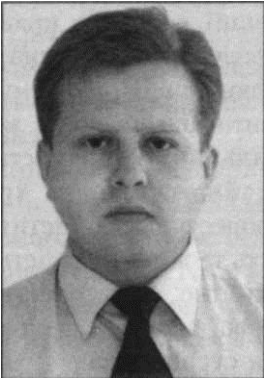


Маланчук, П. М. Юридичний механізм. Реалізації права на захист у кримінальному процесі: проблеми і практика [Текст] / П. М. Маланчук // Прокуратура, людина, держава. - 2004. - № 9. - С. 87-94.



Юридичний механізм

Реалізації права на захист у кримінальному процесі:
проблеми і практика

Реальне забезпечення прав і свобод людини є одним із напрямів докорінних перетворень українського суспільства, пріоритетом у подальшій розбудові України як демократичної, соціальної, правової держави.

Петро МАЛАНЧУК, старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін Української академії банківської справи (м. Суми)

Невипадково, що однією з фундаментальних ознак правової держави вважається наявність системи ефективних юридичних засобів реалізації й захисту прав особи, котрі гарантують правову захищеність людини й громадянина. У зв'язку з цим певну стурбованість як у колах учених-правознавців, так і серед широких верств громадськості викликає проблема боротьби зі злочинністю та пов'язана з цим процесуальна діяльність державних органів. Причини цього полягають, по-перше, у спрямованості такої діяльності на боротьбу з найбільш небезпечними антигромадськими проявами — злочинами; по-друге, у ні з чим незрівнянних можливостях втручання в особисте життя окремих громадян; по-третє, у суттєво обмеженому потенціалі громадського контролю за ходом і наслідками її здійснення¹.

Саме виходячи з наведених підстав, проблема забезпечення прав і свобод людини у кримінальному судочинстві є вельми актуальною і потребує ретельного дослідження, хоча їй раніше приділяли увагу багато дослідників, зокрема Т. Варфоломеєва, І. Гловацький, Я. Зейкан, В. Лазарева, В. Маляренко, Є. Мізулін, І.

Петрухін, М. Сірий, В. Трофименко та інші. В юридичній науці сформована парадигма, згідно з якою кримінальний процес як вид державної діяльності є засобом реалізації державної функції захисту прав і свобод людини і громадянина. "Реальна можливість здійснення, а також захисту основних прав людини, в тому числі й права на захист кожною конкретною особою, забезпечується, — наголошує В. Лазарева, — насамперед юридичними механізмами певної держави"².

Розглядаючи юридичний механізм забезпечення прав людини як систему ефективних юридичних засобів реалізації, охорони й захисту її прав, у цій статті маю за мету перш за все визначити роль у цьому національного законодавства, яке регламентує процедуру реалізації й охорони прав особи, дати характеристику цього законодавства на сучасному етапі й зрештою внести пропозиції щодо його вдосконалення.

За класифікацією О. Святоцького, національне законодавство становить перший елемент юридичного механізму забезпечення прав людини¹. Важливість цього елемента і його провідну роль підкреслює О. Яновська, визначаючи, що основними гарантами прав людини мають бути національне законодавство та сама держава, на території якої проживає особа. Тому особливого значення набуває визнання й закріплення у національному законодавстві основних прав людини відповідно до міжнародно-правових актів та гарантій їх реалізації⁴.

Стаття 3 Конституції України проголошує людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищими соціальними цінностями. Держава бере на себе обов'язок забезпечення прав і свобод людини. З цим обов'язком держави пов'язане право кожного вимагати від органів державної влади захисту його прав і свобод.

Реалізація цих концептуальних положень пов'язана з необхідністю відтворення у чинному кримінально-процесуальному законодавстві змісту конституційних гарантій і рецепції до нього правових норм, присвячених захистові прав і свобод людини. При цьому має бути акцентоване право на захист у кримінальному судочинстві як один з найважливіших кримінально-процесуальних

інститутів, стабільність та життєздатність котрого предметно характеризує рівень правової держави, демократії і культури суспільства.

Нормами кримінального судочинства регламентуються права і свободи суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, зокрема тих, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування, насамперед підозрюваного, обвинуваченого й підсудного.

