

# КРИТЕРІЇ ВИЯВЛЕННЯ ЗЛОВЖИВАНЬ АДВОКАТАМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

**Назарій Гарасимчук**

*Львівський національний університет імені Івана Франка,*

*вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна,*

*e-mail: [nharasymchuk@gmail.com](mailto:nharasymchuk@gmail.com)*

*ORCID ID: 0000-0001-6812-1667*

**Вступ.** Професійну правничу допомогу в Україні у кримінальному провадженні надають адвокати. Вони є тими суб'єктами, діяльність яких безпосередньо впливає на плин та (не)виконання завдань кримінального провадження. Наведене свідчить про важливість детальної регламентації такої процесуальної поведінки, оскільки там, де є свобода діянь, завжди є ризик зловживань.

Ключовим є те, що чинна законодавча конструкція, з одного боку, надає широкий обсяг прав адвокатам відповідаючи принципу «дозволено те, що не заборонено», а, з іншого боку, відкриває можливості для використання інструментів здійснення адвокатської діяльності, які часто знаходять негативну оцінку у суддів, правоохоронців та суспільстві загалом. Передусім мова йде про зловживання процесуальними правами.

Ця ситуація зумовлює низку небажаних наслідків. Серед іншого, порушення прав інших учасників кримінальних проваджень, фактичне перешкоджання у виконанні завдань таких, передбачених ст. 2 КПК України, а також дискредитація статусу адвоката.

Законодавче врегулювання у КПК України наразі обмежується закріплення окремих положень, спрямованих на протидію зловживанням, зокрема адвокатів:

- правом на відвід (у разі заявлення повторного з метою затягування кримінального провадження);
- правом на ознайомлення (у разі зволікання при ознайомлення з матеріалами досудового розслідування)
- правом на проголошення вступної промови (якщо така має ознаки зловживання правом з метою затягування судового розгляду).

Кожне із цих процесуальних прав може бути інструментом для зловживань адвокатом і дослідження судової практики це підтверджує<sup>1</sup>.

Також трапляються ситуації, коли судді визнають іншу процесуальну поведінку надавачів професійної правничої допомоги, як зловживання, наприклад, подання повторної апеляційної скарги<sup>2</sup>, висловлювання образи та наклепів<sup>3</sup>.

**Постановка завдання.** Формулювання критеріїв, які можуть слугувати для суддів вододілом під час прийняття рішення, чи певна поведінка адвоката є зловживанням процесуальним правом.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Зловживання процесуальними правами у кримінальному провадженні переважно залишалась поза увагою вітчизняної наукової спільноти. У 2009 році фундаментальною роботою у цьому аспекті вважаємо дослідження О.Ю. Хабло. У напрямку дослідження зловживань процесуальними правами можемо також відзначити О.В. Капліну та Д.В. Криворучко. Однак критерії виявлення такої поведінки ці напрацювання не містять.

**Виклад основного матеріалу.** За результатами дослідження Єдиного реєстру судових рішень можемо констатувати, що діяльність адвокатів, яка

---

<sup>1</sup> Ухвала Борщівського районного суду Тернопільської області від 20.09.2018 року у справі № 606/2746/15-к. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76603210>

Ухвала Галицького районного суду м.Львова від 16.06.2015 року у справі № 461/6689/15-к. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/45142269>

<sup>2</sup> Ухвала Апеляційного суду Харківської області від 22.08.2016 року у справі № 643/9150/16-к. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/60002274>

<sup>3</sup> Ухвала Вінницького районного суду Вінницької області від 29.05.2014 року у справі № 128/763/13-к. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/61295565>

кваліфікована слідчими суддями та судом, як зловживання, набуває різноманітних проявів. У результаті можемо виокремити наступні критерії зловживань: якісний, кількісний, темпоральний.

### Щодо якісного критерію:

Відповідно до Словника української мови<sup>4</sup> термін “якісний” означає такий, що виражає якість, внутрішню ознаку предмета. Саме аналіз внутрішніх характеристик діяння адвоката насамперед і є запорукою успіху у з’ясування, чи таке є зловживанням.

Якісний критерій повинен відповідати межами допустимого здійснення адвокатської діяльності. КПК України, ЗУ “Про адвокатуру і адвокатську діяльність”, Правила адвокатської етики містять принципи, що слугують векторами здійснення адвокатської діяльності, однак такий обсяг регламентації порядку надання професійної правничої допомоги видається недостатнім.

