

**Використання
недосконалостей судової
практики для посилення
позиції захисту у
кримінальному процесі**

Сучасний кримінальний процес, судова практика перебувають в умовах постійних змін у правових позиціях та поглядах щодо правозастосування.

В книзі автор звертає увагу на «білі плями» судової практики та наводить свої обґрунтування можливості використання її недосконалостей для посилення позиції захисту у кримінальному процесі.

В цьому вбачається унікальність та практична користь посібника для всіх осіб, хто пов'язаний з кримінальним процесом або планує брати у ньому участь.

Зміст

Передмова	7
Вступне слово	8
1. Практика відсутності перевірки деяких повноважень слідчих, прокурорів, суддів	12
1.1. Стосовно повноважень слідчого, прокурора, судді на виконання своїх функцій в позаробочий час	12
1.2. Щодо нез'ясування підстав для відводу кожного із слідчих, прокурорів групи	15
1.3. Сумнівна законність практики надання слідчому доручень керівником слідчого органу	15
1.4. Щодо набуття (ненабуття) повноважень новими слідчими, прокурорами в кримінальному провадженні в разі їх заміни у групах	16
1.5. Практика неперевірки дій по керуванню іншими прокурорами старшим прокурором (слідчим) групи, а також того, чи діяли прокурори (слідчі) групи в межах наданих їм вказівок.	19
1.6. Про незазначення в процесуальних документах часу їх прийняття, що ставить під сумнів своєчасне отримання повноважень та дотримання інших вимог КПК.	19
1.7. Деякі інші випадки набуття слідчим повноважень ...	21
2. Практика відсутності перевірки деяких повноважень експерта	24
2.1. Щодо перевірки наявності в експерта деяких повноважень.	24
2.2. Щодо перевірки наявності письмової вказівки експерту та доручення керівника експертної установи	25
2.3. Щодо заборони експерту самостійно збирати матеріали, які підлягають дослідженню, ознайомлюватися з матеріалами, що не стосуються експертизи, та вибирати серед них потрібні	26
2.4. Щодо забезпечення підозрюваному (обвинуваченому) реалізації права на відвід експерту (експертній установі)	27

2.5. Щодо обов'язку попередження експерта про кримінальну відповідальність. Різниця між вимогою попередження про відповідальність і обізнаністю щодо наявності такої відповідальності	29
3. Практика відсутності перевірки законності досудового розслідування без внесення до ЄРДР даних в кожному передбаченому КПК випадку.	31
4. Дискусійні питання наявності – відсутності у слідчого, прокурора права на обшук без дозволу слідчого судді відповідно до положень ст. 233 КПК	32
5. Про деякі питання законності отримання та використання показань під час проведення слідчого експерименту	33
5.1. Витяг з клопотання про визнання протоколів слідчих експериментів недопустимими доказами в кримінальному провадженні	37
6. Практика невиконання слідчими, прокурорами вимог КПК щодо оцінки доказів	44
7. Практика невиконання слідчими суддями вимог КПК щодо оцінки доказів	46
8. Практика внесення до обвинувальних актів та повідомлень про підозру неправдивих і навіть абсурдних стверджень	50
8.1. Щодо можливості для правоохоронних органів у межах положень КПК спотворювати дійсні обставини, факти та події.	50
8.2. Щодо внесення до обвинувальних актів та повідомлень про підозру неправдивих та абсурдних стверджень	52
9. Практика неперевірки судами дотримання слідчими, прокурорами вимог КПК щодо повноти, всебічності, об'єктивності досудового розслідування.	60
10. Спільна практика не вручення підозрюваному пам'ятки про права та обов'язки разом з врученням обвинувального акту	61

