

УДК 347.965

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.04.83>

АДВОКАТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ

Бондар І.В.,

доктор юридичних наук, доцент
кафедри нотаріального, виконавчого процесу
та адвокатури, прокуратури, судоустрою
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9489-963X>

Кучинська О.П.,

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3464-4798>

Циганюк Ю.В.,

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінального права та процесу
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8495-3583>

Бондар І.В., Кучинська О.П., Циганюк Ю.В. Адвокат у кримінальному процесі: організаційно-правові засади.

У статті досліджено організаційно-правові засади діяльності адвоката у кримінальному провадженні. Автори зазначили, що велика роль у забезпеченні прав та свобод осіб під час кримінального провадження належить адвокатам, які мають надавати необхідну професійну правничу допомогу учасникам процесу. Але якісна професійна правнича допомога адвоката залежить від багатьох факторів як суб'єктивного, так і об'єктивного характеру. Визначено, що якість правового регулювання діяльності адвоката у кримінальному провадженні безпосередньо впливає на нього та субсидіарно на особу, якій він надає професійну правничу допомогу.

При проведенні дослідження автори беруть за основу те, що участь адвоката у кримінальному провадженні передбачає наявність 2-х правових статусів: 1) адвоката України, 2) статусу учасника кримінального процесу (захисника або представника). Засновуючись на цьому підході аналізується збирання доказів захисником, право на отримання інформації та копій документів в контексті дотримання таємниці досудового розслідування, відвід інших учасників кримінального провадження у зв'язку із залученням адвоката, який перебуває у родинних зв'язках із учасником кримінального провадження, надання професійної правничої допомоги адвокатом особам, проце-

суальний статус яких детально не урегульований.

Досліджуючи організаційні засади діяльності адвоката у кримінальному провадженні авторами звернено увагу на роль комендантської години у роботі адвоката, на недостатнє дослідження тактики діяльності адвоката у кримінальному провадженні та методики захисту у провадженнях щодо окремої категорії кримінальних правопорушень.

За результатами сформовано висновок, що серед окреслених проблем є закономірність, яка пов'язана із тим, що у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» деталізуються окремі положення участі адвоката у кримінальному провадженні, які не визначені КПК України, що, в свою чергу, викликає їх неоднакову реалізацію уповноваженими КПК України суб'єктами. А напрям дослідження тактики участі адвоката та методик захисту чи представництва у окремих видах кримінальних проваджень визнано перспективним.

Ключові слова: кримінальний процес, адвокат, професійна правнича допомога, захист, представництво.

Bondar I.V., Kuchynska O.P., Tsyganyuk Yu.V. Advocate in criminal proceedings: organizational and legal principles.

The article examines the organizational and legal principles of the advocate's activities in criminal proceedings. The authors noted that a major role

in ensuring the rights and freedoms of individuals during criminal proceedings belongs to advocates, who must provide the necessary professional legal assistance to the participants in the process. But high-quality professional legal assistance of an advocate depends on many factors, both subjective and objective. It was determined that the quality of the legal regulation of an advocate's activity in criminal proceedings directly affects him and, secondarily, the person to whom he provides professional legal assistance.

When conducting research, the authors take as a basis the fact that the participation of an advocate in criminal proceedings requires the presence of 2 legal statuses: 1) an advocate of Ukraine, 2) the status of a participant in a criminal proceeding (defender or representative). Based on this approach, the collection of evidence by the defense, the right to receive information and copies of documents in the context of maintaining the secrecy of the pre-trial investigation, the recusal of other participants in the criminal proceedings in connection with the involvement of a advocate who is related to the participant in the criminal proceedings, the provision of professional of legal assistance by an advocate to persons whose procedural status is not regulated in detail analyzed.

Investigating the organizational principles of an advocate's activity in criminal proceedings, the authors drew attention to the role of curfew in a advocate's work, insufficient research into the tactics of a advocate's tactics in criminal proceedings and methods of defense in proceedings regarding a separate category of criminal offenses. Based on the results, a conclusion was formed that among the outlined problems there is a regularity is connected with the fact that the Law of Ukraine "About Advocacy and Advocacy Activities" details separate provisions of the advocate's participation in criminal proceedings, which are not defined by the Criminal Procedure Code of Ukraine, in turn, causes their uneven implementation by the authorized subjects of the CPC of Ukraine. And the research direction of the advocate's participation tactics and methods of defense or representation in certain types of criminal proceedings is recognized as perspective.

Key words: criminal process, advocate, professional legal aid, defense, representation.

