



УДК 343.12

[https://doi.org/10.52058/2786-5274-2023-13\(27\)-400-406](https://doi.org/10.52058/2786-5274-2023-13(27)-400-406)

Шинкарьов Юрій Вікторович кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри правового регулювання економіки, Харківський національний економічний університет імені Семена Кузнеця, проспект Науки, 9А, Харків, 61166, тел.: (067) 900-26-87, <https://orcid.org/0000-0003-1173-7975>

ЩОДО УЧАСТІ ЗАХИСНИКА ТА АДВОКАТА У ОКРЕМИХ СЛІДЧИХ ДІЯХ

Анотація. Участь захисника у кримінальному провадженні є запорукою дотримання прав та свобод особи інтереси якої він представляє. Особливо це стосується участі захисника під час проведення такої складної слідчої дії як обшук і в тому числі обшук приміщення. Сучасний Кримінальний процесуальний кодекс України присвячує значну кількість норм правовому регулюванню здійснення обшуку. Також значна кількість його норм присвячена і регулюванню діяльності захисника у кримінальному процесі. Але далеко не всі питання в цьому плані отримали однозначну відповідь і не всі проблеми є чітко вирішеними на нормативному рівні. Одним із таких питань, яке піднімається у вказаній статті, є взаємовідношення правового статусу захисника і адвоката при проведенні такої складної дії, як обшук приміщення. У статті на ґрунті аналізу чинного кримінального процесуального законодавства та сучасних наукових праць проводиться дослідження проблем участі захисника та адвоката у проведенні обшуку. Робиться наголос на необхідності побудови чинного законодавства із максимальним зменшенням можливості до подвійного тлумачення його норм та збереженням чіткості і послідовності формування правових норм. Аналіз статті Кримінального процесуального кодексу України засвідчив, що закон передбачає необхідність допущення до місця проведення обшуку, як захисника, так і адвоката. Незрозумілим при цьому є адресність і можливість застосування вимог, що зазначені у ст. 50 Кримінального процесуального кодексу як до захисника так і до адвоката. Абсолютно незрозумілим є виходячи із положень ст. 236 Кримінального процесуального кодексу і яких саме випадках адвокат повинен бути допущений до місця проведення обшуку. Незрозумілими також є і певні аспекти встановлення можливості запрошення адвоката до проведення обшуку. Ставиться питання про співвідношення можливості запрошення адвоката до обшуку і зобов'язання допустити його на місце проведення обшуку. Робиться висновок про необхідність нормативного врегулювання проблемних питань, пов'язаних із предметом дослідження представленої статті.





Ключові слова: слідчі дії, адвокат, захисник, обшук, правове регулювання.

Shynkarov Yurii Viktorovych PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Legal Regulation of Economy, Semen Kuznets Kharkiv National University of Economics, 9A Nauky Avenue, Kharkiv, Kharkiv region, 61166, tel.: (067) 900-26-87, <https://orcid.org/0000-0003-1173-7975>

ON PARTICIPATION OF DEFENSE COUNSEL AND ATTORNEY IN CERTAIN INVESTIGATIVE ACTIONS

Abstract. The participation of a defense counsel in criminal proceedings is a guarantee of observance of the rights and freedoms of the person whose interests he or she represents. This is especially true of defense counsel's participation during such a complex investigative action as a search, including a search of premises. The current Criminal Procedure Code of Ukraine devotes a significant number of provisions to the legal regulation of the search. A significant number of its provisions are also devoted to the regulation of the activities of a defense counsel in criminal proceedings. However, not all questions in this regard have been answered unambiguously, and not all problems are clearly resolved at the regulatory level. One of such issues raised in this article is the relationship between the legal status of a defense counsel and an attorney-at-law during such a complex action as a search of premises. Based on the analysis of the current criminal procedure legislation and modern scientific works, the article examines the issues of participation of defense counsel and attorney-at-law in conducting a search. The author emphasizes the need to build the current legislation with the maximum reduction of the possibility of double interpretation of its provisions and preservation of clarity and consistency of legal norms. The analysis of the article of the Criminal Procedure Code of Ukraine showed that the law provides for the need to admit both defense counsel and a lawyer to the place of search. At the same time, it is unclear whether the requirements specified in Article 50 of the Criminal Procedure Code are applicable to both defense counsel and counsel. It is absolutely unclear, based on the provisions of Article 236 of the Criminal Procedure Code, in what cases a lawyer should be allowed to the place of search. Certain aspects of establishing the possibility of inviting a lawyer to a search are also unclear. The author raises the question of the correlation between the possibility of inviting an attorney-at-law to a search and the obligation to allow him/her to enter the place of search. The author concludes that it is necessary to regulate the problematic issues related to the subject matter of the article.

Keywords: investigative actions, attorney-at-law, defense counsel, search, legal regulation.

