

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

О. Шило, доцент НЮА України,
О. Капліна, доцент НЮА України

Професійний захист як гарантія забезпечення прав і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві

Ступінь юридичної захищеності особи в суспільстві, розвиток правових механізмів забезпечення її законних інтересів належать до найважливіших показників його цивілізованості і демократичності. Правова держава не може бути реалізована поза принципом зв'язаності правами і свободами людини і громадянина, що пронизує всю її політико-правову надбудову.

Проблема гармонізації суспільних і особистих інтересів має особливе значення у сфері кримінального процесу, оскільки владним повноваженням органів, що здійснюють судочинство у справі, зумовленим необхідністю вирішення ними завдань боротьби зі злочинністю, повинні кореспондувати ефективні правові та інституційні механізми захисту учасників процесу від незаконного вторгнення в їх особисте життя, обмеження свободи і особистої недоторканності, застосування процесуального примусу.

У зв'язку з цим безумовно обґрунтованим є науковий і практичний інтерес до дослідження всього комплексу питань інституту захисту в кримінальному процесі для поглиблення знань у даній галузі процесуальної науки, вдосконалення кримінально-процесуального закону, законодавства про адвокатуру, стабільності слідчої і судової практики, а найголовніше — для створення дійового механізму захисту прав громадян, що залучаються в орбіту кримінального судочинства.

Особливої актуальності дана проблема набуває в умовах здійснення в Україні судово-правової реформи, основним завданням якої є створення сильної і незалежної судової влади, підняття на якісно новий рівень забезпечення гарантованих Конституцією України прав, зокрема права на судовий захист (ст. 55), оскільки рівень правосуддя в державі багато в чому визначає рівень захисту прав і свобод громадян у цілому.

Важливою гарантією забезпечення права на захист є участь захисника при провадженні по кримінальній справі, діяльність якого має соціальний характер, оскільки, будучи зорієнтованою на спростування обвинувачення, встановлення обставин, які пом'якшують відповідальність підзахисного, запобігання порушенню його конституційних прав, вона здійснюється в інтересах не тільки обвинуваченого (підозрюваного), а й правосуддя. У зв'язку з цим є доцільним проаналізувати останні нововведення Кримінально-процесуального кодексу України, які регулюють порядок допуску захисника до участі в справі, здійснення ним своїх повноважень, а також обставини, що виключають його участь.

Відповідно до нової редакції ст. 44 КПК України як захисники допускаються три групи суб'єктів: особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні; інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи; близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники. Отже, порівняно із законодавством, що діяло раніше, коло осіб, які допускаються до участі в кримінальній справі як захисники, істотно розширено. Передбачивши дане положення в чинному КПК, законодавець тим самим імплементував відоме рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. у справі Солдатова Г. І. (справа про право вільного вибору захисника). Такий підхід до вирішення цього питання зазнає справедливої критики з боку практичних працівників і учених-юристів, оскільки в ході тлумачення конституційних норм «Конституційний Суд не може вийти за межі об'єктивованої волі законодавця — Конституції України. Відповідно до вимоги законності тлумачення не може вносити ніяких змін і доповнень до конституційних норм, що інтерпретуються»¹. Керуючись саме таким підходом, Конституційний Суд Російської Федерації при розгляді аналогічної справи не вдався до створення нових норм права, а обмежився вказівкою на те, що «...умови, професійні критерії і організаційно-правові форми, що забезпечують надання кваліфікованої юридичної допомоги в кримінальному процесі, визначаються законодавцем»².

Викликаючи здебільшого негативні оцінки, правова норма про допуск як захисників «інших фахівців у галузі права» разом з тим

¹ Тодыка Ю. М. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика — Х., 2001. — С. 192.

² Решения Конституционного Суда Российской Федерации по делам о проверке конституционности уголовного и уголовно-процессуального законодательства России / Сост. Н. Т. Ведерников и А. Н. Ткач. — М., 2002. — С. 124.

