

Summary

Andrushko A. Prevention of unlawful deprivation of liberty or abduction of a person.

The article analyzes prospective modes of prevention of unlawful deprivation of liberty or abduction of a person (article 146 of the Criminal Code of Ukraine) based on available empirical evidence and special research literature.

Key words: crimes against liberty, honor and dignity of a person, unlawful deprivation of liberty, abduction of a person, crime prevention, victimological prevention.

УДК 343.137(477)(073)

В.К. ВОЛОШИНА

Владлена Костянтинівна Волошина, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат

ORCID: 0000-0001-8772-4172

ЩОДО ПРАВА НА ЕФЕКТИВНИЙ ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше 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» (п. 3(с) ст. 6 ЄКПЛ)¹. Ефективний захист прав людини в кримінальному провадженні неможливий без усвідомлення ролі спеціальних правових інститутів у цьому процесі, а саме – адвокатури, покликаної активно сприяти охороні прав і свобод громадян, зміцненню законності й здійсненню правосуддя. Мету адвокатської активності в кримінальному провадженні взагалі можна визначити як протест проти порушення будь-яких прав та інтересів осіб, представництво або захист яких здійснює адвокат².

Відповідно до п. 5 ст. 1 Закону України (далі – ЗУ) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³ захист – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення. Здавалося б, забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів – завдання, що наперед вказує на невіддільність ефективності та результативності як кінцевої мети захисту, однак проблематика ефективного захисту прав людини в кримінальному провадженні тривалий час залишається досить актуальною.

Стаття 34 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вказує на те, що підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку, а саме: порушення вимог несумісності; порушення присяги адвоката України; порушення правил адвокатської етики; розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; невиконання або неналежає виконання своїх професійних обов'язків; невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом. Так, ухвалою колегії суддів Печерського районного суду м. Києва від 15 жовтня 2013 р. вирішено довести до відома Київської міської кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури інформацію про неявку захисників для проведення перевірки та за наявності підстав вжиття заходів дисциплінарного реагування за фактом самоусунення адвокатів Г. та Б. від захисту інтересів обвинуваченого⁴. Щорічна статистична звітність КДКА регіонів вказує на те, що таких прикладів чимало (за 2018 р., зокрема, прийнято в цілому по Україні 38 рішень про припинення прав на заняття адвокатською діяльністю⁵).

Перешкоди ефективному захисту у кримінальному провадженні криються і в іншому. Аналіз практики показує, що, по-перше, наданих професійному захисникові процесуальних прав замало для реалізації ним своїх завдань та суспільно корисних професійних знань і здібностей, по-друге, явно недостатньо для адекватного протистояння в змагальному судовому процесі стороні обвинувачення, по-третє, надані таким чином права не досить чітко прописані в законі, засіяні юридичними фікціями і невдалою, розпливчатою термінологією, що ускладнює можливість ефективного їх використання. Кримінально-процесуальне законодавство та законодавство про адвокатуру й адвокатську діяльність потребують гармонізації та суттєвого вдосконалення⁶.

Забезпечення обвинуваченому права на захист згідно зі ст. 129 Конституції України є основною засадою судочинства, а відповідно до ст. 7 Кримінального процесуального кодексу забезпечення права на захист віднесено до загальних засад кримінального провадження. Стаття 59 Основного Закону проголошує право кожного на професійну правничу допомогу та вільний вибір захисника своїх прав, а ст. 63 – закріплює право на захист підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного⁷.

Слід зауважити: виходячи з того, що захист від акту підозри здійснюється на досудовому слідстві, захист від обвинувачення – в судовому провадженні, а у ст. 131-2 Конституції України законодавець чітко вказує, що «виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення», як розуміти в такому разі монополію адвокатів, якщо йдеться про захист від підозри під час досудового провадження?

Погоджуємося, що ефективний захист у кримінальному процесі/кримінальній справі передбачає цілу низку взаємопов'язаних процесуальних прав. Найбільш очевидним є право на юридичну допомогу – право, визнане в усіх міжнародних конвенціях та інших правових інструментах, які стосуються провадження в кримінальних справах. Якою доброю не була би допомога захисника, вона сама по собі не гарантує справедливий судовий розгляд у разі відсутності інших складників ефективного захисту. Ефективний захист у кримінальному процесі неодмінно вимагає, щоб підозрюваний або обвинувачений був здатен брати участь у процедурах, які щодо нього проводяться; щоб він розумів, що йому кажуть, а інші розуміли його; щоб йому надали інформацію про підозру чи обвинувачення; щоб він був поінформованим про підстави прийнятих у справі рішень; щоб він мав доступ до матеріалів справи; щоб йому надали достатньо часу і можливостей для відповіді на обвинувачення і на підготовку до судового розгляду справи; щоб підозрюваний або обвинувачений міг надати інформацію та докази, які свідчать на його користь⁸.

