***Тема 9 Стратегія і тактика дій сторони захисту під час перегляду судових рішень.***

1. Види судових рішень, які можуть бути оскарженні в апеляційному порядку. Тактика дій під час підготовки та подачі апеляційної скарги. Вимоги до апеляційної скарги. Порядок та строки апеляційного оскарження.
2. Підготовка сторони захисту до апеляційного розгляду. Заперечення на апеляційну скаргу. Доповнення, зміна, відкликання апеляційної скарги.
3. Тактика дій під час підготовки та подачі касаційної скарги. Вимоги до касаційної скарги. Порядок та строки касаційного оскарження. Підготовка адвоката до касаційного розгляду. Заперечення на касаційну скаргу. Доповнення, зміна, відкликання касаційної скарги.
4. Стратегія і тактика дій сторони захисту в кримінальних провадженнях провадження за нововивченими або виключними обставинами.

**Рекомендована література:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - № 30.

2. Закон України „Про адвокатуру та адвокатську діяльність‖ від 5.07.2012 року.

3. Закон України „Про безоплатну правову допомогу‖ // Відомості Верховної Ради України. - 2011. - № 51. - Ст. 577.

4. Закон України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини // Урядовий кур’єр. - 2006. - №60. - С. 18.

5. Закон України «Про міжнародні договори України» // Урядовий кур’єр. - № 155 від 18 серпня 2004 року.

6. Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини. Прийнята 4 листопада 1950 р. // Вісник верховного Суду України. - 1997. - № 3.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р.

8. Загальні принципи етики юристів (затвердженні Міжнародною асоціацією адвокатів) // Адвокат. - 1996. - № 1.

9. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятий на пленарному засіданні в Страсбурзі у жовтні 1988 р.

10. Рішення Конституційного Суду України № 13-рп / 2000 від 16.11.2000 щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України та статті 44 КПК України (справа про право вільного вибору захисника).

11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 року.

12. Інформаційний лист ВССУ від 21.11. 2012 р. № 10-1717/0/4-12 «Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України».

13. Адвокат - воин: Принципы и техника уголовной защиты / Сост. А.В.Поляков. - М.: Статут, 2007. - 447 с.

14. Барщевский М.Ю. Адвокатская этика. 2-е изд., испр. - М.: «Профобразование», 2000.

15. Бірюкова А. Проблемні аспекти здійснення захисту та надання правової допомоги адвокатами / А. Бірюкова // Юридична Україна. - 2005.- № 1. - С.49.

16. Борзих Н.В. Проблеми надання юридичної допомоги адвокатом за призначенням / Н.В. Борзих // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: Збірник наукових праць. 2008. № 3 (398). - С. 303-310.

17. Гловацький І.Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навчальний посібник / І.Ю. Гловацький. - Київ: Атіка. - 2003. – 352 с.

18. Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі: Науково-практичний коментар (Вид. третє, стереотипне). / Я.П. Зейкан. - К.: КНТ, 2007. - 600 с.

19. Коротун В.М. Функції апеляційного суду через призму понятійного апарату / Адвокат. - 2012. - № 8 (143). - С. 35-37.

20. Кривко О. Перегляд на високому рівні: питання повторного розгляду справи ВСУ з підстав встановлення Європейським судом з прав людини порушення Україною міжнародних зобов’язань // Суд. вісн. Юрид.практика. - 2012. - 28 черв. (№ 6). - С. 30.

21. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є Шумила. - К.: Юстініан, 2012. - 1328 с.

22. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. - Х.: Право, 2013. - 824 с.

23. Мірошніков І.Ю. Апеляційне провадження за новим КПК України (окремі питання) // Вісн. Луган. ун-ту внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. - 2012. - № 4 (61). - С. 149-153.

24. Молдован В.В. Судова риторика. - К.,1998.

25. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми. Монографія / В.О. Попелюшко. - Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2009.

26. Сапін О. Апеляційне та касаційне провадження у кримінальних справах у контексті міжнародних стандартів // Вісн. прокуратури. - 2012. - № 2. - С. 74-79.

27. Тесленко М. Право кожного бути вільним у виборі захисника своїх прав / М. Тесленко // Право України. - 2002. - № 3. - С. 55- 58.

28. Тертишник В.М, Михайлова Н.В. Функція захисту у кримінальному судочинстві / Тертишник В.М, Михайлова Н.В // Право і суспільство. - 2010.- № 6. - С. 229-233.

29. Ярема А.Г. Неоднакове застосування закону судами як підстава звернення до Верховного Суду України // Вісн. Верхов. Суду України. - 2012. - № 12 (148). - С. 37.

**Питання № 1.** **Види судових рішень, які можуть бути оскарженні в апеляційному порядку. Тактика дій під час підготовки та подачі апеляційної скарги. Вимоги до апеляційної скарги. Порядок та строки апеляційного оскарження.**

Провадження в суді апеляційної інстанції є видом судового провадження з перегляду судових рішень, сутність якого полягає в перегляді (перевірці) за апеляційними скаргами учасників кримінального провадження рішень суду першої інстанції, які не набрали законної сили.

**Основною рисою апеляційного розгляду справи є** перегляд вищим судом суті рішення нижчого суду шляхом нової перевірки розглянутих раніше і знову наданих доказів. Мета апеляційного оскарження при збереженні інституту касації максимально наблизити правосуддя до виключення судової помилки при розгляді конкретної судової справи, забезпечити однакове застосування всіма судами загальної юрисдикції законодавства України й офіційно визнаних нею міжнародно-правових актів. Повноваження апеляційного суду передбачають можливість не обмежуватися перевіркою законності й обґрунтованості рішень судів першої інстанції за матеріалами кримінального провадження, але й за принципом змагальності сторін у судочинстві досліджувати нові докази і залежно від установленого виносити власне рішення.

Апеляція орієнтує сторони та їхніх представників, адвокатів-захисників, на максимальну активність в апеляційний період конкретної справи. Це означає, що в адвоката, який незадоволений рішенням суду першої інстанції, з’явилась реальна можливість шляхом відшукання та надбання нових доказів довести помилковість оскаржуваного рішення.

Апеляційні суди розглядають справи в апеляційному порядку відповідно до процесуального закону – Кримінального процесуального кодексу України

Згідно із законом (ст. 392 КПК) в апеляційному порядку **можуть бути оскаржені судові рішення**, які були ухвалені судами першої інстанції і не набрали законної сили, а саме:

1) вироки, крім випадків, передбачених ст. 394 КПК;

2) ухвали про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру;

3) інші ухвали у випадках, передбачених КПК.

Ухвали, постановлені під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених частиною 1 цієї статті, окремому оскарженню не підлягають, крім випадків, визначених КПК. Заперечення проти таких ухвал можуть бути включені до апеляційної скарги на судове рішення, передбачене частиною 1 цієї статті. В апеляційному порядку також можуть бути оскаржені ухвали слідчого судді у випадках, передбачених цим КПК.

Апеляційну скаргу мають право подати (ст. 393 КПК):

1) обвинувачений, стосовно якого ухвалено обвинувальний вирок, його законний представник чи захисник - в частині, що стосується інтересів обвинуваченого;

2) обвинувачений, стосовно якого ухвалено виправдувальний вирок, його законний представник чи захисник - в частині мотивів і підстав виправдання;

3) підозрюваний, обвинувачений, його законний представник чи захисник;

4) законний представник, захисник неповнолітнього чи сам неповнолітній, щодо якого вирішувалося питання про застосування примусового заходу виховного характеру, - в частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

5) законний представник та захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру;

6) прокурор;

7) потерпілий або його законний представник чи представник – у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

8) цивільний позивач, його представник або законний представник у частині, що стосується вирішення цивільного позову;

9) цивільний відповідач або його представник - у частині, що стосується вирішення цивільного позову;

9**-1**) представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, - у частині, що стосується інтересів юридичної особи;

10) інші особи у випадках, передбачених КПК.

При цьому слід мати на увазі, що апеляційне **оскарження окремих судових рішень має певні особливості.** Ці особливості визначені ст. 394 КПК.

Так, згідно з цією статтею:

1. Вирок суду першої інстанції, ухвалений за результатами спрощеного провадження в порядку, передбаченому ст. ст. 381 та 382 КПК, не може бути оскаржений в апеляційному порядку з підстав розгляду провадження за відсутності учасників судового провадження, недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорити встановлені досудовим розслідуванням обставини.

