



УДК 343.137.5

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ

Кожевніков Г.К., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри кримінального процесу,
заслужений юрист України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Романюк В.В., старший викладач
кафедри кримінального процесу
Харківський національний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена особливостям участі захисника в кримінальному провадженні щодо неповнолітніх. З'ясовано межі обов'язковості участі захисника у процесуальних діях у вказаному провадженні.

Ключові слова: кримінальне провадження щодо неповнолітніх, інститут захисника у кримінальному судочинстві, процесуальна дія, підстави визначення повноліття дитини.

Стаття посвящена особенностям участия защитника в уголовном производстве в отношении несовершеннолетних. Выяснены пределы обязательности участия защитника в процессуальных действиях в указанном производстве

Ключевые слова: уголовное производство в отношении несовершеннолетних, институт защитника в уголовном судопроизводстве, процессуальное действие, основания определения совершеннолетия ребенка.

Kozhevnikov H.K., Romaniuk V.V., FEATURES OF A DEFENSE COUNSEL'S PARTICIPATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS CONCERNING MINORS

The article is devoted to the features of a defense counsel's participation in criminal proceedings concerning minors. The limits of mandatory participation of a defense counsel in procedural actions in the mentioned proceedings are found out.

Key words: criminal proceedings concerning minors, defense counsel institution in criminal proceedings, procedural act, grounds for determining the age of majority of a child.

Реалізація у кримінальній процесуальній діяльності засад правової держави є необхідною передумовою забезпечення прав, свобод і законних інтересів громадян, які залучаються до участі у кримінальному провадженні. Історично, і це цілком слушно, сталося так, що у кримінальному судочинстві особливу увагу приділено захисту прав і законних інтересів таких його учасників, як неповнолітній підозрюваний чи обвинувачений, оскільки здійснення кримінальної процесуальної діяльності щодо цих суб'єктів пов'язане із вторгненням в особисте життя підлітків, обмеженням у передбачених законом випадках їх конституційних прав і свобод, застосуванням заходів кримінального процесуального примусу, тоді як їх світогляд, психіка і навіть фізичний стан не готові до таких стресів. Враховуючи, що неповнолітньому, який вчинив кримінальне правопорушення і потрапив у сферу дії кримінального судочинства, в силу його вікових та психологічних особливостей, недостачі життєвого досвіду, важко самостійно розібратися в механізмі кримінального провадження, законом передбачена обов'язкова участь захисника у такій категорії кримінальних проваджень.

Стан дослідження. Питання забезпечення прав та законних інтересів неповнолітніх підозрюваних та обвинувачених, особливостей кримінального провадження щодо неповнолітніх у своїх дослідженнях розглядали А.Є. Голубов, М.О. Карпенко, Н.С. Карпов, О.М. Ларін, В.З. Лукашевич, О.О. Левендаренко, Є.Д. Лук'яничков, Е.Б. Мельникова, Г.О. Омельченко, Г.М. Омеляненко, В.Т. Очередін, Д.П. Письменний, А.Б. Романюк, З.Д. Смітєнко, С.М. Стахівський, М.Є. Шумило, В.П. Шибіко, Ю.П. Янович.

Актуальність теми. Питання участі захисника у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх після прийняття нового КПК України ще недостатньо опрацьовані кримінальною процесуальною наукою. Залучення захисників до кримінального провадження у КПК України регламентовано неоднозначно, тому серед науковців зазначене питання є дискусійним. Воно також є актуальним на шляху реалізації положень Закону України «Про Загальнодержавну програму «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року», а також забезпечення гарантування і захисту прав неповнолітніх.

Метою статті є вивчення питання щодо процесуальних особливостей участі захисника у кримінальному судочинстві щодо неповнолітніх. Визначена мета зумовила постановку й розв'язання таких завдань: розглянути загальні правила участі захисника у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх; розробити методологічні рекомендації для слідчих та прокурорів щодо встановлення підстав визначення повноліття дитини; з'ясувати межі обов'язковості участі захисника у процесуальних діях у вказаному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Що стосується участі захисника, то чинний КПК України зберіг підхід щодо його обов'язкової участі у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх незалежно від тяжкості злочину, наявності психічних і фізичних вад і т.п.¹ Ця обов'язкова участь захисника як прояв особливості забезпечення неповнолітнім права на захист у кримінальному судочинстві, як слушно зауважує А.Б. Романюк, викликана специфікою соціального і правового статусу неповнолітнього, в основі якого лежать вікові особливості психофізіологічного розвитку неповнолітніх, що також впливає на саме здійснення захисту цих осіб у кримінальному судочинстві [1, с. 4, 15]. На необхідності забезпечення неповнолітньому права на захист вказується і в п. в ст. 40 Конвенції ООН про права дитини (кожна дитина, яка, як вважається, порушила кримінальне законодавство чи звинувачується у його порушенні, має принаймні гарантії одержання правової й іншої необхідної допомоги при підготовці та здійсненні свого захисту).