Права не є абсолютними, про це, зокрема, зазначав Жоссеран<sup>5</sup>, і мають певні межі. Розуміння зловживання правами, як порушення меж здійснення таких, відповідає правовій позиції Конституційного Суду України<sup>6</sup>.

Вважаємо, що правопорушення, невиконання (неналежне виконання) обов’язків, порушення порядку реалізації конкретного права та зловживання процесуальними правами не охоплюються допустимим здійсненням адвокатської діяльності. Тобто, така поведінка є за межами допустимого здійснення адвокатської діяльності. Запорукою мінімізації недопустимої поведінки є належна законодавча регламентації запобігання та активне

---

<sup>4</sup> Словник української мови: в 11 томах. — Том 11, 1980. — Стор. 638., Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/jakisnyj>

<sup>5</sup> I. Érudit Revues McGill Law Journal / Revue de droit de McGill Volume 57, numéro 4, june 2012, p. 645-1029 L’abus de droit : l’anténorme — Partie 1, 868 с.

<sup>6</sup> I. Рішення Конституційного Суду України від 28.04.2021 року у справі № 3-95/2020(193/20). Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va02p710-21#Text>.

застосування на практиці протидії такої поведінки. Надалі перейдемо до нашого бачення меж допустимого здійснення адвокатської діяльності.

### *Перший елемент меж допустимого здійснення адвокатської діяльності*

Серед вітчизняних теоретиків побутує позиція, що суб'єктивне право - це міра можливої поведінки особи (прихильниками такої позиції є, з-поміж інших, Л.А. Луць<sup>7</sup>, М.В. Цвік<sup>8</sup>, П.М. Рабінович<sup>9</sup>. На думку М.І. Козюбри<sup>10</sup>, межі можливої поведінки суб'єкта визначені нормами права.

У аспекті адвокатів, вважаємо за доречне вести мову не так про «наявність конкретного права», а, швидше, як «відсутність заборони на таке діяння». Це зумовлено тим, що формально діяння адвоката, яке не суперечить конкретній нормі права, не є недопустимим.

Із аналізу КПК України, ЗУ «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», Правил адвокатської етики вбачається, що адвокат має право задля захисту та представництва особи використовувати правові засоби, що не суперечать законодавству України: як передбачені юридичними нормами, так і не закріплені такими, проте не заборонені. Прикладом такого обмеження діяльності для захисника - це заборона захисту/надання правової допомоги іншій особі, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу (за ч. 1 ст. 46 КПК України).

Отже, першим елементом меж допустимого здійснення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні вважаємо відсутність законодавчої заборони конкретної процесуальної поведінки.

### *Другий елемент меж допустимого здійснення адвокатської діяльності*

---

<sup>7</sup> Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посіб. / Л. А. Луць. – Київ : Атіка, 2010. – 127 с.

<sup>8</sup> Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. — Харків: Право, 2009. — 344 с.

<sup>9</sup> Рабінович П. М. Основи теорії та філософії права: навч. посібник. Львів : Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2021. 46-47 с

<sup>10</sup> Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – 232 с.

Процесуальна поведінка учасників кримінального провадження регламентована КПК України. У залежності від стадії така є більш чи менш унормована. Діяльність адвоката повинна відповідати вимогам, які визначені у КПК України. Це запорука належного рівня надання професійної правничої допомоги.

Однак трапляються ситуації, коли адвокати з тих чи інших причин порушують порядок реалізації певного права. Наприклад, якщо наявне право на подання скарги протягом 10 днів, а адвокат подає скаргу (без заяви про поновлення строку на подання такої) на 11 день, то це свідчить про порушення порядку здійснення права.

Така поведінка не відповідає, щонайменше, принципу компетентності адвоката, зумовлює негативні наслідки для клієнта, дискредитує професійність адвоката, зокрема, перед судовою гілкою влади. Тому є недопустимою.

Отже, другим елементом меж допустимого здійснення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні вважаємо відповідність порядку здійснення певної процесуальної поведінки, передбаченого законом.

### *Третій елемент меж допустимого здійснення адвокатської діяльності*

КПК України закріплює низку обов'язків адвоката. І хоча процесуальні негативні наслідки порушення обов'язків закріплено (однак фрагментарно), переважна більшість залишається без реагування суддів, правоохоронців через відсутність законодавчих механізмів.