Постановка проблеми. Забезпечення гарантованих Конституцією України прав та свобод особи у кримінальному провадженні реалізовується органами та посадовими особами, які його здійснюють. Але реалізація ними своїх повноважень не позбавлена помилок у такій діяльності. На практиці часто трапляються порушення прав та свобод осіб, які спричинені як помилками у правозастосовчій діяльності уповноважених суб'єктів, так і їх умисними діями. Саме тому ве-

лика роль у забезпеченні прав та свобод осіб під час кримінального провадження належить адвокатам, які мають надавати необхідну професійну правничу допомогу учасникам процесу.

Але якісна професійна правнича допомога адвоката залежить від багатьох факторів як суб'єктивного, так і об'єктивного характеру. І якщо на суб'єктивні фактори можливо вплинути, то об'єктивні можуть піддаватись змінам лише незалежно від волі адвоката. Одним із таких об'єктивних факторів є стан правового регулювання діяльності адвоката у кримінальному провадженні. Якість такого правового регулювання безпосередньо впливає на діяльність адвоката та субсидіарно на особу, якій він надає професійну правничу допомогу. Саме на актуальних питаннях правового регулювання окремих засад діяльності адвоката у кримінальному провадженні автори хотіли би звернути увагу у цій статті.

Стан опрацювання цієї проблематики. Окремі аспекти досліджуваної проблематики є у працях Ю.М. Бисаги, А.М. Бірюкової, Т.В. Варфоломєєвої, Т.Б. Вільчик, І.В. Гловюк, В.Г. Гончаренка, С.В. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, Я.П. Зейкана, О.В. Кудрявцева, В.Т. Нора, М.А. Погорецького, В.О. Попелюшка, С.Ф. Сафулька, В.О. Святоцької, Д.Б. Сергєєвої, О.С. Старенького, О.Г. Яновської, у працях співавторів цієї статті, а також у інших публікаціях.

Метою статті є розглянути окремі проблеми організаційно-правових засад діяльності адвоката у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Участь адвоката у кримінальному провадженні передбачає наявність 2-х правових статусів: 1) адвоката України, 2) статусу учасника кримінального процесу (захисника або представника). Згідно норм Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), кожен із них невіддільний від іншого, а тому діяльність адвоката у кримінальному процесі регулюється як нормативно-правовими актами, які регулюють адвокатську діяльність, так і кримінальним процесуальним законодавством. Але не дивлячись на те, що класично Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визнається кримінальним процесуальним законодавством, яке визначає статус адвоката як суб'єкта, який може бути залучений у кримінальний процес (встановлює підстави для можливості його участі саме як адвоката), у кримінальному процесі статус адвоката фактично «поглинається» іншим процесуальним статусом якого він набуває у зв'язку із вступом у кримінальні процесуальні відносини. Звісно, що свого статусу адвокат не втрачає, але в межах кримінального процесу реалізує свої права та обов'язки, які прямо передбачені КПК України, або щодо яких є «мовчазна згода» законодавця.

Наприклад, у ч. 3 ст. 93 КПК України, яка присвячена збиранню доказів у кримінальному провадженні визначено, як пряме право ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також і права які носять бланкетний характер і які без реалізації норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (щодо професійних прав адвоката) здійснити неможливо: «здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок;... а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів» [1].

В іншому випадку Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) обмежує право адвоката на отримання ним інформації чи копій документів із вказівкою на необхідність користуватись саме правовим статусом учасника кримінального провадження. Така норма міститься у абз. 4 ч. 1 ст. 24 цього Закону та наголошується на тому, що надання адвокату інформації та копій документів, отриманих під час здійснення кримінального провадження, здійснюється в порядку, встановленому кримінальним процесуальним законом [2].

Указана норма спрямована на реалізацію адвокатом прав, які визначені КПК України як для учасника кримінального провадження. Адже кримінальний процесуальний закон чітко розмежує правові статуси учасників кримінального провадження залежно від виконання ними процесуальних функцій або мети їх залучення у кримінальний процес і сама по собі реалізація прав, що не передбачені у КПК України, може зашкодити ефективності кримінального провадження, виконанню його завдань.

При цьому необхідно пам'ятати також і про положення ч. 3 ст. 9 КПК України про те, що закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати КПК України, а при здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить КПК України [1].

Визначена вище норма Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» сприяє забезпеченню таємниці досудового розслідування, дотриманню прав інших учасників кримінального провадження, які реалізують свої права в межах, які визначені КПК України, й очікують на правомірну поведінку з боку інших учасників.

Окрім того, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» детально регламентує особливості проведення окремих слідчих дій та

заходів забезпечення кримінального провадження стосовно адвоката, фактично заповнюючи прогалини глави 37 КПК України «Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб» у частині застосування особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката.

