

УДК 343.12(477)

І.Я. МОКРИЦЬКА, Національний університет «Києво-Могилянська академія»

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Ключові слова: судочинство, право обвинуваченого на захист, захисник, адвокатура, апеляційне та касаційне оскарження, сторони процесу

Становлення України як незалежної, суверенної, соціальної та правової держави зумовило спрямування державного будівництва в русло формування правової держави, зокрема, правових засад захисту прав людини та громадянина, що і є основною засадою та ознакою правової держави.

Реформа системи судочинства, в тому числі кримінального процесу, спрямована на утвердження змагальності у процесі, забезпечення права обвинуваченого (підсудного) на захист, дотримання прав та рівності сторін при здійсненні судочинства, незалежність суддів.

Право обвинуваченого на захист, який надає захисник (адвокат), забезпечує дотримання принципу змагальності та доведення вини у кримінальному процесі, а тому значний інтерес у правовій та науковій літературі приділений правовому статусу захисника з огляду на необхідність подальшого реформування та вдосконалення судово-процесуальних норм у контексті європейських стандартів,

Актуальність дослідження правового статусу захисника, участі та заміни захисника, забезпечення процесуальних гарантій діяльності захисника у кримінальному процесі полягає в дотриманні права обвинуваченого на професійний захист, в науковій розробці понять: «статус захисника», «сторона процесу», «процесуальні гарантії участі захисника», що оптимізує та дає можливість удосконалення

норм процесуального законодавства.

Дана проблематика в науковій літературі вже висвітлювалася в роботах вчених-правників В. Бойка, В. Галагана, О. Галагана, І. Гловацького, Є. Коваленка, О. Кучинської, В. Маляренка, А. Молдована, В. Попелюшка, О. Синеокого, С. Слїнька, А. Титова. Слід вказати на велику різноманітність думок і підходів до проблеми участі захисника як сторони обвинуваченого (підсудного) на різних стадіях розгляду кримінальних справ. Зокрема, різноплановість наукових підходів існує щодо вступу захисника у кримінальний процес, прав та обов'язків захисника, участь захисника на стадіях апеляційного та касаційного розгляду справ. Метою статті є дослідження проблем, пов'язаних із участю захисника на різних стадіях кримінального процесу та визначенням його правового статусу. Новизна роботи полягає у комплексному дослідженні участі захисника у кримінальному процесі на усіх стадіях від досудового розслідування до касаційного провадження, у визначенні доцільності допуску захисника до першого допиту, вперше пропонується передбачити обов'язковість участі захисника у кожній кримінальній справі незалежно від категорії справи чи особи хоча б на початковій стадії досудового розслідування, з обов'язковою оплатою праці захисника

Конституція України (ст.59 та ст.129, ч.3 п.6) [1, с.65-66, 179] наголошує на тому, що однією з засад здійснення судочинства є право на захист та правову допомогу. Цією нормою закріплюється право обвинуваченого та підсудного на захист у кримінальному процесі. В. Маляренко, зокрема, підкреслює важливість закріплення права на захист у відповідній статті Конституції, що на його думку, відповідає принципу змагальності у кримінальному процесі та сприяє розширенню засад кримінально-процесуального законодавства щодо функції захисту та права на захист [2].

Конституцією України передбачено, що кожен має право на правову допомогу (ст.59) [1, с.65-66]. На думку вчених-правників, зок-

рема А. Титова, обвинуваченому повинна бути надана реальна можливість захищатися встановленими законом засобами і способами від пред'явленого йому обвинувачення [3, с.8], із чим складно не погодитися. Слушною є думка німецьких правників Х. Лютера і Ф. Вольфа, згідно якої, однією із найважливіших правових гарантій здійснення права обвинуваченого на захист є встановлений основним законом обов'язок органів, що ведуть судочинство, всебічно і об'єктивно досліджувати справу, забезпечити обвинуваченому реалізацію його права на захист [3, с.8]. Оскільки основним законом в Україні є Конституція, дані функції та завдання судочинства покладені у відповідних її статтях.

Гарантуючи підозрюваному, обвинуваченому та підсудному право на захист, висловлює думку І. Гловацький, Конституція виходить із принципу презумпції невинуватості [4, с.105]. Слід зазначити, що порушення презумпції невинуватості, на нашу думку, прив'язане до порушення (заперечення) самого права на захист. Усвідомлення даного співвідношення повинно бути чітким з огляду на гарантування закріплених прав на захист та правову допомогу. Тим більше, дане співвідношення стосується самого принципу змагальності (ст.129, ч.3, п.4 Конституції України) [1, ст.178-179], оскільки забезпечення такого принципу не можливе без участі професійного захисника, який має представляти докази та думку захисту у кримінальному процесі.