За загальним правилом, забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист полягає у тому, що вони як учасники процесу наділені такою сукупністю процесуальних прав, використання яких дозволяє їм особисто захищатися від підозри чи обвинувачення у вчиненні злочину, обстоювати свої законні інтереси, надає згаданим особам право скористатися юридичною допомогою захисника; покладає на особу, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, суддю й суд обов'язок до першого допиту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного роз'яснити їм право мати захисника і класти про це протокол, надати 4 можливість захищатися встановленими законом засобами від пред'явленого обвинувачення, забезпечити охорону їхніх особистих майнових прав (ст. 21 Кримінально-процесуального кодексу (КПК) України), а також забезпечити безпеку підозрюваному, обвинуваченому, захиснику, законному представнику, членам сімей та близьким родичам цих осіб (ст. 2 Закону України від 23 грудня 1993 р. «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві»⁵).

Порівняльно-правовий аналіз норм чинного кримінально-процесуального закону дає підстави для висновку про суттєву невідповідність процесуальних гарантій права на захист вимогам Конституції України. Визначилась певна звуженість кола питань, означених в Основному Законі держави, але не розвинутих у нормах КПК. Можна відзначити невідповідність чинного правового регулювання забезпечення гарантій прав і свобод особи у кримінальному судочинстві нагальним потребам правосуддя.

Частина 1 ст. 29 Конституції проголошує право людини на свободу. Це зокрема означає, що людина може бути піддана обмеженням, пов'язаним із застосуванням таких примусових заходів, як затримання, арешт або позбавлення

волі тільки за вмотивованим рішенням суду, і її не можна утримувати під вартою поза встановлені строки.

Частина 4 ст. 29 Конституції передбачає право затриманого у будь-який час оскаржити у суді своє затримання.

Вартою уваги є думка Л. Черечукіної про те, що оскарження як таке навряд чи здатне гарантувати додержання принципу законності при затриманні. Воно взаємопов'язане з наданням можливості з моменту затримання захищати себе особисто і користатися правовою допомогою захисника, а також з можливістю знати про мотиви затримання, одержати роз'яснення щодо своїх прав⁶

Закон зобов'язує дізнавача, слідчого, головуєчого по справі в судовому засіданні своєчасно роз'яснювати підозрюваному, обвинуваченому, підсудному його право скористатися допомогою професійного захисника. Але, як наголошують окремі автори, на практиці ця норма добросовісно виконується лише в поодиноких випадках, коли право на допомогу захисника доводиться просто, зрозуміло, з правдивим роз'ясненням, що відсутність у особи коштів на оплату послуг адвоката не може бути підставою для відмови у забезпеченні захисником за призначенням⁷.

Бажання мати захисника або відмовитися від нього — право затриманого і гарантія свободи його волевиявлення. Проте відсутність захисника у період затримання загалом негативно позначається на ефективності оскарження процесуальних рішень слідчого. З урахуванням цього скарга затриманої особи на підстави й порядок затримання, підготовчі дії до оскарження навряд чи можуть бути юридично грамотними. Відносно короткий термін затримання і фактичне позбавлення затриманого права знати мотиви рішення слідчого до того ж істотно знижують дієвість оскарження.

З огляду на викладене права підозрюваного, передбачені ст. 106 КПК, не можуть бути визнані як такі, що повністю відповідають ч. 4 ст. 29 Конституції.

Не впливає на вирішення питання і покладений на слідчого ст. 106 КПК обов'язок складати протокол із вказівкою підстав, мотивів, дня, місяця, року, часу, місця затримання і пояснень затриманого. Велика кількість відомостей, що підлягають відображенню у ньому, зводить необхідність мотивувати підстави

затримання до розряду відомостей другорядного характеру. Не можна не враховувати і психічний стан особи у момент затримання, який не сприяє зваженому сприйняттю нею обставин затримання, у тому числі й мотивів.

Усе це в сукупності позбавляє означену особу можливості аргументованого оскарження рішення слідчого про затримання.