буквально відразу ж після її прийняття стала активно застосовуватися через значну кількість осіб, які бажають брати участь у кримінальному процесі. Слід зазначити, що в умовах відсутності будь-яких офіційних роз'яснень законодавства в цій частині склалася невинувато спрощена процедура їх допуску до кримінальної справи. На практиці особа, яка провадить дізнання, слідчий і суддя вимагають від особи, яка є фахівцем у галузі права і претендує на здійснення захисту по кримінальній справі, надання копії диплома; що свідчить про вищу юридичну освіту, і угоди з клієнтом або доручення юридичної особи. Аналіз п. 2 ч. 3 ст. 44 УПК, котрий закріплює, що повноваження фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи, підтверджуються угодою або дорученням останньої, дозволяє зробити висновок про те, що зазначені особи повинні надавати не тільки копію диплома, який свідчить про наявність спеціальної освіти (що, до речі, не знайшло відображення в цій статті закону, хоча, на наш погляд, ці особи повинні мати лише вищу юридичну освіту, оскільки відповідно до ст. 43 Закону України «Про освіту» підготовку осіб такого освітньо-кваліфікаційного рівня, як фахівці, забезпечують тільки вищі навчальні заклади III та IV рівнів акредитації), а й у випадках, коли допомога надається особисто та має систематичний характер, відповідні документи, що свідчать про її право займатися юридичною практикою, тобто документи, які підтверджують державну реєстрацію як суб'єкта підприємницької діяльності (згідно із Законом України «Про підприємництво»), що відповідає б і податковому законодавству України в частині, що стосується оподаткування фізичних осіб.

Перш ніж звернутися до аналізу чинного процесуального законодавства з даного питання, потрібно, на наш погляд, визначити критерії, відповідно до яких він повинен проводитися. Видається, що до їх числа можна віднести: нормативно закріплені вимоги професійного і етичного плану, що ставляться до захисника, зумовлені специфікою даної процесуальної функції, призначенням її в кримінальному процесі, а також уніфіковане правове регулювання процесуального статусу професійного захисника. Подальший розгляд участі як захисника у кримінальній справі адвоката і фахівця в галузі права і буде засновуватися на вищезгаданих критеріях.

Реалізація даної конституційної функції, характер здійснюваної захисником діяльності обумовлюють необхідність допуску до процесу висококваліфікованого фахівця, який володіє широкими професійними знаннями і навичками практичної роботи, а також додержується правил професійної етики.

Звернення до історії адвокатури показує, що вільною професією вона була лише на нижчих ступенях юридичного розвитку суспільства. «Подібне явище ми спостерігаємо у всіх некультурних і напівкультурних державах, у найдавніші епохи історії цивілізованих народів, у до-реформеній Росії...»¹ По суті, кожний громадянин, який мав ораторські здібності і бажання, міг надавати своїм співгромадянам деяку юридичну допомогу. Однак держави з розвинутою правовою системою ніколи не допускали абсолютної свободи доступу до адвокатської професії. І це цілком зрозуміло. Фундаментальна місія адвокатури — захист прав людини. Довірити її «захиснику з вулиці» означає скомпрометувати прогресивний, гуманний інститут публічного права. Вважаємо, ніхто не стане заперечувати істинність думки англійського адвоката Р. Гарріса, висловленої ним ще у другій половині ХІХ ст. з приводу компетентності захисника та її значення для успіху здійснюваної ним функції: «...не одна вірна справа була програна внаслідок недосвідченості і не одна безнадійна виграна — завдяки мистецтву адвоката»².

Відповідальне ставлення адвоката до виконання його кримінально-процесуальних обов'язків зумовлене високим соціальним призначенням адвокатури. Кримінальне судочинство являє собою високоорганізовану діяльність, здійснювану в інтересах особи і держави. Його принципи об'єктивно передбачають додержання в роботі адвоката вимог кримінально-процесуальної дисципліни. Чим активнішою є участь адвоката в кримінальному судочинстві і вищою його професійна дисципліна, тим глибше, повніше і послідовніше реалізовує він свої завдання. Сьогоднішній захисник-адвокат — це високопрофесійний фахівець. Усвідомленням цього факту проникнутий і підхід законодавців різних держав, що допускають до здійснення захисту у кримінальній справі високоосвічених професіоналів, які одержали спеціальну освіту, склали присягу. У деяких правових системах для адвокатів також передбачено віковий ценз, медичне свідоцтво про стан здоров'я, тривалі попередні строки стажування³.

