

Юридичні науки

УДК 343.1

Борох Аліна Юріївна

студентка Факультету адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Борох Алина Юрьевна

студентка Факультета адвокатуры

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Borokh Alina

Student of the Faculty of the Advocacy

Yaroslav Mudryi National Law University

Науковий керівник:

Крицька Ірина Олександрівна

кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінального процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ ДОПУСКУ АДВОКАТА ДО УЧАСТІ У
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
ПРОБЛЕМЫ ДОПУСКА АДВОКАТА К УЧАСТИЮ В УГОЛОВНОМ
ПРОИЗВОДСТВЕ
PROBLEMS OF ACCESS OF AN ATTORNEY TO PARTICIPATE IN
CRIMINAL PROCEEDINGS**

Анотація. Стаття присвячена дослідженню проблем допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні. Проаналізовано підходи щодо визначення документів, якими посвідчуються повноваження адвоката у кримінальному провадженні, та останні правові позиції Верховного Суду з цього питання. Особливу увагу приділено випадкам порушення органами досудового розслідування вимог, які стосуються

допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні, та аналізу процесуальних наслідків таких порушень.

Ключові слова: *адвокат, захисник, допуск адвоката, кримінальне провадження, право на правову допомогу, право на захист, свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, ордер, договір із захисником, усний договір про надання правової допомоги, витяг з Єдиного реєстру адвокатів України, правова позиція Верховного Суду, слідча дія, обшук, недопустимі докази.*

Аннотація. *Статья посвящена исследованию проблем допуска адвоката к участию в уголовном производстве. Проанализированы подходы к определению документов, которыми удостоверяются полномочия адвоката в уголовном производстве, и последние правовые позиции Верховного Суда по этому вопросу. Особое внимание уделено случаям нарушения органами предварительного расследования требований, касающихся допуска адвоката к участию в уголовном производстве, а также процессуальным последствиям таких нарушений.*

Ключевые слова: *адвокат, защитник, допуск адвоката, уголовное производство, право на правовую помощь, право на защиту, свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью, ордер, договор с защитником, устный договор о предоставлении правовой помощи, выписка из Единого реестра адвокатов Украины, правовая позиция Верховного Суда, следственное действие, обыск, недопустимые доказательства.*

Summary. *The article is devoted to study of problems of access of an attorney to participate in criminal proceedings. Approaches to the definition of documents that certify the powers of an attorney in criminal proceedings, and the latest legal positions of the Supreme Court of this issue, were analyzed. Particular attention is paid to cases of violation by the bodies of preliminary*

investigation of the requirements, relating to the access of an attorney to participate in criminal proceedings and to the procedural effects of such violations.

***Key words:** attorney, defence lawyer, lawyer's access, criminal proceedings, the right to legal assistance, the right to defense, a certificate of the right to engage in advocacy, a warrant, an agreement with a defence lawyer, an oral agreement on the provision of legal assistance, an extract from the Unified Register of Lawyers of Ukraine, the legal position of the Supreme Court, investigative action, search, inadmissible evidence.*

Постановка проблеми. Забезпечення підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого правом на захист, зокрема в аспекті можливості користування правовою допомогою захисника, є однією з головних засад кримінального провадження. Право на захист гарантується нормами національного законодавства, а саме ст. 59, 63, 131² Конституції України (далі – КУ), ст. 7, 20, 48, 49, 52, 53 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Крім того, Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) неодноразово у своїх рішеннях наголошував на тому, що право підозрюваного, обвинуваченого на отримання правової допомоги від адвоката з метою захисту є основою справедливого судового розгляду. При цьому, недотримання цього права є підставою для визнання доказів, отриманих на стадії досудового розслідування, недопустимими. Водночас, наразі в нашій державі є непоодинокими випадки, коли через створення необґрунтованих перешкод та неправомірні відмови в допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні має місце порушення права особи на захист. Подібні порушення доволі часто спричинені неправильним тлумаченням слідчими та суддями окремих положень чинного кримінального процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність

України щодо посвідчення повноважень адвоката та проведення слідчих дій за участі захисника, що пов'язано, в тому числі, і з відсутністю правової визначеності, а також неоднomanітністю та недосконалістю правозастосовної практики з цього питання.

