

О. Капліна, доцент НЮА України,
В. Маринів, доцент НЮА України

Проблеми усунення захисника від участі у кримінальній справі

Участь захисника є важливою гарантією забезпечення права особи на захист у кримінальному судочинстві. Його діяльність має соціальний характер, оскільки, будучи орієнтованою на спростування обвинувачення, встановлення обставин, які пом'якшують відповідальність підзахисного, запобігання порушенню його конституційних прав, вона здійснюється в інтересах не тільки обвинуваченого (підозрюваного, підсудного, засудженого), а й правосуддя.

Актуальні питання участі захисника в кримінальному судочинстві завжди були в центрі уваги юридичної науки і правозастосовної практики, що пояснюється надзвичайною важливістю виконуваної ним функції. Однак, незважаючи на досить значну кількість наукових праць з цієї проблеми, у вітчизняній літературі відсутні комплексні дослідження, присвячені аналізу правопорушень, що їх припускаються адвокати у кримінальному судочинстві, відповідальності адвоката за порушення норм кримінально-процесуального права, професійної етики, а також підстав і порядку усунення захисника від участі у справі в зв'язку із зазначеними порушеннями.

Мета статті полягає в тому, щоб здійснити правовий аналіз положень КПК України, пов'язаних з усуненням захисника від участі у справі, ознайомитись із законодавством інших держав, позицією Європейського Суду з прав людини з цього питання і на підставі проведеного дослідження визначити шляхи вирішення проблемних питань, спрямованих на підвищення гарантій діяльності захисника у кримінальному процесі.

Основна мета діяльності захисника — здійснення захисту, допомога правосуддю шляхом професійного виконання окресленої в законі специфічної функції. Напрямок здійснення покладеної на нього функції захисник повинен обирати самостійно та вільно. Разом з тим між свободою поведінки захисника, власним формуванням його позиції у справі й жорсткими вимогами процесуальної дисципліни можуть виникнути серйозні суперечності. Творчий підхід захисника, його ініціативність і безкомпромісність, тактика і стратегія здійснення захисту, наполегливість і сміливість іноді сприймаються органами досудового слідства

як «зловживання своїми професійними правами», що на підставі ч. 4 ст. 61 КПК України тягне за собою усунення захисника від участі у кримінальній справі.

Процеси входження України до Європейського співтовариства, розроблення та необхідність прийняття нового КПК України зумовили нагальну потребу в активізації порівняльних досліджень проблем участі захисника у провадженні по кримінальній справі в інших країнах світу, а також аналізі норм, спрямованих на обмеження спілкування захисника зі своїм підзахисним.

Аналіз законодавства інших держав дозволяє дійти висновку про те, що і за кордоном існують положення, схожі з ч. 4 ст. 61 КПК України. Зокрема, у Нідерландах «право захисника на «необмежений і безконтрольний» доступ до обвинуваченого, який утримується під вартою, може бути обмежене за наявності серйозної підозри у тому, що контакти між обвинуваченим і захисником використовуються для того, щоб перешкодити розслідуванню». Такі обмеження можуть бути накладені обвинувачем або слідчим суддею¹. У Великій Британії відповідно до ст. 58 Закону про поліцію і кримінальні докази 1984 р. поліція в особі «офіцерів з наглядом» може перешкодити участі у справі конкретного адвоката, якщо є підстави вважати, що він впливатиме на свідків або фальсифікуватиме докази. При цьому підозрюваний має право запросити іншого адвоката².

Законодавство Німеччини в ході реформи кримінального судочинства 1974 р. також передбачило інститут виключення захисника з процесу, якщо він серйозно підозрюється в конспіративних зв'язках з підозрюваним або зловживає своїм правом відвідування місця ув'язнення з метою вчинення злочину. Крім того, у справах про терористичні організації листи захисника підзахисному переглядаються відповідним суддею, а побачення з підзахисним проходять у приміщенні, яке обладнане спеціальним склом, що виключає можливість передання письмових матеріалів і предметів³.

