

УДК 343.13

DOI: <https://doi.org/10.32631/v.2024.2.14>

Микола Миколайович Коломойцев,

кандидат юридичних наук,
Національний науковий центр «Інститут судових
експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса»
Міністерства юстиції України (докторант);



<https://orcid.org/0009-0005-8957-5509>,
e-mail: kolomoitsev.mykola@ukr.net

**СПЕЦІАЛЬНЕ КРИМІНАЛЬНЕ РОЗСЛІДУВАННЯ (IN ABSENTIA):
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА**

Відповідно до аналізу положень кримінального процесуального законодавства та узагальнення теоретичних розробок визначено деякі особливості правового регулювання інституту спеціального кримінального провадження (*in absentia*). Проаналізовано особливості участі в ньому захисника, охарактеризовано проблемні питання участі, наголошено на недопустимості його формальної участі. Визначено окремі шляхи подолання проблемних питань, що з'являються під час здійснення спеціального кримінального провадження, окреслено шляхи вдосконалення положень чинного кримінального процесуального законодавства.

Ключові слова: кримінальне провадження, спеціальне досудове розслідування, сторона захисту, підозрюваний, захисник, повноваження захисника.

Оригінальна стаття

Постановка проблеми

Уже тривалий час в Україні здійснюється кримінальне провадження у такій процесуальній (диференційованій) формі, як спеціальне досудове розслідування. Його ще так називають у спеціальній літературі: «заочний судовий розгляд кримінальних справ», «заочне кримінальне провадження», «розгляд кримінальної справи за відсутності підсудного», «заочне правосуддя» тощо.

Стан дослідження проблеми

Деякі аспекти здійснення спеціального досудового розслідування «*in absentia*» висвітлено в роботах В. Г. Дрозд [1], Г. І. Глобенка [2], І. В. Гловюк та М. М. Стоянова [3], О. В. Каліннікова [4], А. В. Лапкіна [5], Г. В. Мудрецької [6], С. А. Шаренко та О. Г. Шило [7], А. В. Шевчишина [8], О. В. Захарченка [9] та ін. У своїх наукових доробках учені звертали увагу на те, що специфічними ознаками спеціального досудового розслідування, котрі відрізняють його від інших форм, є такі, як: наявність відмінностей у законодавчому регулюванні та суттєвих відмінностей у здійсненні всього кримінального провадження

чи окремих його стадій, зокрема досудового розслідування [1, с. 334]. Також на підставі аналізу зарубіжного досвіду здійснення спеціального провадження обґрунтовано потреби залучення захисника до участі в такому кримінальному провадженні «з моменту звернення слідчого за погодженням з прокурором або прокурора до слідчого судді з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування» [2, с. 391]. Піддано аналізу проблематику доказування у провадженні, що здійснюється в такій процесуальній формі, як спеціальне досудове розслідування [3, с. 20–24].

Проблематику здійснення спеціального кримінального провадження комплексно дослідили свого часу такі українські та зарубіжні вчені, як О. О. Нагорнюк-Данилюк [10], А. С. Тукієв [11], Д. В. Коперсак [12] та ін. Та попри вагомий внесок у дослідження із цієї проблематики окреслених та інших науковців, питання участі захисника у спеціальному досудовому розслідуванні «in absentia» досі залишаються не достатньо дослідженими, що підтверджує необхідність їх вивчення.

Мета і завдання дослідження

Метою статті є з'ясування особливостей та проблемних питань участі захисника у спеціальному досудовому розслідуванні та судовому провадженні (*in absentia*).

Задля досягнення означеної мети поставлено такі *завдання*: 1) визначити загальні засади здійснення спеціального досудового розслідування та судового провадження (*in absentia*); 2) окреслити особливості та проблемні аспекти участі захисника у провадженнях, що здійснюються в такому порядку.

Наукова новизна дослідження

На підставі аналізу положень кримінального процесуального законодавства та узагальнення сучасних теоретичних розробок визначено деякі особливості правового регулювання інституту спеціального кримінального провадження (*in absentia*). Проаналізовано особливості участі в ньому захисника, охарактеризовано проблемні питання участі у спеціальному досудовому розслідуванні та спеціальному судовому провадженні, наголошено на недопустимості його формальної участі на всіх етапах здійснення кримінального провадження. Визначено окремі шляхи вирішення проблемних питань під час здійснення спеціального кримінального провадження, окреслено шляхи вдосконалення положень чинного кримінального процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу

Кримінальне процесуальне законодавство чітко врегульовує підстави та порядок здійснення досудового розслідування, а також види

кримінальних правопорушень, щодо яких воно здійснюється у формі спеціального досудового розслідування (*in absentia*). З огляду на той перелік статей Кримінального кодексу України (далі – КК України), що визначений ч. 2 ст. 297-1 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), слід зауважити, що законодавець передбачив у ній лише ті, що є тяжкими або особливо тяжкими злочинами та посягають на:

- основи національної безпеки України (статті 109, 110, 110-2, 111, 111-1, 111-2, 112, 113, 114, 114-1, 114-2 КК України);
- життя та здоров'я особи (статті 115, 116, 118, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 127 КК України);
- волю, честь і гідність особи (частини 2, 3 ст. 146, статті 146-1, 147 КК України);
- пов'язані з привласненням, розтратою або заволодінням службовою особою майном, що вчинене шляхом зловживання службовим становищем (частини 2–5 ст. 191 КК України);
- економічні відносини та пов'язані з легалізацією майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 209 КК України);
- пов'язані з протиправною діяльністю організацією злочинних спільнот (статті 255–258-6 КК України);
- життя правоохоронця, судді, народного засідателя або присяжного, захисника чи представника особи, що пов'язане зі здійсненням ними своєї професійної або громадської діяльності (статті 348, 379, 400 КК України);
- суспільні відносини у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (статті 364, 364-1, 365, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 КК України);
- дезертирство (ст. 408 КК України);
- мир та безпеку людства і міжнародний правопорядок (статті 436, 436-1, 437–447 КК України)¹.

На підставі текстуального аналізу положень кримінального та кримінального процесуального законодавства вважаємо за потрібне насамперед наголосити, що в переліку згаданих кримінальних правопорушень досі міститься кримінальне правопорушення, що було передбачене ст. 368-2 КК України «Незаконне збагачення», положення якої визнано неконституційними на підставі рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 р.² Тому вважаємо за

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 15.03.2024).

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції

потрібне внести відповідні зміни до ст. 297-1 КПК України та виключити статтю 368-2 КК України з означеного переліку злочинів, щодо якого передбачено можливість здійснення особливого порядку кримінального провадження.

Крім учинення особою злочину з означеного переліку, неодмінною умовою для здійснення спеціального досудового розслідування «*in absentia*» є обґрунтована підстава вважати, що: 1) або підозрювана особа переховується від органів слідства, суду на тимчасово окупованій території України чи на території держави, визнаної державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності; 2) та/або таку особу оголошено в міжнародний розшук. Щодо таких умов слідчий чи прокурор, який звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, має надати відповідні підтверджувальні відомості, котрі мають бути зафіксовані в належній процесуальній формі.

Існують винятки з означеного переліку кримінальних правопорушень. Вони, зокрема, трапляються в тих ситуаціях, коли інший злочин (не передбачений ч. 2 ст. 297-1 КПК України) учинено особою, яка переховується від органів слідства, суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, що визнана Верховною Радою України державою-агресором, задля ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошена в міжнародний розшук, та розслідується в одному кримінальному провадженні зі злочинами, зазначеними у ч. 2 ст. 297-1 КПК України, і тому на досудове розслідування та судовий розгляд може негативно вплинути виділення матеріалів кримінального провадження, адже це може позначитися на їх повноті¹. Тобто в тих ситуаціях, коли злочин, передбачений ч. 2 ст. 297-1 КПК України, розслідувався з іншим злочиним, котрий не міститься в означеному переліку, а його виділення в окреме провадження може негативно позначитися на повноті досудового розслідування та/або судового розгляду, то він може здійснюватися в такій формі, як спеціальне досудове розслідування.

Спеціальне досудове розслідування в будь-якому разі не здійснюється щодо неповнолітнього підозрюваного, який вчинив злочин окресленого виду. Визначившись із загальними засадами здійснення кримінального провадження у формі спеціального досудового розслідування «*in absentia*», вважаємо за потрібне перейти до не менш

України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України : від 26.02.2019 №1-р/2019 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19> (дата звернення: 15.03.2024).

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 15.03.2024).

важливого питання щодо особливостей та проблемних аспектів участі захисника в такому кримінальному провадженні.

Одним із проблемних моментів, про який уже зазначали в юридичній літературі, є те, що під час досудового розслідування в апеляційному порядку може бути оскаржена виключно ухвала слідчого судді про відмову в здійсненні спеціального досудового розслідування, при цьому ухвала про спеціальне досудове розслідування оскарженню не підлягає, а заперечення проти неї можуть бути подані вже на етапі підготовчого провадження в суді¹. Щодо цього ми вважаємо слушною пропозицію В. Г. Дрозд щодо внесення змін до п. 12 ч. 1 ст. 309 КПК України і потреби викладення її в такій редакції: «12) здійснення спеціального досудового розслідування або відмову у ньому» [1, с. 336]. На нашу думку, саме такий підхід забезпечуватиме дію засади змагальності сторін, адже та ситуація, що склалася зараз, характеризується певною перевагою в контексті правових повноважень у бік сторони обвинувачення.