11. Практика безпідставної відмови у поверненні обвинувального акта прокурору	62
12. Практика нереагування або безпідставного відтермінування розгляду скарг на дії слідчих, прокурорів, слідчих суддів	64
13. Про типові порушення, а також рекомендації щодо дій на стадії визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню (ст. 349 КПК України)	67
14. Щодо відсутності повноважень суддів на допит свідків (потерпілих, обвинувачених) та неможливість використання наданих суду відповідей як показань-доказів	70
15. Практика посилання судами на протоколи слідчих дій як на докази, без з'ясування факту незаінтересованості понятих, так і без їх допиту в судовому засіданні.....	72
16. Практика викривленого посилання судів на висновки рішень ЄСПЛ	73
17. Щодо ненадання оцінки практиці застосування положень КПК, які порушують презумпцію невинуватості та інші засади кримінального провадження.....	75
18. Практика безпідставного скасування апеляційними судами виправдувальних вироків та існуюча законодавча можливість для такого свавілля. Шляхи реагування на дану ситуацію	78
19. Практика відступу від попередньої правової позиції Верховного Суду з огляду на положення Конституції та загальні засади кримінального провадження	83
20. Кримінальний процес у контексті вимог Конституції та деяких рішень Конституційного Суду України. Ефективний судовий контроль за законністю діяльності правоохоронних органів у кримінальному процесі – ілюзія чи реальність?	90

20.1. На стадії внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ЄРДР)	92
20.2. На стадії досудового розслідування	94
20.3. На стадії підготовчого судового провадження	101
20.4. На стадії судового розгляду	104
21. Адвокат в процесі – це «один у полі воїн», але має перемагати (інтерв'ю інтернет виданню Loyer)	111
22. Використання захисником практики Вищої Ради Правосуддя, щодо підстав притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності	119
23. Дисциплінарні справи Вищої Ради Правосуддя щодо суддів у кримінальних провадженнях за категоріями підстав притягнення до відповідальності	123
Не зазначення мотивів	123
Судовий Розгляд	141
Арешт майна	144
Відводи	156
Запобіжні заходи	166
Затягування розгляду	191
Скарги під час досудового розслідування	201
Не етична поведінка	206
Надання тимчасового доступу	206
Обшук	209
Невнесення відомостей до ЄРДР	217
Повернення скарг без розгляду	219
Інші підстави	221
Підсудність	222
Додатки:	
1. Деякі правові позиції Верховного Суду у кримінальних провадженнях за 2020 – 2022 р.	228
2. Додаток до рішення РАУ від 15.12.2021 № 138 «Щодо режиму роботи адвоката»	307
Відгуки на попередні видання автора	315

Передмова

Судові рішення мають бути максимально прогнозованими, адже нестабільність у судовій практиці веде до нестабільності всієї державної системи.

Для забезпечення цих умов судова практика має бути чіткою, прозорою та єдиною.

На жаль, останнім часом адвокати здійснюють свою діяльність в умовах правової невизначеності, коли навіть Велика Палата Верховного Суду десятки разів на рік змінює свою позицію, а кримінальний процес іноді нагадує бої без правил.

При цьому деякі питання правозастосування взагалі залишаються поза увагою роз'яснень Верховного Суду, або такі роз'яснення неповні, спірні або протилежні.

У такій ситуації поряд з очевидними проблемами існують і переваги, які полягають у можливості для адвокатів впливати на формування остаточної, зрозумілої та безсумнівної практики Верховного Суду, а існуючу судову практику змінювати шляхом наведення обґрунтованих правових позицій у процесах.

В такий спосіб недосконалість судової практики може бути використана для посилення позиції захисту.

Для допомоги в цьому написана дана книга.

Не претендую на те, що моя правова позиція в наведених питаннях є беззаперечною (в колі юристів-адвокатів це неможливо), але відгуки стосовно моїх попередніх видань надають мені впевненість у тому, що і в цій книзі кожен зможе знайти корисний для власної практики матеріал.

Бажаю всім успіхів та процесуальних перемог!

З повагою, адвокат

Несінов О. М.

Вступне слово

Нещодавно на книжкових полицях юристи могли придбати рідкісні видання Олега Несінова «Складові успіху у кримінальному процесі», «Апеляційне оскарження вироку суду» (Київ, Норма права). Книги швидко знайшли своїх читачів та стали ексклюзивними.