¹ Васьковський Е. В. Организация адвокатуры // Адвокат в уголовном процессе: Учебное пособие под ред. проф. П. А. Лупинской / Сост. С. Н. Гаврилова. — М., 1997. — С. 41. Див. також: Святоцький О. Д., Михеєнко М. М. Адвокатура України: Навч. посіб. для студентів юрид. вищих навч. закладів і фак. — К., 1997. — С. 5; Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. — СПб., 1996. — С. 471.

² Гаррис Р. Школа адвокатуры // Адвокат в уголовном процессе. — С. 345.

³ Див.: Сучасні системи адвокатури / За ред. О. Д. Святоцького. — К., 1993; Филлимонов Б. А. Защитник в Германском уголовном процессе. — М., 1997; УПК ФРГ. — М., 1994. — Параграф 138 (КПК Німеччини допускає як захисників по кримінальних справах, крім адвокатів, викладачів права німецьких вищих навчальних закладів, презюмуючи, що вони є високопрофесійними фахівцями у галузі права); УПК Республіки Беларусь. — СПб., 2001. — Ч. 2. — Ст. 44; УПК Российской Федерации. Официальный текст. — М., 2002. — Ч. 2. — Ст. 49 тощо.

Розглядаючи наявність відповідних систем юридичної допомоги в державі як найважливішу гарантію, що забезпечує право доступу до правосуддя, Європейське співтовариство в Резолюції (78) 8 Комітету Міністрів про юридичну допомогу і консультації від 2 березня 1978 р. прямо вказало, що юридична допомога завжди повинна здійснюватися особою, яка має право практикувати як адвокат відповідно до юридичних норм даної держави.

Говорячи про професію адвоката, учені і практики часто порівнюють її з професією лікаря, в якій спеціальні знання, практичний досвід, етичні принципи, прагнення не тільки лікувати, а й вилікувати хворого є такими, що складають успіх лікарської діяльності, викликають довіру з боку пацієнта.

Особливого значення участь у справі кваліфікованого фахівця як захисника набуває в контексті принципу змагальності, тенденція до розширення якого спостерігається останнім часом. Закон ставить високі вимоги до професійних суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності (прокурора, судді), що, на наш погляд, передбачає такий саме вимогливий підхід і до рівня професійної підготовки захисника. Механізм же перевірки кваліфікації «інших фахівців у галузі права», на відміну від адвокатів, чинним законом не регламентований. Це, як справедливо зазначають фахівці, в деяких випадках відкриває можливість проникнення в кримінальний процес осіб, які не мають відповідних знань і досвіду, але прагнуть одержати чималі гроші, а разом з ними — «дух торгівлі і вседозволеності»¹.

Закріплений нині в законодавстві апеляційний і касаційний порядок перегляду вироків є досить складним і вимагає від захисника дійсно високої професійної підготовки. Кожна нова справа ставить перед адвокатом нові проблеми і завдання. Він є повноцінним учасником змагального процесу, і цей статус вимагає від нього максимальної віддачі, високого рівня кваліфікації, оволодіння складною тактикою здійснення захисту, творчого підходу до своєї професійної діяльності.

На захисника в кримінальному процесі покладаються зобов'язання не тільки правового, а й, як уже зазначалося, морального, етичного плану, пов'язані з його взаєминами з підзахисним, своїми колегами, судом та іншими учасниками судового процесу, органами досудового розслідування, адміністративної юрисдикції, іншими органами і особами, з якими він взаємодіє при здійсненні прийнятого захисту. Виняткове значення етичних принципів у діяльності захисника справедливо підкреслено у Зверненні 5-го з'їзду Спілки адвокатів Украї-

¹ *Маляренко В. Т.* Про сумні тенденції в розвитку інституту захисту в Україні // Адвокат. — 2001. — № 1-2. — С. 6.

