

УДК 343.121

<http://doi.org/10.5281/zenodo.400397>

© Павленко Т.А., 2016

**Т.А. Павленко**

## **ЩОДО УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

**Анотація.** У статті з урахуванням положень чинного Кримінального процесуального кодексу України проаналізовано питання щодо визначення кола осіб, які можуть брати участь у кримінальному провадженні у статусі захисника. Досліджено питання відповідності положень чинного КПК щодо процесуального положення захисника у кримінальному провадженні нормам Конституції України та міжнародним стандартам. З урахуванням вимог міжнародних правових актів щодо надання послуг захисника кваліфікованими особами, визначено, що є аргументованим залучення як захисника осіб, які є викладачами кримінального і кримінального процесуального права.

**Ключові слова:** Кримінальний процесуальний кодекс, кримінальне провадження, близькі родичі, адвокат, захисник.

**Аннотация.** В статье с учетом положений действующего Уголовного процессуального кодекса Украины проанализировано вопросы, касающиеся определения круга лиц, которые могут принимать участие в уголовном производстве в статусе защитника. Изучен вопрос соответствия положений действующего УПК касательно процессуального положения защитника в уголовном производстве нормам Конституции Украины и международным стандартам. С учетом требований международных правовых актов касательно предоставления услуг защитника квалифицированными лицами, определено, что является аргументированным привлечение в качестве защитника лиц, которые являются преподавателями уголовного и уголовного процессуального права.

**Ключевые слова:** Уголовный процессуальный кодекс, уголовное производство, близкие родственники, адвокат, защитник.

**Anotation.** In the article the issue of identifying persons who may participate in criminal proceedings in the status of defender according to the Criminal Procedure Code of Ukraine has analyzed. The question of the accordance the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine concerning the procedural provisions defense counsel in criminal proceedings to the Constitution of Ukraine and international standards has researched. It has determined that involvement as a defender professors of criminal and criminal procedural law is argumentatively according to requirements of international standards.

**Keywords:** Criminal judicial code, criminal production, near relation, advocate, defender.

**Постановка проблеми.** Прийняття Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) у 2012 році не зняло всіх дискусійних питань щодо процесуального положення захисника у кримінальному провадженні.

Процесуальне положення захисника у кримінальному провадженні – одна з найскладніших і найактуальніших проблем теорії і практики кримінального судочинства. Від правильного його застосування, відповідно до чинного кримінального процесуального законодавства, залежить вирішення багатьох конкретних питань, пов'язаних з участю захисника в кримінальному процесі, ефективного здійснення функції захисту прав і свобод особи [1, с. 36].

**Стан дослідження.** Питання процесуального становища захисника, організації і здійснення його професійної діяльності завжди активно досліджувалися вченими процесуалістами, серед яких варто відзначити таких, як, зокрема, М.О. Бакаєв, Т.В. Варфоломєєва, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, О. Капліна, Л.М. Лобойко, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, М.С. Строгович, М.А. Чельцов, О.Г. Яновська.

**Мета статті** полягає в тому, щоб здійснити правовий аналіз положень чинного КПК України, що стосуються процесуального положення захисника у кримінальному провадженні, ознайомитись із положеннями міжнародних стандартів права на захист і на представництво у судах, дослідити досвід іноземних держав щодо вирішення питання про те, хто може бути захисником у кримінальній справі. На підставі проведеного дослідження визначити шляхи вирішення проблемних питань, що стосуються визначення кола осіб, які можуть брати участь у кримінальному провадженні у статусі захисника.

**Виклад основного матеріалу.** Статтею 2 КПК України передбачено, що охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження є одним із завдань кримінального провадження. Складовою частиною забезпечення з боку держави захисту прав, свободі законних інтересів учасників кримінального провадження є існування у кримінальному процесуальному законодавстві права особи на вторинну правову допомогу і це право стосується осіб, які тією чи іншою мірою залучаються до орбіти кримінального провадження [2, с. 733]. Участь захисника є важливою гарантією забезпечення права особина захист у кримінальному судочинстві. Як зазначають О. Капліна та В. Маринів, діяльність захисника 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 [3, с. 214].