У ст. 20 КПК, що розкриває зміст забезпечення права на захист як загальної засади кримінального провадження, закріплено право підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватись правовою допомогою захисника, реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК⁹. Відповідно до положень ст. 48 КПК захисник може у будь-який момент бути залучений підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Крім того, право на захист захисника забезпечується, зокрема, нормами КПК, які регламентують обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні (ст. ст. 49, 52 КПК), визнання недопустимими доказів, отриманих внаслідок порушення права особи на захист (ст. 87 КПК), особливості реалізації права на відмову від захисника (ст. 54 КПК), можливість підготовки до захисту від нового (ст. 338 КПК) або від додаткового обвинувачення (ст. 339 КПК), здійснення судового провадження за відсутності захисника як підставу для скасування судового рішення (п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК)¹⁰.

Ефективна реалізація права на захист у кримінальному провадженні безсумнівно вимагає застосування прецедентної практики ЄСПЛ. Правову позицію ЄСПЛ щодо початкового етапу забезпечення права на захист у кримінальному провадженні викладено, зокрема, в п. 63 рішення ЄСПЛ від 09 червня 2011 р. у справі «Лучанінова проти України»¹¹, де зазначено, що «для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження» (п. 52 рішення ЄСПЛ від 27 листопада 2008 р. у справі «Сальдуз проти Туреччини»). У справі «Яременко проти України» від 12 червня 2008 р. ЄСПЛ підкреслив, що вимоги ст. 6 Конвенції можуть також враховуватися ще до того, як справу передано на розгляд суду, а також у разі, якщо недотримання таких вимог на самому початку може серйозно позначитися на справедливості судового розгляду (див. рішення у справі «Імбріосія проти Швейцарії» (*Imbrioscia v. Switzerland*) від 24 листопада 1993 р., серія А, № 275, с. 13, п. 36; та у справі «Оджалан проти Туреччини» (*Ocalan v. Turkey*), [GC], № 46221/99, п. 131, ECHR 2005). Спосіб застосування п. 1 і п. 3(с) ст. 6 на етапі розслідування залежить від особливостей відповідного провадження та фактів конкретної справи. Стаття 6, як правило, вимагає надання обвинуваченому можливості скористатися допомогою захисника вже на початкових етапах допиту (див. рішення у справі «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» (*John Murray v. the United Kingdom*) від 8 лютого 1996 р., Reports 1996-I, с. 54–55, п. 63; та згадане вище рішення у справі Оджалана, п. 131).

Згідно з п. 262 рішення ЄСПЛ від 21 квітня 2011 р. у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду¹². Також у п. 89 рішення ЄСПЛ від 13 лютого 2001 р. у справі «Кромбах проти Франції» вказано, що хоча право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом не є абсолютним, воно становить одну із головних підвалин справедливого судового розгляду. Це ж зазначив ЄСПЛ і у рішеннях у справах «Яременок проти України», «Шабельник проти України»¹³.

У всіх випадках, коли інтереси правосуддя вимагають призначення адвоката, обвинувачений має право на допомогу юриста, досвід та компетентність якого відповідають характеру правопорушення, щоб він міг надати ефективну правову допомогу. Це вже питання, зокрема, активності суду щодо забезпечення права на ефективний захист. Національні суди не повинні пасивно спостерігати за випадками неефективного юридичного представництва. Що стосується адвокатів, призначених компетентними органами, то позиція Суду навіть більш суворіша – суди повинні ще уважніше спостерігати за діями таких захисників («Санніно проти

Італії»¹⁴, «Кускані проти Сполученого Королівства»). Крім того, якщо цього вимагають обставини справи, суду слід дослідити, якою мірою адвокат виконує свої обов'язки («Дауд проти Португалії»). Однак просте призначення національними органами захисника не гарантує ефективну правову допомогу (п. 65 рішення ЄСПЛ від 19 грудня 1989 р. у справі «Камазінські проти Австрії»).

