

УДК 343.131

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2021.13.17>**Денисовський М.Д.***к.ю.н.,**декан юридичного відділення**Галицький коледж імені В'ячеслава Чорновола***Томчук І.О.***к.ю.н.,**завідувач кафедри права**Галицький коледж імені В'ячеслава Чорновола***Петруник Л.В.***здобувач вищої освіти юридичного відділення**Галицький коледж імені В'ячеслава Чорновола*

РОЗБІЖНОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. Україна прагне до встановлення європейської правової системи, головним завданням якої є правовий захист особи, що перебуває під тиском правових норм, зокрема кримінальних. Ст. 3 Конституції України передбачає, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» [1], що породжує необхідність не тільки в захисті, але й у створенні належних умов для реалізації прав, свобод і законних інтересів особи. Задля цього потрібно постійно вдосконалювати чинне законодавство, забезпечувати нормативне функціонування правової системи шляхом дотримання законів усіма фізичними та юридичними особами, встановити таку конструкцію, яка повинна забезпечити правову захищеність громадян у кримінальному провадженні.

На нашу думку, такою правовою конструкцією є можливість скористатися кваліфікованою правничою допомогою у кримінальному провадженні. Саме тому ст. 59 Конституції України проголошує право кожного на правову допомогу та вільний вибір захисника своїх

прав, а ст. 63 – закріплює право на захист підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного.

Процесуальний статус захисника – одна з найскладніших і найактуальніших проблем теорії та практики кримінального процесу, розгляд якої впливає на розв'язання багатьох питань, зокрема: механізм реалізації процесуальних повноважень захисника, ступінь участі захисника в процесі доказування, предмет і межі доказування захисником та інше. Від правильного його застосування, відповідно до чинного кримінального процесуального законодавства, насамперед залежить ефективне здійснення функції захисту прав і свобод особи [2, с. 70].

У 1961 році, після вступу в дію Кримінально-процесуального кодексу України, уперше у кримінальному процесі міг брати участь захисник. Відтоді відповідні правові норми безліч разів змінювались та удосконалювались, проте практика сьогодення, на жаль, усе таки відображає наявність теоретичних хиб і практичних прогалин у нормативному регулюванні процесуальних правових відносин у цій сфері, що спричинює, відповідно, обмеження прав і законних інтересів сторони захисту.

Огляд останніх досліджень і публікацій.

Теоретичні положення статті базуються на наукових публікаціях стосовно правового і процесуального статусу адвоката під час захисту прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження таких науковців, як С.Є. Абламський, Г.З. Алієв, О.В. Мартовичка, Т.М. Мирошніченко, І.О. Нечаєва, О.О. Самодіна, А.В. Самодін та інші. Проте сьогодні досі не напрацьовано єдиних підходів до розуміння низки законодавчих новел, що регулюють процесуальну діяльність захисника. Незважаючи на позитивність і прогресивність положень Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон), окремі питання таки потребують повного та комплексного дослідження.

Формулювання завдання дослідження.

Метою статті є дослідження проблемних питань щодо надання професійної правничої допомоги у кримінальному провадженні, що зумовлено недосконалістю, а в окремих випадках і браком синхронізації між чинним кримінальним процесуальним законодавством України, окремими законами та практикою їх застосування й напрацювання пропозицій, рекомендацій із внесення відповідних доповнень і змін до чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) в цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Для кримінального судочинства є характерною велика кількість суб'єктів, які вступають між собою у правовідносини, у межах яких вони реалізують свої процесуальні права та виконують юридичні обов'язки. Беззаперечним є факт того, що особа, потрапляючи у сферу кримінального судочинства, прагне ефективного захисту своїх інтересів, а тому захисник відіграє одну з найважливіших ролей.

Відповідно до ст. 6 Закону захисником-адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менш ніж два роки, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування

(крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю [3]. Необхідним убачається звернути увагу на положення ст. 7 Закону, де встановлено не поширення вимоги щодо несумісності з діяльністю адвоката на депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад, окрім тих, які здійснюють свої повноваження у відповідній раді на постійній основі. Г.З. Алієв, О.О. Самодіна та А.В. Самодін правильно зазначили, що оскільки забезпечення конституційних положень права підозрюваного (обвинуваченого) на захист у кримінальному провадженні заслуговує особливої уваги, то через це саме на захисникові лежить велика моральна відповідальність, яка не має підкорятися політичній, партійній, релігійній чи іншій належності [4, с. 91]. На нашу думку, недоцільно допускати до виконання функцій захисту та надавати статус захисника тим фахівцям у галузі права, які є представниками будь-якої гілки влади, зокрема: законодавчої (депутатам будь-яких представницьких органів – від Верховної Ради України до органів місцевого самоврядування), виконавчої (представникам правоохоронних органів) та судової (особам, яких занесено до списку присяжних).

