід має бути застосований у контексті остаточних процесуальних рішень у контексті дотримання правового статусу як переслідуваної особи, так і потерпілого.

Перехід від сумнівів до впевненості, від припущень до обґрунтованих категоричних висновків, від імовірності до достовірності є характерним для пізнавальної практики загалом і для дослідження обставин кримінального провадження зокрема. Перехід від імовірного знання до достовірного у кримінальному процесі – достатньо складний шлях [30, с. 47].

Однак, треба мати на увазі, що прийняття визначених процесуальних рішень на підставі ймовірності можливе лише у контексті проміжних процесуальних рішень, що, незважаючи на це, має тлумачитися на користь суб'єкта владних повноважень та потерпілого за умов відповідності повноважень суб'єкта владних повноважень нерозривній єдності таких базисних юридичних властивостей, як їх необхідності, достатності, гуманності, професійності та збалансованості [19, с. 55-56].

При прийнятті ж остаточного процесуального рішення таке рішення має відповідати тій судовій ситуації, яка склалася на цей момент. Визначена судова ситуація, тобто коли є достатня та узгоджена сукупність значимих, достовірних та доброякісних доказів, що свідчить про винуватість чи невинуватість переслідуваної особи, обумовлює обов'язок судді чи колегії суддів постановити відповідно обвинувальний та виправдувальний вирок, а невизначена судова ситуація, тобто за відсутності такої сукупності власне таких доказів, – відповідне

невизначене остаточне судове рішення, тобто нейтральний вирок із наданням переслідуваній особі такого процесуального статусу, як «причетний» [19, с. 52-54].

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку про те, що у літературі існує низка публікацій, в яких обґрунтовується нетрадиційне розуміння рівноваги процесуальних повноважень сторін обвинувачення та захисту, і найбільш значимими у такому аспекті доцільно визнати наступні заходи:

1. Встановити рівну кількість участі обвинувачів та захисників на стороні одного відповідно потерпілого і переслідуваної особи і підстави рівномірного її збільшення на підставі тільки складності і об'ємності справи, а не матеріальних можливостей цих осіб.

2. Передбачити обов'язок відкриття обвинувачем та захисником всіх матеріалів кримінального провадження і тих, які звинувачують переслідувану особу, і тих, які його виправдовують.

3. Встановити однакову кримінальну відповідальність всіх особистісних джерел доказів як за дачу завідомо неправдивих показань, так і за відмову від дачі показань, дозволивши в останньому з випадків відмовитися від давання показань щодо близьких осіб лише у випадках, коли відповідні обставини можуть бути встановлені за допомогою інших доказів.

4. Запровадити принципово нове бачення сутності допустимості доказів, що є не властивістю доказів, а лише результатом їх оцінки, коли за порушення порядку отримання доказів повинна наступати відповідна юридична відповідальність. тоді як ці порушення не повинні тягти за собою автоматичне визнання доказів неприпустимими, якщо у суду відсутні будь-які сумніви в значимості, достовірності і доброякісності (відсутності внутрішніх суперечностей відомостей, що заважають зробити однозначний висновок) доказів, а також в узгодженості і достатності сукупності таких доказів для прийняття певного остаточного судового рішення.

5. Передбачити можливість прокурора оскаржити, а судді переглядати попередні судові рішення за наявності будь-яких сумнівів у їх законності,

обґрунтованості і вмотивованості і незалежно від того, погіршить чи ні це положення переслідуваної особи.

6. Замінити принцип змагальності сторін у кримінальному провадженні на принцип встановлення об'єктивної істини і вирішення справи лишена її основі.

7. Передбачити правило, згідно якому визначене остаточне рішення суду (обвинувальний чи виправдувальний вирок, ухвала суду про застосування чи відмову в застосуванні примусових заходів виховного або медичного характеру та ін.) може постановлятися лише у визначеній судовій ситуації, тобто у разі наявності внутрішнього переконання судді по необхідності постановлення даного рішення тільки на основі узгодженої та достатньої сукупності значимих, достовірних та доброякісних доказів, а у невизначеній судовій ситуації – й невизначене остаточне судове рішення (нейтральний вирок чи ухвала).

