

## ПЛАН

1. Право на захист від обвинувачення.
  2. Адвокат у кримінальному процесі.
  3. Правові позиції адвоката і підзахисного.
  4. Самообмова клієнта і адвокат.
  5. Досудовий та судовий аспекти для адвоката
  6. Захисна промова адвоката.
  7. Адвокат в апеляційній та касаційній інстанціях.
  8. Психологічні аспекти адвокатської захисної діяльності.
- ### ПИТАННЯ ДЛЯ КОНТРОЛЮ ЗНАНЬ

#### **1. Право на захист від обвинувачення**

08.04.08 Президентом України затверджено Концепцію реформування кримінальної юстиції України, яка передбачає необхідність завершення становлення адвокатури як незалежної самоврядної організації, що здійснює функцію захисту у кримінальному провадженні

Право на захист — це конституційне право громадян, а також сукупність процесуальних (судових) дій, направлених на захист честі і гідності, життя і здоров'я, особистої свободи і майна від злочинних посягань, на зняття звинувачення або пом'якшення відповідальності обвинуваченого (підсудного). Це право забезпечується за допомогою участі захисника (адвоката) у судочинстві. Це вузьке тлумачення дефініції права на захист.

**Під захистом** у кримінальному судочинстві слід розуміти сукупність процесуальних дій і відносин, направлених на повне або часткове спростування (заперечування) пред'явленого тій або іншій особі обвинувачення, забезпечення дотримання прав цієї особи у досудовому слідстві і у суді. Тлумачення поняття «захисник» і нормативно-кримінальному визначенні дає підстави стверджувати, що захисник в кримінальному процесі може бути тільки зі сторони обвинуваченого (підсудного), а от зі сторони потерпілого — ні, оскільки потерпілий має представників, хоча і із числа адвокатів.

Роль захисника у кримінальному процесі не збігається із роллю представника у цивільній чи адміністративній справах; роль — складніша за психологічним перевантаженням і витратами нервової енергії, яких потребує зіткнення полярно непримирених інтересів, зокрема людського горя — з феноменом кримінальної психології чи юридично підкріпленого службового делікту.

Злочин — малодосліджена частина моралі будь-якого суспільства. Супутниками злочину завжди були і будуть суперечливі оцінки та пристрасті, почуття й емоції, гнів та скорбота, прагнення до справедливого покарання і нескінченні суперечки про феномен самої справедливості. Тому потрібно пам'ятати, беручи до уваги усі ці обставини, що адвокат — знаходиться серед усіх цих обтяжливих для моралі людини обставин.

При цьому, участь захисника у кримінальному процесі — це важлива гарантія реалізації конституційного принципу права на захист і дотримання законності у ході кримінального судочинства. Допомагаючи підзахисному чи особі з іншим процесуальним статусом ефективно реалізувати свої права, адвокат забезпечує захист прав, свобод і законних його інтересів (ст. 1 Закону). Виступаючи як захисник у кримінальних справах, адвокат виконує завдання державної важливості — захист особи від повідомленої їй підозри.

Право на захист не абстрактне правове поняття — це право конкретної фізичної особи на захист від конкретного обвинувачення. Це є гарантованою можливістю спростувати підозру всіма передбаченими у законі засобами домагатись тієї міри справедливості, яку він вважає правильною. Цьому праву кореспондує сукупність норм, що зобов'язують державні органи забезпечити безпечне здійснення захисту обвинуваченим. Отже, право на захист — особисте, конкретне право людини.

Можна умовно виокремити 3 пов'язаних між собою аспекти права на захист:

- право на захист як гарантована обвинуваченому можливість особисто оспорювати обвинувачення;
- право на захист як гарантована обвинуваченому можливість скористатися допомогою адвоката;
- право на захист як гарантована можливість охороняти свої права від порушення будь-якою особою.

Обравши шлях демократичного розвитку і закріпивши це в Конституції, Україна посіла гідне місце серед європейських держав як повноправний член Ради Європи, чим засвідчила своє прагнення будувати власне майбутнє на засадах верховенства права, громадянського суспільства і принципів справжньої демократії. Головним завданням держави є захист прав та свобод людини, їх утвердження та забезпечення. Конституція у ч. 2 ст. 3 зазначає: *«Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність»*; у ст. 59 — передбачає, що кожному гарантується право на правничу допомогу, яка надається безоплатно у випадках передбачених законом.

Таке гарантування у контексті вищезгаданих норм покладає на державу відповідні обов'язки стосовно забезпечення особи правовою допомогою належного рівня. Такі обов'язки зумовлюють необхідність визначення у законах України та інших правових актах порядку, умов і способів надання такої допомоги.

Крім того, реалізація указаних гарантій є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, але і дотриманням взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань:

- у ст. 10 Загальної декларації прав людини 1948 року підкреслено рівність усіх людей перед законом та їх право бути захищеними законом;
- у Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року указується, що кожен, чий права і свободи, викладені у цій Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі;
- у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 року, зобов'язано усі держави, що брали участь у ньому, забезпечити будь-якій особі, права та свободи якої порушені, що визнані цим Пактом, ефективний засіб правового захисту, а також забезпечити, щоб право на правовий захист для будь-якої особи, яка потребує такого захисту, встановлювалася компетентними судовою, адміністративною або законодавчою владою або будь-яким іншим компетентним органом, що передбачається правовою системою держави, та розвивати можливості судового захисту;
- тощо.

Ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод, 1950 року, тлумачить право обвинуваченого на захист як важливу гарантію справедливого процесу. Згідно з цією нормою підозрювана, обвинувачена у вчиненні кримінального правопорушення особа зокрема має таке право:

- захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника на свій

власний вибір

або

– якщо у неї відсутні достатні кошти для оплати правової допомоги захисника — одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя.

Тобто у п. 3 ст. 6 Конвенції йдеться саме про надання правової допомоги, а не про надання захисника, оскільки, сама по собі участь захисника у справі без реалізації ним своїх прав не дуже корисна для забезпечення захисту інтересів особи та зміцнення законності. Реалізація прав підозрюваного, обвинуваченого відбувається саме через призму процесуальної діяльності захисника.

Таким чином, право на правову допомогу — це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, або ту, яку вона потребує незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права. Керуючись ст. 64 Конституції, яка наголошує, що конституційне право людини і громадянина не може бути обмежено, стверджуємо, що право кожного на правову допомогу також у жодному випадку не може бути обмежено. На це указує ст. 59 про право на правову допомогу, яка є нормою прямої дії. І навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами, особа не може бути обмежена у його реалізації.

Європейський суд з прав людини, серед встановлених ним стандартів кримінального процесу, право на отримання захисту вважає одним з основоположних прав обвинуваченого при розслідуванні і судовому розгляді кримінального провадження. Слід зазначити, що в Основному законі України також закріплено і право на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного (ч. 2 ст. 63), і визначено основним принципом судочинства забезпечення обвинуваченому права на захист (п. 6 ч. 3 ст. 129).

## **2. Адвокат у кримінальному процесі**

Відповідно до ст. 45 КПКУ захисником є лише 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).

Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю.

Окрім захисника-адвоката, КПКУ у ст. 44 передбачено, що у випадку коли підозрюваним, обвинуваченим є неповнолітній або особа, визнана у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з ним залучається його законний представник. Законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена представнику.

У ст. 50 КПКУ зазначається, що як захисники допускаються особи, повноваження яких 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.

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.

Загальні правила участі захисника у кримінальному провадженні викладено в ст. 46 КПКУ. Зокрема, захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу.

Одночасно брати участь у судовому розгляді можуть не більше 5 захисників одного обвинуваченого.

Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених ст. 50 КПКУ, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду.

Захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення *без дозволу* слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту — такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватись під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування.

Документи, *пов'язані з виконанням захисником його обов'язків*, без його згоди *не підлягають огляду, вилученню чи розголошенню* слідством. А органи державної влади, їх службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника.

Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПКУ та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого.

Захисник зобов'язаний прибувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого. У разі неможливості прибути в призначений строк захисник зобов'язаний завчасно повідомити про таку неможливість та її причини слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, а у випадках, коли він призначений органом (установою), уповноваженим законом на надання безоплатної правової допомоги, — також і цей орган (установу).

Захисник без згоди підозрюваного, обвинуваченого не має права розголошувати відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю в кримінальному провадженні і становлять адвокатську або іншу, охоронювану законом таємницю.

Захисник після його залучення має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках:

- 1) коли є обставини, які згідно з цим Кодексом виключають його участь у кримінальному провадженні;
- 2) незгоди з підозрюваним, обвинуваченим щодо вибраного ним способу захисту, за винятком випадків обов'язкової участі захисника;
- 3) умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного з захисником договору, яке проявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, порушенні вимог цього Кодексу тощо;

4) коли він свою відмову мотивує відсутністю належної кваліфікації для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним.

Європейський суд з прав людини, серед встановлених ним стандартів кримінального процесу, право на отримання захисту вважає одним з основоположних прав обвинуваченого при розслідуванні і судовому розгляді кримінального провадження. Слід зазначити, що в Конституції також закріплено і право на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного (ч. 2 ст. 63), і визначено основним принципом судочинства забезпечення обвинуваченому права на захист (п. 6 ч. 3 ст. 129).

Окрім того, у ст. 62 Конституції закріплено принцип презумпції невинуватості, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку, і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення. Конституційні принципи забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист і презумпції невинуватості є важливою гарантією об'єктивного розслідування і судового розгляду справи та запобігання притягненню до кримінальної відповідальності невинних осіб.

Оскільки сторони обвинувачення і захисту відстоюють кожна свою позицію, свій процесуальний інтерес, кримінальний процес набуває змагального характеру, що забезпечує повне, всебічне і неупереджене дослідження всіх обставин кримінального провадження та його правильне, з врахуванням законних інтересів сторін, вирішення. Відповідно до ст. 129 Конституції, змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і доведенні перед судом їх переконливості — є однією з основних засад судочинства.

Обвинувачена особа зацікавлена у тому, щоб не бути:

- притягнутою до кримінальної відповідальності і засудженою, якщо є невинуватою, або за більш тяжкий злочин, ніж той, який дійсно вчинив;
- без встановлених законом підстав підданим арешту та іншим заходам процесуального примусу підданим несправедливому покаранню, тобто такому, яке призначено без врахування характеру і ступеня суспільної небезпечності вчиненого кримінального правопорушення, особи винного й обставин справи, які пом'якшують чи обтяжують відповідальність;
- обмеженою у правах, наданих законом;
- щоб була надана можливість реалізувати ці права і були забезпечені її особисті і майнові права.

Це — законні інтереси підозрюваного, обвинуваченого, вони є складовими його права на захист у кримінальному процесі. Порухення права на захист завжди означає істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону і є однією з найбільш поширених підстав для скасування вироків або інших рішень у провадженні.