Крім того, досить цікавою з точки зору співвідношення учасників кримінального процесу є думка В. Маляренка про те, що людина, яка підозрюється та обвинувачується державою у вчиненні злочину, перебуває у значно гіршому становищі ніж держава, оскільки не має тих можливостей для захисту, що має держава для обвинувачення [2, с.134]. Отже, усі засоби та можливості захисту повинні бути спрямовані на встановлення та забезпечення рівноваги між захистом і обвинуваченням на усіх стадіях кримінального процесу.

Слід нагадати, що за радянських часів принцип забезпечення обвинуваченого права на захист частково було закріплено лише з прийняттям Конституції (Основного закону) СРСР 1977 р., де було прийнято визначення правової допомоги замість права на захист. У ст.161 Конституції СРСР говориться, що для подання юридичної допомоги громадянам і організаціям діють колеги адвокатів. У випадках, передбачених законодавством, юридична допомога громадянам подається безплатно [5, с.58].

Однак, у силу того, що стратегія кримінального процесу була спрямована на забезпечення високого рівня засудження та обмеження доступу адвоката до матеріалів конкретної кримінальної справи, діяльність захисника, особливо на стадії досудового розслідування була значною мірою обмеженою. Статистичні дані органів юстиції СРСР показують, що за період з 1970 р. по 1990 р. більше 70 % клопотань і заяв адвокатів РРФСР було відхилено слідчими органами РРФСР [6, с.88]. Слід відзначити, що в Законі СРСР «Про адвокатуру в СРСР» (1979 р.) поняття адвокатури та захисту у кримінальному процесі має описовий характер «...надає сприяння охороні прав і законних інтересів громадян та організацій» [7, с.38].

Потрібно звернути увагу на питання вступу захисника у кримінальний процес та ознайомлення його з матеріалами справи. Ця проблематика досить неоднозначно висвітлюється в науковій літературі та має різні підходи щодо вирішення питання вступу захисника у справу. Так, згідно ст.29 Конституції України, «кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника» [1, с.30-32]. Таким чином, Конституція звертає увагу на забезпечення права на захист з моменту затримання. Тобто, Конституція України дає право на побачення обвинуваченого із захисником до першого допиту.

Пленум Верховного Суду України у своїй постанові «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист» від 07.07.1995 р. (№ 10, п.5), звернув увагу суддів на необхідність ретельно перевіряти, чи було роз'яснено підозрюваному, обвинуваченому таке право і чи не були вони обмежені в цьому. Верховний Суд застеріг, що у разі, коли особа, яка проводила дізнання, або слідчий за наявності заяви підозрюваного, обвинуваченого на захист на побачення із захисником, допитали його без участі останнього, на ці показання не можна посилалися у вирок на підтвердження винності підсудного у вчиненні злочину [8, с.43].

Між тим, виникає питання, в який термін між затриманням або взяттям під варту та першим допитом підозрюваного(обвинуваченого) захисник вступає у дану справу та має право першого побачення із підозрюваним?

Згідно ст.107 КПК України, в тому разі, якщо підозрюваний був затриманий або до нього було обрано запобіжний захід у вигляді взяття під варту, його допит проводиться негайно, а при неможливості негайного допиту не пізніше 24 годин після затримання [9, с.61].

При допиті такого підозрюваного присутність захисника є обов'язковою, за винятком випадків, коли він відмовляється від нього, і його відмова прийнята (ст.107 КПК). При цьому слід наголосити на одній обставині, а саме, допуск захисника до підозрюваного до першого допиту КПК не передбачає, хоча прямої заборони на це не існує. Крім того, на цій стадії виникає ще одна проблема: так, згідно ст.43¹ КПК підозрюваний через захисника має право вимагати перевірки правомірності затримання [9, с.25]. Але, механізму реалізації цього права не прописано або прописано частково.

Другою проблемою, на яку немає однозначної відповіді, є обов'язковість чи не обов'язковість присутності захисника в кожній кримінальній справі. Відповідно ст.45 КПК участь захисника при провадженні діз-

нання, досудового слідства і в розгляді кримінальної справи в суді першої інстанції є обов'язковою в окремих категоріях справ, або щодо окремих категорій громадян [9, с.26-27]. Однак, у такому випадку виникає питання щодо порушення прав обвинуваченого на захист і в цьому контексті потрібно вказати на такі обставини: по-перше, обов'язковість присутності захисника не має бути прив'язаною до окремих категорій справ; по-друге, дуже великі сумніви виникають щодо можливості професійного захисту з боку близьких родичів, які не мають відповідної освіти і тому звужують можливості для захисту. На думку О. Святоцького, ані сам обвинувачений, ані його родичі не мають повної можливості використовувати право на захист, а тому і є питання щодо обов'язковості участі захисника в кожній кримінальній справі [10].