Для запобігання вказаним порушенням і обмеженню прав фактичних підозрюваних на захист уявляється необхідним у чинному законодавстві розширити поняття підозрюваного, зазначивши, що ним визнається також особа, щодо якої порушена кримінальна справа, і особа, яка явилася з повинною. Право на захист гарантується з моменту порушення кримінальної справи щодо конкретної особи, її фактичного затримання, арешту чи пред'явлення обвинувачення і є обов'язком суду, прокурора, слідчого і дізнавача в присутності адвоката роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому, підсудному його законні права.

З цього приводу слушно наголосити на важливості дотримання органами дізнання та досудового слідства вимог ч. 4 ст. 106 КПК щодо вручення затриманому копії протоколу з переліком його процесуальних прав.

Конституція гарантує підозрюваному, обвинуваченому і підсудному право на захист (ч. 2 ст. 63). Цим суб'єктам кримінального процесу надається право на юридичну допомогу, в тому числі у випадках, передбачених законом, — на безоплатну (ст. 59). Складовою частиною права на захист підозрюваного, обвинуваченого і підсудного є їх право користатися послугами захисника.

До недавнього часу згідно з регламентованою КПК України концепцією кримінального судочинства як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускалися особи, які мають свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, а за згодою підсудного — близькі родичі, опікуни або піклувальники (ч. 1 ст. 44 КПК).

21 листопада 2000 р. Конституційний Суд України ухвалив Рішення у справі за зверненням громадянина Г. Солдатова щодо офіційного тлумачення ст. 50 Конституції, ст. 44 КПК, ст. ст. 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КпАП), визнавши неконституційним положення ч. 1 ст. 44 КПК,

згідно з яким обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця в галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Ця новела викликала досить активну наукову дискусію. Критикуючи це Рішення і вбачаючи в ньому тенденцію до дискредитації правосуддя, В. Маляренко наголошує: "Більш того, окремі державні структури під красивими гаслами захисту прав людини лобіюють подальше звуження ролі й значення адвокатури..."⁸.

Досить цікавою, на мій погляд, є позиція щодо означеної проблеми окремих адвокатів-практиків. На думку В. Агеєва, "узаконюючи як захисника особу, що не є адвокатом, ми позбавляємо обвинуваченого права вимагати, аби його захищав саме адвокат. Якщо ж захист здійснював не адвокат, обвинувачений позбавляється права посилатися на те, що його право на захист було порушено". Слушним вважається висновок автора, що Рішення Конституційного Суду, з одного боку, надає можливість слідчим і судовим органам залучати як захисників осіб, які не пов'язані нормами адвокатської етики, без належних гарантій конфіденційності й професіоналізму. З іншого боку, з'являється можливість тиску з боку слідства на таких осіб, оскільки слідчий, прокурор чи суд у будь-який момент можуть відвести такого захисника від участі в справі, мотивуючи це тим, що він "не є фахівцем у галузі права", оскільки рішення про допуск захисника до участі у справі приймають відповідно слідчий, прокурор, суд, а отже, за такого становища визначати, чи є юрист "фахівцем у галузі права", будуть саме вони. Будь-якої процедури спростування рішення щодо невизнання особи "фахівцем у галузі права" не передбачено⁹.

З наведеною позицією важко не погодитись, адже такий стан речей на практиці може спричинити суттєві порушення права підозрюваного або обвинуваченого на захист і правову допомогу. З іншого боку, у спеціальній літературі вченими і практикаками звертається увага на факти, коли за різних обставин, в тому числі й через недостатню кваліфікацію, брак необхідного для

підготовки до захисту часу, саме професійні адвокати йдуть на поведінку в слідчих органах¹⁰.

Як ефективний засіб правового захисту Конституційний Суд вказав у своєму Рішенні можливість здійснення захисту особи "фахівцем у галузі права". Але хто і за якими критеріями буде визначати коло осіб, що підпадають під визначення "фахівець"?

