

УДК 343.121.4(477)

ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ЗАХИСНИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Янович Ю. П.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правосуддя,
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна

Анотація: Статтю присвячено проблемним питанням правового регулювання статусу захисника в кримінальному судочинстві та з'ясуванню його функціонального призначення. Наголошено на необхідності уточнення легального визначення поняття захисника та закріплення в окремій статті КПК України його процесуальних прав як самостійного учасника кримінального провадження.

Ключові слова: кримінальне провадження, процесуальна функція, захисник, адвокат, представник, правозаступник, процесуальні права.

Аннотация: Статья посвящена проблемным вопросам правового регулирования статуса защитника в уголовном судопроизводстве и определению его функционального назначения. Отмечена необходимость уточнения легального определения понятия защитника и закрепления в отдельной статье УПК Украины его процессуальных прав как самостоятельного участника уголовного производства.

Ключевые слова: уголовное производство, процессуальная функция, защитник, адвокат, представитель, правозаступник, процессуальные права.

Annotation: The article deals with problematic issues of legal regulation of status of counsel for the defence in criminal legal procedure and determination of his functional purpose. It is marked the necessity of making more precise of legal definition of counsel for the defence and attachment to the individual article of CPC of Ukraine his procedure's rights as independent's participator of criminal procedure.

Key words: criminal procedure, procedure's function, counsel for the defence, lawyer, representative, counsel, procedure's rights.

Реформування законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, введення в дію Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) надало нового імпульсу для продовження судово-правової реформи, яка має на меті створення необхідних передумов для реалізації у діяльності органів досудового розслідування, прокуратури, суду положень про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України). Удосконалення вітчизняного законодавства, поступове наближення його до міжнародних стандартів істотно відбилося на процесуальному положенні захисника в кримінальному провадженні. Це спонукає до теоретичного осмислення законодавчих новел та їх системного наукового дослідження.

Вагомий внесок у розробку теоретичних, правових та прикладних питань функції захисту в кримінальному провадженні та участі в ньому захисника зробили вітчизняні вчені Т. Варфоломєєва, Т. Гошовська, Н. Дрьоміна, О. Капліна, Т. Корчева, О. Кучинська, М. Михеєнко, Т. Омельченко, Ю. Полянський, М. Погорєцький, В. Попелюшко, О. Святоцький, А. Титов, В. Трофименко, Ю. Хоматов, П. Хотенець, В. Шибіко, О. Шило, В. Юрчишин, О. Яновська та ряд інших. Однак значна кількість наукових праць зовсім не свідчить про те, що проблеми місця і ролі захисника в кримінальному судочинстві, його процесуального статусу, змісту діяльності в окремих стадіях кримінального провадження вичерпані. Навпаки, вони актуалізуються з огляду на реформування українського законодавства.

Метою статті є визначення функціонального призначення захисника в кримінальному судочинстві в контексті новітнього законодавства.

Одним із найбільш принципових нововведень у правовому регулюванні інституту захисту, яке викликало полярні думки серед вчених та практиків, є обмеження кола осіб, які можуть бути залучені до участі в кримінальному провадженні як захисники. Відповідно до ч. 1 ст. 45 КПК захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). Ідентичне формулювання міститься в п. 5 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1]. Захисником у кримінальному провадженні не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у такому реєстрі містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (ч. 2 ст. 45 КПК). Таким чином, як захисники у кримінальному провадженні можуть залучатися лише адвокати.

У ряді наукових публікацій спостерігається критичне ставлення до цієї новели. Так, В. Ковальська, О. Баганець вважають, що згадуване положення суперечить низці нормативно-правових актів, зокрема, ч. 3 ст. 22 Конституції України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, оскільки обмежує право підозрюваного, обвинуваченого та інших осіб на вільний вибір захисника. Головний їх аргумент зводиться до того, що заборона близьким родичам, опікунам, піклувальникам обвинуваченого, а також іншим

фахівцям у галузі права, які за законом вправі надавати правову допомогу особисто чи за дорученням юридичної особи, брати участь у кримінальному провадженні як захисникам, слід розглядати як звуження прав людини, що заборонено Конституцією України [2, с. 96; 3, с. 5]. Наголошується також на тому, що обмеження кола осіб, які можуть бути допущені до кримінального провадження як захисники, лише адвокатами суперечить відомому рішенням Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 про право вільного вибору захисника [4, с. 79]. У цьому рішенні вказано, що відповідно до ч. 1 ст. 59 Конституції України підозрюваний, обвинувачений і підсудний можуть обирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи [5].

