

УДК 343.12

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.01.105>

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УЧАСТІ АДВОКАТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ДЛЯ НАДАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ УЧАСНИКАМ ТАКОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Кучинська О.П.,

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Циганюк Ю.В.,

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінального права та процесу
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова

Кучинська О.П., Циганюк Ю.В. Проблемні питання правового регулювання участі адвоката у кримінальному провадженні для надання професійної правничої допомоги учасникам такого провадження.

У статті визначено, що на перший погляд правове регулювання діяльності адвоката у кримінальному провадженні достатньо регламентоване, відповідає міжнародним стандартам та не потребує корегування. Але, як показує практика, під час реалізації норм кримінального процесуального законодавства виникає чимало проблем, які засновані на колізіях та прогалинах у ньому. Серед них чільне місце займають проблеми захисту, представництва та надання інших видів професійної правничої допомоги учасникам кримінального провадження адвокатом.

У роботі досліджено стан правового регулювання участі адвоката у кримінальному провадженні для надання професійної правничої допомоги учасникам такого провадження. Авторами проаналізовано відсутність права потерпілого та його представника на договірних умовах залучати експерта у кримінальне провадження, інші обмеження прав потерпілого та його представника у збиранні доказів, права на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, відсутність права на отримання копії повідомлення про підозру та обвинувального акта, відсутність права подавати клопотання слідчому судді про отримання тимчасового доступу до речей чи документів, а також права на оскарження запобіжного заходу який був застосований до підозрюваного/обвинуваченого з мотивів його м'якості тощо.

Також у статті проаналізовано права представника цивільного позивача або цивільного відповідача у кримінальному провадженні у взаємозв'язку із правами, які передбачені Цивіль-

ним процесуальним кодексом України, звернено увагу на необхідність передбачення представництва для іншого власника або володільця майна у правовідносинах щодо права заявити клопотання про скасування арешту майна повністю або частково, розглянуто процесуальний статус адвоката свідка та адвоката викривача.

У статті запропоновані зміни до норм Кримінального процесуального кодексу України в контексті правового регулювання участі адвоката у кримінальному провадженні для надання професійної правничої допомоги учасникам такого провадження.

Ключові слова: кримінальне провадження, учасники кримінального провадження, адвокат, захисник, представник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, свідок, викривач.

Kuchynska O.P., Tsyhaniuk Y.V. Problematic issues of legal regulation of participation of an advocate in criminal proceedings for the provision of professional legal assistance to participants in such proceedings.

The article determines that, at first glance, the legal regulation of the activities of an advocate in criminal proceedings is well regulated, complies with international standards and does not require any adjustment.

The article determines that, at first glance, the legal regulation of the activities of an advocate in criminal proceedings is sufficiently regulated, complies with international standards and does not require any adjustment. However, as practice shows, many problems arise in the implementation of criminal procedural law based on conflicts and gaps in it. Among them, a major place is occupied by the problems of defense, representation and other types of professional legal assistance to participants in criminal proceedings by an advocate.

The article examines the state of legal regulation of participation of an advocate in criminal proceedings to provide professional legal assistance to the participants of such proceedings. The authors analyze the absence of the right of the victim and his/her representative to engage an expert in criminal proceedings on contractual terms, other restrictions on the rights of the victim and his or her representative to collect evidence, the right to review the pre-trial investigation materials before its completion, no right to receive a copy of the notice of suspicion and indictment, no right to file a request to the investigating judge for temporary access to things or documents, as well as the right to appeal against a preventive measure applied to a suspect/accused on the grounds of its leniency, etc.

The article also analyzes the rights of a representative of a civil plaintiff or a civil defendant in criminal proceedings in relation to the rights provided for by the Civil Procedure Code of Ukraine, the author draws attention to the need to provide representation for another owner or possessor of property in legal relations regarding the right to file a petition to cancel the arrest of property in whole or in part, and considers the procedural status of a witness's advocate and a whistleblower's advocate.

The article proposes amendments to the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine in the context of legal regulation of participation of an advocate in criminal proceedings to provide professional legal assistance to the participants of such proceedings.

Key words: criminal proceedings, participants in criminal proceedings, advocate, defender, representative, victim, civil plaintiff, civil defendant, witness, whistleblower.

Постановка проблеми. На перший погляд правове регулювання діяльності адвоката у кримінальному провадженні достатньо регламентоване, відповідає міжнародним стандартам та не потребує корегування. Але, як показує практика, під час реалізації норм кримінального процесуального законодавства виникає чимало проблем, які засновані на колізіях та прогалинах у ньому. Серед них чільне місце займають проблеми захисту, представництва та надання інших видів професійної правничої допомоги учасникам кримінального провадження адвокатом.