Держава повинна забезпечити належну правову допомогу всім, хто не може захистити себе самостійно. Реалізація права на правову допомогу не тільки сприяє правомірному здійсненню особою своїх прав і свобод, а і, насамперед, спрямована на попередження можливих порушень чи незаконних обмежень прав і свобод людини і громадянина з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб.

На даний час це право реалізується лише через механізми статей 45, 48 та 50 КПКУ, отже, решта осіб залишаються поза межами зазначеної гарантії, а значить, вони

позбавлені реального доступу до правосуддя. Право на «безкоштовного» захисника, як правило, обмежується випадками, перерахованими у ст. 42 КПКУ. Можливість призначення захисника у випадках, що не передбачені положеннями ст. 42, доповнена ч. 2 ст. 48 та статті 49, 53 КПКУ, де зазначається, що слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд зобов'язані забезпечити участь захиснику кримінальному провадженні у випадках:

- 1) коли відповідно до вимог статті 52 КПКУ участь захисника є обов'язковою, а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника;
- 2) коли підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно;
- 3) коли слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його.

Захисник може бути залучений слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги.

Витрати, пов'язані з оплатою допомоги захисника, несе підозрюваний, обвинувачений, крім випадків надання безоплатної правової допомоги, яка надається за рахунок коштів Державного бюджету України і є безоплатною для підозрюваного, обвинуваченого.

Захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні.

### **3. Правові позиції адвоката і підзахисного**

Правова позиція захисника може бути сформульована на етапі його допуску на підставі тих матеріалів, які є у справі. Ця позиція формується по відношенню до вузького кола питань, оскільки розслідування справи і збір доказів тільки починається.

Відносно питань, пов'язаних з правильністю кваліфікації, обґрунтованістю обвинувачення, допустимістю і належністю наявних доказів правова позиція, як правило, остаточно сформується лише до закінчення досудового слідства. У загальному, існують наступні типові форми поведінки обвинуваченого:

- 1) розкаяння у скоєнні злочину (явка з повинною, дії з відшкодування збитків та ін.);
- 2) протидія розслідуванню (приховування слідів злочину, підмова осіб до лжесвідчення, отримання інформації про хід розслідування, повідомлення завідомо неправдивої інформації тощо);
- 3) продовження злочинної діяльності та учинення нових злочинів.

Складнощі у практичній діяльності адвоката виникають, коли у розпорядженні захисника відсутні які-небудь фактичні дані для спростування обвинувачення, а слідство на підтвердження винуватості обвинуваченого має у розпорядженні достовірні докази, тоді як підозрюваний свою вину не визнає повністю. У таких випадках деякі адвокати, не до кінця усвідомивши свій професійний обов'язок, відмовляючись від відкритої, безкомпромісної боротьби за права і законні інтереси свого підзахисного, часом не піддає глибокому, усесторонньому аналізу і принциповій оцінці кожний доказ, зводячи нанівець змагальність процесу, відмовляючись по суті від захисту обвинуваченого, заперечуючого свою вину і переходячи, таким чином, на позиції

обвинувачення.

Про згубні наслідки концепції самостійної правової позиції захисту свідчать і факти, коли помилковість вироку встановлюється не за скаргою захисника, а у зв'язку з скаргою самого осудженого, який не визнає себе винним.

Не дивлячись на незаперечність твердження, що адвокат повинен захищати права і інтереси підзахисного, використовуючи при цьому всі вказані в законі засоби, воно містить в собі серйозну соціально-психологічну проблему. Ця проблема виникає кожного разу, коли позиція обвинуваченого і переконання адвоката не співпадають. Обвинувачений не вважає себе винним за наявності переконливих доказів вини, або ж вважає себе таким, але наполягає на повному виправданні. З цього приводу існує дві протилежні позиції:

1) адвокат повинен захищати лише законні інтереси, тобто тільки ті, які не суперечать інтересам правосуддя;

2) адвокат повинен захищати підсудного, у будь-якому випадку, у т. ч. і всупереч суспільним інтересам, оскільки він є його захисником.

За поглядами деяких авторів, зміст розбіжностей полягає у необхідності диференціювання позиції адвоката залежно від стадії процесу: – початкова і – кінцева (завершальна). Перша базується на презумпції невинності, оскільки доказів досудового слідства недостатньо для висновку про винність; активність адвоката тут направлена на встановлення всіх обставин, які виправдовують обвинуваченого або пом'якшують його вину. Після ознайомлення з матеріалами справи адвокат визначає первинну правову позицію захисту, який залишається незмінним до повної перевірки всіх доказів. Коли дослідження доказів судом завершується, адвокат формулює кінцеву (завершальну) позицію, на основі якої готує і виголошує свою захисну промову.

Підкреслимо, що правова позиція захисника охороняється чинним законодавством. Зокрема, відповідно до п. 10 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» *«забороняється внесення подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката у справі»*. Формуючи правову позицію, захисник не має права ігнорувати думку підзахисного, і в першу чергу зобов'язаний узяти до уваги відношення підзахисного до пред'явленого обвинувачення.

Залежно від цієї обставини правова позиція захисника може бути 3-х основних видів:

1) якщо підзахисний повністю визнає себе за винний у повному об'ємі пред'явленого йому звинувачення, то захисник не оспорюючи винність свого клієнта, повинен звернути увагу на обставини, які пом'якшують відповідальність клієнта, позитивні характеристики його особи, наявність у нього хронічних захворювань, утриманців, особливих заслуг тощо, для того, щоб полегшити його положення;

2) незалежно від відношення підзахисного до пред'явленого обвинувачення, за наявності певних умов, адвокат займає позицію про припинення кримінальної справи у зв'язку в обставинами, вказаними у ст. 284 КПКУ:

– встановлена відсутність події кримінального право-порушення;

– встановлена відсутність в діянні складу кримінального правопорушення;

– не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді і вичерпані можливості їх отримати;

– тощо.

