

РОЗДІЛ 9

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.137.5

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-12/97>

ГЕНЕЗИС ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ УЧАСТІ АДВОКАТА У ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ

STATE OF SCIENTIFIC RESEARCH OF THE LAWYER'S ACTIVITY IN THE STAGE OF PREPARATORY TRIAL

Бовнегра І.В., ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Національна академія внутрішніх справ

Адвокатська діяльність – це незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Термін «представництво» визначено як 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 [9].

У статті обґрунтовано важливість дослідження історичного процесу становлення і удосконалення правової регламентації повноважень адвокатської діяльності та особливостей їх реалізації, зокрема у підготовчому судовому засіданні, що стало результатом поступового розвитку інституту адвокатури та права на захист. Вивчення генезису правової регламентації участі адвоката у підготовчому судовому засіданні сприяє формуванню системного бачення досліджуваної проблематики, з'ясування причин недоліків правового регулювання та його позитивного і негативного досвіду, що потрібно враховувати у сучасних умовах сьогодення. Здійснено стислий екскурс щодо регламентації повноважень адвокатської діяльності у різні історичні періоди та сформульовано висновок про вплив чинників політичного, правового, соціального характеру та правової думки на становлення і розвиток регламентації участі адвоката у підготовчому судовому засіданні, виявлено проблемні питання, що потребують вирішення у сучасних умовах.

Ключові слова: адвокат, підготовче судове засідання, попередній судовий розгляд, кримінальне судочинство, історіографія, нормативно-правова регламентація, правове регулювання, законодавство.

Advocacy is an independent professional activity of a lawyer regarding protection, representation and provision of other types of legal assistance to the client. The term «representation» is defined as a type of lawyer's activity, which consists in ensuring the implementation of the rights and obligations of the client in civil, economic, administrative and constitutional proceedings, in other state bodies, before natural and legal entities, and the rights and obligations of the victim during consideration of cases on administrative offenses, as well as the rights and obligations of the victim, civil plaintiff, civil defendant in criminal proceedings [9].

The article substantiates the importance of researching the historical process of formation and improvement of the legal regulation of the attorney's powers and the peculiarities of their implementation, in particular, in the preparatory meeting, which was the result of the gradual development of the institution of advocacy and the right to defense. The study of the genesis of the legal regulation of the lawyer's participation in the preparatory court session contributes to the formation of a systemic vision of the investigated issues, to the clarification of the reasons for the shortcomings of the legal regulation and its positive and negative experience, which must be taken into account in modern conditions. A brief overview of the regulation of the attorney's powers in different historical periods was made and a conclusion was formulated about the influence of factors of a political, legal, social nature and legal opinion on the formation and development of the regulation of the attorney's participation in the preparatory court session, problematic issues that need to be solved in modern conditions were identified.

Key words: lawyer, preparatory court session, preliminary trial, criminal justice, historiography, legal regulation, legal regulation, legislation.

Постановка проблеми. Розвиток України, як демократичної правової держави, яка забезпечує кожній людині конституційні права та свободи, а в разі їх порушення – належний правовий захист, передбачає необхідність функціонування інституту адвокатури.

Забезпечення справедливого судового розгляду та участь в ньому адвоката закріплено як в міжнародних нормативно-правових актах і в національному законодавстві.

Проте, правова регламентація участі адвоката у підготовчому судовому засіданні, як наукова проблема, наразі мало досліджена, адже можливість її змістовного науково-практичного опрацювання залежить від стану правового регулювання у відповідній частині, а це, як показало вивчення нормативних актів та правових звичаїв, набуло чітко окресленого нормативного оформлення відносно нещодавно, а саме із прийняттям КПК України у 2012 році. Так, участь адвоката у кримінальному провадженні була значно розширена на кожній зі стадій з чітким визначенням прав та обов'язків, наданням можливості збирання доказів.

КПК України передбачає не лише поняття адвоката в різних процесуальних статусах (представник, захисник),

а і визначає його роль у самостійній стадії кримінального провадження – стадії підготовчого провадження.