ВИСНОВКИ

У кваліфікаційній роботі були досліджені правові та організаційні питання, які пов'язані із участю захисника в реалізації засади забезпечення права на захист. Проведене наукове дослідження дає можливість сформулювати наступні висновки:

1. Розкрито матеріальний зміст та структуру засади забезпечення права на захист через сукупність правових вимог, умов та гарантій здійснення процесуальних можливостей підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого на захист, зокрема: а) право на професійну правничу допомогу захисника, участь якого не звужує процесуальних прав підзахисного; б) наявність обов'язку в слідчого, прокурора, слідчого судді, суду щодо забезпечення права на захист та роз'яснення прав підозрюваному, обвинуваченому; в) гарантування державою забезпечення надання безоплатної правової допомоги підозрюваному, обвинуваченому у випадках передбачених Законом.

2. Визначено суб'єктів захисту як осіб, учасників кримінального провадження, що віднесені кримінально-процесуальним законом до сторони захисту, які наділені процесуальними правами та обов'язками й виконують у зв'язку з цим процесуальну функцію захисту. Запропоновано класифікацію суб'єктів захисту залежно від інтересів, порядку вступу у кримінальне провадження, правового статусу на: 1) особа, яка відповідно до закону має право на захист – це підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні; 2) захисники; 3) законні представники. З'ясовано, що в кримінальному процесуальному законі прослідковується змішування понять «правнича допомога», «захист», «представництво», а також – «захисник» та «представник». З метою забезпечення однакового розуміння зазначених понять запропоновано КПК доповнити статтею, яка б визначала можливість отримання

професійної правничої допомоги усіма учасниками кримінального провадження, які її потребують, – «Професійна правнича допомога».

3. Уточнено, що захисником у кримінальному провадженні є адвокат, відомості про якого внесені до Єдиного реєстру адвокатів України, який відповідно до норм кримінально-процесуального закону залучається для захисту прав, свобод від імені та в законних інтересах підозрюваного (обвинуваченого, засудженого, виправданого) та надає необхідну юридичну допомогу в реалізації його процесуальних прав. З'ясовано, що правовий статус захисника розкривається із врахуванням ролей в яких він одночасно виступає у кримінальному провадженні, зокрема як 1) суб'єкт захисту у кримінальному провадженні, 2) представник особи, захист якої він здійснює, 3) адвокат, який є членом Національної асоціації адвокатів України.

4. Встановлено, що організаційними умовами засади забезпечення права на захист є ефективність функціонування в державі інституту адвокатури та системи безоплатної вторинної правової допомоги. Для цілей організації захисту на професійному рівні сучасними позитивними тенденціями визначено запровадження «адвокатської монополії», створення єдиної професійної організації адвокатів – НААУ, підвищення вимог щодо доступу до адвокатської професії, посилення дисциплінарної відповідальності та підвищення професійної кваліфікації, запровадження та дотримання гарантій прав адвокатів та інші, аналіз яких дозволяє зробити висновок, що в державі посилено конституційний статус адвокатури.

5. Відповідно до усталеної прецедентної практики ЄСПЛ гарантіями права на захист на досудовому розслідуванні є: принцип раннього доступу до захисника своїх прав, вільного вибору адвоката, забезпечення права підозрюваного на ефективну правову допомогу, правову допомогу за рахунок держави, достатнього часу та можливостей для підготовки захисту. Доведено, що в Україні залишається проблемним забезпечення права на захист потенційно причетних осіб до вчинення кримінального правопорушення, тому існує необхідність законодавчого визначення учасника кримінального провадження «особи, причетність якої до

вчинення кримінального правопорушення перевіряється» щодо якої отримано фактичні дані про її можливу причетність до вчинення кримінального правопорушення і які перевіряються шляхом проведення слідчих або негласних слідчих (розшукових) дій. Обґрунтовано доцільність визначення процесуального статусу особи, причетність якої до вчинення кримінального правопорушення перевіряється, зокрема щодо забезпечення права на захист такої особи.