Одним із важливих питань, які стосуються участі захисника у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх, є питання, пов'язані із моментом допуску захисника до участі у цьому провадженні та ефективності здійснення ним захисної функції (обов'язковості його участі у провадженні).

Стосовно першого аспекту, то у КПК України питання допуску захисника вирішено у напрямку посилення гарантій прав неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених. Так, за КПК України 1960 року участь захисника при провадженні досудового слідства щодо осіб у віці до 18 років мала місце з моменту визнання особи підозрюваною чи пред'явлення їй обвинувачення. Тобто навіть за наявності даних, що особа є неповнолітньою, момент допуску захисника відкладався до факту надання непо-

внолітньому певного процесуального статусу (підозрюваного чи обвинуваченого). Певним чином це пояснювалося тим, що саме таким учасникам кримінального процесу, як підозрюваний чи обвинувачений і гарантувалося право на захист, складовою якого є право користуватися допомогою захисника й законного представника [2, с. 108]. Відповідно, з моменту набуття процесуального статусу підозрюваного неповнолітній і міг користуватися допомогою захисника. Тому для залучення захисника за КПК України 1960 року повинні бути наявні два юридичні факти: по-перше, встановлення неповноліття особи (особа у віці до 18 років), по-друге, надання їй статусу підозрюваного.

За новим КПК України вказане питання вирішується дещо в інший спосіб. А саме не в залежності від процесуального статусу особи, а в залежності саме від того фактору, який і обумовлює обов'язковість участі захисника у цьому провадженні – неповноліття особи. Більш того, з метою посилення гарантій права неповнолітнього на захист законодавець вимагає забезпечення участі захисника у кримінальному провадженні з моменту виникнення у слідчого, прокурора будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою (п. 1 ч. 2 ст. 52 КПК України). Тобто за відсутності документального підтвердження віку підозрюваного навіть мінімальні сумніви у тому, що особа є неповнолітньою, виступають підставою, щоб залучити адвоката як захисника до участі у кримінальному провадженні. У листі Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх» від 18.07.2013 р. № 223-1134/0/4-13 вказано, що обов'язкова участь захисника забезпечується як з моменту встановлення факту неповноліття, так і з часу виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою [3]. Відповідно, за новим КПК України момент встановлення факту неповноліття підозрюваного вказує на обов'язковість участі у провадженні захисника. Тому для залучення захисника за КПК України 2012 року повинен бути наявний один юридичний факт: встановлення неповноліття особи. Вважаємо, що такий підхід у більшому ступені сприятиме захисту та охороні прав неповнолітніх підозрюваних та обвинувачених.

Звернемо увагу на характеристику законодавцем у п. 1 ч. 2 ст. 52 КПК України поняття «сумнів» – це будь-який сумнів. Як правило, у кримінальному судочинстві використовується дещо інше поняття «поза розумним сумнівом», яке означає: а) доведеність, що може впливати із сукупності

¹ Подібна практика закріплена і в більшості КПК країн колишнього СРСР (ст. 51 КПК РФ, ст. 45 КПК РБ, п. 92.3.5. ст. 92 КПК Республіки Азербайджан, ст. 71 Республіки Казахстан, ст. 83 Латвійської Республіки, ст. 69 Республіки Молдова тощо).



ознак чи неспростовних презумпцій достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою [4]; б) доведеність, що може впливати зі співіснування достатньо переконливих, чітких і узгоджених між собою висновків чи схожих неспростовних презумпцій факту [5]. Як бачимо, поняття «сумнів» потребує певних достатньо вагомих, чітких і узгоджених фактів, ознак тощо. Але щодо випадку визначення моменту залучення захисника до кримінального провадження щодо неповнолітніх законодавець обрав інший підхід. Останній, як ми вважаємо, походить та обумовлений впливом особливого процесуального режиму цього провадження – режим так званої «позитивної дискримінації» або «протекціоністської доктрини» [6, с. 102; 7, с. 15–16]. Цей підхід втілюється у те, що обов'язкова участь захисника забезпечується підозрюваному або обвинуваченому навіть за мінімальних (взагалі будь-яких наявних) сумнівів у тому, що він є неповнолітнім.