Вважаємо, що положення ст. 45 чинного КПК України також потребують унормування. Оскільки ч. 2 ст. 50 КПК України хоча й викладено у формі заборони встановлювати будь-які додаткові вимоги, крім показу захисником документа, що посвідчує його особу або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі у кримінальному провадженні, водночас не передбачено підстав та обов'язку перевірки дійсності свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю.

Ще одним зі спірних і неузгоджених положень щодо правової підстави початку надання захисником професійної правничої допомоги є форма укладання договору із

захисником. Зокрема, у КПК України жодним чином не передбачено форму такого договору, більш детально це питання відображено лише у ст. 27 Закону, де встановлено: «Договір про надання правової допомоги укладається в письмовій формі. Договір про надання правової допомоги може вчинятися усно у випадках: якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим, з подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього є об'єктивні перешкоди – у найближчий можливий строк». Для уникнення наявних протиріч із цих питань доцільно ст. 51 КПК України доповнити положеннями, зазначеними в статті 27 Закону.

Крім того, підстави для відмови в укладенні договору про надання правової допомоги, визначені ст. 28 Закону, не зовсім відповідають за кількісним критерієм положенням ч. 4 ст. 47 КПК України, тому необхідно внести відповідні доповнення також у цю правову норму [5, с.174].

На підставі ст. 47 КПК України захисник визнається суб'єктом спростування підозри (обвинувачення) у кримінальному провадженні. Таке спростування відбувається в межах кримінального процесу за допомогою відповідних правових засобів і потребує наявності відповідних правових знань. Крім того, пізнання у кримінальному провадженні здійснюється тільки за допомогою кримінального процесуального доказування – урегульованої законом процесуальної діяльності, що полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів із метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Ст. 20 Закону передбачено: «Під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги». За такої умови в захисника виникає можливість проведення своєрідного паралельного «адвокатського розслідування», яке супроводжується

можливістю запитувати, отримувати й вилучати речі, документи, їхні копії та опитувати осіб за їхньою згодою.

Проте, згідно з КПК України, користування визначеними правами у кримінальному провадженні в повному обсязі неможливе, оскільки їх не має підозрюваний чи обвинувачуваний, а отже і захисник, що користується правами особи, яку захищає. А вже згідно з КПК України: «Закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу, під час здійснення кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу (ч. 3 ст. 9); порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України (ст.1); доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані в передбаченому цим Кодексом порядку... (ч. 1 ст. 84, саме цим, і без альтернатив); доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний під час ухвалення процесуальних рішень, на нього не може посилається суд під час ухвалення судового рішення (ст. 86)». Тобто захисник може користуватися тільки тими правами, які визначено в КПК України. У результаті такими неприйнятними для логічного розуміння конструкціями законодавець ускладнив реалізацію принципу змагальності сторін.

Хоч забезпечення доказової діяльності захисника і є основою виконання функцій правничої допомоги та захисту, проте в реальності навіть ці гарно задекларовані приписи Закону не можуть отримати ефективного застосування через безліч протиріч із нормами КПК України. Законодавець зробив усе можливе, щоб нівелювати будь-яке позитивне розширення прав адвоката у кримінальному провадженні.

Аналізуючи положення ч. 2 і ч. 3 ст. 93 КПК України, які встановлюють способи збирання доказів сторонами обвинувачення і захисту,

можливо дійти висновку про те, що захисник, по суті, позбавлений можливості самостійно проводити процесуальні дії, у межах яких можна було б застосовувати пізнавальні й посвідчувальні операції, аналогічні до тих, якими послуговуються під час проведення слідчих (розшукових) дій. Однак завдання адвокатського розслідування не можуть бути повноцінно реалізовані без проведення таких дій, оскільки вони становлять основу, підґрунтя доказової діяльності [6, с. 136].

Згідно із законодавством України захисник має право тільки ініціювати проведення процесуальної дії шляхом подання відповідного клопотання на розгляд і розв'язання слідчому, прокурору. Відповідно до ч. 1 ст. 220 КПК України граничний термін для розгляду слідчим, прокурором клопотання про проведення процесуальних дій становить три дні з моменту його подання. Проте терміни ж виконання рішення про задоволення клопотання чітко не визначено, а тому слідчий, прокурор здійснюють необхідні процесуальні дії у визначений на власний розсуд час, що може призвести до втрати відшукуваних доказів або їхніх джерел або суттєвого викривлення змісту доказової інформації. Таке відтермінування у проведенні процесуальних дій може мати серйозну загрозу, що, зі свого боку, призведе до негативних чи навіть фатальних наслідків з огляду на досягнення мети зі спростування підозри (обвинувачення).