6. Констатовано, функціонування системи БВПД в Україні породжує багато практичних проблем, що суперечать дотриманню незалежності адвокатури та забезпеченню права на захист. Висловлено пропозиції щодо передачі Національній асоціації адвокатів України повноважень із організації та управління системою БПД, забезпечення права на вільний вибір захисника за рахунок держави, запровадження критеріїв її надання, створення гарантій для отримання БВПД не лише підозрюваним та обвинуваченим, але й виправданим та засудженим.

7. Доведено, що процесуальна форма здійснення повідомлення про підозру не забезпечує можливість його оскарження як процесуального рішення. Обґрунтовано необхідність обов'язкового винесення слідчим, прокурором постанови про повідомлення про підозру, також про відмову у початку досудового розслідування, що, може бути оскаржено в законному порядку та є гарантованим конституційним правом особи на захист. Проаналізовано можливості захисника-адвоката щодо ознайомлення з матеріалами провадження, оскарження процесуальних дій, рішень та бездіяльності посадових осіб під час досудового розслідування та запропоновано встановлення конкретних строків для повідомлення сторони захисту про результати розгляду клопотань та встановлення строку надання матеріалів досудового розслідування для ознайомлення, створення механізмів їх забезпечення.

8. Розглянуто одне із нетрадиційних розумінь поняття рівності повноважень сторони захисту та обвинувачення у кримінальному судочинстві. Згідно із зазначеною думкою, варто передбачити правило, у відповідності до якого визначене остаточне рішення суду (обвинувальний чи виправдувальний вирок, ухвала суду про

застосування чи відмову в застосуванні примусових заходів виховного або медичного характеру та ін.) може постановлятися лише у визначеній судовій ситуації, тобто у разі наявності внутрішнього переконання судді по необхідності постановлення даного рішення тільки на основі узгодженої та достатньої сукупності значимих, достовірних та доброякісних доказів, а у невизначеній судовій ситуації – й невизначене остаточне судове рішення (нейтральний вирок чи ухвала).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Актуальні проблеми конституційного права України: підруч. / за заг. ред. проф. Олійника А. Ю. Київ, 2013. 554 с.
2. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. Москва, 2001. 752 с.
3. Алієв Г. З., Самодіна О.О., Самодін А.В. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України. *Юридична наука*. 2013. № 3. С. 91-99.
4. Артеменко І. І. Деякі аспекти залучення законного представника у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Випуск 35. Частина І. Том 3. С. 82-85.
5. Бакаянова Н. М. Підвищення кваліфікації адвоката в світлі реалізації принципів організації та діяльності адвокатури. *Право і суспільство*. 2012. № 2. С. 328-331.
6. Балацька О. Р. Участь захисника в реалізації засади забезпечення права на захист : правові та організаційні аспекти : дис. ... канд. юрид. наук (д-ра філософії): 12.00.09 / Академія адвокатури України. Київ, 2018. 249 с.
7. Барщевский М. Ю. Адвокатская этика. 2-е изд., испр. Москва, 2000. 312 с.
8. Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 490 с.
9. Гармаєв Ю. П., Зейкан Я. П. Адвокат у кримінальному судочинстві. Харків, 2007. Кн. 1: Незаконна діяльність адвокатів: Російсько-український аспект. 816 с.
10. Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: навч. посібник. Київ, 2003. 352 с.

11. Гончаренко С. В. Проблемы оказания бесплатной правовой помощи. *Краткий обзор последних тенденций. Адвокат*. 2011. № 11. С. 12–16.
12. Данилюк Т. М. Сучасне забезпечення права на захист у кримінальному провадженні. *Форум права*. 2012. № 3. С. 158 – 162.
13. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса. Москва Юрид. лит. 1971. 138 с.
14. Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Нац. акад. внутрішніх справ. Київ, 2017. 233 с.
15. Элькин П. С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе. Вопросы защиты по уголовным делам: сб. статей / Под. ред. П. С. Элькин. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1967. 203 с.
16. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 26.11.2020).
17. Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі: наук.-практ. комент. Київ, 2011. 600 с.
18. Кириченко С. А. Сутність і класифікація доказів та їх джерел у кримінальному судочинстві; генеза і можливості удосконалення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Класичний приватний ун-т. Запоріжжя, 2009. 221 с.
19. Кириченко А. А., Ланцедова Ю.А. Антикоррупционная парадигма: системное правовое исследование : монография / под ред. А. А. Кириченко. Киев: Издатель Назаров О. А., 2020. 668 с.
20. Конвенція про захист прав і основоположних свобод (Зі змінами та доповненнями внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 26.11.2020).
21. Конституція України: Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 26.11.2020).
22. Костюченко О. Ю. Забезпечення права на захист обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого при апеляційному оскарженні судових рішень. *Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення:*