Щодо розуміння «виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою», то це повинно стосуватися певної сукупності фактів та обставин, які свідчать про те, що ця особа ймовірно не є повнолітньою. У цьому контексті звернемо увагу на постанову Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» від 30 травня 2008 р. № 5, в якій вказано, що при вирішенні питання про усвідомлення факту вчинення злочинних дій саме щодо неповнолітньої або малолітньої особи враховується вся сукупність обставин справи, зокрема зовнішні фізичні дані потерпілої особи, її поведінка, знайомство винної особи з нею, володіння винною особою відповідною інформацією [8]. В іншому джерелі вказується, що у дослідженій практиці щодо застосування ст. 156 КК України суди посилалися на такі обставини: достовірність знання підсудним віку потерпілої особи – у 42,6 % випадків; самі потерпілі сповіщали про свій вік – у 25,3 % випадків; зовнішній вигляд потерпілих свідчив про їх неповноліття – 13,0 %; поведінка потерпілих свідчила про їх малолітство – 8,7 %; інша інформація давала підстави вважати особу неповнолітньою в 10,4 %. [9, с. 235]. Відповідно, як методологічну рекомендацію для слідчих та прокурорів можна вказати на такі підстави для сумнівів у тому, що особа є повнолітньою: достовірність знання віку особи; сповіщення особи про свій неповнолітній вік; зовнішні фізичні дані особи, що є типовими за ознаками для неповнолітніх; зовнішній вигляд (розмір та моделі одягу і взуття тощо), характерний для не-

повнолітніх; поведінка особи (лихослів'я, замкненість, агресивність, підвищена збудливість тощо) свідчить про їх неповноліття; вказівка потерпілих, свідків, родичів про неповноліття підозрюваного; володіння іншою інформацією, що дає підстави вважати особу неповнолітньою. У свою чергу наявність таких підстав свідчить про необхідність залучення слідчим захисника до участі у кримінальному провадженні.

З наведеного слід вказати на те, що коли слідчим вчиняються процесуальні дії щодо особи, стосовно якої можуть виникнути (чи є в наявності) будь-які із вказаних підстав для сумнівів у тому, що ця особа є повнолітньою, то він зобов'язаний залучити захисника. У випадку незалучення захисника, якщо виявиться що така особа була неповнолітньою, слід констатувати порушення її права на захист. З цього приводу у листі Вишого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18.07.2013 р. № 223-1134/0/4-13 вказано, що докази, отримані внаслідок порушення права неповнолітнього на захист (наприклад, під час здійснення слідчої (розшукової) дії за участю неповнолітнього, але без захисника), є недопустимими, що тягне за собою згідно з ч. 2 ст. 89 КПК неможливість їх дослідження або припинення дослідження таких доказів у судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочато [3].

Окремо розглянемо питання щодо визначення переліку процесуальних дій, у яких може брати участь захисник неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого за діючим КПК України. Адже як вказують фахівці, до прийняття нового КПК України мали випадки їх надзвичайно пасивної поведінки на досудовому слідстві [10, с. 9] або часто захисники були відсутні при провадженні слідчих дій за участі їх неповнолітніх підзахисних, мотивуючи це тим, що їх участь, наприклад, при пред'явленні особи або речей для впізнання, не є для захисника обов'язковою [1, с. 10]. Тому виділимо два аспекти цього питання: по-перше, взагалі у яких діях (слідчих чи процесуальних) може брати участь захисник, по-друге, як корелює обов'язкова його участь у кримінальному провадженні щодо неповнолітнього обов'язковою участю у діях (слідчих чи процесуальних) і яких саме.

Щодо першого аспекту. Як свідчить аналіз статей, якими визначені права та обов'язки підозрюваного (ст. 42 КПК України) та захисника (ч. 4, 5 ст. 46 КПК України), а також порядок залучення захисника до провадження (ст. ст. 48, 49, 53 КПК України), то можна вести мову про те, що його участь можлива у будь-якій процесуальній дії. Цей висновок обумовлений

позицією законодавця, що зустріч підозрюваного із захисником відбувається до першого допиту, а його участь можлива у проведенні допиту та інших процесуальних діях. Стосовно того, що таке процесуальна дія, то пропонуємо виходити із її розуміння з позиції кримінальної процесуальної форми, а саме – обов'язкової фіксації ходу та результатів процесуальних дій. Цей момент відображений зараз у ст. 103 КПК України. Таким чином, процесуальною дією під час кримінального провадження є дія, яка фіксується у протоколі, на носії інформації, у журналі судового засідання. Тобто захисник може приймати участь у будь-яких діях, під час проведення яких передбачено складання вказаних документів.