Визнаючи існування зазначених проблем у процесуальній теорії та практиці кримінального провадження, варто наголосити, що їхню першооснову становить хибний підхід законодавця, за яким захисник позбавлений права самостійного проведення процесуальних дій, спрямованих на збирання доказів у кримінальному провадженні. Адже саме процесуальні дії з відповідною фіксацією порядку й результатів їхнього проведення за правилами, визначеними ст. ст. 103–107 КПК України, є універсальною формою реалізації заходів зі збирання доказів у кримінальному провадженні, а тому проведення таких

дій має перебувати в компетенції і слідчого, прокурора, і захисника, тому на рівні законотворчості є необхідність доповнення ч. 3 ст. 93 КПК України.

Також у ст. 47 КПК України наведено перелік обов'язків захисника, який частково дублює положення Закону. Підтримуючи думку науковця С.Є. Абламського, пропонуємо вдосконалити зазначену правову норму шляхом внесення до неї положень ч. 2 ст. 21 Закону, що становлять собою перелік дій, здійснення яких захисником заборонено, а саме: «...використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта; без згоди клієнта розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю, використовувати їх у своїх інтересах або інтересах третіх осіб; займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат упевнений у самообмові клієнта; відмовлятися від надання правової допомоги, крім випадків, установлених законом» [7, с. 53].

Висновки. Як бачимо, у чинному КПК України сьогодні здійснено штучну формалізацію інституту захисту, яка суперечить об'єктивним законам пізнання, логіки та природного права, здатна перетворити судовий процес у безкінечну тяганину.

Щоб цього уникнути, на нашу думку, необхідно внести певні зміни та доповнення в чинне законодавство України, а саме: доцільно доповнити ст. 45 КПК України додатковими частинами та викласти їх у такій редакції:

«3. Для залучення захисника до участі в кримінальному провадженні слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд перевіряють наявність внесення відомостей про адвоката в Єдиному реєстрі адвокатів України та відсутність у ньому відомостей про тимчасове зупинення чи припинення права особи на зайняття адвокатською діяльністю.

4. У разі невнесення відомостей про адвоката до Єдиного реєстру адвокатів України або наявності в ньому відомостей про тимчасове зупинення чи припинення права

особи на зайняття адвокатською діяльністю така особа позбавляється права здійснювати захист у кримінальному провадженні».

Вважаємо, що доповнення потребує також і ч. 3 ст. 93 КПК України. Пропонуємо викласти додатковий абзац до цієї правової норми такого змісту: «Захисник може здійснювати збирання доказів шляхом проведення допиту; пред'явлення особи або речей для впі-

знання; огляду місцевості, приміщення, речей або документів; відтворення дій, обстановки, обставин певної події; освідчування особи та інших процесуальних дій згідно із правилами цього Кодексу, передбаченими для відповідних слідчих (розшукових або інших процесуальних) дій, не допускаючи застосування примусу та/або будь-якого іншого обмеження прав і свобод людини».

Анотація

У статті досліджено необхідність реформування кримінального процесуального законодавства України про адвокатуру та адвокатську діяльність, особливо в частині вдосконалення забезпечення захисту в кримінальному процесі, забезпечення участі захисника в кримінальних провадженнях на стадії досудового розслідування та судового розгляду в суді. Визначено та проаналізовано проблемні питання, пов'язані з наявними розбіжностями, неузгодженостями та прогалинами між чинним Кримінальним процесуальним кодексом України і Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» із питань забезпечення і реалізації надання захисником професійної правничої допомоги учасникам кримінального судочинства.

Звернено увагу на професійний та індивідуальний підхід до процесуального статусу адвоката у кримінальному провадженні, особливо на процесуальні права, обов'язки та дії, здійснення яких захисником заборонено згідно із законодавством України.

Автори статті визначили доцільність доповнення ст. 45 КПК України додатковими частинами про обов'язок уповноважених осіб під час залучення адвоката у кримінальне провадження перевіряти внесені про нього відомості у Єдиному реєстрі адвокатів України, а також ст. 51 КПК України шляхом чіткого визначення форми укладення договору про надання правової допомоги.