Суд повторює, що призначення захисника саме по собі необов'язково означає дотримання вимог підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки захиснику, призначеному з метою надання правової допомоги, можуть перешкоджати у виконанні його обов'язків або він може ухилитися від їх виконання (рішення у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine), п. 67). Компетентні національні органи влади мають втрутитися відповідно до підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, якщо нездійснення захисником, призначеним у рамках правової допомоги, ефективного представництва інтересів захисника є явним або належним чином доведено до їхнього відома в інший спосіб (див. рішення у справах «Камазінський проти Австрії» (Kamasinski v Austria), від 19 грудня 1989 р., п. 65, Series A № 168; «Дауд проти Португалії» (Daud v. Portugal), від 21 квітня 1998 р., п. 38, Reports 1998-II та рішення у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine)¹⁵).

Суд підкреслює, що підпункт «с» п. 3 ст. 6 Конвенції вимагає не просто «призначення» захисника, який би виступав від імені обвинуваченого, а того, щоб право на юридичну допомогу здійснювалось практично та ефективно, щоб забезпечити достатній захист («Артіко проти Італії»¹⁶, «Імбріюша проти Швейцарії»). Оцінити, чи було таке юридичне представництво практичним та ефективним, можна лише на основі конкретних обставин справи, розглядаючи процес в цілому («Куліковський проти Польщі»).

В інших випадках, зважаючи на незалежність адвокатської діяльності від держави, здійснення захисту є по суті питанням підсудного та його захисника, незалежно від того, чи цей захисник був призначений у рамках надання правової допомоги, чи він фінансується у приватному порядку (див. рішення від 24 вересня 2002 р. у справі «Каскені проти Сполученого Королівства» (Cusani v. the United Kingdom), заява № 32771/96, п. 39 та рішення у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine).

Особа, проти якої висунуті кримінальні обвинувачення, яка не бажає захищатись особисто, повинна бути в змозі скористатись юридичною допомогою за власним вибором (див. рішення від 16 квітня 2009 р. у справі «Ханжевачкі проти Хорватії» (Hanzevadki v. Croatia), заява № 17182/07, п. 21, з подальшими посиланнями). Проте це останнє право також не може вважатись абсолютним. Таким чином, національні суди можуть не прийняти вибір особи, коли існують відповідні та достатні підстави вважати, що того вимагають інтереси правосуддя (див. рішення від 25 вересня 1992 р. у справі «Круассан проти Німеччини» (Croissant v. Germany), п. 29, Series A № 237 B) та рішення у справі «Майзіт проти Росії» (Mayzit, v. Russia), п. 66)¹⁷.

Отже, компетентні національні органи зобов'язані втрутитись не лише у випадку «очевидної» нездатності призначеного для надання правової допомоги адвоката забезпечити ефективне представництво обвинуваченого, але також, якщо вони достатньою мірою обізнані про це будь-яким іншим чином («Камазінські проти Австрії»). Вони можуть зробити це, замінивши адвоката, змусивши його виконувати свої обов'язки або вживаючи інших заходів, у тому числі зупинивши судовий процес, щоб надати адвокату можливість виконувати свої обов'язки ефективно («Артіко проти Італії»). Тому долучаємося до думки О. Кучинської, що закріплений ч. 2 ст. 20 КПК України обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, суду забезпечити підозрюваному, обвинуваченому право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника передбачає не тільки вжиття ними заходів щодо реалізації вільного вибору захисника та відмову від нього або його зміну, організації побачення з ним до першого допиту, призначення захисника за рахунок держави у передбачених законом випадках, а й обов'язок відповідного реагування на факти, які відверто вказують на некомпетентність та неефективність захисту. За наявності таких фактів, якщо вони знаходять своє відображення у процесуальних документах, відсутність адекватної реакції з боку посадових осіб органів досудового слідства, дізнання, прокуратури або суду на них є порушенням підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції. Тому вживати заходів щодо припинення порушення права обвинуваченого на ефективний захист зазначені посадові особи повинні як за клопотанням обвинуваченого (наприклад, про заміну захисника у зв'язку з його некомпетентністю), так і з власної ініціативи¹⁸.

Так, ЄСПЛ неодноразово констатував порушення права на захист в Україні у справах, де захисник де-юре був призначений, проте не здійснював ефективний захист. Наприклад, у згаданому вище рішенні «Яременко проти України» Суд підкреслив, що той факт, коли кожен із двох інших захисників, які представляли заявника, бачив його лише один раз і тільки під час допиту і що до допиту ніхто з них із заявником не бачився, найімовірніше свідчить про символічний характер їхніх послуг. Суд вважає, що спосіб, у який захисника усунули від участі у справі, та підстави, якими було пояснено це рішення, а також у зв'язку зі стверджуваною відсутністю юридичних підстав для такого заходу, викликають серйозні сумніви щодо справедливості всього провадження у цій справі. Тим самим Судом було встановлено порушення підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції.