Стосовно другого аспекту, то, на жаль, законодавець чітко не визначив межі обов'язковості участі захисника у процесуальних діях у вказаному провадженні. Адже, як зазначає Р.С. Холод, присутність професійного захисника при розслідуванні кримінальної справи відносно неповнолітнього не заважає, а суттєво допомагає слідчому в налагодженні контакту з неповнолітньою особою [11, с. 13]. Так, щодо участі захисника, то у § 1 гл. 38 КПК України відсутня окрема стаття або вказівка на правила його участі у цьому провадженні, а є лише норма (ст. 490 КПК України), яка передбачає його присутність винятково при допиті неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого. Вказівку на те, що участь захисника у кримінальному провадженні є обов'язковою, містить лише ч. 3 ст. 499 § 2 гл. 38 КПК України. Для розв'язання цього питання спробуємо здійснити граматичне тлумачення відповідних норм КПК України. Так, п. 10 ст. 3 КПК України визначає кримінальне провадження як досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, де досудове розслідування і судове провадження – це складові (стадії) кримінального провадження (п. п. 5, 24 ст. 3 КПК України). Відповідно, за своїм змістом кримінальне провадження – це процесуальні дії у зв'язку із вчиненням злочину. У свою чергу згідно з п. п. 1, 2 ч. 2 ст. 52 КПК України обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні щодо осіб, які підозрюються або звинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років. Іншими словами, обов'язкова участь захисника забезпечується у процесуальних діях у зв'язку із вчиненням злочину особою, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років – неповнолітнім. Додатковим аргументом цього є

положення ч. 2 ст. 46 КПК України, яка не визнає прийнятною проведення процесуальної дії у разі неприбуття захисника навіть за умови того, що підозрюваний не заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, адже її положення стосуються будь-яких випадків, крім випадків, коли участь захисника є обов'язковою. У цьому контексті підтримаємо думку А.Б. Романюка, що обов'язкова участь захисника у справах неповнолітніх є головним елементом реалізації режиму посиленої охорони прав та законних інтересів при забезпеченні дитині, щодо якої здійснюється провадження в справі, права на захист [1, с. 11]. І обмежувати елемент посиленої охорони, вважаємо, ніяких підстав немає. До того ж свого часу А.Б. Романюком висловлювалися пропозиції щодо необхідності доповнити перелік слідчих дій у справах неповнолітніх, в яких участь захисника є обов'язковою, очною ставкою, пред'явленням для впізнання, відтворення обстановки та обставин події та призначення експертизи щодо неповнолітнього [1, с. 16]. З цим поглядом ми повністю згодні. На цій підставі ми доходимо висновку, що обов'язковий характер участі захисника у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх (п. п. 1, 2 ч. 2 ст. 52 КПК України) означає, що його участь на досудовому розслідуванні потрібно забезпечувати у кожній процесуальній дії, учасником якої є неповнолітній підозрюваний.

Врахування наведених процесуальних і методичних рекомендацій щодо участі у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх захисника, а також реалізація пропозицій щодо його обов'язкової участі у всіх процесуальних діях під час досудового розслідування і судового провадження сприятиме підвищенню ефективності цього провадження в цілому та приділенню першочергової уваги інтересам неповнолітніх у разі вчинення ними кримінальних правопорушень.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Романюк А. Б. Проблеми захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві: автореф. дис... канд. юрид. Наук : 12.00.09 / А. Б. Романюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2004. – 20 с.
2. Кримінальний процес : [підручник] / [Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц, О. В. Капліна, О. Г. Шило]; заред. В. Я. Тацій, Ю. М. Грошевого, О. В. Каплінової, О. Г. Шило ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х. : Право, 2013. – 823 с.
3. Про деякі питання здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх : Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ ; Лист від 18.07.2013 р. № 223-1134/0/4-13 // Закон і Бізнес. – 2013. – № 31 [Електронний ресурс]. –



Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v1134740-13>.

4. Савіцький проти України : остаточне рішення Європейського суду з прав людини (заява № 38773/05) 26 липня 2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_878.

5. Коробов проти України : остаточне рішення Європейського суду з прав людини (заява № 39598/03) від 21 жовтня 2011 року (офіційний переклад МегаНаУ) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1079.6122.0>.

6. Крестовська Н. Становлення ювенального права в Україні / Н. Крестовська // Юридичний вісник. – 2003. – № 3. – С. 100–104.

7. Мельникова Э. Б. Ювенальная юстиция : Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии / Э. Б. Мельникова. – М. : Дело, 2000. – 272 с.

8. Про судову практику у справах про злочини проти статеві свободи та статеві недоторканості особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 5 // Інформаційний сервер Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-08>.

9. Світличний О. О. Суб'єктивні ознаки розбещення неповнолітніх / О. О. Світличний // Вісник Запорізького національного університету. – 2011. – № 1. – С. 232–237.

10. Карпенко М. О. Особливості провадження у справах про злочини неповнолітніх : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / М. О. Карпенко ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2004. – 20 с.

11. Холод Р. С. Правовий статус неповнолітнього обвинуваченого на досудовому розслідуванні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Р. С. Холод ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2006. – 17 с.