Крім того справа закривається:

– по закінченню давності притягнення до кримінальної відповідальності (ст. 107

ККУ),

- у зв'язку з актом амністії (ст. 85 ККУ),
- відносно особи, що не досяг віку кримінальної відповідальності (ст. 22 ККУ),
- у зв'язку з відсутністю скарги потерпілого (ст. 477 КПКУ);

3) якщо підзахисний не визнає спою вини у повному обсязі, то захисник повинен займати позицію, що оспорює це обвинувачення, а у суді ставити питання про виправдання підсудного.

Таким чином, захисник зв'язаний у виборі своєї правової позиції у відношенні підзахисного та пред'явленого обвинувачення.

Виходячи з сказаного — зрозуміло, що захисник не вільний у визначенні правової позиції, окрім випадку, коли обвинувачений явно здійснює самообмову.

У цьому випадку ми вважаємо, що адвокат має право діяти на свій розсуд з метою недопущення притягнення невинного до кримінальної відповідальності (п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону).

#### **4. Самообмова клієнта і адвокат**

Самообмова — це визнання підзахисним своєї вини у вчиненні кримінально караного діяння, яке насправді ним не було здійснено. Вона є складною тактичною ситуацією, яка у більшості випадків пов'язана з психічними відхиленнями в особових орієнтаціях, тактичних прорахунків зі сторони слідчого, помилкових підозр і звинувачень, і у результаті порушення прав особи. Якщо для захисника самообмова є очевидною (а це явище достатньо поширено), він має право, попередивши про це підзахисного, зайняти іншу, відмінну правову позицію (ст. 21 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Хоча слід особливо відзначити, що це не є обов'язком адвоката, а лише його правом.

Захисник цілком може, не доводячи невинність свого підзахисного, який себе з яких-небудь причин обмовляє, обмежитися вказівкою на суперечність, неузгодженість доказів обвинувачення, що у випадках реальної невинності підзахисного буде зробити нескладно, а тому тягар доведення винності продовжуватиме лежати на обвинуваченні, який в подібній ситуації може і відмовитися від обвинувачення. Але, окрім дійсно складних, правових і процесуальних аспектів в різних ситуаціях самообмови, залишаються в невизначеності етичні прогалини. Це може зустрічатися, як правило, в неординарних ситуаціях (хоча сама ситуація самообмови вже і є неординарною); особливо, коли «самообмовлений» обвинувачений дійсно не хоче, щоб його виправдовували.

Розрізняються проста і складна самообмови: — визнання тільки своєї вини або — визнання вини і інших осіб. Самообмова може виникнути під впливом зацікавлених осіб, через бажання особи приховати більш тяжкий злочин, під впливом засобів психічного насильства, що неправомірно використовуються слідчим, через психічні аномалії допитуваного. Самообмова роздяглася його невідповідністю сукупності доказів, нездатністю особи деталізувати і уточнювати свої свідчення.

Таким чином, об'єктивними чинниками, які сприяють виникненню мотивів помилкових свідчень, звичайно є сторонній вплив на обвинуваченого і несприятлива процесуальна обстановка.

Позиція адвоката в ситуації самообмови повинна зводиться не до викриття підзахисного. Це може насторожити обвинуваченого, підвищили його самоконт-роль або привести до відмови подальшої співпраці з адвокатом у виробленні позиції захисту. Комунікативний контакт може бути порушений і крайньою недовірою



адвоката до свідчень свого клієнта, які він висловив на допитах. Ми вважаємо, що в подібних ситуаціях потрібно спільно з підзахисним розібратися в істинних причинах помилковості позиції підзахисного, постаратися його спонукати до правдивого викладу позиції, змалювати вірогідні прогнози розгляду такої справи, передбачивши 2 основні напрями:

- 1) реальне засудження за самообмову;
- 2) засудження за реальні обставини, яке може і не відбутися, вселивши упевненість клієнту у справедливому результаті.

## **5. Досудовий та судовий аспекти для адвоката**

### *Досудове*

Тактика захисту це правильність і своєчасність вибору і кваліфікованого здійснення законних засобів і способів захисту, які в конкретних умовах провадження по справі найбільш ефективно сприяють досягненню цілей, поставлених перед захисником кримінально-процесу-альним законом.

Нейтральна тактика захисту є взаємодією адвоката із слідчим у формі співпраці, при якій можливі взаємні компроміси за принципом: у слідчого своя робота, у адвоката — своя. В такому варіанті конфлікти і відкрите протиборство відсутні, а реалізація позиції захисту переноситься на етап судового слідства

Атакуюча тактика припускає нав'язування слідчому конфліктної ситуації із захопленням ініціативи, нав'язування трудомістких слідчих дій в цілях захисту, формування системи збалансованих пропозицій, направлених на руйнування обвинувальної концепції слідчого.

При оборонній тактиці адвокат приймає всю версію слідства цілком, без яких-небудь доповнень і поправок, спостерігаючи за діяльністю слідчого, фіксуючи його помилки з метою використання слабких місць досудового слідства для реалізації лінії захисту. Подібна адвокатська тактика, на перший погляд уявна пасивною, має свій потенціал і нерідко приводить до бажаного результату.