матеріали міжн. наук.-практ. семінару. 1-2 груд. 2006 р. Харків: ЦНТ «Гопак», 2006. С. 136-141.

23. Крет Г. Р. Міжнародні стандарти доказування у кримінальному процесі України : теоретико-правові і практичні основи : монографія. Калуш: Петраш К. Т., 2020. 452 с.

24. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 26.11.2020).

25. Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон України від 28 груд. 1960 р. № 1001-05. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001-05> (дата звернення: 26.11.2020).

26. Кухарук Ю. О. Деякі питання усунення захисника внаслідок виникнення конфлікту, пов'язаного з суперечністю інтересів підзахисних. *Часопис Академії адвокатури України*. № 3. 2010. С. 34-40.

27. Кучинська О. П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників: монографія. Київ, 2013. 288 с.

28. Кучинська О. П. Забезпечення права на захист та кваліфіковану правову допомогу в кримінальному провадженні. *Юридична Україна*. № 4. 2012. С. 65-69.

29. Ланцедова Ю. О., Остапенко Л. А. Проблеми співвідношення асиметрії повноважень сторін захисту та обвинувачення і принципу змагальності кримінального провадження. *The Journal of Eastern European Law. Журнал східноєвропейського права*. 2018. № 60. С. 80-92.

30. Ланцедова Ю. О., Яцевич Н. А. Дискусійні питання щодо реалізації принципу презумпції невинуватості у кримінальному провадженні. *The Journal of Eastern European Law. Журнал східноєвропейського права*. 2020. № 74. С. 42-50.

31. Ларин А. М. Презумпция невиновности. Москва, 1982. 152 с.

32. Лобойко Л. М. Кримінальний процес: підруч. Київ, 2014. 432 с.

33. Лупинская П. А. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. Киев, 1998. 694 с.

34. Мазяр М. Т. Нормативно-правові передумови засади забезпечення доведеності вини в кримінальному провадженні. *«Малиновські читання»*: матеріали III Міжнародної наук.-практ. конф. 14-15 лист. 2014 р. Острог, 2014. С. 266-267.

35. Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства. Київ, 1999. 320 с.

36. Мамка Г. М. Засади кримінального провадження : наукові та правові основи : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Ун-т держ. фіскальної служби України. Ірпінь, 2019. 466 с.

37. Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України. Харків, 2007. 208 с.

38. Маркуш М. А. Спірні питання структури кримінально-процесуальної діяльності на стадії досудового розслідування справи. *Адвокат*. 2005. № 10. С. 3-7.

39. Михеєнко М. М. Кримінальний процес України: підручник. Київ, 1999. 536 с.

40. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року. Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. К., 1992. С. 36-62.

41. Мокрицька І. Я. Проблеми регулювання правового статусу захисника у кримінальному процесі України. *Форум права*. 2009. № 2. С. 273–42.

43. НААУ побачила у системі БПД загрозу незалежності адвокатури. *Закон і бізнес*. 2015. 8 верес. (№ 36): веб-сайт. URL: http://zib.com.ua/ua/print/118511-nacionalna_asociaciya_advokativ_ukraini_pobachila_u_sistemi_.html (дата звернення: 23.11.2020).

44. Назаров В. В. Кримінальний процес України: навч. посіб. Київ: Атіка, 2008. 584 с.

45. Навроцька В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України. Львів, 2010. 439 с.

46. Ожегов С. И. Словарь русского языка: Около 57000 слов. / под ред. Н. Ю. Шведовой. Москва, 1988. 750 с.