Крім того у Законі встановлено і заборону адвокату укласти договір про надання правової допомоги і він зобов'язаний відмовитися від виконання договору, укладеного адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, у разі, якщо адвокат є членом сім'ї або близьким родичем посадової особи, яка брала або бере участь у кримінальному провадженні, щодо яких до адвоката звертаються з пропозицією укладення договору про надання правової допомоги (п. 5 ч. 1 ст. 28). Така норма Закону унеможливує зловживання у кримінальному провадженні своїми процесуальними правами, наприклад, для того, щоб змінити склад суду, замінити прокурора, слідчого, дізнавача тощо у кримінальному провадженні заявивши їм відвід або вони змушені будуть заявити самовідвід. Виключенням із цього правила буде ситуація, за якої ще не відомо про те, хто здійснюватиме досудове розслідування, прокурорський нагляд, судовий контроль чи правосуддя у кримінальному провадженні.

Не дивлячись на симбіоз КПК України та Закону у питаннях правового регулювання статусу адвоката (як учасника кримінального провадження: захисника підозрюваного, особи, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), чи представника потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, юридичної особи, особи, щодо якої здійснюється провадження, а також з питань застосування особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката) у тексті КПК України можна віднайти норми, які встановлюють участь адвоката у кримінальному провадженні з наданням ним професійної правничої допомоги іншим учасникам кримінального провадження і права та обов'язки його детально не врегульовано або відсутні їх правове регулювання у нормах КПК України. Це: адвокат свідка, адвокат викривача (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України); адвокат (адвокати) (повідомлення їх про затримання особи) (ч. 3 ст. 12 КПК України); адвокати (щодо реєстрації в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі) (абз. 2 ч. 1 ст. 35 КПК України); адвокат (щодо імунітету свідка) (п. 2 ч. 2 ст. 65 КПК Укра-

їни); адвокат (п. 3 ч. 3 ст. 87, ч. 1, абз. 3 ч. 3, абз. 2 ч. 5 ст. 236, ч. 2 ст. 275, ч. 1 ст. 324, п. 7 ч. 1 ст. 480, п. 1 ч. 1 ст. 481, п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України). У цих нормах КПК України визначені адвокати не як захисники та не як представники – учасники кримінального провадження, а як адвокати, статус яких урегульований Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Також адвокати можуть набути статусу особи, яка брала участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні (п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК України); особи, до якої застосовані заходи безпеки (п. 9 ч. 2 ст. 65 КПК України).

Визначені вище адвокати як учасники кримінального провадження мають або користуватись правами, які визначені іншим законодавством України, окрім КПК України та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (наприклад, Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23.12.1993 № 3782-XII), або ж реалізовувати положення ч. 6 ст. 9 КПК України у якій визначено, що у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою статті 7 КПК України [1]. Тобто необхідно застосовувати аналогію права.

Вище викладене, а також аналіз інших норм КПК України дає можливість зробити висновок про те, що правові засади діяльності адвоката у кримінальному провадженні засновуються на синтезі норм права, які регулюють таку діяльність, але знаходяться у різних нормативно-правових актах, і які як встановлюють правовий статус адвоката, так і регулюють питання участі у кримінальних процесуальних відносинах.

Що ж до організаційних засад участі адвоката у кримінальному провадженні, розглянемо це питання у контексті організації адвокатом своєї діяльності у кримінальному провадженні.

М.О. Кравченко визначив, що сучасних умовах перед адвокатами постають певні проблеми, які можна об'єднати у такі групи: 1) морально-етичні (дилема щодо захисту російських військово-полонених); 2) психологічні (почуття тривоги, нервування через воєнний стан тощо); 3) правові (зміни у законодавстві); 4) організаційні (зміна формату роботи підприємств та установ, дистанційний характер спілкування); 5) фінансові (підвищення цін на пальне, комунальні послуги тощо) [3, с. 543]. В цілому погоджуючись із цією класифікацією зазначимо про те, що усі визначені автором проблеми впливають на організацію роботи адвоката і у кримінальному провадженні.

Також необхідно відмітити й те, що введення комендантської години в Україні у зв'язку із впровадженням воєнного стану мало своїм наслідком

надання дозволів на пересування у комендантську годину окремим категоріям осіб. А, як результат, дозвіл на пересування в цей час має дуже мала кількість адвокатів. Тобто, якщо змодельювати ситуацію, що в особи є договір із адвокатом й її затримали, а прибути адвокат не може, тому що у нього відсутній дозвіл на пересування у комендантську годину, тоді це потрібно розглядати як порушення права на вільний вибір захисника своїх прав і є порушенням ч. 3 ст. 29 Конституції України («Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правничою допомогою захисника» [4]), ст. 59 Конституції України («Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» [4]), які згідно ст. 64 Основного закону не можуть бути обмежені в умовах воєнного або надзвичайного стану. Шкода, але змодельована ситуація є реальністю. На дату написання статті лише адвокати, які співпрацюють із Центром з надання безоплатної правової допомоги отримали можливість вільно пересуватись у комендантську годину із наявністю доручення такого Центру. А це, в свою чергу, обмежує право на вільний вибір захисника, адже захисник за договором немає такого дозволу на вільне пересування у комендантську годину.