Видається неприпустимим для адвоката, як професійного учасника кримінального провадження, вчиняти дії чи допускати бездіяльність, яка суперечить безпосереднім нормативним обов'язкам.

Наприклад, захисник за ч. 5 ст. 46 КПК України захисник має право брати участь у процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого. Водночас ч. 2 ст. 47 КПК України передбачено, що захисник

зобов'язаний прибувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого.

Тобто, якщо у конкретному судовому засіданні прибув обвинувачений, а захисник не забезпечив своєї явки, то останній порушив нормативний обов'язок. Це не надає можливість кваліфікувати таку адвокатську діяльність, як допустиму, оскільки не виконання обов'язку очевидно є порушенням меж такої.

Отже, третім елементом меж допустимого здійснення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні вважаємо відсутність безпосереднього нормативного процесуального обов'язку діяти/допускати бездіяльність іншим чином.

#### *Четвертий елемент меж допустимого здійснення адвокатської діяльності*

Відповідно до ст. 68 Конституції України передбачено, що кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Розуміння ст. 68 Конституції України, як межі здійснення прав, відповідає правовій позиції Верховної Ради України<sup>11</sup>.

Водночас важливими є також врахування завдань кримінального провадження, які визначені ст. 2 КПК України. Одним із яких є охорона прав, законних інтересів учасників кримінального провадження.

З огляду на об'єктивне зіткнення інтересів різних учасників кримінального провадження реалізація процесуальних прав одних певною мірою порушує права чи законні інтереси інших. Це відповідає загально визнаній позиції, що неможливо сформулювати норму настільки чітко, щоб її застосування миттєво вирішило всі випадки конфлікту прав<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Матеріали справи Конституційного Суду України у рішенні від 28.04.2021 року № 2-р(II)/2021.

<sup>12</sup> *Érudit Revues McGill Law Journal / Revue de droit de McGill* Volume 57, numéro 4, June 2012, p. 645-1029  
L'abus de droit : l'anténorme — Partie 1, 890 c.

Наприклад, ознайомлення сторони захисту з матеріалами кримінального провадження (якщо воно здійснювалось без зволікань) відкладає момент судового розгляду, право на швидке здійснення якого наявне, зокрема, у потерпілого, зважаючи на ст. 2 КПК України. З огляду на це права/законні інтереси потерпілого порушуються, однак підлягають захисту у разі якщо наявне зволікання із ознайомленням з матеріалами досудового розслідування (за ч. 10 ст. 290 КПК України).

Тобто, навіть правомірна реалізація процесуальних прав одних учасників кримінального провадження може у певній мірі зумовити посягання (порушення, перешкоджання у реалізації) на права інших учасників, що не дисонує нормам КПК України, якщо є пропорційним із точки зору виконання завдань такого. Для цього необхідно належно обґрунтувати відповідну поведінку.

Отже, четвертим елементом меж допустимого здійснення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні вважаємо те, що діяння не порушує (не створює загрозу порушення) прав та/або законних інтересів інших осіб або у разі таких - наявне обґрунтування, яке виправдовує таку поведінку.

Резюмуючи, у аспекті якісного критерію ми вбачаємо можливість проаналізувати, чи конкретне діяння є у межах допустимого здійснення адвокатської діяльності, що свідчить про відповідність якісному критерію, а саме:

- відсутня чітка законодавча заборона конкретної процесуальної поведінки;

Наприклад, не порушення заборони захисту/надання правової допомоги іншій особі, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу (за ч. 1 ст. 46 КПК України).

- відповідає порядку здійснення певної процесуальної поведінки, передбаченого законом;

Наприклад, право на подання скарги за ч. 1 ст. 304 КПК України наявне протягом 10 днів, а адвокат подає скаргу (без заяви про поновлення строку на подання такої) на 11 день.

- відсутній безпосередній нормативний процесуальний обов'язок діяти/допускати бездіяльність іншим чином;

Наприклад, неявка захисника на судові засідання, яке повинне відбуватись за участі підозрюваного за ч. 2 ст. 47 КПК України, є порушенням безпосереднього обов'язку.

- діяння не порушує (не створює загрозу порушення) прав, законних інтересів інших осіб або у разі таких - наявне обґрунтування, яке виправдовує таку поведінку.