При першій бесіді і підзахисним особливо важливо виявити те, що вимагає швидкого вирішення:

- 1) чи немає обставин, що виключають кримінальну відповідальність;
- 2) чи немає підстав для припинення кримінального переслідування;
- 3) якщо має місце незакінчений склад злочину, то чи немає добровільної відмови від злочину;
- 4) чи немає невинного спричинення шкоди;
- 5) чи не вчинено діяння в стані неосудності. Після цього обвинуваченому слід роз'яснити його права, у т. ч. право на захист, право свідчити.

Хоча, формально таку процедуру повинен був зробити слідчий або дізнавач зразу ж після фізичного затримання перед складанням протоколу про затримання. Тому потрібно роз'яснити, що давати свідчення — не право, а не обов'язок підозрюваного. Так само, як і право знати, в чому він обвинувачується тощо. Виходячи з одержаної інформації, адвокат обговорює з клієнтом план захисту, вибирає його позицію.

Стратегічна позиція адвоката визначається «слабкими місцями» обвинувачення, розривами у системі доказів. Тактика захисту іноді коригується процесуальними порушеннями, як на досудовому слідстві, так і в суді. Формуючись впродовж досудового слідства і судового розгляду, позиція захисту концентровано висловлюється в промові адвоката. При цьому захисник не пов'язаний ні з характером раніше поставлених питань, ні із заявленими клопотаннями, ні із загальним

емоційно-психологічним настроєм судової аудиторії. Адвокат не повинен пристосовуватися до очікуваного рішення суду. Свою позицію він не погоджує ні з ким, окрім свого підзахисного. Позиція адвоката не повинна суперечити закону — юридичному і етичному.

У цілому тактика захисту складається з певної системи тактичних прийомів. Тактичний прийом — не спосіб дій, який найбільш ефективно забезпечує досягнення захистом поставлених завдань. Але вико рис-товування цих прийомів є справжнім мистецтвом, яке передбачає уміння їх подачі, підношення, певного розміщення і систематизації, що найкращим чином дозволяє адвокату виконувати функцію захисту.

Здійснюючи захист на досудовому слідстві, адвокат має право не тільки зустрічатися з клієнтом, але і брати участь в слідчих діях, які проводяться з участю підзахисного. Допит — найпоширеніша слідча і судова дія по збиранню і фіксації доказів, основне джерело отримання доказової інформації. Впливати на допитуваного означає викликати у нього відчуття, прагнення і навіть потребу дати правдиві свідчення, спонукати думати і поступати так, щоб задовольнити інтереси правосуддя в досягненні істини. Проте, до теперішнього часу в юридичній літературі залишається відкритим питання про правомірність вживання при допиті так званих психологічних тактичних прийомів.

Система тактичних прийомів допиту розглядається деякими авторами в 2-х планах:

– як алгоритм

і

– як система тактичних прийомів, якій властиві елементи варіативності.

Адвокат має право з дозволу слідчого ставити питання як своєму підзахисному, так і іншим учасникам слідчої дії. Формулюючи питання, захисник зобов'язаний не тільки передбачити варіант відповіді, але і спробувати в думках змоделювати кінцевий результат, який може бути досягнутий завдяки його питанням. Майже завжди є слушним утриматися від питань, відповіді на які можуть лише погіршити позиції захисту.

Адвокат, як і суддя, при оцінці доказів не повинен покладатися на свої враження, якщо вони не підтверджені доказами. Логічні висновки, до яких він приходять в результаті оцінки справи, повинні ґрунтуватися на дослідженні конкретних доказів по справі. Нехтування цим правилом може спричинити засудження невинного.

Отже, систематизуємо різні напрями методики захисту та укажемо, що безпосередній характер роботи захисника у кримінальній справі зводиться до наступних окремих напрямів:

1) особиста участь у провадженні слідчих дій;

2) заявлення клопотань на різних етапах слідства;

3) оскарження дій і рішень слідства та прокурора.

На підставі аналізу матеріалів справи і контакту з обвинуваченим адвокат розробляє свою модель кримінальної справи і визначає стратегію і тактику захисту.

При цьому задача адвоката полягає не в тому, щоб позбавити злочинця від заслуженого покарання, а в наданні допомоги суду більш глибоко розібратися у всіх об'єктивних і суб'єктивних обставинах кримінальної справи, сприяти визначенню судом справедливої міри покарання.

*Судове*

На стадії досудового слідства змагальність між слідчим і прокурором з однієї сторони і адвокатом — з іншої, — умовна, а у судовому процесі — реальна. Це

пояснюється наявністю незаінтересованої сторони — суду. А відтак можливості у обвинувачення і захисту мають реальний баланс. Вони мають майже рівні права для пошуку і дослідження доказів.

Задачі у них — різні. На досудовому слідстві вся робота адвоката зводиться до написання клопотань та скарг (слідчому, прокурору, судді) — тобто виступає у ролі прохача. У суді уже і прокурор — прохач. Хоча, як указано вище реальних можливостей у сторони захисту, безумовно, — менше, а докази у справі зібрані під наглядом прокурора

У певних випадках, коли адвокати, які не згодні з твердженнями слідчого про кваліфікацію дій обвинуваченого, звертають увагу суду на можливу іншу, більш м'яку кваліфікацію правопорушення. Для цього використовуються обґрунтовані пояснення — належні докази, з огляду на закон. Можуть використовуватись і загально-правові консультації учених з приводу делікатності дій підзахисного. Але на такі докази суд має право уваги не звертати.

