

УДК 343.131

**А.А. АХУНДОВА**, Волинський національний університет імені Лесі Українки

## ПРОТИДІЯ ЗДІЙСНЕННЮ ЗАКОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА-ЗАХИСНИКА

*Ключові слова:* адвокат-захисник, протидія, кримінальне судочинство, слідчий, функція захисту, підозрюваний, обвинувачений

Важлива роль у діяльності із захисту від порушення конституційних прав підозрюваного належить адвокату-захиснику. Безсумнівно, що здійснення цієї діяльності, нерозривно пов'язаної з участю адвоката-захисника у кримінальній справі в цілому, має певні особливості, які зумовлені її предметом.

На жаль, на практиці непоодинокими є проблеми, що стосуються процесуальної діяльності захисника. Залишаються актуальними питання регламентації участі захисника при застосуванні затримання та взяття особи під варту, потребує вдосконалення механізм захисту в стадії судового розгляду і оскарження судових рішень, недостатньо врегульовано порядок надання юридичної допомоги потерпілим і свідкам, які залучаються до сфери кримінально-процесуальних відносин. До таких проблем відноситься протидія здійсненню законної діяльності адвоката-захисника.

Значну кількість теоретичних проблем діяльності адвоката-захисника у кримінальному судочинстві дослідили у своїх працях Ю.П. Алєнін, Т.В. Варфоломєєва, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, В.Т. Нор, В.О. Попєлюшко, М.І. Сірій, С. М. Стахівський, В.М. Тертишник, В.П. Шибіко, М.Є. Шумило та багато інших науковців.

Досліджуючи визначену проблему, ставимо за мету провести аналіз безпосередньо протидії законній діяльності адвоката-захисника. Загальною метою такої протидії, на наш погляд, є утруднення або повне блокування здійснення адвокатом-захисником його процесуальної функції. Дії, вчинені щодо адвока-

та-захисника, але не пов'язані із здійсненням його процесуальної функції, у зміст даної діяльності не входять. Дана обставина зумовлює необхідність розгляду питання про процесуальну функцію адвоката-захисника.

У роботах, виданих у «радянський період» вітчизняної історії висловлювалася думка про те, що «у державного обвинувача і захисника підсудного в судовому засіданні загальна мета – сприяти суду у встановленні істини і винесення правомірного та обґрунтованого вироку» [1, с.30]. У сучасній літературі можна зустріти твердження про те, що адвокат-захисник має сприяти зміцненню правопорядку. Зокрема зазначається, що поки адвокат здійснює свої функції в рамках закону і сприяє утвердженню правопорядку, він діє в інтересах і приватної особи, і суспільства, і держави. Ця його діяльність повинна оцінюватися як публічно-правова.

Погодитися із зазначеними точками зору не можна. У процесуальну функцію адвоката-захисника не входить ні сприяння встановленню істини у кримінальній справі, ні сприяння утвердженню правопорядку. Це є прерогативою представників державної влади – правоохоронних органів і суду.

В даний час процесуальна функція адвоката-захисника в кримінальному судочинстві отримала відображення в ч.1 ст.45 КПК України. Згідно з цією нормою, захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, 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) [2].

Захист адвокатом прав і законних інтересів підозрюваних (обвинувачених), безумовно, має особливе значення в діяльності адвоката-захисника, але не вичерпує зміст процесуальної функції адвоката-захисника. Про успішну реалізацію процесуальної функції адвоката можна говорити в тому випадку, коли захист успішно протистоїть обвинуваченню.

Об'єктом даного виду протидії є законна діяльність адвоката-захисника, в ході якої ре-

алізується його процесуальна функція. Теоретичний і практичний інтерес представляє питання: що слід розуміти під законною діяльністю адвоката захисника? Кримінально-процесуальний закон і законодавство про адвокатську діяльність містить лише загальні положення про необхідність відповідності закону засобів і способів захисту.

Законну діяльність адвоката-захисника в кримінальному судочинстві можна визначити наступним чином.

Це діяльність, здійснювана особою, яка має статус адвоката, у порядку, передбаченому КПК України та законодавством про адвокатську діяльність, з метою повного або часткового спростування обвинувачення (або підозри), захисту прав і законних інтересів підозрюваних і обвинувачених, надання їм юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі, засобами і способами захисту, які не суперечать законодавству України або загально визнаним принципам і нормам міжнародного права та міжнародних договорів.