І ось ми отримали можливість продовжити знайомитися з новою аналітикою автора. З-під пера успішного адвоката Олега Несінова вийшла нова праця «Використання недосконалостей судової практики для посилення позиції захисту у кримінальному процесі», яка стала своєрідним інтелектуальним обжинком юридичної практики та аналітичного її осяння. На перший погляд, таку книгу писати легко. Адже з перманентними судово-правовими реформами як недоліків законодавства, так і недосконалостей судової практики сьогодні маємо багато. Але існуючі недоліки не всім помітні, часто завуальовані під благі наміри та шляхетні декларації. І лише критерій істини – практика часто оголює їх казуїстику, а досвідчені юристи в змозі дати належне тлумачення.

Після ухвалення чинного КПК України в державі з'явилося вже понад 100 законодавчих актів, які вносили до нього зміни й доповнення, часом і скасовували внесені зміни чи вносили «зміни та доповнення до вже внесених змін і доповнень», а останнім часом з'являються і законодавчі акти, норми яких взагалі не підлягають застосуванню. Проте саме стабільність закону – одна з ознак його якості.

Разом з тим правникам не варто сподіватись і на чудодійну силу прецедентного судового права, яке набирає обертів у сьогоденні та твориться зазвичай буцімто досвідченими правниками-суддями.

Правові висновки та прецедентна практика Верховного Суду, маючи предметом свого аналізу прогалини в законодавстві та

недостатню юридичну визначеність певних норм і інститутів, є дієвим, динамічним та гнучким механізмом забезпечення єдності та сталості судової практики, відповідності її Конституції України, міжнародним правовим актам, а також рішенням Європейського Суду з прав людини та законам України, приведення до європейських стандартів правосуддя реалій сучасного національного правового поля.

Але аналізуючи активну діяльність судової влади в аспектах формування прецедентного права, варто зважати на те, що «не помиляється лише той, хто нічого не робить». Судова практика все частіше показує також свою «Ахіллесову п'яту», нерідко страждає багатослів'ям та неузгодженістю позицій, ускладнюючи і до того існуючу конкуренцію правових норм.

Серед іншого, автор вчасно звертає увагу на практику відступу від попередньої правової позиції Верховного Суду з огляду на положення Конституції та загальні засади кримінального провадження, доречно розкриває дискусійні питання наявності – відсутності у слідчого, прокурора права на обшук без дозволу слідчого судді відповідно до положень ст. 233 КПК, що не може не привести до аналізу допустимості доказів при їх отриманні з порушенням приписів процесуального закону.

Розглядаючи проблему допустимості доказів, юристам варто звернути увагу на те, що, з одного боку, Конституція України у ст. 62 зазначає, що «не можуть мати значення доказів дані, здобуті незаконним шляхом...», а з іншого боку, за сформованою позицією Верховного Суду (Рішення Верховного Суду від 08.10.2019 р. у справі № 639/8329/14-к), суд має виходити з того, що процесуальні порушення можуть бути підставою для визнання доказів недопустимими не за будь-якого порушення процесуального закону, а лише у випадку порушення фундаментальних прав і свобод особи, а якщо суд визнає доказ недопустимим з посиланням на ч. 1 ст. 87 КПК, він має зазначити, наслідком порушення якого саме фундаментального права або свободи стало отримання цього доказу та хто саме зазнав такого порушення. Така судова практика потребує більш детального аналізу.

В стрімкий своїми реформами та досить складний історичний час юристу як ніколи потрібно мати силу, волю, мудрість, мужність та знання, щоб розумно відповідати добром на добро і справедливостію на зло. Проблем правозастосовної практики як

дуже багато залишилось у спадщину від законодавства минулого, так і з'явилося у зв'язку з недосконалістю багатьох правничих новацій. Важливо не обходити стороною як помилки і здобутки реформи, так і ретельно аналізувати існуючі проблеми правосуддя, досвід європейських та інших країн, запроваджувати все краще, не цураючись свого, перевіреного практикою позитивного надбання.