Отже, адвокат повинен скласти стислу конструкцію захисту на противагу обвинуваченню і повинен пам'ятати про не зловживання своїми процесуальним правами щодо перенесення слухань та відмови участі у кримінальних справах.

Так, відповідно до ч. 4 ст. 47 КПКУ «Захисник після його залучення має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках:

- 1) якщо є обставини, які згідно з цим Кодексом виключають його участь у кримінальному провадженні;
- 2) незгоди з підозрюваним, обвинуваченим щодо вибраного ним способу захисту, за винятком випадків обов'язкової участі захисника;
- 3) умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного з захисником договору, яке проявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, порушенні вимог цього Кодексу тощо;
- 4) якщо він свою відмову мотивує відсутністю належної кваліфікації для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним.

Тому у інших випадках суди ухвалюють окремі ухвали, які спрямовували в основному на розгляд кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури. В них наголошувалося, що адвокати, які були своєчасно проінформовані про час судовою розі ляду справи, не прибули в судове засідання без повідомлення причин нез'явлення.

У судовому розгляді адвокат активно взаємодіє зі всіма учасниками судового засідання. Його роль підвищується у разі виявлення суперечностей, які були їм виявлені ще в ході досудового слідства або безпосередньо виявляються у процесі судового розгляду справи.

Якщо виникає необхідність у визначенні рівня інтелектуального розвитку відповідності психічного розвитку біологічному віку, у встановленні виду емоційного полягання в криміногенній ситуації, то адвокат звертається з клопотанням до суду про призначення судово-психологічної експертизи.

Значне місце у формуванні у суду необхідного образу підзахисного і обставин займають адвокатські питання при судовому допиті потерпілого, свідків, підсудних. Захисники ретельно готуються до таких допитів, продумуючи наперед і записуючи кожне питання, намагаючись уникнути невизначених, несподіваних і небажаних відповідей. Адвокат питаннями може викрити лжесвідка, продемонструвати суду надуманість звинувачення або неспроможність доказів, підтасовування фактів або фальсифікацію документів.

Свідок може говорити неправду і неумисно, думаючи, що це правда. Це

абсолютно природно. Він може помилятися, може фантазувати про те, що тільки чув і які були сприйняті його розумом шляхом різних припущень.

Адвокат повинен враховувати можливість повернення справи для додаткового розслідування щодо обставин, які не можна установити у суді.

### **6. Захисна промова адвоката (ст. 364)**

Судові дебати — це частина судового розгляду цивільної або кримінальної справи, в якій учасники процесу в своїх виступах, на основі проведеного в судовому засіданні дослідження доказів, висловлюють суду свою остаточну думку за оцінкою доказів і можливого рішення по справі. Предметом судової промови захисту в кримінальному процесі є аналіз норм процесуального права, які регулюють діяльність органів слідства і суду, аналіз зібраних доказів і інших питань, які пов'язані зі встановленням істини у справі і винесення законною і обґрунтованою судового рішення.

У судових дебатах виступають усі зацікавлені учасники: – прокурор, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, – цивільний відповідач, його представник, обвинувачений, його законний представник, захисник, – представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження.

Якщо в судовому розгляді брали участь декілька прокурорів чи захисників, у судових дебатах на їхній розсуд має право виступити один або кожен. Вони обґрунтовують у промові свою позицію у певній частині обвинувачення.

Учасники судового провадження мають право в судових дебатах посилатися лише на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні. Якщо під час судових дебатів виникне потреба подати нові докази, суд відновлює з'ясування обставин, встановлених під час кримінального провадження, та перевірки їх доказами, після закінчення якого знову відкриває судові дебати з приводу додатково досліджених обставин.

Захисна промова адвоката містить ті ж структурні елементи, що й промова прокурора. Структурні елементи захисної промови:

- 1) вступ;
- 2) аналіз фактичних і юридичних обставин справи;
- 3) аналіз доказів;
- 4) характеристика особи підзахисного;
- 5) закінчення.

Задача адвоката полягає в ретроспективному, уявному відновленні картини відбувся в ході судового розгляду з урахуванням всіх обставин, реабілітуючих підзахисного або пом'якшувальних його вину. Дана позиція протистоїть державному обвинуваченню.

Протидіючи доводам обвинувачення, захисник використовує докази і контрдоказ. У випадках, коли захисник погоджується із обвинуваченням повністю, йому залишається просити суд врахувати обставини, які пом'якшують покарання, про звільнення підсудного від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 ККУ), про виключення із обвинувачення обтяжуючих обставин, якщо вони в судовому засіданні не знайшли свого підтвердження і т.п.

Мова адвоката-захисника повинна бути аргументованою, щоб можна було зламати сформовану соціально-пси-хологічну установку суду і інших учасників процесу. Слід враховувати також і особливість неоднорідності судової аудиторії. Головна її частина — це, звичайно, склад суду. Проте мова захисника адресується одночасно опоненту в судовій суперечці і публіці, яка знаходиться в залі суду.

Адвокат може аналізувати і роботу органів дізнання і досудового слідства, якщо він вважає їх дії неправильними і якщо допущені ними порушення відобразилися на виведеннях розслідування відносно підсудного. Після цього захиснику залишається заперечити висунуті прокурором обвинувачення.

## 7. Адвокат в апеляції і касації

**Апеляція** — це перегляд вищою судовою інстанцією вироку суду першої інстанції, який не вступив в законну силу. Перегляд вироку апеляційною інстанцією може бути здійснений по мотивах неправильного вживання кримінального закону або порушення в ході судового розгляду процесуальних норм.