Не дивлячись на зовнішню переконливість висловлених доводів, погодитися з ними в повній мірі не можна. Положення чинного КПК про те, що як захисники допускаються лише адвокати, є більш прогресивними, оскільки орієнтовані на забезпечення в кримінальному провадженні кваліфікованого захисту від підозри чи обвинувачення. Вони відповідають загальним тенденціям розвитку інституту правової допомоги в кримінальному процесі, причому не тільки в Україні.

Дискусії щодо можливої участі в кримінальному провадженні близьких родичів обвинуваченого, засудженого, виправданого, його опікунів чи піклувальників, інших фахівців у галузі права, які не є адвокатами (у тому числі осіб, які мають науковий ступінь із юридичної спеціальності; викладачів права у вищих навчальних закладах тощо), очевидно, ще будуть продовжуватися. А. Молдован та С. Мельник, наприклад, констатують, що «чимало таких захисників...настільки набили руку в питаннях юриспруденції, що надавали реальну юридичну допомогу близькій людині» [6, с. 10]. Але потрібно все ж визнати, що залучення вказаних осіб як захисників, навіть незважаючи на положення ч. 1 ст. 59 Конституції України, кримінального процесуального законодавства України, правову позицію Конституційного Суду України у згаданому вище рішенні, не стало масовим явищем. Це можна пояснити тим, що суто правових знань особі, яка бере участь у кримінальному провадженні як захисник, недостатньо. У відносинах з підозрюваним, обвинуваченим чи іншою особою, вказаною в частині 1 статті 45 КПК, необхідно дотримуватися правил етики, знати тактичні прийоми захисту та, що дуже важливо, нести юридичну відповідальність за невиконання чи неналежне виконання обов'язків захисника. Що ж стосується «інших фахівців у галузі права», то на законодавчому рівні у свій час так і не було однозначно врегульоване питання про умови і порядок їх допуску до участі в кримінальному процесі як захисників. Це призвело до того, що в Україні поступово сформувалася слідча та судова практика, коли участь таких фахівців у ролі захисників у кримінальному провадженні стала визнаватися незаконною [7, с. 96–97].

Як зазначає Б. Свиридов, акція залучення до захисту родичів або фахівців у галузі права через низький рівень їх кваліфікації, нездатність на

належному рівні забезпечити змагальність та доказовість невинуватості особи, безвідповідальність виявилася процесуально незрілою та проблематичною за правовими якостями. Натомість адвокат завжди відповідає своїм статусом за якість послуг, які він надає, він, і ніхто інший, у межах конституційного принципу змагальності сторін здатний простежити, щоб обвинувачення не порушило права його клієнта. «Осудній особі потрібен не німий фігурант, ...а адвокат, який міг би захистити підзахисного від ...свавілля, забезпечивши на високому професійному рівні невідпорну доказову базу про його невинуватість, дати в судовому засіданні грамотну юридичну оцінку обвинувальним матеріалам, поданим прокурором» [8, с. 12].

Якщо регламентувати гонорарну практику «інших фахівців у галузі права», визначити організаційні аспекти їх діяльності, то в підсумку вийде інститут, що буде аналогічним адвокатурі. Думається, що в цьому немає необхідності. Проблема вільного вибору «захисника своїх прав» повинна вирішуватися не шляхом створення інституту, рівнозначного адвокатурі, а за рахунок більш зваженого підходу до визначення суб'єктів захисту. З огляду на це, слід визнати правильною правову позицію Верховного Суду України, який у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» вказав, що при вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальному процесі 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» [9].

Видами адвокатської діяльності, у тому числі й в кримінальному провадженні, відповідно до п. 2 ст. 1 та ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» є захист, представництво та надання інших видів правової допомоги клієнту [1]. Критичне осмислення положень ст. 45 КПК дозволяє дійти висновку про те, що закон обмежує види адвокатської діяльності щодо підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру тощо, тільки захистом, не вказуючи на можливість надання їм інших видів правової допомоги. Слід зазначити, що із змісту пунктів 2 та 6 ст. 1, ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» випливає, що здійснення захисту не поглинає надання інших видів правової допомоги. Так вважають й окремі науковці [10, с. 8]. Розмежування захисту й надання правової допомоги в діяльності адвоката є важливим тому, що серед його клієнтів можуть опинитися не тільки підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, котрі зацікавлені в спростуванні підозри чи обвинувачення, а й особи, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) (ч. 1 ст. 45 КПК), а також свідок (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК).

У кримінальному провадженні захисник вправі надавати таким особам правову інформацію, консультації і роз'яснення з правових питань, скласти заяви, скарги, процесуальні та інші документи правового характеру, спрямовані на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення, тобто виконувати дії, які охоплюються поняттям «правова допомога». У зв'язку із цим, легальне визначення поняття захисника, наведене у ч. 1 ст. 45 КПК, вимагає доповнення положенням про те, що крім здійснення функції захисту адвокат-захисник під час кримінального провадження ще й надає вказаним у законі особам необхідну правову допомогу.