2. Судове рішення суду першої інстанції не може бути оскаржене в апеляційному порядку з підстав заперечення обставин, які ніким не оспорювалися під час судового розгляду і дослідження яких було визнано судом недоцільним відповідно до положень ч. 3 ст. 349 КПК.

3. Вирок суду першої інстанції на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим може бути оскаржений в апеляційному порядку:

1) обвинуваченим, його захисником, законним представником виключно з підстав: призначення судом покарання, суворішого ніж узгоджене сторонами угоди; ухвалення вироку без його згоди на призначення покарання; невиконання судом вимог, встановлених ч. ч. 5-7 ст. 474 КПК, в тому числі нероз’яснення йому наслідків укладення угоди;

2) потерпілим, його представником, законним представником, виключно з підстав: призначення судом покарання, менш суворого, ніж узгоджене сторонами угоди; ухвалення вироку без його згоди на призначення покарання; нероз’яснення йому наслідків укладення угоди; невиконання судом вимог, встановлених ч. 6 чи 7 ст. 474 КПК;

3) прокурором виключно з підстав затвердження судом угоди у кримінальному провадженні, в якому згідно з ч. 3 ст. 469 КПК угода не може бути укладена.

4. Вирок суду першої інстанції на підставі угоди між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості може бути оскаржений:

1) обвинуваченим, його захисником, законним представником виключно з підстав: призначення судом покарання, суворішого, ніж узгоджене сторонами угоди; ухвалення вироку без його згоди на призначення покарання; невиконання судом вимог, встановлених ч. 4, 6, 7 ст. 474 КПК, в тому числі нероз’яснення йому наслідків укладення угоди;

2) прокурором виключно з підстав: призначення судом покарання, менш суворого, ніж узгоджене сторонами угоди; затвердження судом угоди у провадженні, в якому згідно з ч. 4 ст. 469 КПК угода не може бути укладена.

**Порядок і строки апеляційного оскарження визначені ст. 395 КПК.**

Так, згідно з цією статтею апеляційна скарга подається:

1) на судові рішення, ухвалені судом першої інстанції, - через суд, який ухвалив судове рішення;

2) на ухвали слідчого судді безпосередньо до суду апеляційної інстанції.

Апеляційна скарга, якщо інше не передбачено КПК, може бути подана:

1) на вирок або ухвалу про застосування чи відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру – протягом **тридцяти днів** з дня їх проголошення;

2) на інші ухвали суду першої інстанції - протягом **семи днів** з дня її оголошення;

3) на ухвалу слідчого судді - протягом **п’яти днів** з дня її оголошення. Для особи, яка перебуває під вартою, строк подачі апеляційної скарги обчислюється з моменту вручення їй копії судового рішення. Якщо ухвалу суду або слідчого судді було постановлено без виклику особи, яка її оскаржує, або якщо вирок було ухвалено без виклику особи, яка його оскаржує, в порядку, передбаченому ст. 382 КПК, то строк апеляційного оскарження для такої особи обчислюється з дня отримання нею копії судового рішення.

Протягом строку апеляційного оскарження матеріали кримінального провадження ніким не можуть бути витребувані із суду. У цей строк суд зобов’язаний надати учасникам судового провадження за їх клопотанням можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження.

Обчислення строку подачі апеляційної скарги здійснюється за загальними правилами, передбаченими ст. 115 КПК для обчислення строків. Не вважається пропущеним строк у випадку, якщо скаргу здано до його закінчення на пошту або передано особі, уповноваженій її прийняти, а для осіб, які тримаються під вартою або перебувають у медичному чи психіатричному стаціонарі, спеціальній навчально-виховній установі, якщо скаргу подано службовій особі відповідної установи до закінчення строку.

У деяких випадках обчислення строку на апеляційне оскарження відбувається не з моменту проголошення вироку або оголошення ухвали, а з моменту вручення (отримання) копії судового рішення. Так, для особи, яка перебуває під вартою, строк подачі апеляційної скарги обчислюється з моменту вручення їй копії судового рішення.

При закінченні строку на апеляційне оскарження він може бути поновлений судом апеляційної інстанції за наявності клопотання відповідної особи, яка має право подачі апеляційної скарги, про поновлення цього строку із обов’язковим зазначенням поважних причин пропуску (ст. 117 КПК). Коли апеляційна скарга була подана після закінчення строку, передбаченого на апеляційне оскарження, і особа, яка її подавала, не порушує питання про поновлення цього строку або суд апеляційної інстанції за заявою такої особи не знайшов підстав для його поновлення, суд апеляційної інстанції повинен постановити ухвалу про повернення апеляційної скарги та невідкладно надіслати її особі, що подавала скаргу. Разом з апеляційною скаргою повертаються й усі додані до неї матеріали. У порядку, передбаченому КПК, але в межах строку, передбаченого на апеляційне оскарження, особа має право на повторне звернення із апеляційною скаргою до суду апеляційної інстанції.

Слід мати на увазі, що упродовж всього строку, передбаченого законом на апеляційне оскарження, матеріали кримінального провадження ніким не можуть бути витребувані із суду. Указане правило закріплено у ст. 395 КПК і гарантує всім учасникам провадження протягом вказаного строку можливість ознайомитись з матеріалами кримінальної справи та апеляційними скаргами інших учасників, які надійшли до суду, і належно підготуватись до участі в апеляційному перегляді. При цьому факт ознайомлення з матеріалами раніше, наприклад під час досудового провадження, після його завершення або після надходження справи до суду першої інстанції, не є підставою для відмови в ознайомленні протягом всього строку, передбаченого на апеляційне оскарження.

Судом першої інстанції через три дні після закінчення строку апеляційного оскарження судового рішення надсилаються до суду апеляційної інстанції всі апеляційні скарги, що надійшли разом з матеріалами кримінального провадження. Апеляційні скарги, що надійшли після направлення матеріалів кримінального провадження до суду апеляційної інстанції, не пізніше наступного дня після їх надходження направляються до суду апеляційної інстанції.

Готуючись до апеляції, адвокат повинен скрупульозно дотримуватись усіх вимог, що ставляться законом до цього документа. Про культуру адвоката та рівень його підготовки судять за підготовленими ним правовими документами. Тому до підготовки апеляційної скарги слід поставитись максимально уважно, звертаючи увагу навіть на дрібниці: форму викладу, наявність усіх необхідних додатків. У складних справах, де є багато посилань на підзаконні акти, роз’яснення тощо, доцільно подати витяги з цих документів.

**Підготовка до складання апеляційної скарги.** Готуючись до складання апеляційної скарги, адвокат повинен вивчити наявні матеріали, переговорити з клієнтом, чиї інтереси він представляє, за необхідності одержати додаткові докази, які підкріплюють його позицію при оскарженні, ще і ще раз з’ясувати судову практику та норми матеріального і процесуального права.

Усе це трудомістка, але необхідна робота. Адвокат повинен враховувати, що у КПК застосовано неоднаковий підхід до строків подання апеляційних скарг. Передусім слід вивчити вирок суду. Якщо адвокат брав участь у судовому засіданні, йому легше зорієнтуватись, в чому полягає необґрунтованість і незаконність ухваленого вироку. Таким чином, уся підготовча робота полягає в критичному аналізі вироку суду, виявленні його слабких місць, спірних оцінок та помилкового застосування законодавства. Методика складання апеляційних скарг повинна насамперед враховувати вимоги ст. 396 КПК, згідно з якою апеляційна скарга подається в письмовій формі.

В апеляційній скарзі повинно бути зазначено:

1) найменування суду апеляційної інстанції;

2) прізвище, ім’я та по батькові (найменування), місце проживання (перебування) особи, яка подає апеляційну скаргу, а також номер засобу зв’язку, адреса електронної пошти, якщо такі є;

3) судове рішення, яке оскаржується, і назва суду, який його ухвалив;

4) вимоги особи, яка подає апеляційну скаргу, та їх обґрунтування із зазначенням того, у чому полягає незаконність чи необґрунтованість судового рішення;

5) клопотання особи, яка подає апеляційну скаргу, про дослідження доказів;

6) перелік матеріалів, які додаються. Якщо особа не бажає брати участь у апеляційному розгляді, вона зазначає це в апеляційній скарзі. Якщо в апеляційній скарзі зазначаються обставини, які не були досліджені в суді першої інстанції, або докази, які не подавалися суду першої інстанції, то в ній зазначаються причини цього. Апеляційна скарга підписується особою, яка її подає. Якщо апеляційну скаргу подає захисник, представник потерпілого, то до неї додаються оформлені належним чином документи, що підтверджують його повноваження відповідно до вимог КПК. До апеляційної скарги та доданих до неї письмових матеріалів надаються копії в кількості, необхідній для їх надіслання сторонам кримінального провадження та іншим учасникам судового провадження, інтересів яких стосується апеляційна скарга. Цей обов’язок не поширюється на обвинуваченого, який перебуває під домашнім арештом або тримається під вартою. Апеляційна скарга подається у письмовій формі, при цьому вона може бути як рукописною, так і виготовлена за допомогою друкарських засобів.