Постановка проблеми. В сучасних складних умовах питання правового забезпечення захисником дотримання прав та свобод свого клієнта виступає



пріоритетним. Але далеко не всі питання, пов'язані із діяльністю захисника є вирішеними. Так само є певна кількість питань пов'язаних із діяльністю адвоката у кримінальному провадженні. Саме аналізу окремих питань пов'язаних із участю захисника та адвоката в певних слідчих діях і призначена представлена стаття.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Обшук, як складна слідча дія завжди привертав увагу вчених у галузі кримінального процесуального права. В тому числі увага вченими приділялася і аналізу проблем участі захисника при проведенні обшуку. Серед вчених, які опікувалися такою проблематикою можна виділити: Вегеру І.В., Грекова Л.Ю., Гуменникова Т.Р., Переверза О.Я., Рибікова Г.В., Степанова Г.М., Степанова О.С., та ін. Водночас, незважаючи на велику кількість досліджень, залишаються поза увагою вчених деякі дискусійні проблеми, пов'язані з процесуальною регламентацією та тактико-психологічними аспектами проведення обшуку в ситуації проведення обшуку за участю захисника обшукуваної особи [3, С.230].

Метою статті є висвітлення проблемних моментів правової регламентації участі захисника та адвоката при здійсненні обшуку.

Виклад основного матеріалу. Правовому регулюванню проведенню такої слідчої дії, як обшук, присвячений значний обсяг норм чинного Кримінального процесуального кодексу України. Так, цьому присвячений комплекс статей: ст. 234, 235, 236 Кримінального процесуального кодексу України. Незважаючи на тривалий досвід правового регулювання здійснення дій із обшуку, далеко не всі питання є вирішеними нормотворцем однозначно. Не всі питання є висвітленими і у наукових працях сучасних вчених. Це, в свою чергу, надає проблематиці дослідження особливостей правового регулювання такої слідчої дії, як обшук, певного наукового значення та ваги.

Важливість обшуку для слідства важко переоцінити. Як визначає законодавець у ст. 234 КПК України – «обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб». Як ми бачимо, результати проведення обшуку можуть виступати ключовими для розслідування кримінального правопорушення. Результати проведення обшуку тим саме можуть значно вплинути на майбутню долю особи, яка підлягає обшуку. Тому, правовий захист такої особи є ключовим і вимагає чітких і професійних дій з боку адвоката. При цьому, як зазначають окремі вчені: «у зв'язку із цим надзвичайно актуальним видається питання допуску адвоката до участі у проведенні обшуку. Його, на нашу думку, необхідно розглянути у двох аспектах. Перший – якщо йдеться про допуск адвоката-захисника підозрюваного, другий – стосовно адвоката, який надає правову допомогу своєму клієнтові, який не має процесуального статусу в даному кримінальному провадженні» [1, С.144].



Обов'язковим є і дотримання процесуальних вимог до проведення дій такого роду. Так, обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, - на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду. У разі наявності потреби у проведенні обшуку, слідчий або прокурор звертається до слідчого судді клопотанням, яке повинно містити відомості про: «1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; 2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання; 3) правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 4) підстави для обшуку; 5) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку; 6) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться; 7) індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням; 8) обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей. Також, достатньо щільно регламентованою є і сама процедура проведення обшуку, яка визначається ст. 236 КПК України. Широкої уваги здобула і методологія участі адвоката у проведенні обшуку, що знайшла своє вираження у значній кількості публікацій. В цілому, більшість таких публікацій як раз і присвячена огляду дій адвоката та недопущенню ними порушень процесуального порядку проведення обшуку та здійснення різноманітних зловживань працівниками правоохоронних органів. [2] Здебільшого такі рекомендації стосуються поведінки адвоката, підготовки клієнта та забезпечення дотримання вимог щодо оформлення протоколу проведення обшуку. Також, даються і практичні поради щодо утримання від вчинення певних дій, як зазначають окремі адвокати з цього приводу: «Тому я не рекомендую здійснювати зухвалий фізичний спротив і перешкоджання силовикам під час проведення обшуку. Це не зупинить обшук, але може позбавити вас можливості ефективно захищати свої права під час його проведення та може призвести до притягнення вас до юридичної відповідальності за незаконний спротив правоохоронцям» [2]. При чому, слід зазначити, що в основному наявні наукові дослідження, методичні рекомендації і поради стосуються саме обшуку приміщень. Особистому обшуку осіб приділяється значно менша увага.

З іншого боку, увага також приділяється і дослідженню тактики проведення обшуку, що здійснюється працівниками правоохоронних органів -



де визначаються етапи підготовки і проведення обшуку і здійснюється аналіз правової регламентації його проведення.

Розберемо докладно певні цікаві моменти дій захисника при проведенні обшуку, а конкретніше - його участі.

Основні засади допуску захисника до участі у обшуку визначаються ст. 236 КПК України, яка зазначає, що «незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу». Виходячи із положень цієї норми – допущеним на місце проведення обшуку може бути як захисник так і адвокат, а якщо дослівно – захисник чи адвокат.