Стан опрацювання проблематики. До питання удосконалення правового регулювання участі адвоката у кримінальному провадженні для надання професійної правничої допомоги учасникам такого провадження звернено увагу науковців. Фундаментальні дослідження з цього питання знаходимо у працях А.М. Бірюкової, Т.В. Варфоломеевої, С.В. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, Р.О. Ємельянова, Я.П. Зейкана, О.С. Ста-

ренького, О.Г. Яновської, у працях співавторів статті, а також й у інших наукових та практичних публікаціях.

Метою статті є розглянути проблемні питання правового регулювання участі адвоката у кримінальному провадженні для надання професійної правничої допомоги учасникам такого провадження.

Виклад основного матеріалу. Окремі проблемні питання правового регулювання участі захисника у кримінальному провадженні нами вже були досліджені раніше [1]. Але окрім набуття правового статусу захисника у кримінальному провадженні адвокат часто надає також і професійну правничу допомогу потерпілому як його представник. Застосований законодавцем підхід, у якому він визначає, що представником потерпілого – фізичної особи може бути лише адвокат, відомості про якого внесені до Єдиного реєстру адвокатів України і його діяльність не припинена та не зупинена, є ще одним проявом правильного підходу щодо допуску у кримінальне провадження як захисників, так і представників осіб, які не лише володіють правничими знаннями, але й досвідом практичної діяльності й іншими професійними компетентностями та навиками. Але, якщо звернути увагу на правове регулювання прав та обов'язків представника потерпілого у КПК України, то існують окремі проблемні питання правового регулювання, що впливають на реалізацію прав представником потерпілого.

Як і щодо захисника, законодавець обрав підхід до правового регулювання прав представника потерпілого як таких, що є похідними від правового статусу потерпілого, зазначивши про це у ч. 4 ст. 58 КПК України наступним чином: «представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представнику» [2]. А перелік тих прав, якими може користуватись представник потерпілого є дещо обмеженим і не може повною мірою забезпечити виконання адвокатом своїх професійних обов'язків через відсутність процесуальних можливостей.

В переліку прав представника потерпілого є право подавати докази слідчому, прокурору, слідчому судді, суду. Воно є одним із найбільш необхідних для потерпілого, а також його представника й використовуваним, якщо їх позиція у кримінальному провадженні є активною. Але, ст. 243 КПК України, яка регулює порядок залучення експерта, дає право лише сторонам кримінального провадження його залучити. Оскільки потерпілий та його представник не є стороною кримінального провадження (окрім випадку, коли прокурор відмовляється від підтримання державного обвинувачення в суді і потерпілий

самостійно продовжує його підтримувати), то згідно КПК України представник потерпілого не має права самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової.

Звісно, що ситуація не є патовою і представник потерпілого може звернутись до слідчого, дізнавача, прокурора з клопотанням про залучення експерта, але так чи інакше право подавати докази у цій частині є обмеженим. А обмежено воно саме тим, що у КПК України є норми, одні з яких не дозволяють потерпілому та його представнику збирати докази, а є й такі, що дозволяють.

Так, у п. 3 ч. 1 ст. 56 КПК України визначено лише право подавати докази потерпілим (представником потерпілого), а от у ч. 3 ст. 93 КПК України визначено, що потерпілий, а відповідно і його представник, можуть збирати докази тими ж способами, що і сторона захисту, тобто 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; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів [2].

Також збирання та подання доказів представником потерпілого у «справах приватного обвинувачення» є досить часто основним у процесі доказування по такій категорії кримінальних проваджень. Великого значення набуває збирання доказів у кримінальних провадженнях де потерпілий проходив лікування і адвокат звертається із запитом до медичної установи про надання інформації про ліки, а також медичні засоби, які придбавались потерпілим за власні кошти з подальшою метою відшкодування шкоди у кримінальному провадженні тощо. Саме тому, обмежувати потерпілого у збиранні доказів не потрібно. На це звертають увагу також практикуючі адвокати і знаходимо у теорії кримінального процесуального права шляхи для вирішення цієї проблеми.

Так, Р. О. Ємельянов запропонував доповнення до ч. 1 ст. 243 КПК України: «1.Сторона захисту, потерпілий та його представник мають право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової. Експерт може бути залучений слідчим суддею за клопотанням сторони захисту, потерпілого та його представника у випадках та порядку, передбачених статтею 244 цього Кодексу» [3]. Вважаємо, що автор має рацію.