У деяких країнах Західної Європи, щоб уникнути монополії адвокатури у здійсненні захисту, до виконання функції захисту допускаються й інші особи, здатні її здійснювати на належному рівні. Наприклад, кримінально-процесуальний закон Німеччини передбачає, що як захисники можуть бути обрані, крім професійних адвокатів, викладачі права німецьких вищих навчальних закладів. Думаю, не викликає сумніву, що професор чи доктор юридичних наук є фахівцем у галузі права і здатен здійснювати ефективний захист прав особи в кримінальному процесі. Тому вважаю участь цієї категорії фахівців права цілком логічною і виправданою та пропоную на законодавчому рівні вирішити питання про визнання фахівцями у галузі права, крім адвокатів, викладачів права вищих навчальних закладів України і осіб, які мають науковий ступінь або наукове звання у галузі права, а також законодавчо закріпити можливість участі вказаних осіб як захисників обвинуваченого (підозрюваного, підсудного) на всіх стадіях кримінального процесу незалежно від того, займаються вони адвокатською практикою на постійній професійній основі чи ні.

У зв'язку з цим пропоную ст. 32 КПК доповнити пунктом наступного змісту:

"Захисник — фахівець у галузі права, яким визнається:

— адвокат, тобто особа, що має свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю;

— викладачі права вищих навчальних закладів України і особи, які мають науковий ступінь або наукове звання у галузі права".

Ця пропозиція співпадає з точкою зору вищого судового органу держави. Пленум Верховного Суду України в своїй постанові від 24 жовтня 2003 р. № 8 "Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному

судочинстві" зазначає, що при вирішенні питання про наявність у спеціалістів у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі слід також з'ясувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам, і визнає вірною практику тих судів, які через відсутність спеціального закону не допускають таких спеціалістів до здійснення захисту у кримінальних справах.

Окрему низку проблемних питань становить співвідношення гарантії права на захист з матеріальними можливостями підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного.

Існуюча норма, за якою відмова з таких підстав неприпустима і в разі неможливості підозрюваним (обвинуваченим, підсудним) оплатити послугу адвоката вони надаються за рахунок держави — недостатньо гарантовані як процесуально, так і організаційно. У протоколах про роз'яснення права на захист і про відмову від участі захисника слідчими і працівниками органів дізнання не вказуються такі мотиви, а тільки констатується факт відмови, при цьому не завжди особі роз'яснюється про можливість її звільнення від оплати юридичної допомоги через малозабезпеченість, тобто часто на практиці особа відмовляється від участі захисника, оскільки не знає досконало свого права на захист, і в подальшому провадженні у справі це практично ніким з посадових осіб, на яких покладається здійснення нагляду і контролю за провадженням досудового слідства (прокурором, начальником слідчого відділу, судьями), не з'ясовується.

На мою думку, саме в процедурі оплати послуг адвоката коріниться проблема альтернативи вільного вибору захисника у кримінальній справі, адже очевидно, що навряд чи особа, яка має достатньо коштів чи впевнена, що у разі її звільнення від оплати юридичної допомоги через малозабезпеченість держава спроможна компенсувати витрати адвокату, який здійснює захист за призначенням, довірить свою долю у вирішенні питання про винуватість чи невинуватість або меншу винуватість сумнівному "фахівцеві", який буде здійснювати захист за помірну плату, але без жодних гарантій. Так, жоден юрист, жоден фахівець у галузі права на відміну від адвокатів не має досить чітко визначених чинним законодавством

гарантій професійної діяльності в сфері надання правової допомоги громадянам у кримінальному судочинстві.

Але, зважаючи на досить низький рівень правової освіти населення, навряд чи багато хто з притягнутих до кримінальної відповідальності знає про наявність вказаних гарантій у адвокатів і відсутність їх у інших юристів.

У минулі роки, коли в Україні всі адвокати були об'єднані в колегії, цієї проблеми не існувало. Але з того моменту, як адвокатські об'єднання стали ліквідуватися чи кількісно зростати, коли в одному районі виникло по кілька адвокатських об'єднань, а значна кількість адвокатів втратила зв'язок з такими об'єднаннями, проблема призначення захисника в кримінальній справі стала однією з найгостріших проблем кримінального судочинства¹¹. І загострена вона насамперед тим, що постановою Кабінету Міністрів України від 14 травня 1999 р. № 821 "Про затвердження Порядку оплати праці адвокатів з надання громадянам правової допомоги в кримінальних справах за рахунок держави"¹ визначені надзвичайно низькі розміри оплати адвокатських послуг.