Завдання апеляції — дати новим розглядом додаткову гарантію справедливості судового вироку, оскільки апеляційний суд розглядає справу по суті, не беручи до уваги вирок по першій інстанції.

Зміст судової помилки — це неправильність у думці і діях правосуддя, неправильність в розумінні мотиву злочинного діяння, в його кваліфікації і проголошенні вироку.

Апеляцію може подати як засуджена особа, так і її захисник. У разі подачі апеляції, до неї додається стільки копій, скільки потрібно для вручення всім учасникам судового розгляду, чий інтерес зачіпає апеляція. Особливу увагу потрібно надати на вивченні і самого вироку, і протоколів судових засідань. Виявивши неточності у протоколі судового засідання, захисник може подати зауваження так, щоб в апеляційній скарзі його доводи не суперечили записаному в протоколі. Підготовка до складання апеляційної скарги, адвокат повинен вивчити наявні матеріали кримінальної справи, обговорити усе з клієнтом, при необхідності одержати додаткові докази, які підтверджують його позицію в оскарженні, додатково розібратися у судовій практиці з даного питання, виразно вивчити норми матеріального і процесуального права. Все це трудомістка, але необхідна робота.

Перш за все адвокату потрібно уважно і детально вивчити вирок суду. Підготовча робота адвоката полягає в критичному аналізі вироку суду, виявленні його недоліків, спірних оцінок і помилкового вживання законодавства. Під час підготовки до процесу у 1-й інстанції адвокат повинен продумати і заявляти письмові клопотання, у яких він на підтвердження своїх аргументів може привести пояснення допитаних осіб. Відомості, приведені в клопотанні і не спростовані судом в ухвалі про їх задоволення або відмову в задоволенні, можуть указувати те, що обставини, які не були відображені в протоколі судового засідання або неправильно зафіксовані, насправді дійсно мали місце.

Обсяг скарги на вирок повинен бути достатньо стислим, але і зрозумілим. Досвідчені адвокати дають читати свої, складені ними процесуальні документи іншим особам, не спеціалістам. Це робиться з метою з'ясування зрозумілості та адекватності викладення матеріалу. Бажано щоб скарга була 2-3 сторінки. Хоча обсяг скарги залежить перш за все від кількості фактичних обставин, а також оскаржуваних тверджень суду. За таких умов укластися у 2-3 сторінки іноді просто неможливо, але адвокату потрібно бути стислим та лаконічним. І звертати увагу суду на основі недоліки та зловживання; — судді не «люблять» великих та необґрунтованих скарг.

Норми процесуального закону дають можливість у разі потреби, в апеляційному суді змінювати кваліфікацію на більш тяжкий/м'який злочин.

Предмет судового виступу в апеляційному суді при розгляді справи по 2-й інстанції наступний:

- 1) критика або обґрунтування вироку;
- 2) аналіз і оцінка додаткових матеріалів у межах апеляційної;
- 3) пропозиції про винесення необхідної судового рішення.

В суді апеляційної інстанції є обов'язковою участь захисника при постановці питання про погіршення положення осудженого (ч. 4 ст. 401 КПКУ). У тих випадках, коли в позиціях адвоката і осудженого відсутні розбіжності, подається звичайно одна апеляційна скарга — від адвоката (що не позбавляє осудженого права оскаржити вирок і від свого імені). Якщо ж виникає необхідність підкреслити якісь факти, які відомі тільки засудженому, то скарги подаються і засудженим, і адвокатом.

Форма і стиль написання апеляційної скарги у кожного адвоката свій, але у ст. 396 КПКУ визначено загальні вимоги до змісту скарги. Так, в апеляції обов'язково повинно бути відзначено:

- 1) назва суду, якому адресується апеляція;
- 2) особа, яке подає апеляцію;
- 3) вирок, ухвала, на які подається апеляція, і назва суду, який їх ухвалив; 4) вказівка на те, в чому полягає незаконність вироку, ухвали і доводи на його обґрунтування; 5) прохання особи, яка подає апеляцію, про дослідження доказів; 6) перелік документів, які долаються до апеляції.

Якщо в апеляційній скарзі зазначаються обставини, які не були досліджені в суді 1-й інстанції, або докази, які не подавалися суду 1-й інстанції, то в ній зазначаються причини цього.

При обґрунтуванні захисником необхідності зміни або відміни вироку апеляція повинна містити посилання на відповідні листи справи. Засуджений і його захисник має право у письмовій формі протягом встановленого судом апеляційної інстанції строку, з часу вручення апеляції (яка представлена іншими учасниками процесу) подати свої заперечення на апеляцію.

Подання апеляційної скарги на вирок або ухвалу суду зупиняє набрання ними законної сили та їх виконання, крім випадків, встановлених КПКУ.

### **Касація**

Засуджений також має право і на касаційне оскарження. У касаційному порядку можуть бути оскаржені вирок та ухвали про застосування або відмову у застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру суду 1-ї інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також судові рішення суду апеляційної інстанції, постановлені щодо зазначених судових рішень суду 1-ї інстанції. Ухвали суду 1-ї інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали суду апеляційної інстанції можуть бути оскаржені в касаційному порядку, якщо вони перешкоджають подальшому кримінальному провадженню, крім випадків, передбачених КПКУ. Заперечення проти інших ухвал можуть бути включені до касаційної скарги на судові рішення, ухвалені за наслідками апеляційного провадження.

Касаційна скарга на судові рішення може бути подана протягом 3-х місяців з дня проголошення судового рішення судом апеляційної інстанції, а засудженим, який тримається під вартою, — у той самий строк з дня вручення йому копії судового рішення.