Серед переліку тих прав, якими міг би користуватись представник потерпілого, щоб повною мірою забезпечити виконання адвокатом своїх професійних обов'язків, але не може у зв'язку із конфліктом норм КПК України та через відсутність процесуальних можливостей, є право на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення. У ч. 1 ст. 221 КПК України зазначено, що слідчий, дізнавач, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. Відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається [2]. Але, у пункті 5-му ч. 2 ст. 56 КПК України знаходимо те, що під час досудового розслідування потерпілий має право отримувати копії матеріалів, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, після закінчення досудового розслідування [2]. А у пункті 11 ч. 1 ст. 56 КПК України визначено, що протягом кримінального провадження потерпілий має право знайомитися з матеріалами, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, в порядку, передбаченому цим Кодексом, у тому числі після відкриття матеріалів згідно зі статтею 290 цього Кодексу, а також знайомитися з матеріалами кримінального провадження, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, у випадку закриття цього провадження [2]. Кожна з цих норм права є діючою, а колізія полягає в тому, що у п. 5 ч. 2 ст. 56 КПК України визначено, що отримувати копії матеріалів, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, представник потерпілого може після закінчення досудового розслідування, а це суперечить пункту 11 ч. 1 ст. 56 КПК України, ч. 1 ст. 221 КПК України. Шляхом до розв'язання колізії цих норм буде виключення пункту 5 ч. 2 зі статті 56 КПК України. Адже сьогодні на практиці реалізуються норми КПК України, де представнику потерпілого надаються матеріали для ознайомлення в порядку, який передбачений статтею 221 КПК України.

Крім перерахованого вище, у представника потерпілого, на відмінну від захисника, відсутнє право подавати клопотання слідчому судді про отримання тимчасового доступу до речей чи документів, а також право на оскарження

запобіжного заходу який був застосований до підозрюваного/обвинуваченого з мотивів його м'якості. Також обсяг прав представника потерпілого під час відкриття матеріалів іншої сторони, в порядку ст. 290 КПК України, є обмежений, як і самого потерпілого. Копія обвинувального акту їм також не надається, що є недоліком, адже потерпілий та його представник мають знати суть підозри та обвинувачення згідно п. 2 ч. 1 ст. 56 КПК України, а не лише його кримінально-правову кваліфікацію. Отримання копії обвинувального акту (а також повідомлення про підозру) потерпілим та його представником має суттєве значення для відстоювання потерпілим власних прав та інтересів у кримінальному провадженні, також і з метою підготовки цивільного позову у кримінальному провадженні.

Наступна норма КПК України, яка потребує аналізу оскільки містить правову проблему для потерпілого та його представника – це норма, яка дає право під час судового провадження в будь-якій інстанції висловлювати свою думку під час вирішення питання про призначення покарання обвинуваченому, а також висловлювати свою думку при вирішенні питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру (п. 5 ч. 3 ст. 56 КПК України). А ст. 364 КПК України, яка встановлює порядок судових дебатів, не вказує на будь-які обмеження щодо змісту промови потерпілого та його представника у дебатах, визначає рівний статус щодо промов усіх учасників судового провадження. Саме тому п. 5 ч. 3 ст. 56 КПК України потребує доопрацювання шляхом викладення у такій редакції: «виступати у судових дебатах, в тому числі й висловлювати свою думку під час вирішення питання про призначення покарання обвинуваченому, а також висловлювати свою думку при вирішенні питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру;».

Щодо представника цивільного позивача або цивільного відповідача, то КПК України у ч. 3 ст. 63 зазначає, що представник користується процесуальними правами цивільного позивача, цивільного відповідача, інтереси якого він представляє [2], а цивільний відповідач має права та обов'язки, передбачені КПК України для підозрюваного, обвинуваченого, в частині, що стосуються цивільного позову, а також має право визнавати позов повністю чи частково або заперечувати проти нього. Цивільний відповідач повідомляється про прийняті процесуальні рішення в кримінальному провадженні, що стосуються цивільного позову, та отримує їх копії у випадках та в порядку, встановлених КПК України для інформування та надіслання копій процесуальних рішень підозрюваному, обвинуваченому (ч. 3 ст. 62 КПК України) [2]. А згідно ч. 3 ст.

61 КПК України цивільний позивач має права та обов'язки, передбачені КПК України для потерпілого, в частині, що стосуються цивільного позову, а також має право підтримувати цивільний позов або відмовитися від нього до видалення суду в нарадчу кімнату для ухвалення судового рішення. Цивільний позивач повідомляється про прийняті процесуальні рішення в кримінальному провадженні, що стосуються цивільного позову, та отримує їх копії у випадках та в порядку, встановлених КПК України для інформування та надіслання копій процесуальних рішень потерпілому [2].

Але, у представника цивільного позивача та цивільного відповідача є й інші права та обов'язки, які не передбачені КПК України, а є у Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України). Так, згідно ч. 4 ст. 128 КПК України є обов'язок підготувати позовну заяву, у якій форма та зміст мають відповідати вимогам, встановленим до позовів, які пред'являються у порядку, який встановлений ЦПК України. Такий обов'язок стосується саме форми та змісту цієї заяви.