ни у зв'язку з вищезгаданим рішенням Конституційного Суду України¹. Адвокати відмічають, що відповідно до Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи № 12 (2000) 21 від 25 жовтня 2000 р. «Про свободу здійснення професії юриста» особи, які допускаються до участі в справі як захисники, повинні діяти в межах додержання кодексів адвокатської етики (і особливо — принципу конфіденційності) із застосуванням дисциплінарних заходів у разі її порушення.

Слід зазначити, що, допустивши до здійснення захисту в кримінальній справі «інших фахівців у галузі права» і тим самим надавши їм статус захисника та, як наслідок, — однакові з адвокатами процесуальні права, законодавець не поклав на них ті ж обов'язки, що й у адвокатів, і не передбачив для цих осіб відповідної відповідальності за неналежне їх виконання. Так, високі вимоги етичного плану, принципи професійної етики, що мають фундаментальне значення при здійсненні захисту, сформульовані і ставляться тільки до захисника-адвоката. Дисциплінарна відповідальність за невиконання або неналежне виконання захисником процесуальних обов'язків також встановлена тільки для адвокатів (ч. 5 ст. 61¹ КПК). Навіть у разі порушення вимог закону про нерозголошення відомостей, повідомлених довірительом у зв'язку з наданням юридичної допомоги, «інші фахівці у галузі права» не можуть бути покарані в дисциплінарному порядку і несуть лише моральну відповідальність перед підзахисним, суспільством і своєю совістю.

Положення закону про обов'язкову участь захисника у випадках, передбачених ст. 45 КПК, також звернене лише до адвокатів, оскільки згідно з ч. 3 ст. 47 КПК «вимога особи, яка провадить дізнання, слідчого, суду про призначення захисника є обов'язковою для керівника адвокатського об'єднання». Тим часом у вже згаданій Резолюції (78) 8 Комітету Міністрів Ради Європи про юридичну допомогу і консультації сказано, що надання юридичної допомоги повинно розглядатися не як акт милосердя до незаможних, а як зобов'язання, що лежить на всьому суспільстві у цілому.

Одним з основних положень захисту по кримінальних справах є недопустимість відмови захисника від прийнятого захисту. Таке правило було прямо закріплене в попередній редакції ст. 48 КПК. Нова редакція ч. 7 даної статті передбачає можливість відмови захисника-адвоката від виконання своїх обов'язків у двох випадках: коли є обставини, які відповідно до ст. 61 КПК виключають його участь у справі, і коли він свою відмову мотивує недостатніми знаннями або некомпетентністю. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне відзначити

¹ Див.: Адвокат. — 2001. — № 3. — С. 12.

низку положень, що мають, на наш погляд, принциповий характер. Вказані підстави відмови від прийнятого захисту передбачені тільки для адвоката, що при буквальному тлумаченні даної правової норми дозволяє дійти висновку про те, що захисник — «інший фахівець у галузі права» може відмовитися від захисту і в інших випадках, що в свою чергу прямо суперечить інтересам захисту підозрюваного, обвинуваченого, підсудного і спричиняє негативні наслідки як для реалізації конституційного права на захист, так і для здійснення правосуддя в цілому, оскільки участь захисника в кримінальному процесі є привілеєм не тільки самого обвинуваченого, а й правосуддя.

Справедливі нарікання викликає і редакція п. 1 ч. 7 ст. 48 КПК, який надає захиснику право, але не ставить за обов'язок, відмовитися від прийнятого захисту, тоді як назва ст. 61 КПК «Обставини, що виключають участь у справі захисника» звучить імперативно.