Стан дослідження. Питання допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні досліджували представники юридичної спільноти, зокрема О. Виноградова, С. Гребенюк, Є. Грушовець, О. Добровольський, С. Мироненко, М. Островська, Т. Пашковська, Є. Свидло та інші. Однак окреслена проблема зазвичай висвітлювалася лише через окремі її аспекти. До того ж, у більшості теоретичних робіт з цього питання не могли бути враховані останні правові позиції Верховного Суду. Все це обумовлює необхідність комплексного дослідження проблеми, що розглядається.

Метою статті є аналіз чинного національного законодавства України та судової практики щодо допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Принципове значення для забезпечення виконання завдань кримінального провадження, закріплених у ст. 2 КПК України, мають положення ст. 20, 48 КПК України, адже ними закріплено гарантію права підозрюваного, обвинуваченого на користування правовою допомогою захисника. Вказані правові приписи прямо передбачають те, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника. Крім того, підозрюваному, обвинуваченому, їх законним представникам, а також іншим особам за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого гарантується можливість залучити захисника до участі у кримінальному провадженні у будь-який момент [1].

Така правомочність стосується і випадків залучення адвоката для участі у проведенні окремих слідчих (розшукових) дій.

У контексті підкреслення важливості реалізації права на захист підозрюваним, обвинуваченим, слід зазначити, що ЄСПЛ у своєму рішенні по справі «Нечипорук і Йонкало проти України» акцентує увагу на тому, що «хоча право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником, який, у разі необхідності, призначається офіційно, не є абсолютним, воно є однією з основних ознак справедливого судового розгляду, ... забезпечення доступу до захисника на ранніх етапах є основною гарантією недопущення поганого поводження» (п.262, 263) [2].

Право на захист нерозривно пов'язано з допуском адвоката до участі у кримінальному провадженні. Водночас, однією з першочергових перепон, з якою стикається адвокат у процесі його допуску як захисника у кримінальному провадженні, є підтвердження його повноважень шляхом надання закріпленого законодавством переліку необхідних документів.

Законодавець у ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» чітко визначив документи, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги. Більш предметно стосовно адвоката-захисника у кримінальному провадженні це питання врегульовано ст. 50 КПК України. Відповідно до зазначеного нормативного положення повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються: 1) свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю; 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. При цьому, у ч. 2 цієї статті наголошується на тому, що встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до

участі в кримінальному провадженні не допускається [1]. Однак, незважаючи на нібито чітку нормативну регламентованість цього питання, непоодинокую є практика, за якої ця норма тлумачиться неправильно, зокрема і суддями.

Щодо правильності тлумачення п. 2 ч. 1 ст. 50 КПК України показовою є правова позиція, сформульована у Постанові Верховного Суду від 06 лютого 2018 року у справі №752/11464/16-к щодо скасування ухвали Апеляційного суду м. Києва від 22 грудня 2016 року (далі – Постанова). Касаційний кримінальний суд Верховного Суду, не погоджуючись з висновком апеляційного суду щодо того, що «словосполучення «ордером, договором із захисником» означає «ордером та договором із захисником», і, таким чином, тільки наявність цих двох документів може підтвердити повноваження захисника» зазначив наступне: «В цьому випадку використана синтаксична конструкція, в якій однорідні члени речення з'єднані безсполучниковим зв'язком і між двома останніми членами речення стоїть розділовий сполучник «або». Вживання «або» для з'єднання однорідних членів речення створює альтернативний перелік. Якщо такий перелік перелічує умови для настання певного правового наслідку, це означає, що наслідок настає за наявності хоча б однієї з перелічених умов. Суд не бачить підстав при тлумаченні пункту 2 частини першої статті 50 КПК відступати від звичайного значення, яке надається цій синтаксичній конструкції законодавцем. Таким чином, пункт 2 частини першої статті 50 КПК визначає, що повноваження захисника мають вважатися підтвердженими, якщо – на додаток до документу, передбаченого пунктом 1, – захисник надав хоча б один з документів, передбачених пунктом 2 частини першої цієї статті». Крім того, Касаційний кримінальний суд Верховного Суду у своїй Постанові підкреслює, що апеляційний суд, вимагаючи на додаток до договору