Аналіз кримінально-процесуального закону, спеціальної літератури, судово-слідчої та адвокатської практики спонукає до висновку про те, що суб'єкти протидії здійсненню законної діяльності адвоката-захисника можуть бути поділені на наступні класифікаційні групи: 1) учасники кримінального судочинства у кримінальній справі; 2) особи, які не мають статусу учасника кримінального судочинства у кримінальній справі.

У свою чергу суб'єкти, що входять в першу, найбільш велику класифікаційну групу, поділяються залежно від процесуального інтересу у кримінальній справі:

1) учасники кримінального судочинства з боку обвинувачення: а) посадові особи правоохоронних органів, що представляють сторону обвинувачення (прокурор, слідчий, начальник слідчого відділу, працівники органу дізнання); б) потерпілі та їх законні представники, цивільні позивачі; в) адвокати, які є представниками потерпілих, цивільного позивача і приватного обвинувача;

2) учасники кримінального судочинства з боку захисту: а) підзахисні підозрювані й об-

винувачувані, і їх законні представники, а також підозрювані й обвинувачувані, захист яких здійснюють інші адвокати; б) адвокати-захисники і захисники (відповідно до ухвали або постанови суду), що здійснюють захист інших підозрюваних (обвинувачених) у кримінальній справі; в) цивільні відповідачі (фізичні особи) та їх представники;

3) судді, секретарі судових засідань;

4) інші учасники кримінального судочинства: свідки; експерти, спеціалісти, перекладачі, поняті.

Зазначимо, що в дану категорію не включаються юридичні особи, хоча відповідно до кримінально-процесуального закону вони можуть виступати як учасники кримінального судочинства. Обумовлено це тим, що організації – юридичні особи не можуть бути суб'єктами незаконної протидії здійсненню процесуальної функції адвоката, бо саме законність цілей діяльності є підставою для державної реєстрації юридичної особи. Що стосується законної (легальної) протидії процесуальної функції адвоката, то вона не може бути визнана метою діяльності організації. Таку протидію, що носить тактичний характер, іноді здійснюють представники цієї організації для виконання основних завдань, в досягненні яких зацікавлена організація. Наприклад, для цивільного позивача-організації таким завданням є відшкодування майнової шкоди, яку заподіяно цієї організації злочинном.

У другу класифікаційну групу суб'єктів протидії законній діяльності адвоката-захисника входять особи, які не мають статусу учасника кримінального судочинства у цій кримінальній справі.

Суб'єкти, що входять в дану групу, досить чітко поділяються на ті, які здійснюють протидію законній діяльності адвоката-захисника, керуючись неправильно зрозумілими суспільно-політичними або службовими інтересами, і ті, хто переслідує особисті інтереси.

Як показали результати вивчення адвокатської практики, основними суб'єктами, що входять в першу з виділених підгруп є: 1) працівники правоохоронних органів, які офіційно не беруть участі в розслідуванні або судовому

розгляді (не входять до складу слідчої групи по даній кримінальній справі, що не здійснюють прокурорський нагляд і т.д.). До таких суб'єктів протидії законній діяльності адвоката-захисника відносяться керівники правоохоронних органів, працівники чергових частин, слідчих ізоляторів, працівники оперативних служб. 2) співробітники засобів масової інформації, які однобічно та упереджено висвітлюють в ЗМІ процес розслідування або судового розгляду; 3) представники громадсько-політичних організацій; 4) представники органів державної влади;

У другу підгрупу входять: 1) співучасники особи, захист якої здійснює адвокат, які не мають офіційного статусу учасника кримінального судочинства (у разі вчинення групових злочинів), або члени організованої злочинної групи (до якої входив підозрюваний, обвинувачений); 2) корумповані працівники правоохоронних органів та суду, які офіційно не беруть участі в розслідуванні або судовому розгляді; 3) адвокати, які не беруть участь у даній справі та вступили в злочинну змову з посадовими особами правоохоронних органів або суду, що здійснюють розслідування або судовий розгляд у кримінальній справі; 4) родичі та інші близькі потерпілих у цій кримінальній справі, які не мають статусу учасника кримінального судочинства; 5) родичі та інші близькі підзахисних, які прагнуть звільнити свого близького від кримінальної відповідальності явно незаконними засобами і способами.