У Швейцарії відповідно до ч. 3 ст. 46 КК захисник має право безперешкодно спілкуватися з підзахисним «у судовому або адміністративному процесі». При зловживанні наданим йому правом керівник установи з відома компетентного органу може заборонити безперешкодне спілкування з підзахисним⁴.

¹ Див.: Правовая система Нидерландов. – М., 1998. – С. 269.

² Див.: Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. – М., 2001. – С. 100–101.

³ Див.: Там само. – С. 396–397.

⁴ Див.: Уголовный кодекс Швейцарии: Пер. с нем. – М., 2001. – С. 23.

Загроза міжнародного тероризму, зростання злочинності, особливо її організованих форм, все більше призводять до того, що законодавці різних країн вносять зміни і доповнення до відповідних законодавчих актів з метою запобігання сприянню злочинцям адвокатами. Зокрема, у Франції 10 липня 1991 р. було прийнято Закон «Про перехоплення повідомлень, які передаються за допомогою засобів телекомунікації», у ст. 100-7 якого допускається з відома керівника адвокатської корпорації прослуховування переговорів адвоката незалежно від того, брав він участь у конкретній кримінальній справі чи ні¹. У США з 2001 р. також стало можливим прослуховування телефонних розмов адвокатів «з клієнтами, які перебувають під вартою, включаючи і тих, кому ще не було офіційно пред'явлено обвинувачення»².

Отже, законодавці інших держав по-різному вирішують питання протидії протиправній поведінці захисників, відносячи до числа заходів правового впливу такі положення: 1) обмеження кількості побачень з підзахисним; 2) обмеження конфіденційності зустрічей; 3) повне відсторонення захисника від участі у справі.

Розглянемо зазначені заходи. На підтримку можливості обмеження кількості побачень захисника зі своїм підзахисним, який утримується під вартою, неодноразово висловлювалась у своїх рішеннях Європейська Комісія з прав людини³. Зокрема, у справі Крьохер і Мьоллер проти Швейцарії заявники скаржились на те, що після їх арешту вони три тижні не мали змоги спілкуватися зі своїми адвокатами. Протягом наступних шести місяців такі контакти були дозволені, однак їх тривалість обмежувалась до однієї години двічі на тиждень. Крім того, вони скаржились й на те, що під час цих зустрічей адвокати були відокремлені від ув'язнених скляною перегородкою і не мали права використовувати магнітофони. Європейська Комісія постановила, що таке обмеження контактів з адвокатами серйозно не перешкоджало підготовленню захисту заявників, оскільки їм дозволялось спілкуватися з адвокатами, і пізніше, протягом дев'яти місяців, що передували судовому розгляду, вони мали можливість зустрічатися з адвокатами віч-на-віч⁴.

¹ Див.: Гуценко К. Ф., Головка Л. В., Филимонов Б. А. Вказ. праця. – С. 333.

² Дьячков В. Адвокатов будут прослушивать // Итоги. – 2001. – № 45 (283). – С. 8–9.

³ В 1998 р. Європейську Комісію з прав людини було реформовано в Європейський Суд з прав людини.

⁴ Див.: Брусницын Л. В. Ограничение права на свидания защитника с подзащитным в национальном и международном праве // Государство и право. – 2002. – № 11. – С. 107.

У справі Бонці проти Швейцарії заявник скаржився на те, що після арешту він утримувався протягом місяця в одиночній камері, і в цей період йому не дозволялися зустрічі з захисником (листування з захисником було дозволене). Після звільнення з камери протягом дев'яти місяців обвинувачений мав можливість спілкуватися з захисником і готуватися до розгляду його справи. Європейська Комісія встановила, що протягом дев'яти місяців заявник мав достатньо контактів зі своїм захисником для підготовки свого захисту й не погодилась зі ствердженням, що «непрямо гарантоване право... спілкуватися зі своїм захисником і обмінюватися з ним інструкціями або інформацією конфіденційного характеру не підлягає будь-яким обмеженням». Європейська Комісія зробила остаточний висновок про те, що відносні та тимчасові обмеження контактів не означають відмови від надання необхідних можливостей для підготовки захисту заявника¹.