Далі, дещо незрозумілим видається вимога щодо підтвердження повноважень. З огляду на буквальне тлумачення статті можна прийти до парадоксального висновку, що положення статті підтверджують повноваження виключно адвоката. Такий цікавий висновок можна зробити тому, що у ст. 236 КПК дослівно визначається: «адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу». Якщо б мова йшла і про захисника і про адвоката, то положення статті виглядали б таким чином: «захисника чи адвоката, повноваження яких підтверджуються положеннями ст. 50 цього кодексу». Тобто можна прийти до висновку – що повноваження захисника повинні підтверджуватися якоюсь іншою нормою? Але – ні.

Ст. 50 КПК України має чітку і конкретну назву, що не допускає подвійного тлумачення: «Підтвердження повноважень захисника». І за змістом у ній йде мова як раз про захисника і підтвердження його повноважень: «1. 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. 2. 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».

Цікаво, що відповідній статті мова про адвоката взагалі не йде.

Постає нове і, в принципі, закономірне питання, а вірніше два: 1) в яких випадках адвокат (не захисник) може бути допущеним до обшуку і; 2) чим повинні бути підтвержені його повноваження.

При чому, з цих питань, витікає наступне: адвокат *може* бути допущеним до обшуку, чи його *зобов'язані* допустити.

Виходячи із положень ч.1 ст. 236 КПК – його зобов'язані допустити. Але на чому ґрунтується такий обов'язок – взагалі незрозуміло. Адже адвокат не





відноситься навіть до «інших учасників кримінального провадження», визначених КПК України. Яке ж місце адвокат займає у кримінальному провадженні? Відповідь на це питання достатньо складана і неоднозначна.

Єдиним варіантом в даному випадку є участь адвоката у якості представника. Але і в цьому випадку мова йде тільки про осіб, які мають право бути захисником. Так, ст. 58 КПК України «Представник потерпілого» зазначає: «потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник - особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником». Ст. 63 КПК України «Представник цивільного позивача, цивільного відповідача» визначає: «1. Представником цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні може бути: особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником». Ст. 64¹ КПК України «Представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження» визначає, що: «1. Представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, може бути: особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником». Ст. 64² КПК України «Третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт» у ч. 4. наголошує: «Представником третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, може бути: особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником».

Тобто ми бачимо, що адвокат все ж таки може брати участь у провадженні, але тільки в одному випадку він має відношення до сторін (сторони захисту) – як представник потерпілого. В інших випадках – він виступає як представник інших учасників кримінального провадження. А інші учасники, згідно ч.1 ст. 236 КПК України лише можуть бути запрошені. Таким чином виникає правовий дисонанс – з одного боку – мова йде про інших учасників кримінального провадження (їх представників) які тільки можуть бути запрошені, а з іншого про адвоката, якого зобов'язані допустити на місце проведення обшуку. При чому про зв'язок цього адвоката із конкретним провадженням мова не йде.

Може виникнути цікава ситуація – чи повинен бути допущений адвокат на місце обшуку в тих випадках, якщо перебуваючи в стані представника іншого учасника провадження, він до участі до обшуку запрошений не був. І якщо він запрошений на обшук не був, але висунув вимогу про допущення до нього – звідки інформація про проведення такої дії у нього виникла. Взагалі є сумнівним, наприклад, доцільність перебування на місці обшуку представника потерпілої особи.

Висновком такого аналізу може бути наступне: чинна с. 236 КПК України допускає змістовну неоднозначність, її тлумачення може здійснюватися у декількох протилежних напрямках, що явно не може сприяти підвищенню якості правозастосування. У ст. 236 КПК України законодавець повинен чітко визначитися – у якому статусі адвокат може брати участь у кримінальному провадженні; в яких випадках адвокат може бути запрошений до участі у обшуку, і відповідно бути допущеним до нього.



Література:

1. Вегера І. Проблемні питання участі адвоката при проведенні обшуку. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. №7. С. 143-147. URL:<http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2016/07/25.pdf>
2. Гранін Д. Обшук. Рекомендації та практичні поради. 2022. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA016219
3. Переверза О.Я., Гуменникова Т.Р. Деякі процесуальні та тактико-психологічні аспекти здійснення обшуку за участю захисника: підготовка до юридичної практики. *Право і суспільство*. 2019. №3. С. 229-236. URL:http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2019/3_2019/part_1/40.pdf.

References:

1. Vegera I. (2016). Problemni pytannya uchasti advokata pry provedennyi obshuku. *Pidpriemnitzvo, gospodarstvo i parvo* [Problematic issues of participation of a lawyer during a search]. *Pidpriemnitzvo, gospodarstvo i parvo*, 143-147. [in Ukrainian].
2. Granin D. *Obshuk. Rekomendacii ta practicni poradi*. (2022). Retrieved from: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA016219 [in Ukrainian].
3. Pereverza O.J, Gumennikova T.R. (2019). Dejaki procesualni ta taktiko-psyhologichni aspekti zdijsnennya obshuku za uchastju zahisnika: pidgotovka do juridichnoi praktyiki [Some Procedural and Tactical-Psychological Aspects of Conducting a Search with the Participation of a Defense Counsel: Preparation for Legal Practice]. *Pravo i suspilstvo*, 3, 229-236. [in Ukrainian].