На підставі порівняльного аналізу ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 58 та ч. 3 ст. 63 КПК можна зробити припущення, що законодавець фактично вважає захисника представником підозрюваного, обвинуваченого та інших осіб, зазначених у ч. 1 ст. 45 КПК. Підтвердження цьому – положення ч. 4 ст. 46 КПК, яка передбачає, що захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист яких він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється ними безпосередньо і не може бути доручена захиснику. Такий підхід до правового регулювання процесуальних прав захисника, які є елементом його статусу в кримінальному судочинстві, підтримується й деякими фахівцями [11, с. 11].

Зазначена вище норма КПК змушує повертатися до дискусії про функціональне призначення захисника в кримінальному процесі: ким він повинен бути – представником чи правозаступником? У літературі іноді вважають правильним те, що в КПК відсутня окрема стаття, в якій були б перелічені права захисника. Стверджується, що такий стан речей, очевидно, зумовлений необхідністю уніфікації юридичних процесів, бо в адміністративному, господарському та цивільному процесуальному законодавстві також відсутні окремі статті, які б передбачали процесуальні права адвоката-представника певної сторони. Але це, зазначають науковці, «не стало причиною для заяв адвокатів, що вони не мають прав у відповідних провадженнях» [4, с. 81].

Така аргументація є не зовсім переконливою, оскільки некоректно ототожнювати діяльність адвоката щодо захисту свого клієнта від підозри чи обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і представництво, коли певна сторона делегує йому свої процесуальні права для спільного відстоювання її інтересів у юридичній справі. Аналіз положень частини 4 статті 46 КПК спонукає до постановки питання про ступінь процесуальної самостійності адвоката у здійсненні захисту та обсяг його прав у кримінальному провадженні [12, с. 15; 13, с. 13]. Як справедливо зазначається в окремих літературних джерелах, адвокат, реалізуючи свої процесуальні функції, повинен використовувати не тільки ті права, які передбачені в КПК щодо підозрюваного та обвинуваченого, а й ті, які закріплені в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [14, с. 161–162]. Крім того, слід враховувати й допустимість у певних ситуаціях альтернативної

правової позиції захисника в кримінальному провадженні, яка може не співпадати з позицією його підзахисного.

Хоча захисник і зобов'язаний узгоджувати свою правову позицію зі своїм підзахисним, він є самостійним у виборі засобів і тактики захисту. Це положення в теорії кримінального процесу сприймається як аксіома і підтверджується положеннями чинного КПК. Відповідно до пунктів 2 і 3 ч. 4 ст. 47 КПК захисник має право відмовитися від виконання своїх обов'язків у випадках незгоди з підозрюваним, обвинуваченим щодо обраного ним способу захисту, а також умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного з захисником договору, яке проявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника.

Про самостійність захисника свідчить і те, що він реалізує права, виконує процесуальні обов'язки та процесуальні дії від свого імені, а не від імені клієнта. Навіть те, що участь захисника в кримінальному провадженні багато в чому залежить від волевиявлення підозрюваного чи обвинуваченого, які в будь-який момент можуть відмовитися від його послуг, не позбавляє його самостійності. Крім того, існує інститут обов'язкового захисту (ст. 52 КПК), коли участь захисника в кримінальному провадженні не залежить від волі підозрюваного чи обвинуваченого.

Характеризуючи правовий статус адвоката в кримінальному процесі, О. Святоцький, М. Михеєнко наголошують на можливості існування розбіжностей у правових позиціях захисника та його підзахисного. Вони наводять класичний приклад такої колізії, яка описана і в багатьох інших літературних джерелах: «навіть якщо підзахисний визнає себе винним у вчиненні інкримінованого злочину, адвокат вправі за наявності для цього підстав відстоювати перед слідчим, прокурором і судом його невинуватість чи меншу винність. Коли ж він заперече свою вину, а адвокат переконаний у його винності, то колізія (розбіжність) позицій підзахисного і захисника в даному питанні недопустима. У цьому випадку адвокат не вправі діяти за своїм внутрішнім переконанням, бо він фактично стане своєрідним обвинувачем і суддею, який вирішує питання про винність свого підзахисного. Така позиція адвоката, яка призведе або може призвести до погіршення процесуального стану підзахисного, не може бути висловлена. Адвокат повинен побудувати захист, визначити його засоби і способи, ґрунтуючись на показаннях підзахисного, який заперече свою вину, і на оцінці інших доказів у матеріалах кримінального провадження» [15, с. 102].