На особливу увагу заслуговує п. 2 ч. 7 ст. 48 КПК, що дає право захиснику-адвокату відмовитися від виконання своїх обов'язків унаслідок «недостатніх знань чи некомпетентності». У зв'язку з цим викликає подив позиція законодавця, що ставить під сумнів рівень професійних знань і компетентність саме адвоката. На наш погляд, даний мотив відмови суперечить Закону України «Про адвокатуру», що передбачає як одну з основних умов доступу до професії складання кваліфікаційного іспиту, і Правилам адвокатської етики, ст. 20 яких передбачає, що у разі, коли для досягнення рівня компетентності, необхідного для належного виконання доручення, адвокату потрібна спеціальна підготовка, що виходить за межі звичайної підготовки до справи і вимагає значного часу через відсутність у адвоката спеціальних знань законодавства, яке має бути застосоване в цьому випадку, або досвіду ведення відповідної категорії справ, адвокат зобов'язаний до укладення угоди з клієнтом попередити його про необхідність такої підготовки. Крім того, адвокат не повинен брати доручення на надання правової допомоги, якщо він через свою зайнятість не зможе забезпечити належну сумлінність виконання доручення, досконалість, ретельність підготовки, оперативність виконання доручення, крім випадків, коли відмова взяти доручення в конкретній ситуації може призвести до істотного порушення прав і законних інтересів клієнта. У будь-якому разі до укладення угоди з клієнтом адвокат зобов'язаний попередити його про труднощі і можливі негативні наслідки для результатів виконання доручення, пов'язаних з обсягом зайнятості даного адвоката¹. Стаття

¹ Див.: Правила адвокатской этики // Уголовно-процессуальный кодекс Украины с постанетейними матеріалами (с изменениями и дополнениями на 5 июня 2000 года). — Х., 2000. — С. 270.

41 цих же Правил допускає розірвання адвокатом угоди в односторонньому порядку, але воно можливе лише за наявності певних підстав, пов'язаних з неналежною поведінкою самого підзахисного. Йдеться про ті випадки, коли клієнт просить або навіть настійно вимагає від захисника йти проти закону, використати незаконні методи здійснення захисту. В цій ситуації згідно із законом захисник не може скласти з себе відповідні повноваження. В юридичній літературі вже ставилися і обговорювалися питання правди і неправди при здійсненні захисту¹, але законодавчого вирішення в національному праві вони так і не одержали. Вважаємо, що, внісши відповідні зміни до КПК, український законодавець не тільки зробить прогресивний крок стосовно вдосконалення процесуального становища захисника, а й надасть дисциплінуючого впливу на підозрюваного або обвинуваченого.

На критичну оцінку заслуговує ч. 4 ст. 44 КПК, яка регулює момент допуску захисника до участі у справі і встановлює, що захисник допускається в будь-якій стадії процесу. Буквальне тлумачення дозволяє досить широко інтерпретувати це положення. Разом з тим є необхідність при тлумаченні норми, що розглядається, використати системний підхід і, зокрема, враховувати положення ст. 45, ч. 2 ст. 107, ст. 140 КПК України, що значно конкретизує сферу застосування правила про момент допуску захисника до участі у справі. Аналіз проекту КПК (станом на липень 2002 р.) дозволяє більш точно вловити ту думку, яку хотів передати правозастосовувачам законодавець, встановлюючи, що захисник допускається до участі у справі на будь-якій стадії процесу, але не раніше моменту визнання особи підозрюваним або пред'явлення їй обвинувачення.

На жаль, у чинному КПК знову не враховано положення про необхідність допуску захисника до участі у справі, якщо вона порушена не за фактом вчинення злочину, а щодо конкретної особи (ч. 2 ст. ст. 98, 98¹ КПК). Здійснення кримінального переслідування даної особи, процесуальний статус якої на сьогоднішній день законом, як і раніше, не врегульований, спричиняє необхідність вжиття адекватних заходів, спрямованих на захист її інтересів, додержання загальноправового принципу рівності громадян перед законом і судом. Це має особливе значення, коли щодо зазначеної особи здійснюються заходи процесуального примусу (обшук, огляд, примусова виїмка тощо). Залучення захисника до участі у справі з моменту її порушення в цьому разі сприятиме критичній оцінці рішень, що приймаються слідчим, допоможе запобігти обвинувального ухилу в діяльності

¹ Див.: Полянський Н. Н. Правда и ложь в уголовной защите. — М., 1927.