Щодо моменту залучення захисника до участі у кримінальному провадженні висловлюються різні думки. Наприклад, Г. І. Глобенко зазначає про неузгодженість положень п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України, відповідно до яких участь захисника є обов'язковою від моменту прийняття процесуального рішення про здійснення кримінального провадження у формі спеціального досудового розслідування (а отже, як робить висновок учений, *після постановлення слідчим суддею ухвали про здійснення спеціального досудового розслідування* (курсив наш. – М. М.), та положень ч. 1 ст. 297-3 КПК України, згідно з якими вже розгляд клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування має відбуватися за обов'язкової участі захисника. З огляду на це Г. І. Глобенко констатує, що участь захисника у кримінальному провадженні «in absentia» важливо передбачити з моменту отримання слідчим суддею клопотання щодо здійснення спеціального досудового розслідування [2, с. 391]. На нашу думку, науковець надмірно підійшов до тлумачення згаданих норм, адже очевидно, що при надходженні до суду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування за відсутності захисника у кримінальному провадженні, слідчий суддя вживатиме заходів щодо його залучення з Регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Водночас слушно зазначає С. Є. Абламський, що оскільки залучення захисника в непоодиноких випадках здійснюється напередодні розгляду клопотання, то фактично він позбавлений права належним чином підготуватися до судового розгляду, зокрема вивчити

¹ Там само.

матеріали кримінального провадження, а це призводить до формального виконання ним своїх обов'язків [13, с. 35]. Зауважимо, що оскільки, наприклад, клопотання про обрання чи зміну запобіжного заходу вручається підозрюваному або обвинуваченому за загальним правилом не пізніше ніж за 3 години до початку розгляду клопотання, то вважаємо допустимим, щоб клопотання про спеціальне досудове розслідування також вручалось захиснику не пізніше ніж за 3 години. З огляду на те, що до нього додаються копії матеріалів, які підтверджують доводи, викладені у клопотанні, то захисник фактично має змогу ознайомитися з найсуттєвішими обставинами справи. Тож більш важливо зауважити про недопустимість формалізованої участі захисника на цьому етапі та важливість реалізації свого права заслуховувати свідків, досліджувати будь-які матеріали, які мають значення для вирішення питання про здійснення спеціального досудового розслідування, тощо.

Щодо сутнісного змісту діяльності захисника у спеціальному досудовому розслідуванні, то дійсно, вона не може, як зазначив Г. І. Глобенко, зводитися лише до отримання копій процесуальних документів, які в подальшому підлягатимуть врученню підозрюваному [2, с. 391]. Водночас А. І. Шевчишен щодо цього зауважив про потребу оптимізації процесуальних повноважень захисника. На переконання вченого, вони повинні:

- 1) формувати власні чітко означені орієнтири моральної допустимості своєї діяльності при обранні та формуванні правової позиції захисту за відсутності клієнта й визначати особливості її реалізації;

- 2) з урахуванням особистого досвіду захисту клієнтів у кримінальних провадженнях, керуючись власним рівнем професійної компетентності, неупереджено й об'єктивно досліджувати обставини вчинення злочину і на підставі цього визначати необхідні та доступні законні засоби здійснення захисту клієнта [14, с. 436].

На підставі текстуального аналізу вироків, ухвалених у справах, розгляд у яких здійснювався «in absentia», зауважимо, що в контексті надання оцінки судами діяльності захисників, вони звертають увагу на такі обставини:

- 1) чи дотримано умови обов'язкової участі захисника;
- 2) чи не заперечував він щодо розгляду кримінального провадження в порядку спеціального судового провадження;
- 3) чи здійснював захисник активні дії, спрямовані на захист обвинуваченого, зокрема брав участь у дослідженні доказів;
- 4) чи виступав захисник у дебатах, яку зайняв позицію¹.

¹ Вирок Центрального районного суду міста Миколаєва від 01.11.2023 : справа № 490/697/23, провадження № 1-кп490/615/2023 // Єдиний

Отже, участь захисника є обов'язковою, недопустимим є зайняття ним формальної позиції, важливо вивчати матеріали справи, здійснювати їх оцінку, висловлювати власну позицію (позицію захисту) у справі. Лише за таких умов можна буде констатувати дотримання засад змагальності сторін, забезпечення права на захист, доступу до правосуддя, презумпції невинуватості, а також забезпечення доведеності вини.

Висновки

Сучасною доктриною кримінального процесуального права гарантовано, що в такому особливому порядку кримінального провадження, як спеціальне досудове розслідування (*in absentia*), обов'язковою є участь захисника, який залучається ще від моменту розгляду відповідного клопотання. Захисник у таких справах повністю користується всіма правами, гарантованими у кримінальному провадженні підозрюваному, обвинуваченому. З огляду на це, а також у контексті забезпечення таких основоположних засад кримінального провадження, як право на захист, змагальність сторін, дотримання прав і свобод особи, забезпечення доступу до правосуддя тощо, вважаємо за потрібне наголосити на необхідності внесення змін до чинного кримінального процесуального законодавства щодо забезпечення можливості оскарження захисником ухвали слідчого судді про здійснення спеціального досудового розслідування.

