

# Захисник у змагальному кримінальному процесі



## В. М. Тертишник

доктор юридичних наук, професор  
Дніпропетровського державного університету  
внутрішніх справ

*У статті розглядаються правові аспекти суб'єктів процесуальної форми виконання функції захисту в кримінальному судочинстві.*

**Ключові слова:** захисник, захист, права і свободи людини.

*В статье рассматриваются правовые аспекты субъектов и процессуальной формы реализации функции защиты в уголовном судопроизводстве.*

**Ключевые слова:** защитник, защита, права и свободы человека.

*The article is devoted to the analysis a lawyer in the judicial process, makes recommendations for improving legal regulation of advocacy.*

**Keywords:** barrister, lawyer, judicial process.

У кримінальному процесі недосконалість системи правової допомоги, зокрема безоплатної для малозабезпечених, істотно перешкоджає доступу до правосуддя та забезпечення його справедливості.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми, показує, що питанням інституту захисту приділяється неабияка увага у працях вчених-юристів [1; 2; 4-6; 10-12], досі залишається відкритим навіть

питання про те, хто ж може бути захисником у кримінальному процесі.

Мета нашої роботи – визначити концептуальну модель забезпечення ефективної реалізації функції захисту.

Із прийняттям Уставу кримінального судочинства (1864 р.) для здійснення функції захисту запроваджувались судові повірені. Професіоналізм повірених проявився в часи існування суду присяжних. Змістовні і майстерні судові промови видатних юристів XIX ст. Ф. Н. Плевако, С. А. Андрієвського, К. К. Арсеньева, М. П. Карабачевського та інших досить повчальні і нині.

Але судово-правові реформи сьогодення не поліпшують стан справ, а швидше заганняють інститут захисту в глухий кут.

«Основні принципи, що стосуються ролі юристів», прийняті восьмим Конгресом ООН (27 серпня – 7 вересня 1990 р.), передбачають, що «кожна людина має право звернутися до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання своїх прав та захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства» (принцип 1).

У зв'язку з наведеними та іншими положеннями міжнародних правових актів Конституційний Суд України в своєму рішенні № 13-рп/ 2000 від 16 листопада 2000 р. скасував положення ч. 1 ст. 44 КПК України, згідно з яким в якості захисників допускались лише особи, які мали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, як положення, що не відповідають Конституції України, і 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.

Вчені-юристи, заглибившись у пошуки юридичної казуїстики, зосередили свою увагу переважно на вузькому предметі – хто з-поміж юристів має здійснювати функцію захисту, а в підтексті деяких

дебатів інколи промальовується один банальний мотив – хто має бути допущеним до заробітку на адвокатській ниві. І за цим, буває, не видно головної ідеї правової держави – забезпечення верховенства права.

Спілка адвокатів України у своєму листі до Голови Верховного Суду України від 28 травня 2002 р. № 78 просить Голову Верховного Суду України звернути увагу суддів на неприпустимість допуску «фахівців у галузі права» як захисників до прийняття Верховною Радою України спеціального закону [3].

Акцентуючи увагу на тому, що своє рішення Конституційний Суд України приймає, спираючись на «Основні положення про роль юристів», А. М. Титов зазначає, що як українською, так і російською мовами назву документа, прийнятого Восьмим Конгресом ООН по запобіганню злочинам, що відбувся у Нью-Йорку у серпні 1990 р., майже завжди перекладають як «Основні положення про роль адвокатів». В оригіналі цей документ називається «UN's Basic Principles on the Role of Lawyers» [11].

Деякі автори не без підстав зауважують, що термін «lawyer», залежно від контексту, справді, перекладають і як «юрист», і як «адвокат». У західних, передусім англосовітських країнах, у поняття «lawyer» вкладають дещо інше значення, ніж у поняття «юрист» в Україні. Наприклад, у США «lawyer» – це не просто той, хто закінчив юридичний факультет («Law school»), ім'ям «lawyer» здебільшого називають тих, хто «passed the bar exam» (склав адвокатський екзаме́н) і має «bar admission», тобто перепустку за «бар» (стійку, що відділяє публіку від суду). Для американців «юрист» і «адвокат» нероздільні. Подальша кар'єра юриста, в т. ч. на посаді судді, прокурора, можлива тільки для осіб з «bar admission» [1].