У своєму історичному розвитку інститут надання послуг обвинуваченому іншими особами проходить три етапи, на яких існували певні види захисту:

1) захист як представництво прав обвинуваченого, підставою для якого були сімейні і родинні стосунки (родовий захист). Цей захист повністю заміщав (витісняв) обвинуваченого;

2) захист як певне ремесло, що належить певній групі людей. Останні утворюють особливі цехи, члени яких пропонують свої послуги із захисту всім, хто його потребує (цеховий захист). На перший план тут виступають не завдання суспільного служіння, а лише вузькі особисті матеріальні інтереси;

3) захист як мистецтво, що здійснюється представниками вільної професії – адвокатами [4, с. 88].

Згідно з положеннями ч. 2 ст. 44 КПК України 1960 р. у випадках і в порядку, передбачених цим КПК, як захисники допускались близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники. Деякі науковці називають це юридичним анахронізмом [4, с. 88], деякі є прихильниками такого підходу і наводять позитивні моменти участі близьких родичів та інших осіб, які не є фахівцями в галузі права як захисника. Так, Л.М. Лобойко та О.А. Банчук систематизували аргументи «за», виокремивши основні:

1) мотивація до здійснення захисної діяльності обумовлена родинними стосунками, а не сумою гонорару. Ця обставина спонукає близьких родичів до більш активної діяльності із захисту;

2) повна довіра підзахисного до свого захисника;

3) близький родич може вчасно виявити факти застосування незаконних методів ведення досудового слідства;

4) економія коштів підозрюваного, які він міг би витратити на участь захисника-професіонала (адвоката чи іншого фахівця у галузі права) [4, с. 88].

Цей перелік слід ще доповнити таким аргументом, що основним мотивом вступу близького родича до кримінальної справи було бажання надати моральну підтримку обвинуваченому. Згадана підтримка близького родича не є юридичною допомогою обвинуваченому, яка полягає в активних самостійних процесуальних діях, спрямованих на здійснення функції захисту, а є в основному як додаткова психологічна допомога, яка не містить у собі юридичного навантаження (надання професійної юридичної допомоги) [1, с. 94].

Противники участі близьких родичів та інших осіб, які не є фахівцями в галузі права як захисника, наводять свої аргументи. Так, В. Маляренко з цього приводу зазначав, що в Україні всупереч досвіду успішних країн поряд з адвокатами, захисниками стали інші фахівці в галузі права, знання та досвід

яких не можна перевірити, а за непрофесійність до відповідальності не можна притягнути, захист перетворився на безвідповідальну комерційну діяльність [5, с. 21].

Ще в 1982 році А.М. Ларін зазначав, що слідчі і прокурори можуть припускатися помилок, захоплюватися відпрацюванням лише одних слідчих версій на шкоду іншим, притягувати до кримінальної відповідальності осіб, винуватість яких у вчиненні кримінального правопорушення ще не доведена. Для захисту підозрюваного, обвинуваченого від усіх цих помилок потрібен учасник процесу, здатний в інтересах підозрюваного, обвинуваченого критично оцінювати зібрані матеріали, виявляти прогалини і суперечності в системі доказів, перевіряти правильність кваліфікації інкримінованих дій тощо. Таким учасником процесу може бути лише захисник, вільний від будь-яких завдань, крім відстоювання прав і законних інтересів свого підзахисного [6, с. 67].

М.А. Деберг зазначав, що рішення про відмову у допуску непрофесійних захисників на досудовій стадії кримінального судочинства є обґрунтованим. Він аргументує свою позицію тим, що непрофесійні захисники не володіють тією кількістю знань, які необхідні для здійснення кваліфікованого захисту в кримінальній справі, від них не варто очікувати дотримання правил адвокатської етики, якої зобов'язаний дотримуватися захисник. Слідчий позбавляється можливості допитати близьких родичів як свідків про обставини справи й про особу обвинуваченого. На його думку, не можна доручати здійснення захисту людям, що не володіють відповідними професійними знаннями та навичками, навіть якщо підозрюваний, обвинувачений довіряє цим особам [7, с. 35–38].