Доведено, що захисник позбавлений змоги самостійно здійснювати процесуальні дії, спрямовані на збирання доказів у кримінальному провадженні, а його права щодо здійснення доказової діяльності не підлягають ефективній реалізації. Ця неузгодженість між нормами Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і положеннями Кримінального процесуального кодексу України потребує негайного розв'язання шляхом внесення змін про повноваження захисника на здійснення певних процесуальних дій у порядку, визначеному Кримінальним процесуальним кодексом України для відповідних слідчих (розшукових або інших процесуальних) дій, не допускаючи водночас застосування примусу та/або будь-якого іншого обмеження прав і свобод людини. Отже, захисник не буде обмежений у можливості проводити своєрідного «адвокатського розслідування» задля належного виконання функцій захисту.

На підставі результатів дослідження наголошено на важливості внесення конкретних пропозицій і рекомендацій із метою вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства України.

Ключові слова: захисник, кримінальне судочинство, адвокат, учасники провадження, правнича допомога, захист, доказування.

Denysovskyi M.D., Tomchuk I.O., Petrunyk L.V. Inconsistencies in legal regulation defendant's participation in criminal proceedings

Summary

This article explores the necessity of reforming the criminal procedure law of Ukraine on law practice, especially in terms of improving protection in criminal proceedings, ensuring the participation of defense counsel in criminal proceedings at the stage of pre-trial investigation and trial in court. Identified and analyzed issues related to the existing differences, inconsistencies, and gaps between the current Criminal Procedure Code of Ukraine and the Law of Ukraine “On Advocacy and Advocacy Practice” in ensuring implementation and providing defender professional legal assistance to participants in criminal proceedings. Attention is paid to the professional and individual approach to the procedural status of a lawyer in criminal proceedings, especially to procedural rights, obligations, and actions, the implementation of which is prohibited by the defense counsel according to the laws of Ukraine.

The authors determined the expediency of supplementing Article 45 of Criminal Procedure Code of Ukraine with additional parts on the duty of authorized persons, when involving a lawyer in criminal proceedings, to verify the information about him in the Unified Register of Lawyers of Ukraine, and Article 51 of Code by clearly defining the form of legal assistance.

It has been proved that the defense counsel is deprived of the opportunity to independently carry out procedural actions aimed at gathering evidence in a criminal proceeding, and his rights to carry out evidentiary activities are not subject to effective implementation. This inconsistency between the provisions of the Law of Ukraine “On Advocacy and Advocacy Practice” and the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine needs to be resolved immediately by amending the powers of defense counsel to perform certain procedural actions in accordance with the Criminal Procedure Code of Ukraine for relevant investigative (investigative or other procedural) actions, without allowing the use of coercion and / or any other restriction of human rights and freedoms. Thus, the defense counsel will not be limited in his ability to conduct a kind of “lawyer’s investigation” in order to properly perform the functions of defense. Based on the results of the study, the importance of making specific proposals and recommendations to improve the current criminal procedure legislation of Ukraine is emphasized.

Key words: defense counsel, criminal proceedings, lawyer, participants in the proceedings, legal assistance, defense, evidence.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 01.02.2021).
2. Нечаєва І.О. Процесуальний статус захисника-адвоката. *Процесуальне та криміналістичне забезпечення досудового розслідування* : тези доповідей учасників науково-практичного семінару (30 жовтня 2020 року) / упор. А.Я. Хитра. Львів : ЛьвДУВС. 2020. С. 70–73. URL: https://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/30_10_2020.pdf#page=70 (дата звернення: 01.02.2021).
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 01.02.2021).
4. Алієв Г.З., Самодіна О.О., Самодін А.В. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України. *Юридична наука*. 2013. № 3. С. 91–99. URL: <https://legal.nam.edu.ua/journal/n-3-2013.pdf> (дата звернення: 01.02.2021).

5. Мартовицька О.В. Проблемні питання вдосконалення надання захисником професійної правничої допомоги у кримінальному провадженні. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. № 3. С. 172–175. URL: <http://www.sulj.oduvs.od.ua/archive/2019/3/43.pdf> (дата звернення: 01.02.2021).
6. Мирошниченко Т.М. Щодо питання реалізації нормативного змісту засади забезпечення обвинуваченому права на захист у ході збирання доказів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 32. Т. 3. С. 132–137.
7. Абламський С.Є. Процесуальний статус захисника за КПК України: проблеми регламентації та шляхи їх удосконалення. *Journal "ScienceRise: Juridical Science"*. 2018. № 1 (3). С. 49–54.