Як показало вивчення адвокатської та судово-слідчої практики, в структурі мотивації подолання протидії законній діяльності адвоката виділяються такі основні групи мотивів:

1) мотивація, що детермінує легальну протидію законній діяльності адвоката. В основі зазначеного виду мотивації лежить прагнення процесуального противника (осіб, що представляють сторону обвинувачення) успішно реалізувати свою процесуальну функцію. Оскільки дана група спонукає обумовлює легальну протидію законній діяльності адвокатів, вона допустима з точки зору юридичної етики;

2) мотивація, яка детермінує нелегальну протидію законній діяльності адвоката-захис-

ника. Спонукання, що детермінують нелегальну протидію законній діяльності адвоката, більш різноманітні.

Слід виділити наступні основні підвиди зазначеної мотивації: 1) мотивація, характерна для посадових осіб, які здійснюють кримінальне переслідування:

– прагнення показати перевагу свого посадового (службового) становища, безумовно, домінувати над стороною захисту шляхом обмеження та обмеження процесуальних прав останньої. Дана мотивація характерна для слідчих, прокурорів, суддів;

– неправильно інтерпретовані інтереси боротьби зі злочинністю. Часто адвокат-захисник розглядається працівниками слідчих підрозділів та прокуратури як зайва перешкода у розкритті злочину і притягнення винного до кримінальної відповідальності. Це обумовлює різні способи недопущення адвоката до підзахисного або видалення «неугодного» адвоката зі справи. У свою чергу така практика часто призводить до протилежних результатів. Злочин фактично не розкривається, а підозрюваний (обвинувачений) обумовлює себе;

– принципова помста адвокату-захиснику за надмірно активну (на думку осіб, які здійснюють кримінальне переслідування), захисну діяльність;

– побоювання виявлення адвокатом-захисником незаконних (іноді злочинних дій) щодо підзахисних, істотних порушень прав підозрюваних чи обвинувачених у ході розслідування (судового розгляду);

2) мотивація, характерна для учасників кримінального судочинства, які не є посадовими особами, та осіб, які не мають статусу учасника кримінального судочинства:

– прагнення домогтися непритягнення підозрюваного (обвинуваченого) до кримінальної відповідальності явно незаконними (злочинними) способами. Така мотивація характерна для близьких підзахисного, а також для невстановлених слідством членів злочинної групи, в якій брав участь підзахисний;

– прагнення виконати свою процесуальну функцію засобами і методами, які не є злочинними, але порушують кримінально-процесуаль-

ні норми і канони юридичної етики. Дана мотивація характерна для адвокатів-представників потерпілих та адвокатів-захисників інших підозрюваних (обвинувачених);

– прагнення уникнути відповідальності за скоєні злочини або пом'якшити її «за рахунок» притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб. Даний тип мотивації характерний для співучасників підзахисного – членів злочинної групи;

– мотивація помсти злочинцю за скоєний злочин. Даний вид мотивації характерний для потерпілих, їх законних представників, родичів. Адвокат в даному випадку ототожнюється не тільки з підзахисним, а й зі злочинцем;

– мотивація, в основі якої лежать корисливі кар'єристські спонукання - прагнення шляхом притягнення до кримінальної відповідальності усунути політичного противника впливової особи, або її конкурента в бізнесі. Даний вид мотивації характерний для керівників владних структур і контрольованих ними ЗМІ;

3) мотивація, яка властива як посадовим особам, що здійснюють кримінальне переслідування, так і іншим особам (незалежно від їх процесуального статусу).

– корислива мотивація. Зокрема така мотивація характерна для випадків, коли слідчий примушує підозрюваного відмовитися від допомоги конкретного адвоката-захисника, щоб замінити його «своїм» корумпованим адвокатом. Зазначена мотивація може зумовити і дії інших осіб. Зокрема, потерпілі або їхні близькі наймають особу (осіб), яке залякує адвоката-захисника чи застосовує до нього насильство.

– особиста неприязнь до адвоката-захисника. Маються на увазі випадки, коли протидія законній діяльності адвоката-захисника є способом вираження або задоволення особистої неприязні до нього з боку осіб, які здійснюють кримінальне переслідування, чи інших осіб.

– прагнення компенсувати власну ущербність, невисокий соціальний статус. Така мотивація характерна для осіб з невисоким рівнем інтелекту, працівників правоохоронних органів і судів, що здійснюють охоронні або технічні функції.

Характеристика змісту категорії «протидія законній діяльності адвоката-захисника» буде неповною без визначення форм здійснення протидії.