Але в Європі прийнято такий документ, як Резолюція Комітету Міністрів

Ради Європи від 2 березня 1978 р. № (78)8 «Про юридичну допомогу і консультації», в якому зазначено: «Юридична допомога завжди має здійснюватися особою, яка має право практикувати як адвокат («professionally qualified to practise law»).

Зауважимо, і тут категорично не стверджується, що юридична допомога завжди має здійснюватися лише адвокатом, а зазначається лише, що така юридична допомога завжди має здійснюватися особою, яка, підкреслимо, «має право практикувати як адвокат».

До того ж, зазначимо, що Міжнародні правові акти мають дійсно силу законів на території України, якщо вони не суперечать Конституції України. Саме норми Конституції України є нормами найвищої юридичної сили і саме їм слід надавати перевагу при розгляді як аналізованої, так і будь-якої іншої конкуренції правових норм. Конституція України стверджує одне просте правило – кожен є вільним у виборі захисника. І така проголошена вільність вибору зовсім не дає підстав для тлумачення, що вибір захисника має здійснюватись тільки з-поміж адвокатів.

Підтвердженням тому є і досвід європейських країн, які застосовують ті ж самі міжнародні правові акти, відповідно до яких ми волиємо привести наше вітчизняне законодавство. Наприклад, до виконання функції захисту допускають осіб, які мають вчений ступінь із юридичної спеціальності (Польща); викладачі права в німецьких вищих навчальних закладах (Німеччина) тощо. Практика Європейського суду з прав людини підтверджує правильність такого широкого тлумачення поняття суб'єктів захисту.

На наш погляд, дискусія щодо більшої чи меншої професійності різних фахівців у галузі права взагалі і її складової частини – адвокатів зокрема – безперспективна. Хто з них може надавати більш якіс-

ний захист, не залежить від наявності чи відсутності посвідчення адвоката.

Важко говорити про якісний захист адвокатом у справі Василя Стуса чи Світлани Зайцевої. Остання, нагадаємо, була незаконно притягнута до кримінальної відповідальності за вбивство. Головним доказом її вини послужили відбитки пальців рук на речах жертви. С. Зайцева, перебуваючи в ув'язненні, захворіла на туберкульоз. Коли вона вже відбувала покарання, в процесі розслідування іншої кримінальної справи було з'ясовано, що вбивство, в якому вона обвинувачувалась, було вчинене іншими особами. С. Зайцева після оправдання померла від хвороб, отриманих в ув'язненні, залишивши в сирітстві двох малолітніх дітей. І ось у той час, коли суд присудив на користь її дітей відшкодування завданої незаконним засудженням матері моральної шкоди в сумі 2 млн грн, виявляється, що адвокат, який практично нічого не зробив для її захисту, ще до смерті обвинуваченої встиг укласти з нею угоду, згідно з якою в разі її виправдання половину суми компенсації за завдану моральну шкоду його підзахисна має сплатити йому – адвокату.

Проте у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» зазначається, що «при вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясовувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам», а також «визнати правильною практику тих судів, які за відсутності спеціального закону не допускають таких фахівців до здійснення захисту в кримінальних справах». Цим рішенням проблему не було розв'язано, а ще більше загострено.

Розглядаючи положення цієї постанови в контексті проаналізованих нормативних актів, ми наголошуємо, що цитовані новели не підлягають застосуванню як такі, що не відповідають міжнародним правовим актам і рішенням Конституційного Суду України.

Чинним законодавством коло можливих захисників уже визначено: по-перше, це юристи, а, по-друге, це юристи, які не підлягають відводу. Інших обмежень закони і міжнародні акти не передбачають.