Незважаючи на сформульовані Європейською Комісією з прав людини позиції, на нашу думку, надійний захист особи, в тому числі у кримінальному судочинстві — вищий критерій оцінки діяльності всіх інститутів держави, що складають систему правоохоронних і правозахисних органів. Конституція України закріпила право кожного на правову допомогу (ст. 59), право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист (ст. 63), право заарештованого чи затриманого захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника (ст. 29). Значущість цих прав для особи, яка бере участь у кримінальному судочинстві, для всього кримінального процесу є загально визнаною. Безспірним є й те, що головне — не в проголошенні самого права, а в його змісті і правовому механізмі забезпечення та здійснення. Тільки за умови гарантування й фактичного додержання прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, насамперед підозрюваного, обвинуваченого та їхнього захисника, можливе виконання завдань кримінального судочинства.

Відповідно до ст. 43, 43¹ КПК України підозрюваний, обвинувачений наділені правом мати захисника і побачення з ним до першого допиту. Згідно з ч. 4 ст. 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення» особа, взята під варту, має право на побачення із захисником наодинці, без обмеження кількості побачень і їхньої тривалості, з моменту допуску захисника до участі у справі. Адміністрація установи повинна забезпечити умови для проведення побачень. По суті аналогічне право сформульоване в п. 4. 5. 7. Правил тримання осіб, узятих під варту, і засудже-

¹ Див.: Брусницьин Л. В. Вказ. праця. – С. 107.

них у слідчих ізоляторах Державного департаменту України з питань виконання покарань¹. Наведені положення відповідають міжнародно-правовим стандартам, закріпленим у Європейській конвенції про захист прав і основних свобод (п. 3 ст. 6), Зводі принципів захисту всіх осіб, які піддані затриманню або ув'язненню в якій би то не було формі (принцип 17), Європейських пенітенціарних правилах тюремного утримання (правило 93), Основних положеннях про роль адвокатів (принцип 1)².

Судова практика твердо стоїть на позиції визнання недодержання права обвинуваченого на захист істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, що у будь-якому разі тягне за собою скасування судового рішення (п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК України)³. Крім того, Верховний Суд України у постанові від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» зазначив таке: «Суди повинні враховувати, що згідно зі статтями 43 і 43-1 КПК підозрюваний, обвинувачений, поряд з іншими правами, мають право на побачення із захисником до першого допиту, і під час розгляду справ перевіряти, чи було роз'яснено їм таке право і чи були вони обмежені в цьому. У разі, коли особа, яка провадить дізнання, або слідчий порушили зазначені вимоги закону і за наявності заяви підозрюваного, обвинуваченого на побачення із захисником допитали його без участі останнього, суд не може використовувати ці показання на підтвердження вини підсудного у вчиненні злочину»⁴.

Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист тягнуть за собою кримінальну відповідальність за ст. 374 КК України.

Аналіз вітчизняного законодавства, змін, внесених до нього в останні роки, дозволяє відзначити загальну тенденцію на всебічне розширення процесуальних можливостей суб'єктів, які здійснюють функцію захисту.

Особа, відносно якої порушено кримінальну справу, підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений неспроможні самостійно реалізувати свої процесуальні права через стан пригніченості, психологічний шок, викликаний фактом взяття під варту, пред'явленням обвинувачен-

¹ Див.: Офіц. вісник України. – 2000. – № 44. – Ст. 1910.

² Див.: Європейська конвенція з прав людини. – К., 1998; Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М., 2002. – С. 212; Руководство по справедливому судопроизводству. – М., 2003. – С. 41; Святоцький О. Д., Михеєнко М. М. Адвокатура України. – К., 1997. – С. 181–187.

³ Див. також: Алейніков Г. А. Тактика захисту при перешкоджанні органів досудового слідства в допуску захисника до ведення справи // Адвокат. – 2004. – № 8. – С. 13.

⁴ Вісник Верхов. Суду України. – 2003. – № 11. – С. 36–38.