З одного боку, згідно ст.59 Конституції України, кожен має право на правову допомогу [1, с.65-66], а з іншого – ст.45 КПК вимагає обов'язкову присутність захисника лише в окремих категоріях справ або по відношенню до окремих категорій громадян. Така трактовка статей може називатися порушенням вимог Конституції України. Крім того, звернемо увагу на Міжнародний Пакт про громадянські та політичні права, який відповідно до п.п.«d» п.3 ст.14 при розгляді кримінального обвинувачення надає йому такі гарантії «бути судимим в його присутності та захищати себе особисто або посередництвом, обраного ним самим захисника... і мати призначеного йому захисника в будь-якому випадку, коли інтереси правосуддя того вимагають» [11, с.12]. Аналогічна норма є у Європейській конвенції з прав людини у п.п.«с» п.3 ст.6 [11, с.213].

Не зовсім зрозумілим є визначення обов'язковості участі захисника в окремих випадках кримінального судочинства. Наприклад, не конкретною є вимога п.2 ст.45 КПК України щодо осіб з фізичними та психічними вадами та момент, з якого вступає обов'язок призначення захисника.

На нашу думку, стаття має бути більш конкретизованою і містити положення щодо фізичних та психічних вад, на які розповсюджується обов'язковість участі захисника. Слід передбачити участь захисника при обвинуваченні інвалідів на візку та інших тяжких форм інвалідності. Також слід конкретизувати час допуску захисника до обвинуваченого з фізичними або психічними вадами.

Крім того, Пленум Верховного Суду України у своїй постанові «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист» від 07.07.1995 р. № 10, звернув увагу на те, що питання про допуск захисника у справах про злочини осіб з фізичними та психічними вадами вирішується в кожному конкретному випадку залежно від того, чи позбавляють ці вади можливості здійснити право на захист. Рішення щодо наявності підстав для обов'язкової участі захисника приймає особа, яка проводить дізнання, слідчий, суддя, суд у кожному конкретному випадку [8, с.43]. Але в рішенні Верховного Суду не має жодних конкретних підстав для обов'язкового призначення захисника.

Що стосується самого КПК України, аналіз статті 45 показує те, що обов'язковість присутності захисника стосується не конкретної справи, і навіть не конкретної категорії злочинів, за якими така справа провадиться, а в цілому стосується категорії обвинувачених [3, с.16-17]. Так, мова йде про категорію осіб, які або не можуть здійснити захист самі, або покарання яких може передбачати довічне ув'язнення. Враховуючи те, що категорії осіб, які названі у вище згаданій статті, дійсно, за певних обставин, не можуть здійснювати захист у суді, потрібно чітко встановити, що захисник призначається з моменту затримання незалежно від категорії осіб. Крім того, було би доцільним вказати конкретні категорії злочинів, за якими участь захисника при вчиненні будь-яких слідчих дій чи на стадії розгляду кримінальної справи у суді є обов'язковою. У постанові пленуму Верховного Суду від 01.11.1996 р. № 9 «Про

застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» записано, що при здійсненні допиту за будь-яким обвинуваченням захисник має бути обов'язково присутнім. Тобто, здійснення допиту без присутності захисника являється недійсним. Постає питання, з якого моменту присутність захисника є обов'язковою вимогою законодавства, адже в різних статтях КПК присутність захисника як обов'язкова вимога закону має різницю щодо часу призначення захисника.

Інша проблема, яка має бути чітко прописана у новому КПК, є сама особа захисника з огляду на його професійний рівень. Слід зазначити, що до недавнього часу захисником мала право бути лише особа, яка має свідоцтво про право займатися адвокатською діяльністю. Рішенням Конституційного Суду від 16.11.2000 р. № 13-рп/2000 положення ч.1. ст.44 КПК України, що передбачала обмеження щодо права представляти захист у суді лише особі, яка має вищевказане свідоцтво, були визнані неконституційними. Більш того, Конституційний Суд роз'яснив, що захисником у кримінальному процесі може бути будь-який фахівець в галузі права, якщо за законом він має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи [12, с.109]. Пропозиція про необхідність внесення змін в законодавстві щодо необов'язковості свідоцтва про право займатися адвокатською діяльністю, висловлювалися ще раніше. Зокрема, В.М. Тертишник у низці праць висловлював саме таке зауваження [13, с.68].

Вкажемо також, що неврегульованим залишається питання щодо обрання захисником тактики захисту під час винесення постанови про притягнення як обвинуваченого, особи, що була підозрювана у скоєнні злочину. На думку Т.В. Корчєвої потребує редагування ст.133 КПК України, яка має бути викладена в наступній редакції: «Обвинувачення повинне бути пред'явлене негайно, після винесення слідчим постанови про притягнення даної особи як обвинуваченого» [14, с.92]. Важко не погодитися з такою пропозицією, оскільки

захист та захисник мають діяти негайно з моменту притягнення особи підозрюваної у скоєні злочину як обвинуваченого.

Відносно досудового розслідування слід вказати на наступні проблеми.