органів, що ведуть процес, встановити істину. Вже одна можливість захисту на більш ранній стадії кримінального процесу надає більшої довіри до діяльності слідчого і, можливо, надалі дозволить уникнути протиправного застосування заходів кримінально-процесуального примусу або засудження. Вважаємо, що у законодавця немає об'єктивних перешкод до того, щоб позитивно вирішити питання про допуск захисника на досудове слідство по всіх кримінальних справах з моменту їх порушення відносно конкретної особи.

Привід для серйозних роздумів дає ч. 3 ст. 61 КПК, яка закріплює, що не може бути захисником особа, яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини у справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок у судовому засіданні чи не виконує розпоряджень головуючого під час судового розгляду справи. У цьому разі ми впритул стикаємося з такими поняттями, як свобода поведінки адвоката і процесуальна дисципліна. Розглядаючи їх зміст, важливо зазначити, що це цілий комплекс відносин, зв'язків і проявів, що включає в себе процесуально узаконені повноваження адвоката як учасника кримінального судочинства, вимоги процесуальної дисципліни і вільне виявлення кожним адвокатом своєї позиції, яка сформувалася по конкретній справі. Особливих труднощів проблема, пов'язана з відводом захисника, який порушує процесуальну дисципліну, не викликає. Кримінально-процесуальний закон, закони України «Про адвокатуру», «Про попереднє ув'язнення» та інші містять правила поведінки, імперативні вимоги, виконання яких є одночасно законним і моральним обов'язком захисника. Порушення прямих вказівок закону повинно тягти за собою застосування санкцій з боку державних органів, що ведуть процес. Однак між свободою поведінки адвоката, свободою формування його позиції у справі і жорсткими вимогами процесуальної дисципліни можуть виникнути серйозні суперечності. Дуже важливо, щоб творчий підхід адвоката, його ініціативність і непримиренність, тактика і стратегія, наполегливість і сміливість не були сприйняті як зловживання своїми правами. У кримінальному процесі зіштовхуються полярні інтереси, різні погляди слідчого і адвоката на одні і ті ж самі факти, відбувається «боротьба думок», суджень, уявлень. Процесуальний закон при всій його суворості не виключає неоднозначності тлумачення окремих норм, містить оціночні поняття, що обумовлює можливість виникнення конфліктної ситуації між слідчим і захисником.

Адвокат може вести принципівий, безкомпромісний захист, руйнуючи штучно створене обвинувачення. Юридичні поради підза-

хисному в рамках виробленої позиції у справі можуть бути розцінені як зловживання своїми правами. Прагнення захистити «честь мундира», небажання визнавати свої помилки, тенденційність здатні породити у дізнавача, слідчого, прокурора ідею про перешкоджання адвокатом встановленню істини.

Актуальним з огляду на це видається проблема розробки законодавцем більш чітких критеріїв, які можуть лягти в основу відсторонення захисника від участі у справі. Важливою гарантією додержання прав захисника могли б стати доповнення КПК положенням про необхідність узгодження подання слідчого про відсторонення захисника з прокурором або особисте внесення останнім такого подання, а також можливість оскарження рішення суду, винесеного щодо цього питання.

Надійшла до редколегії 02.12.02

М. Салтєвський, професор НЮА
України

Інформаційне забезпечення досудового слідства: теоретичний аспект

Досудове слідство — найважливіша стадія в кримінальному судочинстві. Її допустимо інтерпретувати двома сторонами діяльності: процесуальною та криміналістичною. Процесуальна сторона розкриває кількісні та якісні характеристики доказів, а головне — їх процесуальну форму: особистісну або речову. Тут слідча, організаційна та оперативна діяльність характеризується переважно інтелектуальними діями і технологічними прийомами прогнозування, версіювання, планування, розкриття і розслідування злочину взагалі та окремих слідчих дій.

Процесуальна сторона досудового слідства регламентує правове поле оперування засобами доказування, їх збирання, закріплення, дослідження і подання на досудовому слідстві. Вона розкриває пізнавальний характер процесуальної діяльності, в якій домінують головним чином логічні засоби розумової праці. Тому технічна сторона засобів діяльності залишається ніби в тіні, є такою, що сама по собі розуміється, оскільки інтелектуальні засоби мають неуречевлену форму знярядь праці.