Згідно А.О. Липівської, для того, щоб захисна діяльність мала гарний практичний результат, потрібно діяти, працювати над організацією роботи та втіленням поставленої мети у процесі. У практичному значенні деталізація основних складових захисної діяльності дає можливість зрозуміти та розробити захиснику певну методіку своєї діяльності у забезпеченні захисту інтересів та прав клієнта. Для того, щоб усі компоненти діяльності знаходились у гармонійному поєднанні, потрібно, щоб захисник був справжнім професіоналом, головним секретом успіху якого були б його знання, творчий підхід, моральність, організованість та досвідченість [5, с. 157].

Також необхідно звернути увагу на такі організаційні аспекти діяльності адвоката у кримінальному провадженні як тактика та методика його діяльності. Указані категорії широко розвинуті у науці «Криміналістиці» з питань розслідування кримінальних правопорушень стороною обвинувачення, а в адвокатській діяльності комплексне дослідження тактики діяльності адвоката у кримінальному провадженні та методики захисту у провадженнях щодо окремої категорії кримінальних правопорушень небагато [6–13]. Розробка комплексного монографічного дослідження з цієї тематики та ознайомлення із ним широко кола адвокатської спільноти здатне підвищити рівень

надання професійної правничої допомоги адвокатами. Позитивним є впровадження у освітні програми таких навчальних дисциплін як «Методика і тактика адвокатської діяльності» (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), «Криміналістичне забезпечення діяльності адвоката» (Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка).

Висновки. Дослідження організаційно-правових засад участі адвоката у кримінальному провадженні дозволило виокремити окремі проблеми тлумачення правового регулювання участі адвоката відповідно до норм КПК України та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Серед окреслених проблем є закономірність, яка пов'язана із тим, що у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» деталізуються окремі положення участі адвоката у кримінальному провадженні, які не визначені КПК України, що, в свою чергу, викликає їх неоднакову реалізацію уповноваженими КПК України суб'єктами, а, відповідно, створює перешкоди у реалізації адвокатом своїх прав. Вирішенням цієї проблеми має стати тлумачення норм КПК України із розумінням того, що Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» є кримінально-процесуальним законом норми якого не суперечать змісту КПК України, а вибіркоче використання лише окремих норм цього Закону у кримінальному провадженні недопустиме.

Що ж до організаційних аспектів участі адвоката у кримінальному провадженні, то вважаємо, що напрямки розвитку правової науки у сфері розробки рекомендацій щодо тактики участі адвоката та методик захисту чи представництва у окремих видах кримінальних проваджень є перспективними і потребують подальших наукових досліджень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.
3. Кравченко М.О. Сучасні виклики в адвокатській діяльності. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 9. С. 541–544. URL: http://www.lsej.org.ua/9_2022/132.pdf DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-9/132>.
4. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
5. Липівська О.А. Організаційно-правові засади захисної діяльності адвоката у кримінальному процесі України. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 152–158. URL: http://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2016_Lupivska.pdf.
6. Варфоломеева Т.В. Криминалистика и профессиональная деятельность защитника: монография. К.: Вища шк., 1987. 151 с.
7. Зейкан Я.П. Адвокат: кримінальні справи: метод. поради: у 2 ч. Київ: Дакор, 2012. 728 с.
8. Зейкан Я.П. Настільна книга адвоката у кримінальній справі. Київ: Дакор, 2016. 640 с.
9. Зейкан Я.П., Лисак О.М., Рябець Н.М. Адвокатська техніка (підготовка до процесу і методики переконання). Київ: Дакор, 2020. 618 с.
10. Криміналістична адвокатологія (технологія захисту у кримінальному провадженні України): навч.-метод. посібник. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. 184 с.
11. Погорецький М.А., Сергеева Д.Б. Тактика захисника: поняття, зміст та місце в системі криміналістичної тактики. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 113–123. URL: http://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2016_Sergeeva.pdf.
12. Пономаренко Д.В. Тактичні питання захисту в кримінальному провадженні. Київ: Фенікс. 2018. 158 с.
13. Циганюк Ю.В. Адвокатська тактика під час затримання особи без ухвали слідчого судді. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 4. С. 435–438 URL: <http://www.par.in.ua/index.php/arhiv-vidannja>.