Касаційний розгляд має як загальні з апеляційною інстанцією риси, так і певні відмінності. Загальні вимоги:

- 1) зміст касаційної скарги повинен відповідати таким же вимогам, що і апеляційної скарги, а розгляд здійснюється згідно з правилами розгляду в суді апеляційної інстанції з урахуванням визначених особи-востей для касації;

2) до скарги додається стільки копій, щоб їх можна було роздати всім учасникам судового розгляду;

3) як при апеляції, так і при касаційній скарзі їх можна доповнити, змінити, відкликати, а також подати свої заперечення на скаргу або подання, які були подані іншим учасником судового розгляду;

4) касаційна скарга розглядається з обов'язковою участю прокурора.

Відмінності ж полягають у наступному:

1) КПКУ відзначає, що підставами для відміни або зміни вироку, постанови, ухвали є

– істотне порушення кримінально-процесуального закону;

– неправильне вживання кримінального закону,

– невідповідності призначеного покарання тяжкості злочину і особи осудженого;

2) нові матеріали, які можуть підтвердити касаційну скаргу, не можуть бути витребувані шляхом проведення слідчих дій, на відміну від апеляції;

3) в касаційній інстанції захисник виступає з поясненнями, а не з промовою у дебатах;

4) касація не зупиняє набрання чинності рішенням попередньої інстанції. В процесі пояснення захисник повинен посилатися на відповідні норми закону, які були порушені судом. Крім того, адвокату-захиснику потрібно бути вельми зосередженим, оскільки судді можуть поставити йому питання.

З усіх процесуальних питань суд касаційної інстанції постановляє ухвали.

У випадку скасування вироку або ухвали судом касаційної інстанції суд 1-ї або апеляційної інстанції здійснює судове провадження згідно із загальними вимогами, передбаченими цим КПКУ, але в іншому складі суду. Вказівки суду, який розглянув справу в касаційному порядку, є обов'язковими для суду 1-ї чи апеляційної інстанції. Під час нового розгляду у суді 1-ї чи апеляційної інстанції застосування суворішого покарання або закону про більш тяжке кримінальне правопорушення допускається тільки за умови, що вирок було скасовано у зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення або посилення покарання за скаргою прокурора, потерпілого чи його представника, а також якщо при новому розгляді буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжке кримінальне правопорушення, або якщо збільшився обсяг обвинувачення.

## **8. Психологічні аспекти адвокатської захисної діяльності**

Захисник повинен організувати захист так, як вважає за доцільне, використовуючи різні психологічні прийоми. Дії адвоката, в процесі яких він застосовує різні психологічні прийоми і методи, не повинні викликати підозри у його клієнтів або інших осіб, з якими йому по роду діяльності необхідно спілкуватися і одержувати певну інформацію. З цією метою захисник використовує недоліки обвинувачення. Проте, недопустимі протиправні і аморальні засоби — недопустимо захист клієнта будь-якими засобами.

Адвоката повинен чітко відділити прояв умисності від випадкової провини, показати суду справжні причини досліджуваної події, можливий збіг обставин, що привели до тимчасового зниження можливостей психічної стійкості підзахисного. Такі дії адвоката здійснюються через особистий контакт з підзахисним для з'ясування істинних мотивів вчиненого їм злочинного діяння, ретельного аналізу всіх його обставин. Це допомагає підзахисному зайняти найсприятливішу для нього правову позицію у провадженні.

Для подолання психологічного бар'єру у спілкуванні із підзахисним захиснику необхідно враховувати внутрішній стан підзахисного. Адвокат повинен урахо-вувати, що вся інформація, яка поступає від нього оцінюється підзахисним в основному негативно, скептик-но, а сам адвокат постійно оцінюється. Відносини підзахисного до захисника визначається більше емоційно, ніж раціонально, а тому при першій зустрічі необхідно спробувати викликати у підзахисного позитивні емоції. Адвокат не може допускати, навіть найменшої неправди, яка може викликати недовір'я і зводять нанівець всі зусилля по негативного результату. У контексті указанного значну складність може скласти питання щодо визначен-ня суми винагороди адвокату.

Оскільки адвокат майже завжди не знайомий з клієнтом, тому бажано здійснити психологічний пошук загальних або співпадаючих інтересів через погодження принципів спілкування. Для цього також можна здійснити пошук і виявлення прихованих властивостей та якостей підзахисного.

### ПИТАННЯ ДЛЯ КОНТРОЛЮ ЗНАНЬ

1. Право на захист — конституційне право громадян.
2. Роль захисника та представника у кримінальному процесі.
3. Стаття 59 Конституції та гарантії захисту від обвинувачення.
4. КПКУ: захисник у кримінальному процесі. Повноваження.
5. Забезпечення державою правової допомоги особам, хто не може захистити себе самостійно.
6. Обов'язкова участь захисника у процесі.
7. Правова позиція захисника. Складнощі у практичній діяльності адвоката.
8. Диференціювання позиції адвоката залежно від стадії процесу.
9. Правова позиція захисника у залежності від обставин справи.
10. Позиція адвоката про припинення кримінальної справи.
11. Адвокат і самообмова підзахисного. Види самообмов.
12. Досудова тактика адвоката.
13. Перша бесіда із підзахисним.
14. Зміст стратегії адвоката.
15. Судові дебати — як частина судового розгляду кримінальної справи.
16. Адвокат і оскарження рішень і кримінальній справі.
17. Форма і стиль написання апеляційної скарги.
18. Відділення адвокатом умисності від випадкової провини.