Визначаючи свою правову позицію, адвокат не вправі ігнорувати думку підзахисного, його показання, ставлення до підозри чи обвинувачення. Процесуальна самостійність адвоката не виключає необхідності узгодження з підзахисним лінії захисту в цілому і позиції в окремих процесуальних питаннях, зокрема під час заявлення клопотань. Підзахисному не байдуже, якими способами буде обстоюватися правова позиція. Адвокат повинен інформувати його про тактичні прийоми, які має намір застосувати, роз'яснити суть останніх, щоб їх застосування не було несподіванкою для

підозрюваного чи обвинуваченого і не викликало з його боку небажаної реакції.

Положення КПК, які регламентують участь захисника, вимагають удосконалення в контексті визнання його самостійним учасником кримінального провадження, правозаступником, який у певних ситуаціях може не погоджуватися із клієнтом у питаннях здійснення захисту.

Саме на цьому наголошував у свій час Є. Васильовський, який у відомій праці «Организация адвокатуры» (1893 р.) підкреслював: «...Судебное представительство...находится совершенно в ином положении сравнительно с правозаступничеством...Судебное представительство есть «замена в процессе тяжущегося другим лицом, при которой все последствия судебной деятельности представителя падают непосредственно на тяжущегося, и основная цель этого института заключается в том, чтобы устранить неудобство личного ведения дела»» [16, с. 36]. «...С адвокатурой в тесном, научном смысле слова понимается правозаступничество, т. е. юридическая помощь, оказываемая специалистами-правоведами своим согражданам... В качестве правозаступника адвокат не только постоянно и исключительно вращается в сфере права, но и защищая права граждан в суде, приходит в соприкосновение с органами государственной власти» [16, с. 19].

Автор у своїй праці вказав на принципову відмінність між представництвом і правозаступництвом, яке може здійснюватися адвокатами: «...правозаступник только помогает тяжущемуся, являясь уполномоченным обществом. Судебный представитель, напротив, заменяет личность тяжущегося, отождествляется вполне с нею и с ее интересами. Другими словами, первый – только патрон и покровитель стороны, а второй – её процессуальный двойник» [16, с. 19].

З'ясування функціонального призначення захисника, який є правозаступником, тобто учасником кримінального провадження, що має певну автономію у відносинах із підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим тощо, актуалізує питання щодо обсягу його процесуальних прав, які не в повній мірі співпадають з правами підзахисних, класифікації таких прав та механізму їх реалізації на різних стадіях кримінального судочинства. Розробка означеної проблематики є перспективним напрямом подальших наукових досліджень процесуального статусу захисника в кримінальному провадженні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність [Текст]: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – Ст. 282.
2. Ковальська В.В. Роль і статус захисника в кримінальному процесі [Текст] / В. В. Ковальська // Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі: м-ли Всеукр. наук.-практ. конф. (Харків, 5 жовтня 2012 р.) / МВС України; Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : ХНУВС, 2012. – 668 с.
3. Баганець О. Міфи і реальність за новим КПК України [Текст] // Юридичний вісник України. – 2013. – 19–25 січня (№ 3).
4. Новий Кримінальний процесуальний кодекс України: коментарі, роз'яснення, документи [Текст] / відп. ред. В. С. Ковальський. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 408 с.
5. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) [Текст] // Офіційний вісник України. – 2000. – № 47. – Ст. 2045.
6. Молдован А. В. Кримінальний процес України [Текст]: навч. посіб. / А. В. Молдован, С. М. Мельник. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 368 с.
7. Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права [Текст]: монографія / О. В. Капліна. – Х.: Право, 2008. – 296 с.
8. Свиридов Б. Презумпція професіоналізму. Без адвоката невинного навряд чи виправдають [Текст] / Б. Свиридов // Юридичний вісник України. – 2012. – 11–13 серпня (№ 32).
9. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» [Текст] // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 6. – С. 20–24.
10. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Т. В. Корчева; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 20 с.
11. Новий КПК – удар по самолюбству адвокатів [Текст] // Юридичний вісник України. – 2012. – 29 грудня – 4 січня (№ 52).
12. Беззахисні адвокати [Текст] // Юридичний вісник України. – 2012. – 5–18 травня (№ 18–19).
13. Зозулінський Т. Новий КПК та адвокат: знайти спільну мову [Текст] / Т. Зозулінський // Юридичний вісник України. – 2012. – 2–8 червня (№ 22).
14. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар [Текст]: у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, С. М. Блажівський, С. П. Бурдоль та ін. : за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.
15. Святоцький О. Д. Адвокатура України [Текст]: навч. посіб. для студентів юрид. вищих навч. закладів і фак. / О. Д. Святоцький, М. М. Михеєнко. – К. : «Ін Юре». – 1997. – 224 с.
16. Адвокат в уголовном процессе [Текст] / Под ред. и с предисл. д.ю.н. проф. П. А. Лупинской. Сост. С. Н. Гаврилова. – М. : Новый Юрист, 1997. – 544 с.