В апеляційній скарзі вказується повна назва суду апеляційної інстанції, до якого дана скарга подається.

В апеляційній скарзі необхідно вказувати, яке саме судове рішення оскаржується, яким судом воно ухвалене, дату його ухвалення, особу, щодо якої ухвалено рішення, сутність судового рішення (засудження, виправдання, закриття кримінального провадження, стаття, за якою обвинувачувалась особа, тощо). Викладається короткий зміст рішення суду першої інстанції, яке оскаржується, наводяться витяги з мотивувальної частини, з якими не погоджується скаржник.

Апеляційна скарга повинна містити прохання апелянта, сформульоване з урахуванням того, які рішення суд апеляційної інстанції має право ухвалити за результатами розгляду, вказівку на те, у чому полягає незаконність чи не обґрунтованість оскаржуваного рішення, і доводи на підтвердження такої позиції. Особа, що подає скаргу, зобов’язана зазначити, які існують підстави для скасування або зміни судового рішення, навести обґрунтування своєї позиції.

В апеляційній скарзі при необхідності викладається клопотання особи, яка подає скаргу, про дослідження доказів. Може йтися про повторне дослідження обставин, встановлених під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, чи про дослідження нових доказів, які не досліджувалися судом першої інстанції, але за умови, що про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується. До апеляційної скарги повинні бути додані матеріали, на які посилається апелянт, але яких немає у матеріалах провадження. У скарзі наводиться перелік усіх доданих матеріалів. У випадку коли в апеляційній скарзі вказуються обставини, які не були досліджені в суді першої інстанції, або докази, які не подавалися до суду першої інстанції, то в скарзі також необхідно вказати причини цього. Такими причинами можуть бути випадки ігнорування судом першої інстанції клопотань учасників про дослідження окремих доказів або відсутність на момент розгляду справи у суді першої інстанції відомостей про існування певних доказів. Дотримання вимог щодо порядку та строку подання апеляційної скарги, її форми та змісту має важливе значення для особи, яка її подає, оскільки недотримання цих вимог, а також неподання таких копій або подання їх у недостатній кількості можуть бути підставою для залишення апеляційної скарги без руху, її повернення або відмови відкриття апеляційного провадження.

***У вступній частині апеляції*** слід стисло викласти суть вироку суду, з яким адвокат не погоджується, або резолютивну частину вироку. Припустимо, є виклад тільки тієї частини вироку, з якою адвокат не згоден. Якщо оспорюється об’єктивна сторона складу злочину, то лаконічно викладають описову частину вироку та коротко фабулу справи, щоб той, хто читатиме скаргу, мав уявлення про обставини справи.

Після цього викладається ***мотивувальна частина скарги*** – критика оскаржуваного вироку. Якщо у справі, на думку адвоката, допущено кілька порушень, то кожне з них викладається окремо. Оскаржуючи висновки суду, які містяться у вироку, адвокат повинен потурбуватися, щоб цей спір мав конкретний, предметний характер. Кожне оспорюване твердження суду слід обґрунтовувати доказами, які його спростовують або піддають сумніву. При цьому докази бажано наводити точно (дослівно), з посиланнями на аркуш справи, а для зручності і на рядок, в якому міститься відповідне твердження. Якщо обставини справи викладені в оскаржуваному вироку неправильно, їх краще навести спочатку в редакції суду, а потім у тій, яку автор скарги вважає правильною, і на підтвердження викласти докази з посиланням на їх джерело.

***Особливо уважним слід бути з обсягом оскарження вироку.*** Відповідно до ст. 404 КПК суд апеляційної інстанції переглядає судове рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги. Суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.Якщо розгляд апеляційної скарги дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не надійшли, суд апеляційної інстанції зобов’язаний прийняти таке рішення. Суд апеляційної інстанції не має права розглядати обвинувачення, що не було висунуте в суді першої інстанції.

Отже, «Золоте правило» адвоката не писати скаргу більше двох сторінок об’єктивними обставинами апеляційного провадження ставиться під сумнів. Обсяг апеляційної скарги залежить від кількості фактичних обставин, а також тверджень суду, які оспорюються апелянтом. За таких умов вкластися у дві сторінки неможливо. Не буде правильним, мабуть, і виклад у скарзі основних найпринциповіших положень та доповнення їх поясненнями у вигляді додатків. Можливо, практика підготовки і написання апеляційних скарг піде шляхом подання в суд у стислому вигляді основних і найважливіших моментів, які оскаржуються, а в порядку ст. 403 КПК вноситимуться доповнення та зміни до скарги.

Проте така практика може бути пов’язана з певними труднощами у підготовці справи до розгляду у суді, особливо якщо ці доповнення та зміни вимагатимуть проведення судового слідства та допиту (передопиту) свідків.

***Чи має право адвокат самостійно, незалежно від клієнта, подати апеляційну скаргу?***

Питання непросте. Захисник повинен погоджувати своюпозицію з підзахисним, тому у більшості випадків на нього слід відповістинегативно. Якщо після проголошення вироку підзахисний відмовився відзахисника, то подання скарги є неприпустимим. Проте як бути, якщо адвокатвважає, що вирок необхідно оскаржити, а підзахисний цього не хоче? Деякіадвокати вважають, що в такій ситуації підзахисному необхідно роз’яснитивсінаслідки подання і неподання скарги, зокрема те, що така скарга непогіршить становища клієнта. Якщо засуджений продовжує заперечуватипроти подання апеляції, а адвокат впевнений у такій необхідності,рекомендують: скласти апеляційну скаргу від свого імені; ознайомити з неюклієнта; одержати від нього заяву про небажання подавати скаргу; занеобхідності скласти апеляційну скаргу від імені клієнта.Виконавши це, адвокат, так би мовити, «рятує свою душу» і до кінцявиконує свій професійний обов’язок. Це і захист від можливих нарікань,якщо підзахисний змінить свою думку і подасть апеляційну скаргу від свогоімені.

Готуючи апеляційну скаргу, захисник зобов’язаний обговорити її з підзахисним, з’ясувати можливості одержання додаткових доказів та узгодити позицію щодо скарги. Вся підготовча робота повинна полягати в критичному аналізі вироку (ухвали) суду, виявленні його слабких місць, спірних оцінок та помилкового застосування законодавства. Апеляційна скарга повинна містити прохання апелянта, сформульоване з урахуванням того, які рішення суд апеляційної інстанції має право ухвалити за результатами розгляду, вказівку на те, у чому полягає незаконність чи необґрунтованість оскаржуваного рішення, і доводи на підтвердження такої позиції. Особа, що подає скаргу, зобов’язана зазначити, які існують підстави для скасування або зміни судового рішення, навести обґрунтування своєї позиції.

**Питання № 2. Підготовка сторони захисту до апеляційного розгляду. Заперечення на апеляційну скаргу. Доповнення, зміна, відкликання апеляційної скарги.**

Відповідно до ст. 398 КПК, апеляційна скарга, що надійшла до суду апеляційної інстанції, не пізніше наступного дня передається судді доповідачу.

Отримавши апеляційну скаргу на вирок чи ухвалу суду першої інстанції, суддя доповідач протягом трьох днів перевіряє її на відповідність вимогам ст. 396 КПК і за відсутності перешкод постановляє ухвалу про відкриття апеляційного провадження. Суддя доповідач, встановивши, що апеляційну скаргу на вирок чи ухвалу суду першої інстанції подано без додержання вимог, передбачених ст. Ст. 396 КПК, постановляє ухвалу про залишення апеляційної скарги без руху, в якій зазначаються недоліки скарги і встановлюється достатній строк для їх усунення, який не може перевищувати п’ятнадцяти днів з дня отримання ухвали особою, яка подала апеляційну скаргу.