По-перше, оскільки присутність захисника не є обов'язковою, за виключенням справ і категорій осіб, визначених ст.45 КПК України, виникає питання, наскільки можливість захисту існує на стадії досудового розслідування, включаючи досудове слідство з огляду на той чинник, що в умовах затримання особи або утримання обвинуваченого під вартою, захист з боку підозрюваного не є можливим. Слід вказати на наступну обставину: чи є можливим подання заяв чи звернень самим обвинуваченим до органів влади та пошук свідків захисту у випадку утримання обвинуваченого під вартою. Окрім того, порушення права на захист відбувається через порушення балансу обвинувачення і захисту, оскільки держава в такому випадку має перевагу в території та часі внаслідок неможливості захисту діяти в умовах утримання під вартою.

По-друге, оцінка доказів та правомірності їх представлення теж неможлива без допомоги професійного юриста (захисника). Вочевидь, постає проблема, яку сам обвинувачений не в змозі вирішити. Наприклад, представлення даних криміналістичної експертизи, які можуть розглядатися як докази вини або невинуватості підсудного, в умовах відсутності захисника можуть бути не використані захистом у суді. Зокрема, саме професійний захисник (адвокат) має слідкувати за правилами оглядання місця злочину, фотографування, упаковки доказів та складання протоколу про предмет доказів. Річ у тому, що пошкодження або неналежне утримання (зберігання) предметів чи речовин, що належать до доказів, є чинником, який може вплинути на вирок суду, вказує В.О. Попелюшко, аж до виправдання обвинуваченого (підсудного) [15, с.185]. Крім того, обов'язковими для захисту є запобігання необережному поводженню, ушкодженню до-

казової інформації, слідів, особливо мікроскопічних, прихованих, а також нанесенню нових слідів, які не стосуються справи. Але, через обмаль криміналістичної практики у професійних адвокатів, не кажучи вже про обвинувачених, представники захисту не завжди використовують і можуть використати вилучення тих чи інших доказів із матеріальної справи. На думку В.Г. Гончаренка, це не дає можливості в повній мірі представляти захист у суді [16, с.4]. Данні чинники, в свою чергу, викликають сумніви стосовно повноти розгляду справи у судовому порядку.

По-третє, не є зрозумілим представлення матеріалів слідства в частині допитів обвинуваченого, потерпілого та свідків, оскільки, за умови відсутності захисника на стадії досудового розслідування можливий тиск як на підозрюваного так і на свідків, що також надає перевагу обвинуваченню. Зокрема, при першому допиті обвинуваченого, який відбувається як правило відразу після затримання підозрюваного, слідчі органи намагаються чинити психологічний тиск на обвинуваченого або твердженнями про вину підозрюваного, або питаннями, що містять в собі натяк на вину обвинуваченого. Така модель поведінки слідчого вказує на відсутність доказів вини обвинуваченого, але певною мірою може бути використана як тактична модель обвинувачення, на що вказує зокрема А.М. Титов [17, с.174].

По-четверте, під час проведення слідчого експерименту, який використовується стороною обвинувачення у судовому розгляді справи, захисник, як правило, не представлений. При формуванні переліку питань та при складанні протоколу слідчого експерименту діє лише сторона обвинувачення, хоча на думку деяких вчених-правників, зокрема, Р.О. Куйбіди, через відсутність сторони захисту більшість протоколів мають або змістовні, або технічні порушення [18, с.146]. З огляду на такі порушення можна говорити про використання слідчого експерименту в значній мірі на боці обвинувачення.

Судова практика показує необхідність

узаконення права обвинуваченого на обов'язкову присутність захисника при вчиненні будь-яких слідчих дій, в тому числі, при проведенні слідчого експерименту.

По-п'яте, знайомлення обвинуваченого з усіма матеріалами справи після завершення досудового слідства є обов'язковою умовою забезпечення справ та інтересів як учасника процесу. Аналізуючи стан забезпечення права на ознайомлення з матеріалами справи, Т.В. Корчева підкреслює, що надання обвинувачення і захиснику права ознайомитися з матеріалами справи... має на меті контроль повноти і об'єктивності шляхом заяви клопотань про доповнення слідства [14, с.107]. Із цим важко не погодитися, оскільки процес, який не забезпечений доступом до інформації, не може бути визнаний як об'єктивний та повний. Тим більше, коли мова іде про складний кримінальний процес, матеріали якого займають не один том. Особливо слід приділяти увагу доступам до аудіо- і відео- інформації з огляду на їх місце у системі доказів.