ня або засудженням чи юридичною необізнаністю, у зв'язку з ізоляцією від суспільства. Тому, на нашу думку, незважаючи на те що Європейська Комісія з прав людини¹ не відносить це до порушень Європейської конвенції з прав людини, будь-яке, навіть тимчасове, обмеження особи на спілкування з допущеним до участі у справі захисником є неприпустимим і має розцінюватися як істотне порушення закону.

Законодавство України не містить будь-яких обмежень відносно прав захисника на побачення з підзахисним в умовах конфіденційності або кількості побачень та їх тривалості (ст. 48 КПК)². Така позиція законодавця цілком пояснюється прагненням максимально забезпечити право особи на захист, зберегти таємницю взаємовідносин адвоката з підзахисним. Однак стосовно того, що захисник, зловживаючи своїми правами, вчиняє дії, котрі перешкоджають встановленню істини по справі, спрямовані на затягування розслідування або судового розгляду справи, в КПК України існує тільки одна норма, спрямована на припинення цих протиправних дій захисника, — ч. 4 ст. 61, ст. 61¹ КПК України, відповідно до якої захисник повинен бути відсторонений від участі у справі.

Аналізуючи положення зазначених статей КПК України, можна зробити висновок про те, що законодавець сформулював оціночне поняття. Причому в усіх випадках, коли законодавець включає до складу правової норми оціночні поняття, він виходить з презумпції одноманітних уявлень правотворчого органу й органу, що застосовує цю норму права. Однак положення, що містяться в ч. 4 ст. 61 КПК України, можуть неоднозначно тлумачитися органами, що ведуть кримінальний процес, і особами, які здійснюють захист, що об'єктивно зумовлено характером виконуваних ними функцій. На це неодноразово зверталася увага в юридичній літературі³. Адвокат повинен вести принциповий, безкомпромісний захист, руйнуючи штучно створене обвинувачення. Юридичні поради підзахисному в рамках виробленої позиції у справі можуть бути

¹ Ліквідація в ході реформування Європейської Комісії з прав людини та створення Європейського Суду з прав людини в 1998 р. не припиняють значення створених Єврокомісією прецедентів (див.: *Вільдхабер Л.* Прецедент в Європейському Суде по правам человека // *Європейський судовий вестник*. – М., 2001. – С. 12).

² Проект КПК України (станом на липень 2005 р.) у ст. 55 в цієї частині по суті відтворює положення ст. 48 чинного КПК України.

³ Див., напр.: *Гловацький І. Ю.* Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навч. посіб. – К., 2003. – С. 133; *Капліна О.* Проблеми забезпечення адекватності тлумачення частини 4 статті 61 Кримінально-процесуального кодексу України при усуненні захисника від участі у кримінальній справі // *Юридична Україна*. – 2005. – № 8. – С. 59–63; *Шило О., Капліна О.* Професійний захист як гарантія забезпечення прав і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві // *Вісник Академії правових наук України*. – 2003. – № 1. – С. 133–134.

розцінені як зловживання наданими правами. Прагнення захистити «честь мундира», небажання визнавати свої помилки, тенденційність здатні породити у дізнавача, слідчого, прокурора думку про «перешкодження адвокатом встановленню істини», що відповідно до закону тягне за собою усунення захисника від участі у справі.

На нашу думку, відсторонення захисника від участі у справі має стати крайнім, виключним заходом, який паралельно супроводжується низкою гарантій прав захисника, закріплених у законі. Так, КПК України слід доповнити положенням про необхідність погодження подання слідчого про усунення захисника від участі у справі з прокурором чи особисте внесення останнім такого подання до суду або можливість оскарження прокурору постанови слідчого про усунення захисника від участі у справі та рішення суду про усунення захисника в апеляційному порядку. Також треба розробити конкретні критерії протиправної поведінки захисника, наявність яких може стати підставою усунення його від участі у справі. Це слугуватиме гарантією додержання прав учасників кримінального судочинства та перешкоджатиме суб'єктивізму і зловживанням.