Копія ухвали про залишення апеляційної скарги без руху невідкладно надсилається особі, яка подала апеляційну скаргу. Якщо особа усунула недоліки апеляційної скарги у строк, встановлений суддею-доповідачем, вона вважається поданою у день первинного її подання до суду апеляційної інстанції. Протягом трьох днів після усунення недоліків апеляційної скарги і за відсутності перешкод суддя-доповідач постановляє ухвалу про відкриття апеляційного провадження.

Апеляційна скарга повертається, якщо: 1) особа не усунула недоліки апеляційної скарги, яку залишено без руху, в установлений строк; 2) апеляційну скаргу подала особа, яка не має права подавати апеляційну скаргу; 3) апеляційна скарга не підлягає розгляду в цьому суді апеляційної інстанції; 4) апеляційна скарга подана після закінчення строку апеляційного оскарження і особа, яка її подала, не порушує питання про поновлення цього 169 строку або суд апеляційної інстанції за заявою особи не знайде підстав для його поновлення.

Суддя-доповідач відмовляє у відкритті провадження лише, якщо апеляційна скарга подана на судове рішення, яке не підлягає оскарженню в апеляційному порядку, або судове рішення оскаржене виключно з підстав, з яких воно не може бути оскарженим згідно з положеннями ст. 394 КПК. Копія ухвали про повернення апеляційної скарги, відмову у відкритті провадження невідкладно надсилається особі, яка подала апеляційну скаргу, разом з апеляційною скаргою та усіма доданими до неї матеріалами.

Ухвала про повернення апеляційної скарги або відмову у відкритті провадження може бути оскаржена в касаційному порядку. Залишення апеляційної скарги без руху або її повернення не позбавляють права повторного звернення до суду апеляційної інстанції в порядку, передбаченому КПК, у межах строку на апеляційне оскарження (ст. 399 КПК). Наслідки подання апеляційної скарги (ст. 400 КПК).

**Подання апеляційної скарги на вирок або ухвалу суду зупиняє набрання ними законної сили та їх виконання, крім випадків, встановлених КПК.** Подання апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді зупиняє набрання нею законної сили, але не зупиняє її виконання, крім випадків, встановлених КПК. Якщо апеляційну скаргу подано обвинуваченим, щодо якого судом ухвалено вирок за результатами спеціального судового провадження, суд поновлює строк за умови надання обвинуваченим підтвердження наявності поважних причин, передбачених ст. 138 КПК, та надсилає апеляційну скаргу разом із матеріалами кримінального провадження до суду апеляційної інстанції з дотриманням правил, передбачених ст. 399 КПК.

Підготовка до апеляційного розгляду полягає у виконанні апеляційним судом певних дій (ст. 401 КПК). **Так, суддя-доповідач протягом десяти днів після відкриття апеляційного провадження за скаргою на вирок або ухвалу суду першої інстанції:**

1) надсилає копії ухвали про відкриття апеляційного провадження учасникам судового провадження разом з копіями апеляційних скарг, інформацією про їхні права та обов’язки і встановлює строк, протягом якого можуть бути подані заперечення на апеляційну скаргу;

2) пропонує учасникам судового провадження подати нові докази, на які вони посилаються, або витребовує їх за клопотанням особи, яка подала апеляційну скаргу;

3) вирішує інші клопотання, в тому числі щодо обрання, зміни або скасування запобіжного заходу;

4) вирішує інші питання, необхідні для апеляційного розгляду.

Усі судові рішення судді-доповідача під час підготовки до апеляційного розгляду викладаються у формі ухвали. Копії ухвал надсилаються учасникам судового провадження. Після закінчення підготовки до апеляційного розгляду суддя-доповідач постановляє ухвалу про закінчення підготовки та призначення апеляційного розгляду. Обвинувачений підлягає обов’язковому виклику в судове засідання для участі в апеляційному розгляді, якщо в апеляційній скарзі порушується питання про погіршення його становища або якщо суд визнає обов’язковою його участь, а обвинувачений, який утримується під вартою, - також у разі, якщо про це надійшло його клопотання (ст. 401 КПК).

**Особи, зазначені у ст. 393 КПК, мають право подати до суду апеляційної інстанції заперечення на апеляційну скаргу** на вирок чи ухвалу суду першої інстанції в письмовій формі протягом встановленого судом апеляційної інстанції строку (ст. 402 КПК).

У запереченні на апеляційну скаргу зазначається:

1) найменування суду апеляційної інстанції;

2) прізвище, ім’я, по батькові (найменування), місце проживання (перебування) особи, яка подає апеляційну скаргу, а також номер засобу зв’язку, адреса електронної пошти, якщо такі є;

3) судове рішення, яке оскаржується, і назва суду, який його ухвалив;

4) номер кримінального провадження в суді апеляційної інстанції, якщо він повідомлений судом апеляційної інстанції;

5) обґрунтування заперечень щодо змісту і вимог апеляційної скарги;

6) у разі необхідності - клопотання особи, яка подає заперечення на апеляційну скаргу;

7) перелік матеріалів, які додаються. У запереченні на апеляційну скаргу зазначається, чи бажає особа взяти участь в апеляційному розгляді.

Заперечення на апеляційну скаргу підписується особою, яка його подає. Особа, яка подала апеляційну скаргу, має право відмовитися від неї, змінити скаргу і доповнити її (ст. 403 КПК).

Особа, яка подала апеляційну скаргу, має право відмовитися від неї до закінчення апеляційного розгляду. Захисник підозрюваного, обвинуваченого, представник потерпілого можуть відмовитися від апеляційної скарги тільки за згодою відповідно підозрюваного, обвинуваченого чи потерпілого.

Якщо вирок або ухвала суду першої інстанції не були оскаржені іншими особами або якщо немає заперечень інших осіб, які подали апеляційну скаргу, проти закриття провадження у зв’язку з відмовою від апеляційної скарги, суд апеляційної інстанції своєю ухвалою закриває апеляційне провадження.

До початку апеляційного розгляду особа, яка подала апеляційну скаргу, має право змінити та/або доповнити її. У такому разі суд апеляційної інстанції за клопотанням осіб, які беруть участь в апеляційному розгляді, надає їм час, необхідний для вивчення зміненої апеляційної скарги і подання заперечень на неї.

Внесення до апеляційної скарги змін, які тягнуть за собою погіршення становища обвинуваченого, за межами строків на апеляційне оскарження не допускається.

Суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги. Суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Якщо розгляд апеляційної скарги дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не надійшли, суд апеляційної інстанції зобов’язаний прийняти таке рішення.

За клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов’язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Суд апеляційної інстанції не має права розглядати обвинувачення, що не було висунуте в суді першої інстанції (ст. 404 КПК). Апеляційний розгляд здійснюється згідно з правилами судового розгляду в суді першої інстанції з урахуванням особливостей, передбачених главою 31 КПК. Після виконання дій, передбачених ст. Ст. 342-345 КПК, і вирішення клопотань суддя-доповідач у необхідному обсязі доповідає зміст оскарженого судового рішення, доводи учасників судового провадження, викладені в апеляційних скаргах та запереченнях, і з’ясовує, чи підтримують свої апеляційні скарги особи, які їх подали. Для висловлення доводів, а також у судових дебатах першій надається слово особі, яка подала апеляційну скаргу.

Якщо апеляційні скарги подали обидві сторони кримінального провадження, першим висловлює доводи обвинувачений. Після цього слово надається іншим учасникам судового провадження. Неприбуття сторін або інших учасників кримінального провадження не перешкоджає проведенню розгляду, якщо такі особи були належним чином повідомлені про дату, час і місце апеляційного розгляду та не повідомили про поважні причини свого неприбуття. Якщо для участі в розгляді в судове засідання не прибули учасники кримінального провадження, участь яких згідно з вимогами КПК або рішенням суду апеляційної інстанції є обов’язковою, апеляційний розгляд відкладається. Перед виходом суду до нарадчої кімнати для ухвалення судового рішення щодо законності та обґрунтованості вироку суду першої інстанції обвинуваченому, який брав участь в апеляційному розгляді, надається останнє слово (ст. 405 КПК). Суд апеляційної інстанції має право ухвалити судове рішення за результатами письмового провадження, якщо всі учасники судового провадження заявили клопотання про здійснення провадження за їх відсутності.

Якщо під час письмового провадження суд апеляційної інстанції дійде висновку, що необхідно провести апеляційний розгляд, він призначає такий розгляд. Якщо проводилося письмове апеляційне провадження, копія судового рішення апеляційної інстанції надсилається учасникам судового провадження протягом трьох днів з дня його підписання. Залежно від предмета апеляційного оскарження суд апеляційної інстанції має право прийняти одне із рішень, передбачених ст. 470 КПК.