На відміну від стадії попереднього розгляду справи суддею, яка була передбачена Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 року, стадія підготовчого судового провадження є значно ширшою, з конкретними завданнями, визначеним колом учасників та рішеннями. Таким чином було створено нормативно врегульовану «перехідну платформу» між досудовим розслідуванням та судовим розглядом. Значення цієї стадії складно переоцінити, адже рішення, які тут приймаються впливають на хід провадження та скеровують його.

Стан дослідження. Проблеми участі адвоката у кримінальному провадженні у різний час досліджували Ю.П. Аленін, В.І. Галаган, В.Г. Гончаренко, О.В. Капліна, В.Т. Маляренко, В.О. Попелюшко, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, О.Г. Яновська та ін.

Роботи згаданих та інших вчених стали методологічним підґрунтям дослідження генезису правової регламентації участі адвоката у підготовчому судовому засіданні.

Мета статті полягає у висвітленні передумов сучасного нормативного врегулювання участі адвоката у підготовчому судовому засіданні. У роботі було обрано підхід, який дозволив послідовно охарактеризувати та проаналізувати відповідну нормативну регламентацію у різні історичні періоди та визначити особливе місце досліджуваної проблеми у загальному контексті адвокатської діяльності та права на захист як такого.

Виклад основного матеріалу. Інтерес до питання участі захисника та представника (адвоката) в кримінальному процесі має тривалу історію, яка формувалася з розвитком наукової думки та законодавства.

Історичні джерела свідчать, що паростки адвокатури виникли, ще у стародавніх народів, коли у племенах виникали суперечки, які в подальшому вирішувались вождем. Під час вирішення цих конфліктів брали участь радники у вирішенні спору і в той же час з'явилися так звані захисники, роль яких виконували батьки або друзі – родина адвоката.

Особи, які почали фахово здійснювати захист з'явилися значно пізніше, коли звичаєве право змінювалось писаними законами.

Як зазначає, О.А. Синьокий, зародком сучасної світової адвокатури вважають Римську адвокатуру. Походження і самого терміну «адвокатура» пов'язують з виникненням у Стародавньому Римі легісакційного судового процесу (*legisast-sones* – законні дії). Слід зазначити, що вже на тому етапі поняття адвокатура і представництво сприймалися як два різних інститути. Зокрема, можливо вважати, що професія з такою назвою отримала офіційний статус в Римській імперії, оскільки саме там офіційною мовою була латина, це заняття було пов'язане саме з судом, і його зміст полягав в наданні консультацій та здійсненні захисту з використанням юридичних знань [1].

Як свідчать історичні джерела, ознаки прообразу сучасної адвокатури України мали місце ще в період Київської Русі IX–XII ст.

У XIV ст. звичаєве право поступово було змінено законом, а в містах діяло магдебурзьке право. З XV ст. магдебурзьке право застосовувалося в державних судах України. Всі захисники в той час називались палестрами (*palestra – грец. місце для вправ*).

Перші спроби упорядкувати судовий захист і виокремити адвокатську діяльність як професію, було прийнято в нормах Литовського статуту (1648 р.- кінець XVIII ст.). Ще перший Литовський статут 1529 р. застосував слово «*advocatus*», але стосувалося воно державних службовців «війтів», фактично функцію захисту здійснював прокурор.

В кінці XVIII ст. почалась кодифікація українського законодавства, в результаті чого було створено перший український кодекс «Права, по яким судиться малоросійський народ» (1743 р.). Згідно статті 7 Глави 7 кодексу, «адвокат, 58 пленіпотент, патрон, прокурор чи повірений називається той, хто в чужій справі, за дорученням, замість нього в суді обстоює, відповідає і розправляється». Вперше поняття «адвокат», як захисник було використано в «Правах, по яким судять малоросійський народ» в період гетьманщини в Україні [1, ст. 57–61].

У XVI–XIX ст. адвокатура набула іншої форми. Саме в цей час вона стає самостійною організацією, яка існує і досі. У цей період виник інститут об'єднання адвокатів – створення колегій та повірених. Адвокату було надано дозволу на участь у попередньому слідстві, передбачались вимоги до особи, яка мала намір працювати у даній сфері.

Наведене, можна вважати прогресом, як в становленні адвокатури України як окремого інституту, так і розвитку права на захист.