Наприклад, право на повагу до честі і гідності інших учасників кримінального провадження, суду, порушується вживанням нецензурної лексики у процесуальних документах, яке апriorі не може бути виправдане.

### Щодо кількісного критерію:

Зміст терміну “кількісний” очевидно пов'язаний із числовим показником певної процесуальної поведінки<sup>13</sup>.

У аспекті з'ясування, чи діяння є зловживанням (крізь призму кількісного критерію) необхідно з'ясувати:

- чи діяння одиничне?
- чи обґрунтовано адвокатом повторність/систематичність діяння?

Цей критерій має практичне значення, якщо мова йде про повторність/систематичність процесуальної поведінки. Наприклад, якщо адвокат подає повторне аналогічне клопотання, яке вирішено по суті. За відсутності обґрунтування доцільності подання такого повторного

---

<sup>13</sup> Словник української мови: в 11 томах. — Том 11, 1980. — Стор. 161., Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/kiljkisnyj>

клопотання (наприклад, доповнення новими обставинами, доказами) така поведінка може бути зловживанням процесуальним правом.

Викладене знаходить своє підтвердження у судовій практиці, зокрема, Вищого антикорупційного суду, де зазначено:

- “стороною захисту відвід суддям заявлявся неодноразово, суд вважає, що такі дії вчиняються з метою затягування кримінального провадження”<sup>14</sup>.
- “зловживання цим правом, а саме подання декількох однакових за змістом клопотань”<sup>15</sup>.

Проте неприпустимо визнавати зловживанням процесуальним правом подання повторного клопотання/скарги тощо, яка базується на іншому нормативно-правовому обґрунтуванні чи викладі нових обставин, раніше не поданих доказах тощо. Потрібно аналізувати зміст процесуальної поведінки (відповідний документ) не лише за фактом наявності (формально), а і по суті.

На підтвердження вказаного вище висновку наведемо практику Вищого антикорупційного суду<sup>16</sup>, де зазначено, що “очевидним є те, що у разі встановлення в ході досудового розслідування додаткових обставин щодо наявності завданої товариству шкоди, детектив міг дійти відповідного висновку та визнати особу потерпілим. Крім цього, норми ст. 55 КПК України не обмежують особу в повторному зверненні до органу досудового розслідування із заявою про залучення її до провадження як потерпілого, у разі встановлення додаткових обставин, які слідчому не були відомі. З огляду на зазначене, слідча суддя відхиляє доводи детектива щодо зловживання особи своїми правами шляхом повторного подання заяви про залучення як потерпілого”.

---

<sup>14</sup> Ухвала Вищого антикорупційного суду від 17.03.2021 року у справі № 760/26347/18. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95704512>

<sup>15</sup> Ухвала Вищого антикорупційного суду від 05.05.2021 року у справі № 991/2955/21. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96737895>

<sup>16</sup> Ухвала Вищого антикорупційного суду від 28.01.2021 року у справі № 991/9705/20. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94584083>

Тобто, у наведеній вище справі описана поведінка не визнана зловживанням, оскільки із точки зору кількісного критерію (повторності подання), особа виправдала таку поведінку - навела нове, додаткове, належне обґрунтування повторності подання такої заяви.

#### Щодо темпорального критерію:

Відповідно до Словника української мови<sup>17</sup> термін “темпоральний” означає часовий, який стосується часу, який вказує на часовий період часу.

У аспекті з’ясування, чи діяння є зловживанням (крізь призму темпорального критерію) необхідно з’ясувати:

- чи має значення момент здійснення такої процесуальної поведінки?
- чи виправдано (обґрунтовано) діяння адвокатом у цей момент?

Суть цього критерію полягає у тому, що у певних ситуаціях момент вчинення процесуальної поведінки може свідчити про те, що наявне зловживання процесуальним правом і лягти в основу мотивації.

Прикладом застосування цього критерію є оцінка моменту подання заяви про відвід. КПК України визначає строки заявлення відводів залежно від стадії кримінального провадження:

- під час досудового розслідування подаються одразу після встановлення підстав для такого відводу;
- під час судового провадження подаються до початку судового розгляду, а після початку судового розгляду допускається лише якщо підстава для відводу стала відома після початку судового розгляду.