Слід зазначити, що направляючи подання судді про подовження строку утримання під вартою, в самому поданні слідчим має бути вказаний строк, необхідний обвинуваченому і захиснику для ознайомлення з матеріалами справи, і на який термін, у зв'язку з тим, має бути подовжений строк утримання під вартою. Водночас, на думку автора, обвинувачений сам або через захисника має право визначити час, який необхідний йому для ознайомлення з матеріалами справи. З іншого боку, таке клопотання захисту буде покладено в основу подання слідчого щодо обґрунтування терміну утримання, що також суперечить захисту. Конституційний Суд Російської Федерації у своїй Постанові від 22.03.2005 р. № 4-п відзначив у даному контексті: «...практика тримання особи під вартою без конкретної правової підстави, а лише через відсутність чітких правил, що регулюють положення особи, яка тримається під вартою, у результаті чого особа може бути позбавлена волі на невизначений строк без

судового рішення, несумісна з принципами правової визначеності і захисту від сваволі...» [19, с.1271]. Процедура розгляду суддею питання про продовження строків утримання під вартою обвинуваченого в ст.165-3 КПК України не передбачає обов'язкового опитування обвинуваченого, обмежуючись лише вказівкою на опитування обвинуваченого «при необхідності» [9, с.86-87]. Дане положення вступає в протиріччя з Європейською конвенцією з прав людини, яка в п.3 ст.5 зазначає: «...кожна людина, заарештована чи затримана згідно з положенням п.1 (с) цієї статті, повинна стати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд протягом розумного строку чи на звільнення до початку судового розгляду. Таке звільнення може бути обумовлено гарантіями явки до суду» [20, с.6-8].

Виникає питання, яким чином реалізувати право на ознайомлення захисника із матеріалами справи. Річ у тім, що ст.48 КПК України надає право захисникові «робити виписки з матеріалів кримінальної справи». Водночас, не гарантуючи права на отримання інформації на електронних носіях, не можна в повній мірі реалізувати дане право. КПК Російської Федерації від 22.11.2001 р. закріпив право знімати за свій рахунок копії з матеріалів кримінальної справи, в тому числі за допомогою технічних засобів [21].

Відзначимо ще одну проблему, яка є на стадії попереднього розгляду справи. А саме: оскільки обвинувальний висновок є частиною всіх матеріалів кримінальної справи, в якій викладається сутність обвинувачення та його обґрунтування через докази у справі, слід передбачити направлення підсудному копію обвинувального висновку одночасно з направленням захисникові окремої його копії, разом із рішенням про те, в який суд направлено справу. Даний порядок має бути закріплений в ст.232 КПК України, доповнивши її окремим абзацом. Необхідно передбачити право обвинуваченого і захисника, які беруть участь у справі, оскаржити обґрунто-

ваність обвинувачення, викладеного в обвинувальному висновку. А самий обвинувальний висновок повинен бути викладений систематизовано, на що вказують, зокрема, Т.В. Каткова і А.Г. Каткова [22, с.14]. Таким чином, підготовка захисту до суду ведеться задовго до судового розгляду справи та передбачає суттєві кроки захисту щодо дотримання процесуальних норм на стадії досудового розслідування, збирання доказів захисту, пошук та допит свідків захисту. В сукупності тактика захисту має бути спрямована на забезпечення прав обвинуваченого під час проведення досудового розслідування.

Стосовно судового розгляду, то тут потрібно вказати на те, що існують питання розгляду захисником матеріалів справи, які були залучені вже під час судового засідання з боку обвинувачення. Як правило, якщо суд прийме до уваги той чи інший доказ, який раніше не фігурував у справі, то цей доказ має бути вивчений захистом перед тим, як він буде підшитий до матеріалів кримінальної справи. Слід також зазначити, що це стосується і свідків, показання яких не було у обвинувальному висновку. Так, у разі свідчення, допуск нового свідка до показань дає суддя, якщо немає заперечень з боку захисту чи обвинувачення. Крім того, належним чином оформлені письмові свідчення мають бути обов'язково залучені до матеріалів справи, якщо вони стосуються сутності справи. В тому разі, якщо свідок з боку захисту є особою з вадами здоров'я, потрібно встановити правила, що він може надати свідчення судді через технічні засоби, в тому числі через глобальну мережу Інтернет.

Важливого значення набуває питання забезпечення участі захисника *за згодою чи за вимогою* слідчих і судових органів. Коли підсудний не має можливості запросити захисника за згодою і його звільняють від оплати праці захисника в зв'язку з малозабезпеченістю, а також у випадку, якщо захисник брав участь раніше в процесі дізнання і досудового слідства, то суддя у встановленому законом порядку забезпечує участь за-

хисника через адвокатське об'єднання. Прийняття Постанови Кабінету Міністрів України від 27.07.2005 р. № 657 «Про порядок використання в 2005р. коштів державного бюджету для надання громадянам правової допомоги в кримінальних справах за рахунок держави і здійснення заходів, пов'язаних із забезпеченням свободи совісті та релігії» [23] стало важливим кроком у реалізацію виконання вимог слідчих і судових органів про участь адвоката в справі.