Аналіз нормативних положень у частині регулювання професійних прав адвоката-захисника, закріплених в Статуті кримінального судочинства (СКС) від 20 листопада 1864 року і наукових робіт з даного питання, дозволяє зазначити, що з моменту початку судового розгляду кримінальної справи за результатами проведення судом проце-

дури призначення захисника (Ст. 556–568 СКС), допущений до участі в судовому засіданні у кримінальній справі захисник мав право: 1. Бути присутнім під час бесіди, що проводиться судом з підсудним перед переходом до стадії судового слідства (ст. 562 СКС); 2. В конфіденційній обстановці спілкуватись з підзахисним (ст. 569 СКС); 3. Знайомитись з матеріалами справи та робити з них будь-які виписки (ст. 570 СКС); 4. Запросити свідків, раніше допитаних на стадії попереднього слідства (ст. 574, 576 СКС); 5. Заявляти клопотання про залучення до справи спеціалістів (ст. 578 СКС); 6. Отримувати копію вироку (ст. 794, 795 СКС) [2].

Отже, з моменту залучення захисника, і отримання ним певних процесуальних прав для здійснення подальшого захисту в ході судового слідства, все ж передувала підготовча стадія судового розгляду, яка убачається з аналізу норм СКС, які регламентують допуск захисника під час бесіди підсудного з судом перед переходом до стадії судового слідства. Тобто, законотворці вже вбачали необхідність підготовчого судового розгляду, який би сприяв подальшому судовому розгляду, однак він залишався надто вузьким та процесуальним не врегульованим.

За становлення радянського режиму, змінювалась і адвокатура, яка вважалась «буржуазним інститутом». Фактично захист могла здійснювати будь-яка особа, яка мала громадянські права, як це було до реформ 1864 року, що завдало шкоди не лише інституту адвокатури, а і праву на захист в цілому, оскільки такий захист переважно здійснювався некомпетентно та непрофесійно. Такий підхід було закріплено в «Декреті про суд №1» від 24 листопада 1917 року.

В «Декреті про суд №2» від 15 лютого 1918 року було визначено поняття правозаступників, а саме, у частині сьомій було передбачено організацію колегій правозаступників при Радах робітничих, солдатських, селянських і козацьких депутатах. Колегії були єдиними для громадських обвинувачів і громадських захисників [3].

В листопаді 1918 року було ухвалено «Положення про народний суд», яким відмінено закони про суд і про ще не остаточно сформовану адвокатуру. Цим положенням колегії правозаступників були замінені колегіями обвинувачів, захисників та представників сторін в цивільному процесі. Члени нових державних колегій ставали державними службовцями з грошовим забезпеченням, яке визначалося місцевими радами.

У 1920–1922 роки інститут адвокатури не був фактично врегульований нормативно-правовими актами, влада постійно змінювала свої вимоги до правозахисників то надаючи повноваження, то знову позбавляючи їх, при цьому не висуваючи вимог до захисників, щодо наявності спеціальних знань. Таким чином, про участь захисника на стадії попереднього судового розгляду (оскільки такий не функціонував) та на стадії судового слідства не йшлося.

Перший Кримінально-процесуальний кодекс УСРР був затверджений постановою ВУЦВК від 13 вересня 1922 року «Про введення в дію Кримінально-процесуального кодексу УСРР» та введений в дію 20 листопада 1922 року.

В цьому документі не містилося норм щодо участі захисника (адвоката) на стадії досудового розслідування, а тільки з моменту віддання обвинуваченого до суду (ст. 247). Загалом, кримінальний процес хоча і мав обвинувальний характер, не можна не відзначити його демократичні елементи, наприклад, у частині судового контролю у стадії попереднього слідства, де фактично захисник як суб'єкт кримінального процесу був відсутній.

Кодекс 1922 року загалом детально описував процедуру проведення попереднього слідства та суду, що повинно було б сприяти ефективному розвитку участі захисника в усіх стадіях кримінального судочинства.