надати також ордер, порушуючи ч.2 ст.50 КПК України, встановив додаткові умови [3].

Крім того, порушенням у допуску адвоката до кримінального провадження має визнаватися не лише вимога надати всі документи, які підтверджують повноваження захисника, а й ті, які взагалі не визначені законодавцем як такі, що посвідчують правовий статус адвоката у кримінальному провадженні. Зокрема, доволі поширеною є практика, коли слідчі та судді вимагають від адвоката оригінал чи копію витягу з Єдиного реєстру адвокатів України, який, зазвичай, має містити дату, що максимально наближена до дати проведення певної слідчої (розшукової) дії або розгляду відповідного питання слідчим суддею.

Контекстно доцільно наголосити на тому, що прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 року №1401-VIII (далі – Закон) стало певним каталізатором для процесів реформування адвокатури. На сьогодні було внесено декілька законопроектів нової редакції Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Законопроект), якими передбачаються новації стосовно визначення переліку документів, що підтверджують повноваження адвоката при наданні правничої допомоги. Зокрема ст. 31 Законопроекту № 9055 передбачає можливість подання адвокатом посвідченої ним або уповноваженою особою адвокатського бюро або адвокатського об'єднання копії одного з таких документів: (1) договір про надання правничої допомоги; (2) довіреність; (3) ордер; (4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги [4]. Водночас, ст. 26 Законопроекту № 9055-1 та Законопроекту № 9055-2 не передбачено можливості подання копії таких документів, але до останніх додається витяг з договору про надання професійної правничої допомоги [5] [6].

Серед проблем, пов'язаних із допуском адвоката до участі у кримінальному провадженні, що може суттєво вплинути на реалізацію особою свого права на захист, доцільно виокремити і питання залучення адвоката до участі у проведенні окремих слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку. Так, абз.3 ч. 3 ст. 236 КПК України встановлюється обов'язок слідчого, прокурора допустити адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення, при цьому слідчий, прокурор взагалі не мають права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Водночас згідно з ч. 1 цієї ж статті, слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України, незалежно від стадії цієї слідчої дії [1]. Однак, попри доволі однозначний для розуміння нормативний зміст цього припису, випадки неправомірних дій правоохоронних органів, які не допускають адвоката до участі в обшуку, залишаються поширеними у правозастосовній практиці.

Так, наприклад 25 січня 2019 року, детективами Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) під час обшуку житлового будинку було порушено професійні права адвоката Шкаровського Д.О., а також право на професійну правничу допомогу його клієнту. Зокрема, у відкритому зверненні Асоціації правників України звертається увага на те, що співробітники НАБУ під час проведення зазначеної слідчої (розшукової) дії, допустили такі порушення: (1) повністю заблокували адвокату, який підтвердив свої повноваження, доступ до приміщення, де здійснювався обшук, та застосували фізичну силу для перешкоджання комунікації із клієнтом. Внаслідок цих дій останній не мав жодної можливості поспілкуватися з адвокатом, отримати консультації з правових питань. Внаслідок тиску з боку співробітників НАБУ було проведено