Слід виділити такі основні форми протидії законній діяльності адвоката-захисника: 1) втручання в законну діяльність адвоката-захисника, 2) перешкоджання такій діяльності; 3) ускладнення законної діяльності адвоката-захисника шляхом використання тактичних прийомів і засобів.

Втручання в законну діяльність адвоката включає в себе не тільки відносно «м'які» форми тиску, а й такі жорсткі, агресивні заходи як порушення кримінальної справи щодо адвоката або його близьких, обшуки за місцем роботи адвокатів і т.д.

Крім того, при визначенні змісту розглянутого виду протидії слід було б уточнити його мету. Вказівки на те, що такою метою є неприпустимість досягнення адвокатом бажаних результатів роботи, явно недостатньо для чіткого відмежування аналізованого виду протидії від суміжних категорій. В даному випадку неминучим є розширювальне і суб'єктивне трактування категорії «бажаний результат роботи». Бажані результати роботи для конкретного адвоката можуть зовсім не співпадати з результатами, яких чекає від нього підзахисний. Вони також можуть не повністю відповідати процесуальній функції адвоката, або не відповідати їй зовсім.

Реалії адвокатської практики свідчать про те, що для деяких адвокатів головним бажаним результатом роботи є отримання гонорару, а зовсім не успішне виконання своєї процесуальної функції.

Таким чином, втручання в законну діяльність адвоката-захисника, на наш погляд, можна визначити наступним чином. Це активні дії, за допомогою яких прямо або побічно чиниться тиск на адвоката з метою недопущення ним повного або часткового спростування обвинувачення (або підозри), захисту прав і законних інтересів підозрюваних і обвинувачених, надання зазначеним суб'єктам юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі.



Перешкоджання законній діяльності адвоката-захисника можна розглядати як пасивний метод протидії законній діяльності адвоката, що полягає у невиконанні або ігноруванні законних вимог адвоката, створенні перешкод, труднощів для здійснення ним процесуальної функції.

Що стосується ускладнення законної діяльності адвоката-захисника шляхом використання тактичних прийомів і засобів, то дана форма протидії діяльності адвоката-захисника обумовлена змагальністю кримінального судочинства. Як вірно зазначає В.В. Конін, «оскільки тактика захисника і тактика сторони обвинувачення взаємозумовлені, можна зробити висновок про те, що деякі тактичні прийоми, вживані стороною обвинувачення, також носять характер протидії і мають на меті ускладнити діяльність сторони захисту» [3, с.129].

Важливе місце при аналізі протидії здійсненню процесуальної функції має правова оцінка такої протидії.

Протидію в кримінальному судочинстві слід розглядати як вид кримінально-релевантної діяльності, в яку як підвид входять як кримінально-процесуальна (законна діяльність), так і незаконна (антисоціальна) діяльність. Відповідно, протидія законній діяльності адвоката-захисника також підрозділяється на легальне (законне) і незаконне (протиправне).

Підкреслимо, що втручання в законну діяльність адвоката-захисника завжди є протиправною формою протидії такої діяльності. Також протиправною є протидія, що полягає в перешкоджанні законній діяльності адвоката-захисника. На наш погляд, протидія здійсненню процесуальної функції адвоката шляхом використання стороною обвинувачення тактичних прийомів і засобів є легальним (допустимим). При цьому самі тактичні прийоми повинні відповідати загальним вимогам допустимості.

Основними тактичними прийомами, що використовуються в ході легальної протидії здійсненню процесуальної функції захисника, є маневрування доказовою інформацією, отриманою стороною обвинувачення, і збереження даної інформації в таємниці від сто-

рони захисту до певного (тактично вигідного) сторони обвинувачення моменту,

Відзначимо, що в середовищі слідчих, прокурорів, і інших посадових осіб, які здійснюють кримінальне переслідування, існує переконання в тому, що легальна протидія здійсненню процесуальної функції захисника може здійснюватися й іншими, не тільки тактичними засобами.

На нашу думку, не є легальною протидією законній діяльності адвоката-захисника реалізація в порядку та на підставах, передбачених КПК, норм кримінально-процесуального закону, які об'єктивно можуть призвести до утруднення здійснення процесуальної функції захисту. Норми кримінально-процесуального закону в принципі не можуть бути безпосередньо спрямовані на утруднення реалізації процесуальної функції будь-якого учасника кримінального судочинства.