Отже, проблематика права на ефективний захист в світлі практики ЄСПЛ вказує, зокрема, на те, що:

- право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду;
- для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження;
- просте призначення національними органами захисника не гарантує ефективну правову допомогу;

– призначення захисника саме по собі необов'язково означає дотримання вимог підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки захиснику, призначеному з метою надання правової допомоги, можуть перешкоджати у виконанні його обов'язків або він може ухилитися від їх виконання;

– національні суди не повинні пасивно спостерігати за випадками неефективного юридичного представництва.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

² Яновська О. Протестна діяльність адвоката в кримінальному провадженні. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 4 (5). С. 124–130.

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

⁴ Прийняття судом відмови від захисника або його заміна. URL: https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/310629/

⁵ Статистична звітність КДКА регіонів за 2018 рік. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/news/zvity/KDKA_rik_2018.pdf

⁶ Тертишник В.М. Правнича допомога та функція захисту: гармонізація доктрини. *Правова позиція*. 2017. № 2. С. 128–136.

⁷ Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁸ Гловюк...

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

¹⁰ Узагальнення судової практики про забезпечення права на захист у кримінальному провадженні від 25 вересня 2015 р. URL: [https://protocol.ua/ua/vssu_uzagalnennya_sudovoi_praktiki_pro_zabezpechennya_prava_na_zahist_u_kriminalnomu_provadzenni_\(vityag\)/](https://protocol.ua/ua/vssu_uzagalnennya_sudovoi_praktiki_pro_zabezpechennya_prava_na_zahist_u_kriminalnomu_provadzenni_(vityag))

¹¹ Лучанінова проти України: рішення ЄСПЛ від 09 червня 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_788

¹² Джон Мюррей проти Сполученого Королівства: рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1994 р. URL:

¹³ Шабельник проти України: рішення ЄСПЛ від 19 лютого 2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457

¹⁴ Санніно проти Італії: рішення ЄСПЛ від 27 квітня 2006 р. URL: <https://www.lawmix.ru/abrolaw/4633>

¹⁵ Ігліні проти України: рішення ЄСПЛ від 12 січня 2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_780

¹⁶ Артїко проти Італії: рішення ЄСПЛ від 04 березня 2013 р. URL: <https://precedent.in.ua/2016/02/25/artuko-protyv-italyy/>

¹⁷ Загородній проти України: рішення ЄСПЛ від 24 листопада 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_739

¹⁸ Кучинська О. Забезпечення права на захист та кваліфіковану правову допомогу в кримінальному провадженні. *Юридика України*. 2012. № 4. С. 65–66.

Резюме

Волошина В.К. Щодо права на ефективний захист у кримінальному провадженні та практики ЄСПЛ.

У статті досліджено проблематику забезпечення права на ефективний захист у кримінальному провадженні. Зазначається, що практика ЄСПЛ вказує на неприпустимість пасивного спостерігання національними судами за випадками неефективного юридичного представництва, а для здійснення обвинувачення свого права на захист йому повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження.

Ключові слова: кримінальне провадження, право на захист, ефективний захист, практика ЄСПЛ.

Резюме

Волошина В.К. Относительно права на эффективную защиту в уголовном производстве и практики ЕСПЧ.

В статье исследовано проблематику обеспечения права на эффективную защиту в уголовном производстве. Отмечается, что практика ЕСПЧ указывает на недопустимость пассивного наблюдения национальными судами за случаями неэффективного юридического представительства, а для осуществления обвинения своего права на защиту ему должна быть обеспечена возможность получить эффективную помощь защитника с самого начала производства.

Ключевые слова: уголовное производство, право на защиту, эффективная защита, практика ЕСПЧ.

Summary

Voloshyna V. Concerning the right to effective protection in criminal proceedings and practices of the ECtHR.

The article examines the issues of ensuring the right to effective protection in criminal proceedings. It is noted that the practice of the ECHR indicates the inadmissibility of passive observation by national courts in cases of ineffective legal representation. To carry out the accused his right to protection, he must be given the opportunity to receive effective assistance from a lawyer from the very beginning of the proceedings.

Key words: criminal proceedings, the right to protection, effective protection, the practice of the ECtHR.