Так, за наслідками апеляційного розгляду за скаргою на вирок або ухвалу суду першої інстанції суд апеляційної інстанції має право:

1) залишити вирок або ухвалу без змін;

2) змінити вирок або ухвалу;

3) скасувати вирок повністю чи частково та ухвалити новий вирок;

4) скасувати ухвалу повністю чи частково та ухвалити нову ухвалу;

5) скасувати вирок або ухвалу і закрити кримінальне провадження;

6) скасувати вирок або ухвалу і призначити новий розгляд у суді першої інстанції.

За наслідками апеляційного розгляду за скаргою на вирок суду на підставі угоди суд апеляційної інстанції, крім рішень, передбачених п.п. 1-5 ч. 1 цієї статті, має право скасувати вирок і направити кримінальне провадження:

1) до суду першої інстанції для проведення судового провадження у загальному порядку, якщо угода була укладена під час судового провадження;

2) до органу досудового розслідування для здійснення досудового розслідування в загальному порядку, якщо угода була укладена під час досудового розслідування.

За наслідками апеляційного розгляду за скаргою на ухвали слідчого судді суд апеляційної інстанції має право:

1) залишити ухвалу без змін;

2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу.

Якщо при прийнятті одного з вищевказаних рішень виникає загроза погіршення становища обвинуваченого, суд апеляційної інстанції вправі прийняти таке рішення лише за умови, що з цих підстав апеляційну скаргу подали прокурор, потерпілий чи його представник.

Адвокат-захисник повинен чітко знати повноваження апеляційного суду, підстави їх прийняття, адже від цього залежить результат розгляду апеляційної скарги. У передбачених законом випадках суд апеляційної інстанції може змінити вирок або ухвалу суду.

Відповідно до ст. 408 КПК суд апеляційної інстанції змінює вирок у разі:

1) пом’якшення призначеного покарання, якщо визнає, що покарання за своєю суворістю не відповідає тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого;

2) зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення і застосування статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність про менш тяжке кримінальне правопорушення;

3) зменшення сум, які підлягають стягненню, або збільшення цих сум, якщо таке збільшення не впливає на обсяг обвинувачення і правову кваліфікацію кримінального правопорушення;

4) в інших випадках, якщо зміна вироку не погіршує становища обвинуваченого.

Суд апеляційної інстанції змінює ухвалу суду про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру у разі:

1) зміни правової кваліфікації діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, і застосування статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, яка передбачає відповідальність за менш тяжке діяння;

2) пом’якшення виду примусових заходів медичного або виховного характеру.

Вирок або ухвала змінюються або скасовуються з підстав, вказаних у ст. 409 КПК. Такими підставами є:

1) неповнота судового розгляду;

2) невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження;

3) істотне порушення вимог кримінального процесуального закону;

4) неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

Підставою для скасування або зміни вироку суду першої інстанції може бути також невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого. Суд апеляційної інстанції не вправі скасувати виправдувальний вирок лише з мотивів істотного порушення прав обвинуваченого. Суд апеляційної інстанції не вправі скасувати ухвалу про незастосування примусових заходів медичного або виховного характеру лише з мотивів істотного порушення прав особи, стосовно якої вирішувалося питання про застосування таких заходів. Указані у ст. 409 КПК підстави для скасування або зміни судового рішення мають назву «апеляційні підстави». Їх перелік у законі є вичерпним.

***Неповнота судового розгляду*** (ст. 410 КПК). Неповним визнається судовий розгляд, під час якого залишилися недослідженими обставини, з’ясування яких може мати істотне значення для ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення, зокрема, у разі якщо:

1) судом були відхилені клопотання учасників судового провадження про допит певних осіб, дослідження доказів або вчинення інших процесуальних дій для підтвердження чи спростування обставин, з’ясування яких може мати істотне значення для ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення;

2) необхідність дослідження тієї чи іншої підстави випливає з нових даних, встановлених при розгляді справи в суді апеляційної інстанції.

***Невідповідність висновків суду першої інстанції фактичним обставинам кримінального провадження*** (ст. 411 КПК) має місце, якщо:

1) висновки суду не підтверджуються доказами, дослідженими під час судового розгляду;

2) суд не взяв до уваги докази, які могли істотно вплинути на його висновки;

3) за наявності суперечливих доказів, які мають істотне значення для висновків суду, у судовому рішенні не зазначено, чому суд взяв до уваги одні докази і відкинув інші;

4) висновки суду, викладені у судовому рішенні, містять істотні суперечності.

Вирок та ухвала підлягають скасуванню чи зміні із зазначених підстав лише тоді, коли невідповідність висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження вплинула чи могла вплинути на вирішення питання про винуватість або невинуватість обвинуваченого, на правильність застосування закону України про кримінальну відповідальність, на визначення міри покарання або застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру.

***Істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону*** (ст. 412 КПК) є такі порушення вимог КПК, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення. Судове рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню, якщо:

1) за наявності підстав для закриття судом провадження в кримінальній справі його не було закрито;

2) судове рішення ухвалено незаконним складом суду;

3) судове провадження здійснено за відсутності обвинуваченого, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 323 чи ст. 381 КПК, або прокурора, крім випадків, коли його участь не є обов’язковою;

4) судове провадження здійснено за відсутності захисника, якщо його участь є обов’язковою;

5) судове провадження здійснено за відсутності потерпілого, належним чином не повідомленого про дату, час і місце судового засідання;

6) порушено правила підсудності;

7) у матеріалах провадження відсутній журнал судового засідання або технічний носій інформації, на якому зафіксовано судове провадження в суді першої інстанції.

***Неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність, що тягне за собою скасування або зміну судового рішення*** (ст. 413 КПК), є:

1) незастосування судом закону, який підлягає застосуванню;

2) застосування закону, який не підлягає застосуванню;

3) неправильне тлумачення закону, яке суперечить його точному змісту;

4) призначення більш суворого покарання, ніж передбачено відповідною статтею (частиною статті) закону України про кримінальну відповідальність.

**Невідповідним ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею (частиною статті) закону України про кримінальну відповідальність, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим через м’якість або через суворість** (ст. 414 КПК).

Суд апеляційної інстанції скасовує вирок суду першої інстанції і ухвалює свій вирок у разі:

1) необхідності застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення чи збільшення обсягу обвинувачення;

2) необхідності застосування більш суворого покарання;

3) скасування необґрунтованого виправдувального вироку суду першої інстанції;

4) неправильного звільнення обвинуваченого від відбування покарання.

Вирок суду апеляційної інстанції повинен відповідати загальним вимогам до вироків. Крім того, у вироку суду апеляційної інстанції зазначаються зміст вироку суду першої інстанції, короткий зміст вимог апеляційної скарги, мотиви ухваленого рішення, рішення по суті вимог апеляційної скарги (ч. 1, 2 ст. 420 КПК).

***Суд апеляційної інстанції скасовує ухвалу про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру і постановляє свою ухвалу у разі:***

1) необхідності правової кваліфікації діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, як більш тяжкого;

2) застосування більш суворого виду примусових заходів медичного чи виховного характеру;

3) скасування необґрунтованої ухвали суду про відмову в застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру та закриття кримінального провадження щодо неосудного або неповнолітнього з тих мотивів, що вони не вчинили діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність (ч. 3 ст. 420 КПК).

***Скасувати обвинувальний вирок чи ухвалу і закрити кримінальне провадження суд апеляційної інстанції може за наявності обставин, передбачених ст. 284 КПК (ст. 417 КПК).*** Перелік цих обставин є вичерпним і розширювальному тлумаченню не підлягає.

Суд апеляційної інстанції скасовує вирок чи ухвалу суду і призначає новий розгляд у суді першої інстанції (ст. 415 КПК), якщо:

1) встановлено порушення, передбачені п.п. 2, 3, 4, 5, 6, 7 ч. 2 ст. 412 КПК;

2) в ухваленні судового рішення брав участь суддя, якому було заявлено відвід на підставі обставин, які очевидно викликали сумнів у неупередженості судді, і заяву про його відвід визнано судом апеляційної інстанції обґрунтованою;

3) судове рішення ухвалено чи підписано не тим складом суду, який здійснював судовий розгляд. Призначаючи новий розгляд у суді першої інстанції, суд апеляційної інстанції не має права вирішувати наперед питання про доведеність чи недоведеність обвинувачення, достовірність або недостовірність доказів, переваги одних доказів над іншими, застосування судом першої інстанції того чи іншого закону України про кримінальну відповідальність та покарання.