Статтею 57 було визначено коло осіб, які можуть бути захисниками: члени колегії захисників, близькі родичі обвинуваченого, уповноважені представники державних установ і підприємств, спілок та інших професійних і гро-

мадських організацій, а також інші особи з особливого дозволу суду, у провадженні якого перебувала справа.

Постановою ВУЦВК від 02 жовтня 1922 року було затверджено «Положення про адвокатуру», «Положення про колеги захисників». Ці нормативно-правові акти не регулюють питання участі адвоката (захисника) в стадії підготовчого (попереднього) судового розгляду, але є свідченням відновлення втрачених повноважень адвокатури та її структури, підсилення значення адвокатури [4].

20 липня 1927 був прийнятий новий КПК УРСР [5].

В. Гончаренко, зазначає, що цей документ відтворював низку статей КПК УСРР 1922 року, але доповнювався новими положеннями, що стосувались роботи органів розслідування, прокуратури і суду і відображали тенденцію до посилення силового тиску держави на суспільство. У той же час звужувалося право на захист [6, с. 313–330].

В 1937 році було створено відділ судового захисту і юридичної допомоги населенню, на який покладалась обов'язки здійснення загального керівництва діяльністю колегій правозахисників. Згідно з Положенням про адвокатуру СРСР (1939 року) загальне керівництво діяльністю адвокатури здійснював Народний комісаріат юстиції через Народний комісаріат юстиції УССР. В цьому положенні передбачалася відмова від поняття «правозахисник» та поверталось поняття «адвокат». В статті 6 Положення визначались вимоги до адвоката, а саме такі як наявність вищої юридичної освіти або які закінчили юридичну школу та за наявності практичного досвіду роботи суддею, прокурором чи в інших органах юстиції не менше року або ж особи, які не мали юридичної освіти, але працювали на посадах суддів, прокурорів, слідчих, юрисконсультів не менше трьох років [1].

Передумовою прийняття Кримінально-процесуального кодексу 1960 року було ухвалення в 1958 році Основ кримінального судочинства СРСР та союзних республік. До КПК 1960 року було включено всі положення вказаного нормативно-правового акту, інші процесуальні норми, які врегульовували кримінальне судочинство раніше, враховувалась практика та думки науковців, які на той час досліджували питання кримінального процесу. Можна зауважити, що діяв кодекс тривалий час, до нього вносилися зміни, які формувались із врахуванням думок науковців. Проте, радянські часи та тоталітарний вплив держави, її керівників на всі сфери діяльності, гальмували впровадження норм, які б сприяли розвитку демократичних інститутів. Зміни в кримінальному судочинстві розпочались вже з проголошення незалежності України.

В 1990 році було прийнято та ратифіковано Основні принципи, що стосуються ролі юристів, в якій було закріплено не лише право кожної людини на вільний вибір юриста, а і окремо визначено обов'язок забезпечити затриманим особам доступ до юриста незалежно від того пред'явлено обвинувачення такій особі чи ні, не пізніше 48 годин з моменту арешту чи затримання.

Тобто, роль захисника у кримінальному провадженні все більше закріплювалась, як в міжнародних правових актах так і в законодавстві України.

У Конституції України, що була прийнята у 1996 році, було закріплено право на захист. Таким чином, законодавство України було узгоджено з міжнародними нормативно-правовими актами, у тому числі з раніше ратифікованими Загальною Декларацією прав людини 1948 року, Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права 1976 року.

В Кримінально-процесуальному кодексі України 1960 року була передбачена стадія попереднього розгляду справи суддею (ст. 237–256), вона дещо подібна до стадії підготовчого судового провадження, яка закріплена в КПК 2012 року, але і має принципові відмінності. Так, у нормах КПК 1960 року вирішувалася низка важливих питань необхідних для подальшого судового розгляду, але участь

обвинуваченого та його захисника, як і інших учасників кримінального провадження, окрім прокурора не була визначена як обов'язкова. Тим самим порушувався один із принципів кримінального судочинства – принцип змагальності. На стадії досудового розгляду справи могли вирішуватись питання, які могли б погіршити становище обвинуваченого, а саме за клопотанням прокурора, потерпілого та його представника вирішувалось питання про необхідність перекваліфікації дій обвинуваченого за більш тяжкою статтею Кримінального кодексу або висування нового обвинувачення, яке до цього не було пред'явлено. Обвинувальний висновок, в якому фактично формулювалося обвинувачення, вручався обвинуваченому лише після того, як судом було призначено справу до судового розгляду, чим також порушувалося право на захист, оскільки при вирішенні підготовчих питань, сторона захисту не володіла інформацією про кінцеве обвинувачення від якого необхідно буде захищатись протягом судового розгляду.

