

МИХАЙЛОВА Н.В., викладач
ДЕМОШЕНКО Є., студент
(Дніпропетровський державний
університет внутрішніх справ)

УДК 343.122

ЗАХИСНИК ТА АДВОКАТ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ

Проаналізовано, хто може бути захисником у кримінальному процесі, визначено процесуальний статус адвоката та інших фахівців у галузі права як захисників у кримінальному процесі. Розглянуто теоретичні та правові обґрунтування участі як захисників, так і інших фахівців у галузі права.

Ключові слова: Кримінально-процесуальний кодекс України, кримінальний процес, учасники кримінального процесу, захисник, адвокат, інші фахівці в галузі права.

Анализируется вопрос, кто может выступать защитником в уголовном процессе, определяется процессуальный статус адвоката и иных специалистов в области права как защитников в уголовном процессе. Рассматриваются теоретические и правовые обоснования участия как защитников, так и иных специалистов в области права.

Ключевые слова: Уголовно-процесуальний кодекс України, уголовный процесс, участники уголовного процесса, защитник, адвокат, иные специалисты в области права.

In the article we analysed the problems: who can be a defender in a criminal process, the judicial status of advocate and other specialists in the sphere of jurisprudence, as defenders in a criminal process. We considered the theoretical and legal justifications of participation, as defenders, other specialists, in the sphere of jurisprudence.

Keywords: The criminal-remedial code of Ukraine, a criminal process, the participants of criminal process, defender, advocate, other specialists in the sphere of jurisprudence.

У кримінальному процесі чітко не визначені суб'єкти функції захисту, а недосконалість системи правової допомоги істотно перешкоджає доступу до правосуддя та забезпечення його справедливості.

З усіх учасників кримінального процесу особливо важливу позицію у кримінальному судочинстві посідає захисник. Він бере участь майже в усіх кримінальних справах, а є категорія справ, коли участь захисника є обов'язковою. Також трапляються випадки, коли особа не має можливості найняти собі захисника і держава призначає йому такого. З огляду на те, що захисник виконує функції захисту, сприяє встановленню об'єктивної істини та виступає гарантією реалізації конституційного права кожного громадянина на правову допомогу, актуальність обраної теми не викликає сумнівів.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми показує, що питанням функції захисту приділяється неабияка увага у працях вчених-юристів [8-13]. Але незважаючи на це, досі залишається відкритим навіть питання про те, хто ж може здійснювати функцію захисту у кримінальному процесі.

Мета даної роботи – визначити, хто може бути захисником у кримінальному процесі, виявити суперечності законодавства щодо регулювання діяльності та правового статусу захисника та запропонувати вирішення даних суперечностей.

З прийняттям 28 червня 1996 р. Конституції України було встановлено один з найфундаментальніших принципів та гарантій дотримання прав, свобод та законних інтересів людини. Ідеться про положення ст. 59 Конституції України – «кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав», ч. 2 ст. 63 – «підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист» [1]. Крім Основного Закону України, ці принципи закріплені в міжнародних документах, зокрема, у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованій Верховною Радою України 17 липня 1997 р., встановлено в ч. 3. ст. 6: «Кожен обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: с) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за



браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя» [2].

Хочемо підкреслити саме вживання слова «захисник». Адже наразі в Україні дуже гостро стоїть питання, хто все ж таки може бути захисником. Звернемось до тлумачного словника: «Захисник – 1. Той, хто захищає, обороняє, охороняє кого-, що-небудь від нападу, замаху, удару, ворожих, небезпечних і т. ін. дій. Те, що оберігає, загороджує, укриває кого-, що-небудь від чогось шкідливого, небажаного, небезпечного. 2. Той, хто пильно стежить за недоторканністю чого-небудь і багато робить для цього. 3. Той, хто обстоює в суді інтереси обвинуваченого; оборонець».

Кримінально-процесуальний Кодекс України (далі – КПК) визначає в ч. 1 ст. 44: захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Частина 2 закріплює, що як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні, та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У випадках і в порядку, передбачених цим Кодексом, як захисники допускаються близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники [3].