Водночас судова практика свідчить про те, що саме одним індикаторів того, що адвокат зловживає процесуальними правами, є момент подання відповідного відводу, наприклад:

---

<sup>17</sup> Словник української мови в 11 томах. Режим доступу: <https://slovnkyk.ua/index.php?sword=%D1%82%D0%B5%D0%BC%D0%BF%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%8C>

- подання заяви про відвід під час судового розгляду (перед судовими дебатами)<sup>18</sup>;
- подання заяви у останній день строку тримання під вартою і розгляду питання про продовження такого<sup>19</sup>.

#### Алгоритм із використанням трьох критеріїв:

Із урахуванням наведеного вище вважаємо за необхідне сформулювати алгоритм, який надасть змогу здійснити правовий рентген діяння адвоката (зміст такого) і з'ясувати основу для визначення того, чи певний процесуальний прояв поведінки є зловживанням. Надання відповіді на запропоновані запитання є запорукою відмежування зловживанням процесуальними правами від інших видів правової поведінки.

Тому під час оцінки діяння адвоката крізь призму трьох критеріїв вважаємо за необхідне дотриматись алгоритму, послідовне проходження якого надає відповідь на те, чи діяння є зловживанням процесуальним правом адвоката, чи ні.

---

<sup>18</sup> Ухвала Воловецького районного суду Закарпатської області від 16.03.2018 року у справі № <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72876168>

<sup>19</sup> Ухвала Соснівського районного суду м. Черкаси від 18.02.2016 року у справі № 712/1528/16-к. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/55878459>

Таблиця № 1

П.	Пп.	Запитання	Відповідь	Запитання	Відповідь
1		<i>Чи діяння безпосередньо заборонено законом?</i>	Так - зловживання відсутнє, це порушення норми закону.		
			Ні - переходимо до пункту № 2.		
2		<i>Чи діяння не відповідає порядку здійснення такого, передбаченого законом?</i>	Так - зловживання відсутнє, це порушення вимог закону.		
			Ні - переходимо до пункту № 3		
3		<i>Чи діяння суперечить безпосередньому законодавчому обов'язку?</i>	Так - зловживання відсутнє, це порушення нормативного обов'язку.		
			Ні - переходимо до пункту № 4.		
4	4.1.	<i>Чи внаслідок цього діяння порушуються права та/або законні інтереси інших осіб (є ризик цього)?</i>	Так - тоді переходимо до підпункту 4.1.1.		
			Ні - зловживання відсутнє, це правомірне діяння		
4	4.1.1.			<i>Чи виправдане (обгрунтоване) діяння адвокатом, незважаючи на порушення (загрозу порушення) відповідних прав/законних інтересів?</i>	Так - зловживання відсутнє
				Ні - переходимо до таблиці № 2	

Таблиця № 2

П.	Пп.	Запитання	Відповідь	Запитання	Відповідь	Запитання	Відповідь
5	5.1.	<i>Чи діяння одиничне?</i>	Так - тоді переходимо до підpunkту 5.1.1.				
	5.1.1.		<i>Чи має значення момент здійснення такої процесуальної поведінки?</i>	Так - тоді переходимо до підpunkту 5.1.2.			
	5.1.2.				<i>Чи виправдано (обгрунтован о) діяння адвокатом у цей момент?</i>	Так - зловживання відсутнє. Ні - це зловживання.	
					Ні - зловживання відсутнє.		
			Ні - тоді переходимо до підpunkту 5.2.1.				
	5.2.1.			<i>Чи обгрунтовано адвокатом повторність/с истематичніс ть діяння?</i>	Так - зловживання відсутнє. Ні - це зловживання .		

**Висновки.** Визначення, чи певна процесуальна поведінка адвоката є зловживанням процесуальним правом, може бути здійснено, шляхом проходження відповідного запропонованого алгоритму. Послідовна відповідь на всі запитання такого надає можливість визначити, чи наявне зловживання процесуальними правами із точки зору наступних критеріїв:

1. якісний;

У межах якого досліджується, чи діяння відповідає межах здійснення адвокатської діяльності.

2. кількісний;

У межах якого з'ясовується, чи характеризується діяння повторністю/системністю і перевіряється вмотивованість такого. Цей критерій за своєю суттю має особливо прикладне значення у разі багатоактних дій адвоката.

3. темпоральний.

У межах якого встановлюється момент здійснення певної процесуальної поведінки та наявність/відсутність обґрунтування такого, що може слугувати індикатором зловживання.