З метою запобігання протиправним діям захисника під час побачень з підзахисним, який утримується під вартою, у законодавстві деяких держав містяться норми, спрямовані на обмеження конфіденційності спілкування. Наприклад, відповідно до ст. 73 КПК Польщі тимчасово заарештований вправі мати побачення зі своїм захисником віч-на-віч, а також право листування з адвокатом. Прокурор вправі у виключних випадках зробити застереження, що при зустрічах адвоката з підозрюваним може бути присутня інша особа¹.

З цього приводу Європейський Суд з прав людини у справі Кемпбелл і Фелл проти Великої Британії від 28 листопада 1991 р. висловив таку позицію: «У деяких виключних випадках» держава може обмежити приватний характер консультацій, якщо є підстави підозрювати, що адвокат зловживає своїм професійним становищем, діючи у змові з підзахисним по прихованню або знищенню доказів або в інші способи серйозно перешкоджаючи здійсненню правосуддя².

Відповідно до ст. 93 Мінімальних стандартів правил поводження з ув'язненими «побачення ув'язненого з його юридичним радником повин-

¹ Див.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz // Pod redakcją prof. Piotra Hofmanskiego. – 2 wydanie Tom I. – Warszawa, – 2004. – С. 377–380.

² Див.: Гомиен Д. Путеводитель по Европейской конвенции о защите прав человека. – Совет Европы, 1994. – С. 40. Див. також: Гомиен Донна, Харрис Дэвид, Зваак Лео. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и политика. – М., 1998. – С. 249–250.

ні відбуватися на очах, але за межами чутності співробітників поліції або тюремних органів»¹. Основні положення про роль адвокатів, прийняті на VIII Конгресі ООН по запобіганню злочинам (серпень 1990 р.), також підкреслили можливість присутності сторонньої особи в процесі консультацій з адвокатом, які можуть відбуватися в полі зору, проте з виключенням можливості чути уповноваженими посадовими особами². На правомірність такого підходу вказав і Європейський Суд з прав людини у справі С., підкресливши, що право обвинуваченого спілкуватися зі своїм адвокатом поза межами чутності третьої особи є однією з основних вимог справедливого судового процесу в демократичному суспільстві й впливає з положень п. 3 ст. 6 Європейської конвенції з прав людини³.

Оскільки діяльність захисника в кримінальному судочинстві й надалі регулюється в найзагальніших рисах, без конкретизації повноважень і відповідальності, чіткого визначення критеріїв законності, етичності, а тактика й методика захисту значною мірою мають ненормативне підґрунтя, також враховуючи позицію Європейського Суду з прав людини, практику інших держав, ми вважаємо, що до національного законодавства може бути включене положення, яке обмежує, у певних випадках, конфіденційність побачення захисника зі своїм підзахисним. Ця норма допомогла б правовими засобами нейтралізувати незаконну поведінку недобросовісних адвокатів і разом з тим відстрочила б застосування слідчим положень ч. 4 ст. 61 КПК України, яка спрямована на відсторонення захисника від участі у справі.

На наш погляд, така новела має міститися у КПК, оскільки, як підкреслив Конституційний Суд РФ, саме законодавець «... при врегулюванні права на допомогу адвоката (захисника), яке належить до основних прав і свобод людини і громадянина, повинен встановити в кримінально-процесуальному законі всі найважливіші елементи даного права, включаючи умови й порядок його реалізації, зокрема, умови й порядок надання адвокату побачень з обвинуваченим (підозрюваним), оскільки таке регулювання безпосередньо стосується самої сутності кримінально-процесуальних відносин, у тому числі в частині реалізації функцій захисту обвинуваченим та його адвокатом, а також, оскільки воно пов'язане зі встановленням меж здійснення даного права, тобто можливими його обмеженнями, і знаходження розумно-

¹ Международные акты о правах человека. Сборник документов. – С. 208–209.

² Див.: Михеєнко М. М., Святоцький О. Д. Вказ. праця. – С. 184.

³ Див.: Гомьєн Донна, Харрис Девид, Зваак Лео. Вказ. праця. – С. 249–250.