Звернемо увагу на норму «...та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги...». У жодному нормативно-правовому акті немає визначення, що це за особи, і це призводить до різного тлумачення та застосування. Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Г.І. щодо офіційного тлумачення положення ст. 59 Конституції України, ст. 44 Кримінально-процесуального кодексу України, ст. 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника № 1-17/2000 № 13-рп/2000) вирішив визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 1 ст. 44 Кримінально-процесуального кодексу України, за яким обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, **крім адвоката, іншого фахівця у галузі права**, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи [4].

У зв'язку з цим рішенням ст. 44 КПК було доповнено абзацом такого змісту: «та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи». Ми, вважаємо таке положення абсолютно вірним та логічним.

Проте Пленум Верховного Суду України ухвалив Постанову № 8 від 24.10.2003 р., в якій в абз. 2 ч. 5 зазначив: «При вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам. Визнати правильною практику тих судів, які за відсутності спеціального закону не допускають таких фахівців до здійснення захисту в кримінальних справах» [5]. Чим самим фактично зробив норму ст. 44 КПК щодо інших фахівців у галузі права декларованою та недієвою.

На нашу думку, таке положення можна визнати правомірним тільки в тій частині, де сказано про відсутність спеціального закону, який би регулював діяльність цих фахівців у галузі права, але й воно є спірним. Хочемо звернути увагу, що Постанови Пленуму Верховного Суду України розповсюджуються тільки на систему суддів України, що впливає з мети даних постанов. Метою даних постанов є правильне й однакове застосування **судами** законодавства України. Тобто положення постанов не діє на всі інші органи, в тому числі на органи досудового слідства. І тому коли органи досудового слідства не допускають до участі «інших фахівців у галузі права», така дія є незаконною. Крім того, Постанови Пленуму Верховного Суду не є джерелом української системи права.

Ми вважаємо, що законодавець, коли формулював норму ст. 44 КПК зі словосполученням «...та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги...», мав на увазі, що така особа повинна бути фахівцем у галузі права, не працювати в суді, прокуратурі, слідчих органах, органах внутрішніх справ, служби безпеки, державного управління та в державному нотаріаті, не повинна мати судимість. На нашу думку, такі вимоги закону слід уточнити положенням, що така особа повинна бути не просто фахівцем у галузі права, а мати освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, а також установити заборону виконувати фун-



кцію захисту не тільки представникам виконавчої влади, а й законодавчої, наприклад: «не може бути захисником депутат Верховної Ради України та іншого представницького органу». Останнє положення обґрунтовується тим, що саме адвокати-депутати ініціюють законопроекти щодо амністії, якими фактично надають небачені послуги своїм підзахисним особам..

Щодо кола осіб, які можуть виконувати функцію захисту, то Конституційний Суд дотримується іншої позиції, ніж Верховний Суд, яка проявилася в ухваленні іншого рішення. У справі за конституційним зверненням громадянина Голованя І.В. щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 Суд ухвалив: «Положення частини другої статті 59 Конституції України „для ... надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура“ в аспекті конституційного звернення треба розуміти так, що особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами має право на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи в статусі адвоката, **що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень**» [6].

Хоча це рішення й стосується свідків, але Конституційний Суд підкреслив та уточнив своє попереднє рішення у справі Солдатова, що інші фахівці в галузі права можуть виступати захисниками, але за умови, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень. Справді, такого закону, який би встановлював такі обмеження, не існує, але виходячи із теорії права, ми можемо за аналогією застосувати Закон України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р. № 2887-ХІІ, ч. 2 ст. 2 якого вказує: «Адвокат не може працювати в суді, прокуратурі, нотаріаті, органах внутрішніх справ, служби безпеки, державного управління. Адвокатом не може бути особа, яка має судимість. Такі вимоги можна застосовувати і до фахівців в галузі права, яких запросили захищати особу в кримінальному провадженні».

Можемо запропонувати й інше вирішення даної проблеми. Верховній Раді України слід або прийняти спеціальний закон який би регулював діяльність цих осіб, або внести зміни до законодавства шляхом виключення умови існування такого закону. Проте ми дотримуємось першої позиції і вважаємо за краще прийняття спеціального закону.

Крім того, підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому та виправданому необхідно розуміти, що у адвоката набагато більше можливостей та засобів для проведення захисту свого клієнта. Такими засобами можуть бути адвокатський запит, ознайомлення з матеріалами та документами підприємств, установ, організацій, гарантії адвокатської діяльності, також слід усвідомлювати, що адвокат, як правило, займається однією категорією справ, у яких він є компетентним, та ін. Проте якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений та виправданий, розуміючи все це, наполягає на залученні свого захисника, який не є адвокатом, йому зобов'язані надати таку можливість.