47. Попелюшко В. О. Адвокати та близькі родичі як захисники обвинуваченого: проблемні питання. *Юриспруденція: теорія і практика*. 2006. № 9. С. 28–36.

48. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: монографія. Острог, 2009. 634 с.

49. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

50. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460VI. *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

51. Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 7 черв. 2018 р. № 2447-VIII. *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2447-19#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

52. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22 лист. 2018 р. № 2617-VIII. *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

53. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження: лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 квіт. 2013 року № 223-558/0/4-13. *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13> (дата звернення: 23.11.2020).

54. Про узагальнення судової практики забезпечення права на захист у кримінальному провадженні. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду

України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 9 від 25 вересня 2015 року. URL: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2015_rik.html (дата звернення: 23.11.2020).

55. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 черв. 2016 р. № 1402-VIII. *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 23.11.2020).

56. 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 статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09> (дата звернення: 23.11.2020).

57. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Грабчук проти України» від 21 вер. 2006 р. (заява № 8599/02). *Zakon.rada.gov.ua*: веб-сайт. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_118. (дата звернення: 23.11.2020).

58. Рогатюк І. В. Обвинувачення у кримінальному процесі України: монографія. Київ: Атіка, 2007. 160 с.

59. Савицкий В. М. Государственное обвинение в суде. Москва, 1971. 356 с.

60. Савицкий В. М. О принципах уголовного процесса. Проблемы кодификации уголовно-процессуального права. Москва: Юрид. лит., 1987. С. 19-30.

61. Сапін О. В., Вишневська О. Ю. Проблеми процесуального статусу адвоката в кримінальному провадженні: вітчизняний та зарубіжний досвід. *Право і суспільство*. 2015. № 2. С. 259-263.

62. Система безоплатної правової допомоги в Україні. Поточні проблеми та рекомендації. Звіт Національної асоціації адвокатів України. Київ. 2016. URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/news/advocatura/2016-05-18.zvit.bpd.pdf>. (дата звернення: 23.11.2020).

63. Скрябін О. М. Участь захисника в окремих кримінальних провадженнях: монографія. Запоріжжя, 2017. 380 с.

64. Смирнов Є. Статус захисника як суб'єкта доказування у кримінальному судочинстві. *Підприємництво, господарство і право*. 2014. № 12. С. 82–85.

65. Строгович М. С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. Москва, 1984. 167 с.

66. Строгович М. С. Советский уголовный процесс. Москва: Госюриздат. 1946. 482 с.

67. Тадевосян В. С. К вопросу об установлении материальной истины в уголовном процессе. *Советское государство и право*. 1948. № 6. С. 66–68.

68. Татаров О. Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі України: теоретико-правові та організаційні засади (за матеріалами МВС): монографія. Київ; Донецьк: ТОВ «ПРОМІНЬ», 2012. 640 с.

69. Татаров О. Ю. Проблеми збирання доказів стороною захисту в кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми розслідування злочинів: зб. тез доповідей III Всеукраїнської наук.-практ. конф.* 1 лип. 2014 р. Київ, 2014. 312 с.

70. Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України: підручник. Київ: А.С.К., 2003. 1120 с.

71. Титаренко В. В. Вопросы тактики участия защитника в производстве следственных и судебных действий. *Криминалистика и судебная экспертиза*. 1979. Вып. 19. С. 33-38.

72. Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві: монографія. Донецьк: ДЮІ, 2005. 256 с.

73. Українсько-німецький форум адвокатів. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. № 5 (23). 2016. С. 3-5.

74. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики: Закон Азербайджанской Республики от 14 июля. 2000 г. № 907-IQ, с изм. согласно закона АР от 2 мая 2017 г. № 665-VQD. *СПС Законодательство стран СНГ*: веб-сайт. URL: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=11597 (дата звернення: 26.11.2020)

75. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения: Закон Республики Армения от 1 сент. 1998 г. № ЗР-248, с изм. согласно закона РА от 7 июля. 2016 г. № ЗР-111. *СПС Законодательство стран СНГ*: веб-сайт. URL: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=7460 (дата звернення: 26.11.2020).

76. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии : Закон Грузии от 9 окт. 2009 г. № 1772-Пс. *Право*: веб-сайт. URL: http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/-09_10_2009.pdf (дата звернення: 26.11.2020)

77. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан : Закон РК от 4 июля. 2014 г. № 231-V, с изм. согласно закона РК от 11 июля. 2017 г. № 91-VI. *Online.zakon.kz*: веб-сайт. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#pos=1;-107 (дата звернення: 26.11.2020).

78. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан: Закон Республики Таджикистан от 3 дек. 2009 г. № 564. *Online.zakon.kz* : веб-сайт. URL : https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30594304#pos=100;-179 (дата звернення: 26.11.2020).

79. Уголовно-процессуальный кодекс Туркменистана: закон Туркменистана от 18 апр. 2009 г. *Online.zakon.kz*: веб-сайт. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31344376#pos=0;200 (дата звернення: 26.11.2020).

80. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан: Закон Республики Узбекистан от 22 сент. 1994 г. № 2013-ХІІ, с изм. согласно закона РУ от 14 сент. 2017 г. № ЗРУ-446. *СПС Законодательство стран*: веб-сайт. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1013 (дата звернення: 26.11.2020).

81. Постанова Верховного Суду. Справа № 752/11464/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72150999> (дата звернення: 26.11.2020).

82. Ухвала Печерського районного суду м. Києва. Справа № 757/45692/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61904186> (дата звернення: 26.11.2020).

83. Ухвала Печерського районного суду м. Києва. Справа № 757/12450/17-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65693418> (дата звернення: 26.11.2020).

84. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: наук.-метод. посіб. для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. 208 с.

85. Хмелевська Н. В. Розмежування понять «правова допомога» та «юридична допомога» як основа цілісної системи правової допомоги. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 3(25). С. 143-149.

86. Цимбал-Семенчук І. Ю. Правовий статус захисника у кримінальному судовому провадженні: національно-правове регулювання. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2013. Вип. 6. Том 2. С. 146-149.

87. Чайка Р. А. Участь захисника на досудовому слідстві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. Харків, 2008. 19 с.

88. Яновська О. Г. Європейські стандарти надання безоплатної правової допомоги в кримінальному судочинстві: проблеми реалізації в Україні. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2013. № 6. С. 199-202.

89. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства: монографія. Київ, 2011. 303 с.

90. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України / О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Л. М. Лобойко, З. М. Саїдова. К.: «Арт-Дизайн», 2014. 48 с.

91. Справа «Балицький проти України» (заява № 12793/03) *Case of Brusco v France*. 14.10.2010. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-101148%22%5D%7D> (дата звернення: 26.11.2020).

92. *Case of Croissant v. Germany*. 25.09.1992. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-57736%22%5D%7D> (дата звернення: 26.11.2020).

93. Case of Krombach v. France. 13.05.2001. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-59211%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-59211%22]}) (дата звернення: 26.11.2020).

94. Case of Leonid Lazarenko v. Ukraine. 28.10.2010. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-107621&filename> (дата звернення: 26.11.2020).

95. Case of Minelli v. Switzerland. Application no. 8660/79. HUDOC. European Court of Human Rights : веб-сайт URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57540> (дата звернення: 26.11.2020).

96. Case of Panovits v. Cyprus. 11.12.2008. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-119828%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-119828%22]}) (дата звернення: 26.11.2020).

97. Case of Sekanina v. Austria. Application no. 13126/87. HUDOC. *European Court of Human Rights* : веб-сайт. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57842> (дата звернення: 26.11.2020).

98. Case of Shabelnik v. Ukraine. 19.02.2009. *Judgment of the European Court of Human rights*. веб-сайт. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-107689&filename=> (дата звернення: 26.11.2020).

99. Case of Yaremenko v. Ukraine. 12.06.2008. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-125996%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-125996%22]}) (дата звернення: 26.11.2020).

100. Case of Zagorodniy v. Ukraine. 24.11.2011. *Judgment of the European Court of Human rights*: веб-сайт. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-08723&filename20> (дата звернення: 26.11.2020).