Отже, фразу про те, що «захисником у кримінальному процесі може бути будь-який фахівець у галузі права, якщо за законом він має право на надання правової допомоги», слід розуміти так, що «захисником у кримінальному процесі може бути будь-який фахівець в галузі права, якщо законом йому не заборонено надавати правову допомогу і немає передбачених законом підстав для його відводу від участі в справі».

6 жовтня Конституційний Суд України оприлюднив прийняте 30 вересня Рішення у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). В своєму рішенні Конституційний Суд України зазначив:

«Конституційний Суд виходить з того, що системний аналіз статті 59 Конституції України не виключає і права на отримання особою такої допомоги від інших суб'єктів, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень.

Враховуючи наведене, Конституційний Суд України вирішив, що положення частини другої ст. 59 Конституції України 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 (юри-

дичну) 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» [7].

Таким чином, виходячи з рішення Конституційного Суду України, коло можливих захисників має визначатись через два критерії: по-перше, це юристи, а, по-друге, це юристи, щодо яких немає заборони на здійснення функції захисту чи підстав, за яких вони підлягають відводу.

Фактично Конституційний Суд України своїм рішенням підтвердив раніше викладену нами позицію, що обвинувачений має право вибирати захисника з фахівців у галузі права, щодо яких немає заборони на участь їх у справі – що не заборонено, то можна [9,194].

Осмилення відповідних норм Конституції України, міжнародних правових актів, рішень Конституційного Суду України та чинного кримінально-процесуального законодавства приводить до висновку, що в процесі судово-правової реформи слід врахувати такі пропозиції:

По-перше, в законі доцільно дати визначення, що захисником є учасник процесу, який, використовуючи свої спеціальні знання в галузі права, виконує функцію захисту обвинуваченого (підозрюваного, підсудного, засудженого) чи потерпілого.

По-друге, доцільно повернутись до ідеї надання права виконувати функції захисника у кримінальному процесі, окрім фахівців, також представникам професійних спілок та інших громадських організацій.

По-третє, держава повинна забезпечити підготовку необхідної кількості фахівців, які змогли б виконувати функції захисту.

По-четверте, слід створити державну службу захисту, яка б фінансувалась із місцевих бюджетів і виконувала б функ-



цію надання юридичної допомоги мало-забезпеченим громадянам. У цьому аспекті було б доцільно скасувати заборону нотаріусам надавати послуги в якості захисника, розширити мережу державних нотаріальних установ, які водночас могли б надавати і юридичну допомогу безоплатно малозабезпеченим громадянам, а також у випадку, коли участь у справі захисника є обов'язковою, а підзахисна особа відмовляється від захисту і оплати послуг адвоката.

Складніше питання щодо запровадження так званого адвокатського розслідування. Ідея заманлива, але може бути спотворена. Уже блимають проєкти, які витягують з темряви минулого ідею про те, що слідчий буде здійснювати функцію не розслідування (всебічного, повного і об'єктивного дослідження справи, як це вимагає ст. 22 чинного КПК України), а якогось переслідування, а, отже, з самого початку йому має протидіяти паралельне адвокатське розслідування. Думається, що це спроба створення штучної абстрактної конструкції, відірваної від реального життя. Насправді, прибуваючи на місце події, слідчий ще не знає, чи була подія злочину, чи то був казус, має перевіряти всі версії, збирати і досліджувати матеріальну обстановку, будь-які докази. Важко уявити, щоб огляд місця події проводили паралельно слідчий і адвокат, та, змагаючись уже на місці події, сперечались, хто більше витопче слідів. Змагальність сторін має місце тоді, коли з'являються сторони. А до цього має бути об'єктивне неупереджене слідство.

Паралельне адвокатське розслідування може бути занадто дороге і не по кишені пересічним громадянам.