Висновки і мотиви, з яких скасовані судові рішення, є обов’язковими для суду першої інстанції при новому розгляді. За наслідками апеляційного розгляду за скаргою на ухвали слідчого судді суд апеляційної інстанції має право:

1) залишити ухвалу без змін;

2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу.

Апеляційна інстанція скасовує ухвалу слідчого судді у разі, коли встановить її незаконність або необґрунтованість у межах поданої апеляційної скарги. У такому випадку суд апеляційної інстанції зобов’язаний постановити нову ухвалу з питань, які вирішувалися у скасованій ним ухвалі слідчого судді. Оскільки більшість рішень слідчого судді, які підлягають апеляційному оскарженню відповідно до ст. 309 КПК, є альтернативними, то суд апеляційної інстанції повинен обрати певний відповідний варіант рішення у кожній конкретній ситуації: наприклад, відмовити в продовженні строку тримання під вартою замість його продовження, арештувати майно замість відмови в арешті майна тощо. Зміст ухвали суду апеляційної інстанції визначений у ст. 419 КПК. У випадку коли апеляційна скарга залишається без задоволення, в ухвалі також зазначаються підстави, з яких скарга визнається необґрунтованою. Якщо судове рішення скасовується або змінюється, в ухвалі вказується, які норми закону порушені, сутність цих порушень або необґрунтованість вироку чи ухвали. Ухвала або вироку суду апеляційної інстанції набирають законної сили з моменту їх проголошення і стають обов’язковими для осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, а також для всіх фізичних та юридичних осіб, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх службових осіб і підлягають виконанню на всій території України.

**Питання № 3. Тактика дій під час підготовки та подачі касаційної скарги. Вимоги до касаційної скарги. Порядок та строки касаційного оскарження. Підготовка адвоката до касаційного розгляду. Заперечення на касаційну скаргу. Доповнення, зміна, відкликання касаційної скарги.**

При здійсненні правосуддя важливого значення набуває забезпечення права на оскарження вироку чи іншого судового рішення у судових інстанціях вищого рівня. Такою є, зокрема, касаційна інстанція, головним призначенням якої є виправлення помилок, допущених при здійсненні кримінального провадження судами першої й апеляційної інстанцій.

Провадження в суді касаційної інстанції являє собою вид судового провадження, сутність якого полягає у перегляді (перевірці) за касаційною скаргою учасників кримінального провадження судових рішень суду першої інстанції після їх перегляду судом апеляційної інстанції та рішень судів апеляційної інстанції, постановлених ними за результатами розгляду апеляційних скарг на рішення суду першої інстанції.

**Однак, на відміну від кримінального провадження у суді першої та апеляційної інстанцій,** суд касаційної інстанції при дослідженні питання щодо правильності застосування судами норм матеріального чи процесуального права та наданої ними правової оцінки обмежений у встановленні фактичних обставин справи, оскільки не наділений правом досліджувати докази, встановлювати та визнавати доведеними обставини, що не були досліджені, встановлені в оскарженому судовому рішенні, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу.

Відповідно до ст. 424 КПК у касаційному порядку можуть бути оскаржені вироки та ухвали про застосування або відмову у застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також судові рішення суду апеляційної інстанції, постановлені щодо зазначених судових рішень суду першої інстанції.

Ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали суду апеляційної інстанції можуть бути оскаржені в касаційному порядку, якщо вони перешкоджають подальшому кримінальному провадженню, крім випадків, передбачених КПК. Заперечення проти інших ухвал можуть бути включені до касаційної скарги на судове рішення, ухвалене за наслідками апеляційного провадження.

Вирок суду першої інстанції на підставі угоди після його перегляду в апеляційному порядку, а також судове рішення суду апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на такий вирок можуть бути оскаржені в касаційному порядку:

1) засудженим, його захисником, законним представником виключно з підстав: призначення судом покарання, суворішого, ніж узгоджене сторонами угоди; ухвалення вироку без згоди засудженого на призначення покарання; невиконання судом вимог, встановлених ч.ч. 4-7 ст. 474 КПК, у тому числі нероз’яснення засудженому наслідків укладення угоди;

2) потерпілим, його представником, законним представником виключно з підстав: призначення судом покарання менш суворого, ніж узгоджене сторонами угоди; ухвалення вироку без згоди потерпілого на призначення покарання; невиконання судом вимог, встановлених ч. 6 чи 7 ст. 474 КПК; нероз’яснення потерпілому наслідків укладення угоди;

3) прокурором виключно з підстав: призначення судом покарання менш суворого, ніж узгоджене сторонами угоди; затвердження судом угоди у провадженні, в якому згідно з ч. 4 ст. 469 КПК угода не може бути укладена. Ухвала слідчого судді після її перегляду в апеляційному порядку, а також ухвала суду апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на таку ухвалу оскарженню в касаційному порядку не підлягають.

Перелік суб’єктів права касаційного оскарження, тобто осіб, наділених правом подати касаційну скаргу, та межі такого оскарження відповідно до процесуального статусу встановлено ст. 425 КПК. Цей перелік є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає.

***До таких осіб належать:***

1) засуджений, його законний представник чи захисник - у частині, що стосується інтересів засудженого;

2) виправданий, його законний представник чи захисник - у частині мотивів і підстав виправдання;

3) підозрюваний, обвинувачений, його законний представник чи захисник;

4) законний представник, захисник неповнолітнього чи сам неповнолітній, щодо якого вирішувалося питання про застосування примусових заходів виховного характеру, - в частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

5) законний представник чи захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру;

6) прокурор;

7) потерпілий або його законний представник чи представник - у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

8) цивільний позивач, його представник або законний представник - у частині, що стосується вирішення цивільного позову;

9) цивільний відповідач або його представник - у частині, що стосується вирішення цивільного позову;

10) представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, - у частині, що стосується інтересів юридичної особи.

Особам, які мають право подати касаційну скаргу, надається можливість ознайомитися в суді з матеріалами кримінального провадження для вирішення питання про подання касаційної скарги.

За правилами, встановленими ст. 426 КПК, касаційна скарга подається безпосередньо до суду касаційної інстанції. Касаційна скарга на судові рішення може бути подана протягом трьох місяців з дня проголошення судового рішення судом апеляційної інстанції, а засудженим, який тримається під вартою, - в той самий строк з дня вручення йому копії судового рішення. Протягом строку, встановленого на касаційне оскарження, матеріали кримінального провадження ніким не можуть бути витребувані з суду, який виконує судове рішення, окрім суду касаційної інстанції. Форма та зміст касаційної скарги визначені в ст. 427 КПК.

Зокрема, **к**асаційна скарга подається в письмовій формі. **У касаційній скарзі зазначаються:**

1) найменування суду касаційної інстанції;

2) прізвище, ім’я, по батькові(найменування), поштова адреса особи, яка подає касаційну скаргу, а також номер засобу зв’язку, адреса електронної пошти, якщо такі є;

3) судове рішення, що оскаржується;

4) обґрунтування вимог особи, яка подала касаційну скаргу, із зазначенням того, у чому полягає незаконність чи необґрунтованість судового рішення;

5) вимоги особи, яка подає касаційну скаргу, до суду касаційної інстанції;

6) перелік матеріалів, які додаються. Якщо особа не бажає брати участі у касаційному розгляді, вона зазначає це в касаційній скарзі. Касаційна скарга підписується особою, яка її подає.

Якщо касаційну скаргу подає захисник, представник потерпілого, до неї додаються оформлені належним чином документи, що підтверджують його повноваження відповідно до вимог КПК. До касаційної скарги додаються копії судових рішень, які оскаржуються. До касаційної скарги додаються її копії з додатками в кількості, необхідній для надіслання сторонам кримінального провадження і учасникам судового провадження. Ця вимога не поширюється на засудженого, який тримається під вартою. Підготовку і складання касаційної скарги адвокат здійснює в такому самому порядку, що й складання апеляційної скарги, тобто вивчає матеріали, проводить бесіду з клієнтом, за необхідності вишукує додаткові докази.