допит клієнта в якості свідка за відсутності адвоката; (2) оголосили заздалегідь підготовлену постанову, якою визначили адвокату місце надання правничої допомоги, а саме – на стільці в коридорі, де встановили відповідну табличку; (3) на підставі іншої попередньо складеної постанови заборонили адвокату використання технічних засобів для фіксації їх незаконних дій і фотокопіювання наданих ними документів» [7]. У світлі наведеного доцільно ще раз підкреслити, що законодавством не передбачена можливість винесення подібних постанов слідчими та детективами, оскільки концепція чинного КПК України була спрямована на те, щоб мінімізувати вплив сторони обвинувачення на прийняття рішення про допуск конкретного адвоката до участі у кримінальному провадженні, обмеживши етап допуску лише формальною перевіркою документів, що підтверджують повноваження адвоката, та не ставлячи в залежність можливість його участі від волевиявлення суб’єктів, що представляють протилежний інтерес у процесі.

До типових помилок, супутніх із відмовою адвокату в допуску до участі у проведенні слідчих (розшукових) дій, належать також випадки неправомірного вимагання лише письмового договору про надання правової допомоги. У контексті зазначеного слід звернутися до положень п. 2 ч. 2 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», якими встановлено, що договір про надання правової допомоги може вчинятися усно у випадку якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим. У такому разі обов’язковою умовою є подальше укладення договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об’єктивні перешкоди – у найближчий можливий строк [8].

Важливим моментом у сфері розв’язання проблеми допуску адвоката до участі у процесуальних діях у кримінальному провадженні є правові наслідки, які мають настати для осіб і органів, які порушують гарантії

адвокатської діяльності і право на захист. Вирішення цього питання здійснюється з урахуванням імперативності норм права щодо недопустимості доказів, отриманих всупереч зазначених прав і гарантій.

Зокрема, досить чітко це питання прослідковується у разі неправомірного перешкоджання захиснику у допуску до участі у проведенні слідчої (розшукової) дії – обшуку. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16 листопада 2017 року доповнив КПК України досить важливими положеннями, а саме п.3 ч.3 ст.87, відповідно до якого прямо вказується на те, що докази, що були отримані під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої (розшукової) дії також є недопустимими [9]. Щодо усіх інших випадків доцільно користуватися положенням п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК України, яким встановлено таку підставу визнання фактичних даних недопустимими, як порушення права на захист.

Висновки. Проблеми допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні нерозривно пов'язані з правом підозрюваного, обвинуваченого на захист, що гарантується нормами національного законодавства та практикою ЄСПЛ. Всупереч урегульованості окремих аспектів цього питання, під час кримінального провадження мають місце порушення, які пов'язані з неправомірними вимогами щодо пред'явлення документів адвоката, які посвідчують його повноваження, а також з протиправним перешкоджаннями адвокату в участі окремих слідчих розшукових дій. Вважаємо за доцільне керуватися правовою позицією Верховного Суду, наведеною вище за текстом, при визначенні підтвердження повноважень адвокатів. Також, органи досудового розслідування не можуть видавати окремі постанови, що не передбачені

законодавцем, які вирішують питання допуску захисника до кримінального провадження. І, насамкінець, докази, які отримані з порушенням вимог норм права щодо допуску адвоката до участі у кримінальному провадженні, з метою забезпечення об'єктивності та справедливості кримінального провадження, визнаються недопустимими і не можуть бути покладені в основу судового рішення.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13 – ст. 88.
2. Рішення Європейського суду з прав людини у справі справи «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21.04.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683
3. Постанова Верховного Суду від 06 лютого 2018 року у справі №752/11464/16-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72150999>
4. Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055 від 06.09.2018 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557
5. Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055-1 від 14.09.2018 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64595
6. Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055-2 від 20.09.2018 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64636
7. Відкрите звернення АПУ щодо неприпустимості порушень професійних прав і гарантій адвокатської діяльності від 30 січня

2019 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу :
<https://uba.ua/ukr/news/6225/>

8. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05 липня 2012 року № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27 – ст. 282.
9. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16 листопада 2017 року № 2213-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 49-50 – ст. 444.