Наділивши захисника правами щодо збирання доказової інформації, які викладені у чинному законодавстві, законодавець зробив значний крок на шля-

ху реалізації у кримінальному процесі принципу змагальності сторін. При цьому захиснику надані лише найнеобхідніші права, а процесуальна форма їх реалізації законом не регламентована. Пояснюється це тим, що на боці захисника принцип презумпції невинуватості, згідно з яким діє правило: всі сумніви тлумачаться й розв'язуються на користь обвинуваченого. В силу цього захиснику не обов'язково збирати неспростовні докази невинуватості свого підзахисного, а достатньо лише надати такі, які породжують сумніви його вини.

Проте, на наш погляд, все ж таки процесуальна форма дій захисника щодо збирання доказів повинна передбачати певні гарантії отримання достовірних фактичних даних. Інакше можливості для того, щоб сіяти сумніви, можуть виявитися безмежними.

Закономірно виникає питання: чи потрібно винаходити якусь спеціальну форму збирання та дослідження доказів захисником, чи може бути виправданим надання йому права самостійно проводити ряд уже регламентованих законом слідчих дій?

Закономірності пізнавальної діяльності єдині як для захисника, так і для слідчого або суду. Єдність змісту визначає і єдність форми. По-друге, надані захиснику чинним законодавством засоби збирання та дослідження доказів недостатньо ефективні. Наприклад, захисник має право отримати «документи». Їх вилучення обумовлює необхідність складання протоколу та вручення його копії особі, в якій проведено вилучення. Адже громадянин, який віддав документ, повинен мати можливість витребувати його назад після завершення процесу. Таким чином, вилучення документів захисником має, по суті, здійснюватися за правилами проведення виїмки. Або взяти право захисника «застосовувати науково-технічні засоби» в процесі слідчих дій. Очевидно,

що учасники слідчої дії повинні знати, які засоби будуть застосовуватися і в якому порядку. Принаймні це має бути озвучено хоча б для того, щоб дотримувалися гарантії невикористання технічних засобів, шкідливих для життя та здоров'я. Однак ці питання не знайшли розв'язання і регламентації в законі.

Спроби винайти будь-яку спеціальну форму діяльності захисника щодо збирання та дослідження доказів можуть призвести тільки до невинуватеної ерозії існуючої та певною мірою апробованої процесуальної форми й закріплених у законі процесуальних гарантій.

## Література

1. Агеев В. Не кожен фахівець спроможний стати адвокатом. Коментар до рішення Конституційного Суду в справі про право вільного вибору захисника / В. Агеев // Закон і бізнес. – 2001. – 10 – 16 лютого.
2. Борзих Н. В. Проблеми надання юридичної допомоги адвокатом за призначенням / Н. В. Борзих // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: 36. наук. праць. – 2008. – №3(398). – С. 303-310.
3. Заява Спілки адвокатів України з приводу рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. у справі про право вільного вибору захисника // Юридичний вісник України. – 2001. – № 4. – 17 січня.
4. Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі: науково-практичний коментар / Я. П. Зейкан. – 3-тє вид., стереотип. – К.: КНТ, 2007. – 600 с.
5. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції / Т. В. Корчева. – Харків, 2007. – 200 с.
6. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми. // Монографія / В. О. Попелюшко. – Острого: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2009. – 634 с.
7. Рішення Конституційного Суду України, прийняте 30 вересня 2009 року у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) // Офіційний сайт Конституційного Суду України [www.ccu.gov.ua](http://www.ccu.gov.ua)
8. Российское законодательство X-XX веков: в 9 т. / отв. ред. А. Д. Горский. – М.: Юрид. лит., 1991. – Т. 8: Судебная реформа. – С. 112-116.
9. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України / В. М. Тертишник. – Київ: Видавничий дім «Юридична книга», 2008. – 1056 с.
10. Тесленко М. Право кожного бути вільним у виборі захисника своїх прав / М. Тесленко // Право України. – 2002. – № 3. – С. 55 – 58.
11. Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві: монографія / А. М. Титов. – Донецьк, 2005.
12. Хотенець П. В. Правовий статус адвоката в Україні: автореф. дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.09 / В. В. Хотенець. – Х., 2002. – 19 с.