го балансу різних конституційно захищених цінностей конкуруючих прав і законних інтересів»¹.

Таким чином, у наведеній цитаті Конституційний Суд РФ висловив по меншій мірі дві свої позиції. По-перше, про те, що всі найважливіші елементи, які забезпечують право на захист, повинні бути закріплені в законі; по-друге, що законодавчо можливе встановлення меж здійснення цього права зі знаходженням «розумного балансу» між цінностями, що конституційно захищаються.

Інформація про незаконну поведінку адвоката під час побачення з підозрюваним, обвинуваченим, підсудним (засудженим), який утримується під вартою, може бути одержана слідчим з різних джерел, зокрема з показань свідків, потерпілих чи інформації, одержаної від посадових осіб Державного департаменту України з питань виконання покарань.

У РФ, наприклад, згідно з Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів кримінально-виконавчої системи Міністерства юстиції Російської Федерації, затвердженими наказом міністра юстиції РФ від 12 травня 2000 р., спроба захисника передати в ході побачення підзахисному дані, які можуть перешкодити встановленню істини в кримінальній справі чи сприяти вчиненню злочину, веде до дострокового припинення побачення й направлення адміністрацією СІЗО матеріалів перевірки за таким фактом до колегії адвокатів для вирішення питання про відповідальність адвоката, який припустився порушення з наступним повідомленням адміністрації СІЗО².

Недолік такого положення полягає в тому, що на посадових осіб виконавчої системи Міністерства юстиції РФ не покладається обов'язок повідомити слідчому, який веде провадження по кримінальній справі, про незаконні дії адвоката, що, на наш погляд, повинно бути враховано законодавцем.

На підставі проведеного нами дослідження можна запропонувати таке доповнення до ст. 48 КПК України: «За наявності достатніх підстав вважати, що при конфіденційності побачень захисника з підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, який утримується під вартою, захисником можуть бути вчинені дії, що суперечать законодавству України, з метою

¹ Постановление Конституционного Суда РФ № 14 – II «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в статьях 47 и 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и пункте 15 части второй статьи 16 Федерального Закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А. П. Голомидова, В. Г. Кислицина и И. В. Москвичева» от 25 октября 2001 г. // <http://www.ksrf.ru>

² Див.: Бюл. нормат. актов федерал. органов исполнит. власти. – 2000. – № 24. – С. 10–35.

перешкодити об'єктивному встановленню обставин кримінальної справи, особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор мотивованою постановою вправі обмежити конфіденційний характер побачень, які можуть бути проведені у присутності третьої особи, під її наглядом, але з виключенням можливості їх чути.

Постанова про обмеження конфіденційності побачень вручається захиснику, а також направляється начальнику місця попереднього ув'язнення.

Рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора про обмеження конфіденційності побачень може бути оскаржене вищому прокурору або до суду».

Відповідні зміни, що встановлюють правила проведення побачень в умовах обмеження конфіденційності, які провадяться у присутності третьої особи, під її наглядом, але з виключенням можливості їх чути, повинні бути внесені й до Закону України «Про попереднє ув'язнення», а також до Правил тримання осіб, взятих під варту, і засуджених у слідчих ізоляторах Державного департаменту України з питань виконання покарань.

Надійшла до редколегії 20. 05. 06

М. Галабала, ад'юнкт, Львівського юридичного інституту МВС України

Генезис загальної частини кримінального законодавства

У сучасній юриспруденції практика поділу нормативно-правових актів на загальну та особливу частини сприймається як належне. Однак визнанню такої практики загальновизнаною передувало її вибіркове застосування при розробленні окремих законодавчих актів. Поява перших кодексів, що містили поділ на загальну та особливу частини, була визначена наперед конкретними причинами і передумовами. Це повною мірою стосується і виділення таких двох найкрупніших структурних елементів у кримінальних кодексах.

Процес утворення загальної частини кримінального законодавства сягає своїми коріннями початків християнської ери існування людства. З'ясування історії, причин та передумов цього утворення дозволить