Тобто, в КПК 1960 року, що стосується участі захисника у стадії попереднього судового розгляду, спостерігається очевидний обвинувальний ухил, що є порушенням права на захист. На цій стадії не вирішувались питання для швидкого та ефективного судового розгляду, а фактично здійснювалась перевірка справи судом, який на момент надходження до суду мав в повному обсязі всі матеріали справи та здійснював її перевірку, у тому числі з метою встановлення підстав для повернення на додаткове розслідування з можливістю визначення слідчих дій, які необхідно провести, що також свідчить про упередженість суду, спрямовану на подальше встановлення обвинувального вироку [7].

З прийняттям в 2012 році Кримінального процесуального кодексу України, функція захисту стала наближеною до європейських стандартів. Повноваження захисника на всіх стадіях кримінального провадження розширено та передбачена можливість збирання доказів на рівні зі стороною обвинувачення. Передбачена КПК України і самостійна стадія судового розгляду – стадія підготовчого судового провадження. На відміну від КПК 1960 року, підготовче судове засідання проводиться за обов'язкової участі сторони захисту, яка відповідно до принципу змагальності бере участь у цій стадії та відстоює свою процесуальну позицію. Позитивним є відсутність можливості повернення справи на додаткове розслідування, що також забезпечує змагальність. Новелою є те, що на цій стадії суд має право вирішити питання про винуватість особи, а саме у разі затвердження угоди та звільнення особи від кримінальної відповідальності. Затвердження угоди здійснюється за обов'язкової участі захисника, що також є позитивним та забезпечує право на захист. На відміну від КПК 1960 року, на стадії підготовчого судового провадження, у суду наявний лише обвинувальний акт, реєстр до нього та розписки про отримання обвинувального акту, що також свідчить про можливість відстоювання стороною захисту та стороною обвинувачення своїх доводів перед судом, який не володіючи матеріалами кримінального провадження, повинен зберігати об'єктивність та неупередженість і приймати відповідні рішення на підставі доводів сторін. Разом з тим, дані новації українського законодавства потребують детального наукового аналізу.

Висновки. Отже, нормативна регламентація участі захисника в стадії підготовчого судового провадження пройшла тривалий еволюційний шлях, що визначався впливом соціально-політичних та інших процесів, розвитком суспільних відносин, змінами державного устрою.

Водночас, незважаючи на позитивні зрушення щодо питання правової регламентації участі захисника у підготовчому судовому засіданні, залишаються невирішеними деякі важливі проблеми цієї діяльності, що виникли у процесі правозастосування та порушуються науковцями і практиками.

ЛІТЕРАТУРА

1. Синеокий О. В. *Адвокатура* как институт правовой помощи и защиты : учебное пособие. Х. : Право. 2008. 496 с. Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 : наукове видання / Відп. ред. акад. Ю.С. Шемшученко ; упорядн. та авт. нарису К.А. Вислобоков. Київ : АТ «Книга». 1997. 547 с.
2. Устав уголовного судопроизводства. 20.11.1864. Т. 8: Судебная реформа. М. : Юридическая литература, 1991. 496 с.
3. Декрет про суд № 2. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/o_sude2.htm.
4. Кримінально-процесуальний кодекс УСРР 1922 р. : ЗУ УСРР. 1922. № 41.
5. Уголовно-процесуальний кодекс УССР 1927 г. : Текст и постатейный комментарий. Х. : ЮИ НКЮ УССР. 1928.
6. Гончаренко В. Право УССР в период новой экономической политики (1921–1929). *Право України*. 2013. № 1. С. 313–330.
7. Кримінально-процесуальний кодекс України в редакції 1960 року. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0007.html
8. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
9. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07. 2012. № 5076-VI / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>