Протидією здійсненню процесуальної функції адвоката-захисника (підкреслимо незаконним, нелегальним протидією) є обмеження слідчим тривалості побачення без необхідності провадження процесуальних дій за участю підозрюваного.

Зазначимо, що між стороною захисту та обвинувачення йде безперервне суперництво за розширення і зміцнення процесуальних гарантій, що полегшують виконання процесуальних функцій захисту та обвинувачення, перенесення тактичних рекомендацій до розряду імперативних норм кримінально-процесуального закону. Дане суперництво, здійснюване в легальній формі (шляхом наукових дискусій, формування громадської думки, лобювання законопроектів), саме по собі є позитивним явищем. Небезпеку представляють «перекося», коли законодавець дає явні переваги тій чи іншій стороні, яким інша сторона ефективно легально протидіяти не в змозі.

Слід підкреслити, що для певних категорій учасників кримінального судочинства неприпустимим є не тільки незаконна, але й легальна протидія здійсненню процесуальної функції адвоката (за умови здійснення такої функції законними засобами).

Насамперед, мова йде про суддів. Суддя має право і зобов'язаний здійснювати протидію лише незаконній діяльності адвоката-захисника. Суд не є органом кримінального переслідування, не виступає на стороні обвинувачення або стороні захисту, він створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків та забезпечення наданих їм прав. Суд не може і не повинен вступати в «тактичну гру» зі стороною захисту, так само як і зі стороною обвинувачення, він не повинен прагнути «переграти їх» тактично.

Вважаємо, що крім суду законна (легальна) протидія здійсненню процесуальної функції захисника не повинна здійснюватися такими учасниками кримінального судочинства як свідки; експерти, спеціалісти, перекладачі, поняті. Зазначених учасників кримінального судочинства законодавець обґрунтовано не відніс ні до сторони обвинувачення, ні до сторони захисту. Вони також не повинні брати участь в «тактичній грі» обвинувачення і захисту, оскільки не повинні мати у справі власного процесуального інтересу. Зазначені суб'єкти не повинні в силу свого процесуального статусу ускладнювати формування або спростовувати кінцеву процесуальну тезу, що формулюється стороною захисту чи обвинувачення.

Таким чином, учасниками кримінального судочинства, які можуть здійснювати легальну протидію здійсненню процесуальної фун-

кції захисника (законній діяльності адвоката-захисника), є лише представники сторони обвинувачення – прокурор, слідчий, посадові особи органу дзнання; потерпілий, адвокати – представники потерпілого та цивільного позивача.

З урахуванням викладеного, пропонується наступне визначення протидії законній діяльності адвоката-захисника. Це здійснювана суб'єктами кримінального судочинства та іншими особами діяльність, що має на меті утруднення або блокування здійснення адвокатом-захисником його процесуальної функції засобами і способами захисту, що не суперечать законодавству України та загальноновизначеним принципам і нормам міжнародного права.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Баев О. Я. Конфликты в деятельности следователя (вопросы теории) / О. Я. Баев. – Воронеж, 1981. – 160 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13.04.2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.
3. Конин В. В. Тактика противодействия обвинению и ее субъекты / В. В. Конин // Адвокатура и адвокатская деятельность в свете современного конституционного права (к 10-летию принятия Конституции России). – Екатеринбург, 2004. – С. 128–132.

*Ахундова А. А. Протидія здійсненню законної діяльності адвоката-захисника / А. А. Ахундова // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 42–47 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arhive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/12aaadaz.pdf>*

Досліджено суть протидії законній діяльності адвоката-захисника в ході кримінального судочинства, визначено суб'єктів, які мають право здійснювати легальну протидію здійсненню процесуальної функції захисника (законної діяльності адвоката-захисника).

\*\*\*

*Ахундова А.А. Противодействие осуществлению законной деятельности адвоката-защитника*

Исследована суть противодействия законной деятельности адвоката-защитника в ходе уголовного судопроизводства, определены субъекты, которые имеют право осуществлять легальное противодействие осуществлению процессуальной функции защитника (законной деятельности адвоката-защитника).

\*\*\*

*Achundova A.A. Counteraction Realization of Legal Activity of Advocate-Defender*

Essence of opposing the legitimate activities of the lawyer-counsel in the criminal justice system, identified subjects who can legally impeding the exercise of procedural functions counsel (legal counsel of a lawyer) Examines.