У сутнісному аспекті діяльність захисника у спеціальному досудовому розслідуванні та у спеціальному судовому провадженні має характеризуватися активною позицією, що полягає в ознайомленні з матеріалами справи, обранні позиції захисту, участі в судовому розгляді та дослідженні доказів, взятті участі в дебатах тощо. Саме такий підхід свідчатиме про дотримання конституційних гарантій та засад кримінального провадження.

Список бібліографічних посилань: 1. Дрозд В. Г. Спеціальне досудове розслідування (*in absentia*) як диференційована форма кримінального провадження. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 7. С. 333–337. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.7.57>. 2. Глобенко Г. І. Проблемні аспекти інституту спеціального досудового розслідування «*in absentia*». *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 12. С. 389–392. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-12/97>. 3. Гловюк І., Стоянов М. Особливості доказування у спеціальному досудовому розслідуванні: окремі питання. *Право України*. 2017. № 12. С. 19–26. 4. Калінніков О. В. Генеза законодавства щодо досудового розслідування за відсутності підозрюваного (*in absentia*) у період незалежності

України. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 1 (114). С. 88–99. DOI: <https://doi.org/10.33270/01201141.88>. **5.** Лапкін А. В. Прокурор у спеціальному досудовому розслідуванні (in absentia). *Правові горизонти*. 2018. Вип. 13 (26). С. 107–111. DOI: <https://doi.org/10.21272/legalhorizons.2018.i13.p107>. **6.** Мудрецька Г. В. Правове регулювання застосування інституту спеціального досудового розслідування в межах кримінального провадження. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2017. № 3. С. 103–107. **7.** Шаренко С. А., Шило О. Г. Спеціальне досудове розслідування і судове провадження: проблемні питання правового регулювання. *Право України*. 2015. № 7. С. 58–65. **8.** Шевчишен А. В. Поняття спеціального досудового розслідування (in absentia) та його функціональне призначення у кримінальних провадженнях щодо корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 2. С. 125–134. **9.** Захарченко О. В. Деякі аспекти заочного судового провадження у кримінальному процесі України. *Право і суспільство*. 2015. № 2. С. 264–268. **10.** Нагорнюк-Данилюк О. О. Спеціальне кримінальне провадження в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2016. 239 с. **11.** Тукиев А. С. Проблемы процессуальной формы заочного уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Караганда, 2005. 30 с. **12.** Коперсак Д. В. Спеціальне досудове розслідування кримінальних правопорушень : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2021. 314 с. **13.** Абрамський С. Є. Особливості участі захисника у спеціальному досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень // Актуальні проблеми кримінального процесу та криміналістики : тези доп. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 29 жовт. 2021 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2021. С. 34–36. **14.** Шевчишен А. В. Проблеми доказування стороною обвинувачення у досудовому розслідуванні корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 624 с.

Надійшла до редколегії 19.04.2024

Прийнята до опублікування 28.05.2024



Kolomoitsev M. M. Special criminal investigation (in absentia): problematic issues of a defence counsel's participation

Based on the analysis of the criminal procedure legislation and generalisation of theoretical developments, the article identifies some peculiarities of legal regulation of the institute of special criminal proceedings (in absentia). The author identifies the categories of cases (types of criminal offences) and procedural grounds which are sufficient to initiate a pre-trial investigation in the form of special criminal proceedings. The need to exclude certain articles from

the list of those listed in part 2 of Article 297-1 of the CPC of Ukraine in order to bring them in line with the provisions of the Criminal Code of Ukraine is emphasised.

The peculiarities of defence counsel's participation in special pre-trial investigation and court proceedings are analysed. It is determined that a defence counsel in such cases benefits from all the rights guaranteed to a suspect or an accused person in criminal proceedings. In view of this, and in the context of ensuring such fundamental principles of criminal proceedings as the right to defence, adversarial proceedings, observance of human rights and freedoms, access to justice, etc., the author emphasises the need to amend the current criminal procedure legislation to ensure that the defence counsel can appeal against the investigating judge's decision to conduct a special pre-trial investigation

The problematic issues of defence counsel's participation are characterised, and the inadmissibility of his/her formal participation in criminal proceedings is emphasised. It is determined that the active actions to be taken by the defence counsel involved include familiarisation with the case file, choosing the defence position, participation in the trial and examination of evidence, participation in the debates, etc. The author emphasises the need for further research on the development of the practice of active participation of defence counsel in special criminal proceedings.

Key words: criminal proceedings, special pre-trial investigation, defence, suspect, defence counsel, powers of defence counsel.