Одним із суттєвих питань, якому потрібно приділити увагу, це право захисника на побачення з підсудним. Реалізація права на захист обвинуваченим, у разі його утримання під вартою не є можливою. Тому, слід забезпечити право на побачення без обмежень їх кількості і тривалості. Практика показує, що зараз кожне побачення не можливе без дозволу судді. Дана практика призводить до того, що у разі необхідності нагального побачення для здійснення правової допомоги, таке побачення не можливе. Через те, що дозвіл судді необхідний на кожне побачення, регламентуючи його тривалість, фактично втрачається можливість захисту прав підсудного на період до наступного засідання суду чи окремо і ухвали судді. Таким чином, право мати конфіденційне побачення із захисником у разі перебування підзахисного під вартою не повинно обмежуватися. Про це має бути записано у відповідній статті КПК України. Таку думку висловлюють фахові правники, які надають перевагу такому праву у разі необхідності здійснення правової допомоги у будь-який час [24, с.85].

Виходячи з того, що в судовому розгляді кримінальної справи важливе місце посідає протокол засідання суду, оскільки на підставі його є можливість оскарження вироку в апеляційному та касаційному впровадженні справи, слід чітко встановити механізм ознайомлення учасників з даним протоколом та регламентувати підстави ведення протоколу. Потрібно звернути увагу, в контексті забезпечення процесуальних гарантій, на механізм процесуального перегляду протоколу та

внесення зауважень до нього. Окрім того, слід конкретизувати у відповідній статті КПК України порядок ознайомлення з протоколом попереднього розгляду та внесення до нього зауважень.

У ході судового розгляду, головним чином, суд має встановити істину у справі, а не підтримувати ту чи іншу сторону. Слід звернути увагу, що головне завдання суду не фіксувати перемогу якоїсь сторони, а пошук і встановлення істини у конкретній справі та забезпечення змагальності процесу. Як зазначає Ю. Грошевий, вирок повинен ґрунтуватися на достовірних даних, відображати правду [25, с.687]. Крім того, слід зазначити, що більшість вчених-правників, зокрема, Т.А. Лотиш [26, с.6], К.Ф. Гуценко, Л.В. Головки, Б.А. Філімонов [27, с.114] схиляються до думки, що судді шукають ймовірність (за гіпотезою провинності або за перевагою доказів) замість встановлення істини, що має ґрунтуватись на об'єктивній оцінці доказів та свідчень.

Ґрунтуючись на положеннях КПК України, можна зробити висновок щодо змагальності процесу та забезпечення прав захисту у судовому розгляді, що право на захист обвинуваченого (підсудного), гарантованого ст.59 Конституції України, в цілому забезпечується в контексті дотримання принципу змагальності кримінального процесу. Водночас ті зауваження щодо розгляду справи у суді першої інстанції, які викладені вище, дають підстави говорити про недосконалість деяких положень КПК України в частині забезпечення права на захист.

В апеляційному та касаційному впровадженні кримінально-процесуальне законодавство не вимагає обов'язкової участі захисника, за винятком випадків, коли мова йде про погіршення покарання або умов утримання засудженого. Але слід зазначити, що сам факт погіршення можна встановити лише після винесення ухвали або рішення апеляційного суду або Верховного Суду України. Тому слід розширити присутність захисника в апеляційному розгляді справи на під-

ставі того, що апеляційна скарга має бути розглянута за сутністю справи. Вимога про те, що суд, в апеляційній інстанції, має у випадку виникнення необхідності дослідження нових обставин справи або доказів, що їх підтверджують чи спростовують, якщо ці обставини і докази стосуються оскарженої частини вироку суду першої інстанції, відновити судове слідство (ст.363 КПК України) [9, с.156-157], потребує обов'язкової участі захисника. Ще однією обставиною, що вимагає участі захисника в апеляційному впровадженні, є наявність вимоги скасувати вирок суду першої інстанції (ст.367 КПК України) з мотивів невідповідності висновків суду, викладених у вирокі (постанові), фактичним обставинам справи (п.2 ст.367) [9, с.157-158]. У розкритті невідповідності законодавець, зокрема, встановив норму про те, що вирок має бути скасований, коли: висновки суду не підтвердженні доказами або коли висновки мають істотні суперечності (ст.369 КПК України). Слід відзначити, що вищезгадані норми вимагають участь захисника, який мав би право на клопотання та залучення додаткових свідків чи доказів. На думку І.Ю. Мірошнікова, суд може визнати необхідним проведення судового слідства в повному обсязі чи частково, коли є підстави вважати, що дізнання, досудове чи судове слідство судом першої інстанції було проведено неповно чи однобічно [28, с.187].