Адвокат, який має вищу юридичну освіту, досвід, добру професійну підготовку, вважає принизливим і образливим те, що його в оплаті праці прирівнюють до працівників найнижчої кваліфікації, найнижчої освіти, найнижчої значущості в суспільстві, і тому завжди знаходить спосіб уникнути участі в кримінальній справі за призначенням. З іншого боку, проблема загострена відсутністю в законі чіткої регламентації порядку призначення адвоката в кримінальній справі.

Стаття 47 КПК України передбачає призначення захисника через адвокатське об'єднання, але у особи, яка провадить дізнання, слідчого або суду фактично відсутні будь-які організаційно-розпорядчі функції та засоби впливу щодо адвокатів, які практикують приватним чином. Тому при вирішенні питання про призначення захисника з їх числа майже щоразу виникає тяганина¹³.

За наведених обставин, виходячи з того, що забезпечення права на захист є конституційним принципом і повинно гарантуватися державою, вбачається необхідним перш за все закріпити у КПК України норми, які б чітко встановлювали

коло осіб, які через малозабезпеченість мають право на послуги захисника безкоштовно за рахунок держави.

Крім того, лишається відкритою та достатньо неопрацьованою теоретично ідея створення адвокатських об'єднань на бюджетній основі, які могли б повноцінно виконувати функції захисту осіб у кримінальному судочинстві за призначенням органу досудового слідства чи суду за рахунок державних коштів, спростити порядок і суттєво підвищити розмір оплати праці захисників. Тривалий час серед юристів побутувала думка про те, що проблема може бути вирішена шляхом створення так званої муніципальної адвокатури. Але при збереженні існуючого принципу оплати праці адвоката за призначенням, без радикальних змін законодавства на підставі комплексного та взаємопов'язаного вивчення відносин у цій сфері проблема буде лише ускладнена.

Викладене не вичерпує розмаїття питань правозастосування, пов'язаних із реалізацією гарантій забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого та підсудного на захист від кримінального переслідування. Конституція України закріплює систему гарантій, спрямованих на забезпечення здійснення функції захисту, але нагальна потреба повного їх відображення у кримінально-процесуальному законодавстві та фактичного застосування у практичному судочинстві зумовлює першорядну необхідність їх подальшого наукового аналізу та обговорення.

¹ Див.: Конституционно-правовые проблемы формирования социального правового государства. — Минск, 2000. — С. 357.

² Лазарева В. А. Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. — Самара, 2000. — С. 44.

³ Див.: Святоцький О. Д. Адвокатура в юридичному механізмі захисту прав громадян: Автореф. дис... докт. юрид. наук. — Харків, 1995. — С. 11—15.

⁴ Див.: Яновська О. Система гарантій адвокатської діяльності — крок до громадянського суспільства // Право України. — 1996. — № 5. — С. 49.

⁵ Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 11. — Ст. 51.

- ⁶ Див.: *Черечукіна Л.* Оскарження до суду рішення про затримання підозрюваного // *Право України.* — 1998. — № 11. — С. 99.
- ⁷ Див.: *Гловацький І. Ю.* Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. — К., 2003. — С. 129.
- ⁸ *Маляренко В. Т.* Про сумнівні тенденції в розвитку інституту захисту в Україні // *Адвокат.* — 2001. — № 1—2. — С. 7.
- ⁹ Див.: *Агєєв В.* Не кожен фахівець спроможний стати адвокатом // *Закон і бізнес.* — 2001. — № 6. — 10—16 лютого.
- ¹⁰ Див.: *Либус Й. А., Нагорный П. Д.* Участие защитника на предварительном следствии (по материалам социологического исследования) // *Адвокатура и современность.* — М., 1987. — С. 68, 96—97.
- ¹¹ Див.: *Маляренко В. Т.* Хто може бути захисником обвинуваченого у кримінальній справі? (Окрема думка) // *Адвокат.* — 1997. — № 4. — О 42.
- ¹² Офіційний вісник України. — 1999. — № 20 . — Ст. 159.
- ¹³ Див.: *Кашугін М.* Стаття 47 КПК України потребує вдосконалення // *Право України.* — 1998. — № 9. — С. 56—58.

*Рекомендовано до друку кафедрою кримінально-правових дисциплін
Української академії банківської справи*