На підтвердження нашої позиції також свідчить тенденція підтримання науковцями такої точки зору. Зокрема, це проявляється в проекті Кримінально-процесуального кодексу, який уряд виніс на громадське обговорення. Стаття 42 зазначеного проекту присвячена захиснику і містить такі положення:

1. Захисником є фізична особа, яка здійснює захист підозрюваного, обвинувачуваного, а також особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

2. Захисником може бути:

1) адвокат;

2) інший фахівець у галузі права, який має науковий ступінь кандидата або доктора юридичних наук [7].

Підбиваючи підсумки всьому вищенаведеному, можемо дійти висновку, що процесуальна роль захисника дуже важлива з огляду на функції, які він виконує. Проте існують законодавчі прогалини, регулювання діяльності захисника, проблеми процесуального статусу та ін. Слід звернути увагу на приведені обґрунтування, що захисником може бути не тільки адвокат. Різні науковці по-різному ставляться до поставленої проблеми. Аналізуючи спеціальну літературу, можемо побачити, що деякі автори наголошують, що фахівці в галузі права, які є потенційними захисниками, не можуть дати належну допомогу. Ми не вбачаємо в цьому жодних проблем, адже



підзахисний може змінити захисника, якщо той не може виконати свої обов'язки в силу юридичної необізнаності, та сам захисник повинен зробити самовідвід, якщо виявить свою некомпетентність у даній справі. Допуск до захисту тільки адвокатів призводить до їх монополії в захисті підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. Проте слід пам'ятати, що повноважень у адвоката для захисту більше, ніж у інших осіб, та гарантії його захисту більші. Тож подібні розбіжності мають бути усунені на користь фахівця-захисника.

Подальше дослідження проблеми вбачається у дослідженні технології захисту на різних стадіях процесу.

Список використаної літератури:

1. Конституція України 28 червня 1996р. // ВВР. – 1996. – № 30.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред В.Т. Маляренко, Ю.П. Аленіна. – 2-ге вид., допов. та перероб. – Харків, 2010.
4. Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9361>.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 8 від 24.10.2003 // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. – 4-ге вид. – Харків, 2008.
6. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=73757>.
7. Проект Кримінально-процесуального кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/projectCriminalCodex>.
8. Борзих Н.В. Діяльність захисника на досудових стадіях кримінального процесу та при судовому розгляді справи: Монографія. – Донецьк, 2010.
9. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Монографія. – Острог, 2009.
10. Тесленко М. Право кожного бути вільним у виборі захисника своїх прав // Право України. – 2002. – № 3. – С. 55-58.
11. Тертишник В.М., Михайлова Н.В. Функція захисту у кримінальному судочинстві // Право і суспільство. – 2010. – № 6.
12. Тертишник В. Захисник у змагальному кримінальному процесі // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – №7. – С. 80-87.
13. Шиян А.Г. Вільний вибір захисника своїх інтересів – невід'ємне право обвинуваченого // Науковий вісник Дніпроп. юрид. ін-ту МВС України. – 2000. – № 2. – С. 140-149.

Надійшла до редакції 31.10.2011

СОРОКА А.З., викладач

(Національна академія Державної прикордонної служби України ім. Б. Хмельницького)

УДК: 343.977+343.126

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАЛУЧЕННЯ ПЕРЕКЛАДАЧА ДО ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ

На основі вивчення сучасної наукової і методичної літератури щодо участі перекладача у кримінальному судочинстві, а також практики розслідування злочинів органами охорони державного кордону розглянуто окремі аспекти залучення перекладача до проведення слідчих дій за участю іноземних громадян та надано певні рекомендації кримінально-процесуального та криміналістичного характеру.

Ключові слова: *слідчі дії, іноземні громадяни, мовний бар'єр, перекладач, компетентність, рекомендації.*

На основании изучения современной научной и методической литературы относительно участия переводчика в уголовном судопроизводстве, а также практики расследования преступлений органами охраны государственной границы рассмотрены отдельные аспекты привлечения переводчика к проведению следст-