Беручи участь в апеляційному впровадженні, захисник допомагає здійснювати захист у суді, надаючи кваліфіковану правову допомогу. Слід підтримати думку С. Ігнатова, який вказує на те, що участь захисника на досудових і судових стадіях кримінального судочинства необхідно розглядати як єдину процесуальну діяльність [29, с.88]. Оскільки судові стадії включають і апеляційне впровадження, то слід розглядати діяльність захисника в суді апеляційної інстанції як продовження єдиного ланцюга захисту у судовому розгляді справи.

Виходячи з наведених вище проблем і питань щодо реалізації права обвинувачено-

го(підсудного) на захист, потрібно вказати на наступне:

1. У проекті нового КПК України слід передбачити реальні можливості захищатися обвинуваченому встановленими законом засобами і способами від пред'явленого йому обвинувачення, які мають бути чітко встановлені, та які мають на меті повне всебічне об'єктивне розслідування кримінальної справи і забезпечення повноти розгляду кримінальної справи у суді.

2. Проектом нового КПК України слід встановити допуск захисника до підозрюваного до першого допиту, який має гарантувати захист від незаконних дій, психологічного тиску з боку слідчих органів. При цьому заборонити проведення слідчих дій або допиту без побачення із захисником, або письмової відмови від такого.

3. На законодавчому рівні слід заборонити практику, коли захисником є родичі обвинуваченого, окрім тих, які мають відповідну освіту, оскільки вони не можуть забезпечити професійного захисту. Тим більше слід підкреслити, що обвинувачений знаходиться в значно гіршому становищі ніж держава, яка обвинувачує його у скоєні конкретного злочину.

4. Має бути прописаний у конкретній статті КПК України механізм, який забезпечує право оскарження рішення про затримання та взяття під варту. Таке право вже передбачено чинним КПК (ст.43-1), але питання щодо перевірки законності затримання не має чіткого регламентування.

5. Слід передбачити обов'язковість участі захисника у кожній кримінальній справі незалежно від категорії справи чи особи хоча б на початковій стадії досудового розслідування, з обов'язковою оплатою праці захисника. Стаття 59 Конституції України передбачає: «кожен має право на правову допомогу», і оскільки так, то мусить бути прописаний механізм реалізації цього права.

6. Положення п.2 ст.45 КПК України слід конкретизувати щодо визначення обов'язковості захисника для людей з фізичними та психічними вадами. Нажаль, нерідкі випадки

відмови у наданні захисника особам з фізичними вадами, які визнані інвалідами (захворювання ОДА, спинальні травми, захворювання внутрішніх органів), які де-факто не можуть забезпечити собі повноцінний захист саме через обмеженість рухів, мовлення чи дії верхніх та/або нижніх кінцівок.

7. Пункт 5 ст.45 КПК потребує доопрацювання щодо призначення обов'язкового захисника при провадженні справи про застосування примусових заходів медичного характеру. Потрібно зазначити, що призначення захисника з моменту встановлення душевної хвороби не зовсім сприяє захисту обвинуваченого, оскільки, як правило, самий факт встановлення такої хвороби відбувається після проведення судово-медичної або судово-психіатричної експертизи.

8. Слід чітко прописати, що факт участі захисника у судах апеляційної інстанції має бути обов'язковим у кримінальних справах, незалежних від погіршення чи поліпшення, становища засудженого чи виправданого. Оскільки сам факт погіршення, як вимагає ст.45 абз.2 КПК України, може бути встановлений лише за рішенням апеляційного суду після розгляду апеляційної скарги.

9. В проекті нового КПК України слід передбачити норму, згідно якої у вирішенні питання про проведення судового слідства в рамках апеляційного провадження має бути обов'язково заслухана думка захисника та при проведенні такого слідства обов'язковим має бути забезпечена можливість доведення або спростування доказів чи свідчень з боку захисту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України: офіційне видання – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. - 252 с.
2. Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства / В. Т. Маляренко. - К. : Юрінком Інтер, 1999. – 320 с.
3. Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому

слідстві : монографія / А. М. Титов. – Донецьк : ДЮІ, 2005. – 256 с.

4. Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі : навч. посібник / І. Ю. Гловацький. – К. : Атіка, 2003. – 352 с.

5. Конституция (Основной закон) СССР : Официальное издание. – М. : Молодая гвардия, 1977. – 63 с.

6. Синеокий О. В. Адвокатура как институт правовой помощи и защиты : учебное пособие / О. В. Синеокий. – Х. : Право, 2008. – 496 с.

7. Стецовский Ю. И. Советская адвокатура / Ю. И. Стецовский. – М. : Высшая школа, 1989. – 376 с.

8. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист» : від 07.07.1995 р., № 10 // Право України. – 1995. – № 9-10. – С. 43.

9. Кримінально-процесуальний кодекс України: Чинне законодавство зі змінами та допов. Станом на 15 квіт. 2008 р. (відповідає офіц. текстові). – К. : Вид. Паливода А. В., 2008. – 200 с.