**Критика оскаржуваного рішення має бути всебічно аргументованою**, з урахуванням того, що вирок перевіряється в обсязі, в якому він оскаржений. Коло документів, які повинен вивчити адвокат, готуючи касаційну скаргу, ширше, ніж при підготовці апеляції, адже цього разу предметом оскарження є не тільки вирок, а й ухвала апеляційного суду. У роботі над касаційною скаргою немає певних універсальних зразків. Схему побудови скарги визначає процесуальний матеріал, який у різних справах є різноманітним.

Проте судді вже звикли до певної форми процесуальних документів, а також до їх зовнішнього оформлення. Тому дотримання цих «канонів», як правило, полегшує для судді вивчення скарги.

**Готуючись до подання касаційної скарги, адвокат насамперед** аналізує і вивчає судове рішення, яке оскаржується, зіставляє його з нормами матеріального і процесуального права, роз’ясненнями Верховного Суду України з метою виявлення невідповідностей закону та цим роз’ясненням. Передусім необхідно вивчити вирок суду. Якщо адвокат брав участь у судовому засіданні, йому легше зорієнтуватись, в чому полягає необґрунтованість і незаконність ухваленого вироку

У касаційній скарзі **адвокат здійснює певний аналіз як вироку, так і ухвали апеляційного суду.** Якщо у справі допущено кілька порушень, вони викладаються окремо у певній, визначеній захисником послідовності, при цьому у скарзі мають бути відображені всі захисні лінії, розкриті всі помилки, допущені судом і досудовим розслідуванням. Як і на інших стадіях процесу, головним завданням адвоката на цьому етапі є робота з доказами. Саме у доказах або їх критиці адвокат вишукує додаткові захисні ресурси, які можуть допомогти клієнту.

**Глибоке знання наявних доказів дає захисникові можливість усвідомити реальну ситуацію** і відповідно коригувати правову позицію та прогнозувати майбутнє рішення суду. При цьому не слід намагатися вгадати, що зробить суд, адже, вирішуючи для себе замість суду, що на «таке рішення суд не піде», або, що судова практика не допускає того чи того висновку, адвокат обмежує себе у вимогах. Зважати на судову практику потрібно, проте якщо в адвоката є аргументи, які ставлять її під сумнів, то їх слід подати на розсуд суду і не боятись, що суд запідозрить адвоката у некомпетентності. Найголовніше - це професійний аналіз доказів у справі та ті висновки, які можуть підвести суд до усвідомлення, що у справі допущено помилку, яку необхідно виправити, що відповідно до процесуального закону дає підстави для скасування вироку.

**Методика складання касаційної скарги повинна насамперед враховувати вимоги КПК щодо її форми та змісту** (ст. 427).

Складаючи касаційну скаргу, адвокат здебільшого формує її за усталеною практикою: вона містить вступну частину, де викладається суть вироку, з яким не згоден захисник, тобто резолютивну частину вироку, а також у скороченому вигляді описову частину, в якій вказується фабула справи. У скарзі, хоч цього і не вимагається, доцільно коротко викласти суть справи, щоб особа, яка починає вивчати справу, одразу мала і певне уявлення про правову проблему, яка виникла.

Допустимим є виклад тільки тієї частини вироку, з якою адвокат не згоден. Якщо порушується питання про послаблення покарання і не оспорюється кваліфікація вчиненого, то описову частину вироку викладають у кількох фразах. Якщо ж оспорюється об’єктивна сторона складу злочину, описову частину доцільно викласти більш повно. Потім іде виклад основної частини скарги - критика вироку (мотивувальна частина). Якщо у справі, на думку адвоката, допущено кілька порушень, то кожне з них викладається окремо.

Скарга має бути максимально лаконічною та містити посилання на конкретні матеріали справи. Ключові для справи показання свідків можна викласти дослівно, що забезпечить наочність і полегшить сприйняття вимог, які висуваються у скарзі. В основі скарги доцільно викласти скрупульозний аналіз навіть найменших деталей справи, де іноді тільки одне, нібито не побачене судом слово, може бути подано рельєфно, відкриваючи зовсім новий, нерідко несподіваний поворот у всій справі. Обсяг скарги залежить від кількості фактичних обставин, а також тверджень суду, які оспорюють ся касатором. І тут існує певна проблема.

Коротка скарга має більше шансів бути сприйнятою суддею, який вивчає справу. Проте в ній важко навести переконливі аргументи у повному обсязі і зробити всебічний аналіз. Судді ж, які перевіряють скаргу, іноді прямо визнають, що до великих за обсягом скарг у них «не лежить душа».

Мовляв, адвокати повинні навчитися писати лаконічно. Однак якщо у справі допущено помилки юридичного і фактичного характеру, обійтися без глибокого аналізу та викладу у скарзі цих обставин неможливо. За таких умов скарга не буде короткою.

Окремі адвокати практикують написання коротких скарг, у яких викладено й обґрунтовано найпринциповіші та найважливіші порушення, яких, на думку адвоката, припустився суд, а потім подає розгорнуті та глибоко обґрунтовані доповнення до касаційної скарги. Такий досвід заслуговує на увагу.

Оскаржуючи висновки суду, які містяться у вироку, адвокат вступає у спір, і цей спір має бути конкретним. Складаючи скарги, адвокат виходить із загальних вказівок закону про підстави для скасування або зміни вироку. Міцним підґрунтям для розв’язання численних питань методичного характеру в суді касаційної інстанції володіє тільки той адвокат, який з’ясував для себе правову суть організації і діяльності суду з перегляду справ у касаційному порядку.

Адвокат має усвідомлювати відмінність між функціями судів першої інстанції та апеляційного суду, з одного боку, і судом касаційної інстанції - з другого. Об’єктом перегляду справи у касаційному порядку є законність і обґрунтованість ухваленого вироку, тобто повнота встановленого фактичного складу, переконливість зібраних доказів, правильність обрання, тлумачення і застосування відповідної норми права. Суд касаційної інстанції не з’ясовує фактичних обставин. Тому адвокат будує свої висновки на наявних у справі доказах. Якщо нові матеріали мають істотний характер, то вони є лише підставою для твердження про неповноту дослідження суттєвих матеріалів справи. У скарзі адвокат може використати аргументи, які наводив у захисній промові, проте слід пам’ятати, що стиль викладу цих доводів може, а іноді й має бути іншим. Доводи, якими оперує адвокат, стосуються як фактичних, так і юридичних питань.

Перші належать до проблем неповноти досудового і судового слідства, недостатності доказів, другі пов’язані з процесуальними порушеннями і неправильним застосуванням закону. Крім підстав, передбачених ст. 438 КПК, в аналізі справи слід враховувати і практику Європейського суду з прав людини. При підготовці та складанні касаційної скарги адвокат повинен враховувати повноваження суду касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги.

Так, суд касаційної інстанції за наслідками розгляду такої скарги має право постановити одне із передбачених ст. 436 КПК рішень, а саме:

1) залишити судове рішення без зміни, а касаційну скаргу - без задоволення;

2) скасувати судове рішення і призначити новий розгляд у суді першої чи апеляційної інстанції;

3) скасувати судове рішення і закрити кримінальне провадження;

4) змінити судове рішення. Прийняття одного з вищевказаних рішень залежить від того, чи були встановлені порушення закону, допущені судом першої чи апеляційної інстанції при ухваленні (постановленні) судового рішення, і який саме характер вони мають. Слід наголосити, що постановлення судом касаційної інстанції одного з цих рішень автоматично виключає можливість ухвалення іншого.

Важливою гарантією свободи оскарження судових рішень є те, що особа, яка подала касаційну скаргу, має право із дотриманням процесуального порядку та в передбачений на оскарження строк відмовитись від неї, змінити чи доповнити її. Така відмова, зміна і доповнення касаційної скарги здійснюється згідно з положеннями ст. 403 КПК. Слід наголосити, що захисник засудженого, виправданого чи представник потерпілого має право відмовитися від касаційної скарги тільки за згодою засудженого, виправданого чи потерпілого. Тому в разі вчинення цих дій суд зобов’язаний переконатися, що згода засудженого, виправданого та потерпілого є вільною і відповідає його внутрішній волі (наприклад, згода не надана під впливом обману, насильства чи помилки), встановити, що особа усвідомлює правові наслідки власних дій та дій захисника (представника). Про внесення змін і доповнень у касаційну скаргу повинні повідомлятися всі зацікавлені суб’єкти, які беруть участь у касаційному розгляді. За наявності їх клопотань суд касаційної інстанції зобов’язаний надати час, необхідний для ознайомлення чи вивчення зміненої касаційної скарги при необхідності для подання заперечень на неї. Відмова від касаційної скарги допускається до закінчення касаційного розгляду, зміна чи доповнення касаційної скарги може мати місце лише до початку касаційного розгляду.