Час визначає необхідність спрямування юридичної науки насамперед на забезпечення верховенства права в усіх сферах суспільного і правового життя. Без цього неможливо закласти духовну, моральну основу майбутнього.

Юристу потрібно мати здатність до системного аналізу швидкозмінного законодавства, вміти його тлумачити з урахуванням конкуренції правових норм; на репродуктивному рівні самостійно відтворювати та поглиблювати свої знання, використовувати сучасні доктрини права для розв'язання нестандартних завдань та проблемних ситуацій, на евристичному та творчому рівні – шукати нові знання та розв'язувати складні завдання інноваційного характеру у правничій галузі професійної діяльності.

Якщо переважна більшість вчених-юристів зосереджують значні зусилля на наданні своїм думкам якомога більш «академічного» забарвлення, то автор книги «Використання недосконалостей судової практики для посилення позиції захисту у кримінальному процесі» переймається діаметрально протилежною метою – як продукувати корисну думку так, щоб вона була простою, зрозумілою та вельми корисною.

Олег Несінов – висококваліфікований юрист, практикуючий адвокат з 30-літнім стажем, переможець конкурсів «Адвокат 2016 року», LIGA ZAKON AWARDS 2019 р., а головне – вдумливий працьовитий і сумлінний захисник.

Книга Олега Несінова – це унікальне поєднання інтелектуальної аналітики, практичного досвіду та простоти і легкості подання матеріалу.

В ній вдало поєднані проблемний метод з практичною направленістю, а самі роботи написані добротною літературною мовою і викладені в ясній, логічній формі. Чітка логіка аналізу нормативних актів, вміння формулювати змістовні і прості дефініції та доступно розкривати складні питання, розкривати так, що

складне становиться простим і зрозумілим – це стає «особливою прикметою» праць автора.

Безумовно, що розкрити всі «секрети» і технології захисту в одній цій книзі неможливо. Автор, наскільки це допустимо, звертає увагу на основні найбільш значимі фактори, які можливо використати захиснику для акцентуації своїх зусиль щодо надання ефективної професійної правничої допомоги, інколи показуючи лише напрям чи квінтесенцію захисної стратегії.

Той, хто взяв до рук цю книгу, хай пам'ятає слушну думку Я. Б. Княжнина, який зазначав, що «читається трояким чином: перше, читати і не розуміти; друге, читати і розуміти; третє, читати і розуміти навіть те, що не є написаним».

Адже у виконанні функції захисту прав і свобод людини немає дрібниць. Як красно мовив Федір Плевако, – «за прокурором стоїть мовчазний, холодний, непорушний закон, а за спиною захисника – живі люди. Вони покладаються на своїх захисників, підіймаються до них на плечі і... жажливо посковзнутися з такою ношею!».

Сподіваємося, що розв'язанню шляхетної проблеми захисту прав і свобод людини певною мірою допоможе ця праця. Успіхів вам, творчого натхнення і удачі, дорогі учні, на тернистому шляху пізнання і боротьби за справедливість.

*Доктор юридичних наук,
професор,
академік Академії політичних наук*

Володимир Тertiшник



Книги, які можуть вас зацікавити



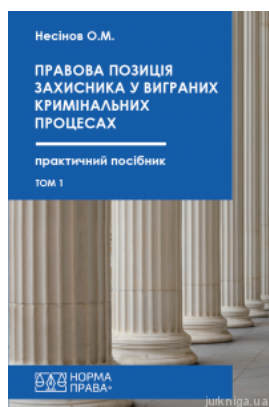
Адвокат у кримінальному процесі. Практичні поради. Видання друге



Апеляційне оскарження вироку суду. Практичний посібник



Складові успіху у кримінальному процесі. Видання друге



Правова позиція захисника у виграних кримінальних процесах. Том 1



Повідомлення про підозру. Видання друге



Кримінальний процесуальний кодекс України

Перейти до галузі права
Кримінальне право та процес



Перейти на сайт →