10. Святоцький О. Д. Адвокатура в юридичному механізмі захисту прав громадян (історико-правове дослідження) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права» / О. Д. Святоцький. – К., 1994. – 38 с.

11. Права людини і професійні стандарти для юристів [Амстердам]. – Київ, 1996. – 342 с.

12. Рішення Конституційного Суду : від 16.11.2000 р., № 13-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 47. – С. 109.

13. Тертышник В. М. Уголовный процесс / В. М. Тертышник. – Харьков : Арсис, 1999. – 426 с.

14. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції / Т. В. Корчева. – Харків : Видавець ФОРМ Вапнярчук Н. М., 2007. – 200 с.

15. Попелюшко В. О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі :

монографія / В. О. Попелюшко. – К. : Прецедент, 2005. – 232 с.

16. Гончаренко В. Г. Теорія криміналістики і адвокатська практика / В. Г. Гончаренко // Адвокат. – 2003. – № 2. – С. 3-6.

17. Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві : монографія / А. М. Титов. – Донецьк : ДЮІ, 2005. – 256 с.

18. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи : монографія / Р. О. Куйбіда. – К. : Атіка, 2004. – 288 с.

19. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации : от 22.03.2005 г., № 4-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2005. – № 14. – Ст. 1271.

20. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Голос України. – 10.01.2001. – № 3 (2503). – С. 6-8.

21. Уголовно-процесуальный кодекс Российской Федерации / принят Государственной Думой 22 ноября 2001 г. ; одобрен Советом Федерации 5 декабря 2001 г. // Российская газета. – 2001. – 249 (2861).

22. Каткова Т. В. Закінчення досудового слідства та складання обвинувального висновку у кримінальній справі : навч. посібник / Т. В. Каткова, А. Г. Каткова. – Х. : Рубікон, 2002. – 96 с.

23. Постанова Кабінету міністрів України «Про порядок використання у 2005 р. коштів державного бюджету для надання громадянам правової допомоги в кримінальних справах за рахунок держави і здійснення заходів, пов'язаних із забезпеченням свободи совісті та релігії» : від 27.07.2005 р., № 657 // Урядовий кур'єр. – 2005. – № 143.

24. Слінько С. В. Проблеми правового статусу суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності : монографія / С. В. Слінько. – Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. – 282 с.

25. Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність / Ю. Грошевий // Вісник Академії правових наук України. –

2003. - № 2 (33). - № 3 (34). – С. 686-696.

26. Лотыш Т. А. Принцип состязательности и гарантии его обеспечения в уголовном судопроизводстве : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс; Криминалистика и судебная экспертиза; Оперативно-розыскная деятельность» / Т.А.Латыш. - М., 2003. - 18 с.

27. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Го-

ловко, Б. А. Филимонов. - 2-е изд., доп. и испр. – М. : Зерцало, 2002. - 528 с.

28. Мірошніков І. Ю. Судове слідство в апеляційній інстанції : монографія / І. Ю. Мірошніков. – Х. : Право, 2007. – 192 с.

29. Игнатов С. Стратегия и тактика деятельности адвоката-защитника по уголовному делу / С. Игнатов // Уголовное право. – 2003. - № 1. – 143 с.

Мокрицька І. Я. Проблеми регулювання правового статусу захисника у кримінальному процесі України / І. Я. Мокрицька // Форум права. – 2009. – № 2. – С. 273–283 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-2/09miakri.pdf>

Розглядаються питання правового регулювання статусу захисника у кримінальному судочинстві за законодавством України. Зосереджується увага на висвітленні проблем кримінального судочинства, пов'язаних із правовим статусом захисника на різних стадіях кримінального процесу, реалізації права обвинуваченого на захист. Досліджуються проблеми вступу захисника у кримінальний процес, заміни захисника на різних стадіях судочинства, участі захисника в апеляційному та касаційному провадженні.

Мокрицкая И.Я. Проблемы регулирования правового статуса защитника в уголовном процессе Украины

Рассматриваются вопросы правового регулирования статуса защитника в уголовном судопроизводстве по законодательству Украины. Сосредоточивается внимание на освещении проблем уголовного судопроизводства, связанных с правовым статусом защитника на разных стадиях уголовного процесса, реализации права обвиняемого на защиту. Исследуются проблемы вступления защитника в уголовный процесс, замены защитника на разных стадиях судопроизводства, участия защитника в апелляционном и кассационном производстве.

Mokritska I.Y. Problems of Regulation of a Legal Status of the Defender in Criminal Trial of Ukraine

The questions of legal regulation of the status of the defender in criminal legal proceedings under the legislation of Ukraine are considered. The attention to illumination of problems of the criminal legal process connected with a legal status of the defender at different stages of criminal trial, realization of the right accused on protection concentrates. Problems of the introduction of the defender in criminal trial, replacements of the defender at different stages of legal proceedings, participation of the defender in appeal and cassation manufacture are investigated