При відмові особи від касаційної скарги касаційне провадження закривається лише за наявності таких умов:

1) якщо судові рішення не були оскаржені іншими особами або

2) якщо немає заперечень інших осіб, які подавали касаційну скаргу, проти закриття провадження у зв’язку з відмовою від касаційної скарги.

**Питання № 4. Стратегія і тактика дій сторони захисту в кримінальних провадженнях за нововивченими або виключними обставинами.**

**Провадження за нововиявленими або виключними обставинами закріплено ст. 459- 467, глави 34 Кримінального процесуального кодексу України.**

Визначений у главі 34 КПК порядок та підстави перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами у кримінальному провадженні і є тими законодавчими межами, що встановлюють винятки із загального правила, які дають змогу переглядати остаточне судове рішення, що набрало законної сили, за наявності підстав, зумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру. У такий спосіб забезпечується специфічна можливість повернутися до остаточно вирішеного кримінального провадження (кримінальної справи) і відновити порушене право та охоронюваний законом інтерес, навіть після використання усіх процесуальних механізмів оскарження судових рішень і отримання, здавалося б, остаточного судового рішення, яке не повинно піддаватися сумніву.

У цьому контексті слід зауважити, що відповідно до п. 16 розділу ХІ «Перехідні положення» КПК та п. 7 роз’яснень у листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.11.2012 № 1735/0/4-12 «Про деякі питання застосування розділу ХІ «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України» заяви (клопотання) про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, подані учасниками процесу (судового провадження) безпосередньо до суду або пізніше, розглядаються судом у порядку, визначеному главою 34 КПК6.

Отже, за нормами чинного КПК можуть бути переглянуті за нововиявленими обставинами не лише вироки та ухвали, якими завершується судовий розгляд у кримінальних провадженнях (ст. 369, ч. 2 ст. 500, ч. 2 ст. 512, ч. 1 ст. 418, ч. 1 ст. 441, ч. 3 ст. 454 КПК), а й судові рішення (вироки, ухвали чи постанови), якими завершується судовий розгляд у кримінальних справах, що здійснювався у порядку, передбаченому КПК 1960 року (ст. 321, ч. 1 ст. 421, ч. 1 ст. 447, ч. 2 ст. 448, ст.ст. 366, 400-2, 400-21 зазначеного Кодексу).

У зв’язку з цим у подальшому буде використовуватись уніфіковане поняття «кримінальне провадження», під яким слід розуміти і кримінальні провадження, і кримінальні справи, судові рішення у яких можуть бути переглянуті за нововиявленими обставинами.

Як уже було зазначено, перегляд судового рішення у кримінальному провадженні на стадії його виконання може мати місце лише в разі виявлення (встановлення) виняткових обставин, що мають істотне значення для цього провадження. При цьому перевірочна діяльність суду є похідною від встановлення нововиявлених обставин: спочатку суд повинен з’ясувати їх наявність або відсутність, а вже потім перевірити законність та обґрунтованість судового рішення, якщо такі обставини буде встановлено, ураховуючи їх істотність для цього провадження.

Такими, що мають істотне значення, обставини визнаються в разі, якщо їх встановлення безпосередньо впливає на законність і обґрунтованість судового рішення (ст. 370 КПК), зокрема на обсяг обвинувачення, кваліфікацію кримінального правопорушення, вид та міру покарання, розмір відшкодування тощо.

Оскільки істотність нововиявлених обставин належить до оціночних понять, його застосування в кожному конкретному випадку визначається індивідуально, виходячи з фактичних обставин кримінального провадження, а також внутрішнього переконання заявника, інших учасників судового розгляду та суду.

Отже, суд, який ухвалив рішення і першим допустив помилку через незнання певних фактів (ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 463 КПК), має право скасувати своє рішення за нововиявленими обставинами лише за умови, що ці обставини безпосередньо впливають на юридичну оцінку фактів, надану ним у вироку чи ухвалі, що переглядається (зазначене випливає зі змісту п. 4 ч. 2 ст. 462 КПК).

Ураховуючи те, що провадження з перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами фактично відокремлене від інших стадій кримінального процесу, воно має свої характерні ознаки. Зокрема, ця стадія відрізняється від інших:

1) специфікою завдань, властивих лише цій частині кримінального провадження (виправлення попередніх судових помилок чи недоліків, допущених, як правило, не з вини суду (крім зловживання судді) і таких, про які при ухваленні судового рішення заявнику та (або) суду не було відомо);

2) змістом та підставами перегляду судових рішень, що набрали законної сили (ст. 459 КПК);

3) колом учасників цього провадження, у якому заявником може бути будь-хто з учасників судового розгляду незалежно від того, чи було воно предметом розгляду в апеляційному та касаційному порядку (ст. 460 КПК);

4) процесуальними строками здійснення провадження (ст. 461 КПК);

5) процесуальними засобами, які можуть бути використані на цій стадії провадження (ст.ст. 462–466 КПК);

6) процесуальними рішеннями, з винесенням яких виникають підстави для переходу кримінального провадження у наступну стадію процесу: апеляційного провадження, виконання судового рішення, касаційного розгляду і т.д. (залежно від того, судом якої інстанції було ухвалено судове рішення, що переглядалося), або про завершення провадження загалом (ст. 467 КПК).

Слід зауважити, що за чинним кримінальним процесуальним законом поняття інстанційності (перегляд ухваленого судом рішення судом вищої інстанції) до цього провадження не може бути застосовано, бо стадія процесу, в якій він діє, має винятковий характер.

Винятковий (особливий) характер кримінального провадження за нововиявленими обставинами зумовлюється:

1) перевіркою законності та обґрунтованості судових рішень, що набрали законної сили і перебувають на стадії виконання (а в деяких випадках – і тих, що вже виконано) судами, які першими допустили помилку при їх ухваленні;

2) наявністю специфічних підстав для відкриття (відновлення) кримінального провадження, в якому судове рішення, яким завершено судовий розгляд, було визнано остаточним;

3) залежністю предмета перевірки судового рішення (його законності та обґрунтованості) від нововиявлених обставин;

4) структурою та процесуальним порядком здійснення провадження; 5) окремо визначеним колом повноважень суддів, що переглядають судові рішення за нововиявленими обставинами.

З процесуальної точки зору нововиявлені обставини є певними чинниками настання можливих правових наслідків (залежно від етапу провадження за нововиявленими обставинами), а саме:

1) зупинення виконання судового рішення, яке підлягає перегляду (ч. 3 ст. 466 КПК);

2) скасування вироку чи ухвали, які набрали законної сили, через визнання їх незаконними (ч. 1 ст. 467 КПК); 3) настання відповідних кримінально правових наслідків при ухваленні нового судового рішення в результаті провадження за нововиявленими обставинами (ч. 2 ст. 467 КПК).

У кримінальному процесуальному законодавстві відсутнє узагальнене визначення поняття нововиявлених обставин (у ч. 2 ст. 459 КПК наводиться лише їх перелік), що викликає неоднозначне тлумачення правових норм, які регулюють цей інститут, та призводить до помилок при їх практичному застосуванні7.

Водночас із аналізу ч. 2 ст. 459, ч. 1 ст. 461, п. 4 ч. 2 ст. 462 КПК вбачається, що під нововиявленими обставинами насамперед слід розуміти юридичні факти, які:

1) існували на час судового розгляду, але не були відомі заявнику (незалежно від того, чи знали про це інші учасники судового провадження), а також не були відомі суду на момент ухвалення судового рішення (п.п. 1, 2, 5 ч. 2 ст. 459 КПК);

2) пов’язані зі зловживанням судді, суду при ухваленні судового рішення, про що не було відомо заявнику (п. 2 ч. 2 ст. 459 КПК);

3) виникли після набрання судовим рішенням законної сили (на час його ухвалення об’єктивно не існували) та віднесені законом до нововиявлених обставин (п.п. 3, 4 ч. 2 ст. 459 КПК).

Тобто важливим є те, що ці факти, які мають істотне значення для вирішення кримінального провадження, як правило, вже існували на час судового розгляду, однак не були відомі й не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, а також суду (за винятком зловживання судді), у зв’язку з чим не могли бути враховані під час судового розгляду, що і призвело до ухвалення помилкового (незаконного) судового рішення, яке належить переглянути.