Також у КПК України визначено, що цивільний позов у кримінальному провадженні розглядається судом за правилами, встановленими КПК України. Якщо процесуальні відносини, що виникли у зв'язку з цивільним позовом, КПК України не врегульовані, до них застосовуються норми ЦПК України за умови, що вони не суперечать засадам кримінального судочинства [2]. А тому, до прав та обов'язків представника у кримінальному провадженні застосовуються не лише підхід їх похідного характеру від цивільного позивача чи відповідача, який застосований у КПК України, але й необхідно використовувати ті права та обов'язки, які визначені у ЦПК України щодо процесуальних прав та обов'язків сторін і, звісно, за умови, що вони не суперечать засадам кримінального провадження. Наприклад, часто розповсюджуваним є використання інституту відзиву на цивільний позов у кримінальному провадженні під час підготовчого провадження.

У КПК України є норма, яка потребує редагування шляхом включення до її змісту положень, згідно яких адвокат може залучатись як представник у правовідносинах щодо арешту майна. Це частина 1 статті 174 КПК України: «Підозрюваний, обвинувачений, їх захисник, законний представник, інший власник або володілець майна, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, які не були присутні при розгляді питання про арешт майна, мають право заявити клопотання про скасування арешту майна повністю або частково» [2].

Як ми можемо побачити зі змісту «інший власник або володілець майна», який не був

присутній при розгляді питання про арешт майна, не має права на представництво у процедурі скасування арешту на майно. Така норма не відповідає одному із складових доступу до правосуддя – права на правову допомогу, а тому потребує корегування шляхом надання права іншому власнику або володільцю майна користуватись послугами адвоката-представника при процедурі скасування арешту на майно у кримінальному провадженні.

У пункті 25 ч. 1 ст. 3 КПК України є положення про викривача та його адвоката, свідка та його адвоката. Також у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України встановлено право свідка користуватись правовою допомогою адвоката під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій, а у ч. 6 ст. 130-1 КПК України визначено, що викривач має право представляти свої інтереси під час розгляду питання щодо виплати йому винагороди особисто і через представника – адвоката (у тому числі анонімно, але до вирішення питання виплати йому винагороди) [2]. Отже, лише у ст. 130-1 КПК України законодавець визначив вид адвокатської діяльності адвоката викривача як представництво. Щодо адвоката свідка такого виду не визначено. Постає питання про вид адвокатської діяльності, який здійснює адвокат надаючи професійну правничу допомогу свідку. Відповідь на це знаходимо у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Звісно, що у цьому випадку адвокат не здійснює захист свідка, адже захист – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення [4]. Щодо представництва свідка, рівно і як викривача, також є сумнівні адже представництво – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні [4]. Але у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено також «інші види правової допомоги» – види

адвокатської діяльності з надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення [4]. Саме такий вид адвокатської діяльності реалізується під час надання правової допомоги свідку та викривачу у кримінальному провадженні.

Отже, необхідно внести зміни до ч. 6 ст. 130-1 КПК України виклавши її у наступній редакції: «Викривач має право представляти свої інтереси під час розгляду питання щодо виплати йому винагороди особисто, або отримати правову допомогу через адвоката (у тому числі анонімно, але до вирішення питання виплати йому винагороди)». Але, не дивлячись на те, що законодавець надав право адвокату викривача надавати йому правову допомогу під час розгляду питання щодо виплати йому винагороди, в той же час не надав права адвокату оскаржувати судові рішення в частині її виплати. Тому, необхідно внести зміни до ч. 7 ст. 130-1 КПК України, виклавши її у такій редакції: «Викривач, його адвокат має право оскаржити судові рішення в частині, що стосується інтересів викривача під час вирішення питання виплати винагороди як викривачу». А також змінити п. 9-3) ч. 1 ст. 393 КПК України, виклавши його у такій редакції: «9-3) викривач, його адвокат – у частині, що стосується інтересів викривача під час вирішення питання виплату винагороди як викривачу;».

Висновки. На підставі вищевикладеного можна зробити висновок про те, що правове регулювання участі адвоката у кримінальному провадженні для надання професійної правничої допомоги учасникам такого провадження потребує змін, які запропоновані авторами вище у статті. Такі зміни призведуть як до покращення процесуального статусу особи, так і якості кримінального процесуального законодавства, а також підвищить ефективність кримінальної процесуальної діяльності, її відповідність завданням кримінального провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кучинська О.П., Циганюк Ю.В. Щодо окремих питань удосконалення правового регулювання участі захисника у кримінальному провадженні. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 5. 2023. С. 344-347. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-5/85> URL: http://www.lsej.org.ua/5_2023/85.pdf.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI URL:

- <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
3. Ємельянов Р.О. Адвокат-представник потерпілого у кримінальному процесі. Дисертація на здобуття ступеня вищої освіти доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». Донецький державний університет внутрішніх справ, Кропивницький, 2023. 233 с.
 4. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.