Л.М. Лобойко та О.А. Банчук виділяють три основних недоліки участі близьких родичів у статусі захисника:

1) ці особи не можуть належно виконувати передбачені законом обов'язки захисника щодо надання своєму підзахисному необхідної юридичної допомоги, оскільки не є компетентними у використанні способів захисту. Винятком є нечисленні випадки, коли близький родич є юристом належної кваліфікації;

2) у слідчій і судовій практиці реалізація права захисника мати побачення із підзахисним без обмеження їх кількості та тривалості призвела до перетворення камер ІТТ і СІЗО на кімнати для побачень із затриманими і заарештованими родичами;

3) близький родич не пов'язаний положеннями присяги, яку дає адвокат. А отже, він здійснює захист без клятви про те, що буде суворо додержуватись законодавства, міжнародних стандартів захисту прав і свободи людини, з високою громадянською відповідальністю виконувати покладені на нього обов'язки, бути завжди справедливим і принциповим, чесним і уважним до людей [4, с. 88–89].

Законодавець у КПК України 2012 р. підтримав позицію противників залучення близьких родичів та інших осіб, які не є фахівцями в галузі права як захисника. Згідно з 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). Ч. 2 ст. 45 передбачає, що захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Наскільки ж положення чинного КПК відповідають нормам Конституції України, міжнародним стандартам та реаліям сьогодення? Спробуємо з'ясувати.

Згідно з ч. 1 ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Конституційний Суд України у п. 4 Рішення у справі про право вільного вибору захисника зазначив, що суб'єктами надання правової допомоги, окрім адвокатури України, є:

– державні органи України, до компетенції яких входить надання правової допомоги (Міністерство юстиції України, Міністерство праці та соціальної політики України, нотаріат тощо);

– суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України;

– об'єднання громадян для здійснення і захисту своїх прав і свобод (частина перша статті 36 Конституції України)[8].

Як зазначають Л.М. Лобойко та О.А. Банчук, положення ч. 1 ст. 59 Конституції України треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого під час захисту від обвинувачення з метою отримання правової

допомоги 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 [4, с. 85–86].

Згідно з абзацом 1 п. 3.2 Рішення Конституційного Суду України у справі про право на правову допомогу, правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати [9]. У абзаці 1 п. 5 Рішення КСУ у справі про право на правову допомогу зазначено, що у частині першій статті 59 Конституції України не міститься обмежень стосовно кола суб'єктів надання правової допомоги та вимог щодо їх професійної підготовки [9].

У свою чергу Пленум Верховного Суду України у постанові «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» [10] зазначив, що при вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам (пп. «в» п. 5). Таке роз'яснення ВСУ сприяло тому, що інші фахівці в галузі права (крім адвокатів) не допускались як захисники до участі у справі [4, с. 86].

Як ми бачимо, законодавець визнав неприйнятною позицію Конституційного Суду України, викладену у рішенні від 16 листопада 2000 року у справі про право вільного вибору захисника, щодо можливої участі у процесі так званих «фахівців у галузі права», тобто захисників, які не є членами адвокатського об'єднання. Як зазначає О.Г. Яновська, обумовлено це тим, що в умовах змагального характеру кримінального судочинства особливої ваги набуває діяльність професійних учасників кримінального процесу, бо саме від ефективної діяльності таких суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, як прокурори і захисники-адвокати, залежить ефективність всього кримінального судочинства в цілому [11, с. 208].

На противагу такій позиції інші науковці говорять про те, що положення чинного КПК України – це звуження права людини на захист. Так, у кодексі прописана така ж практика, як у Європі<sup>5</sup>. Але ми ще не та країна, яка може собі

---

<sup>5</sup>Тут слід зазначити, що не всі Європейські країни пішли таким шляхом. Про це йтиметься далі.

це дозволити. Люди, які захищають своїх близьких у суді, часто набагато більш обізнані, ніж адвокати. І чому не може захищати підсудних і вести кримінальну справу професор або інший кваліфікований фахівець у галузі права, якщо він не адвокат? Україна – бідна країна, а хто з адвокатів буде працювати безкоштовно? Робота повинна оплачуватися. Знову все буде лягати на «худу» бюджетну кишеню країни? Хто буде контролювати якість роботи безкоштовного адвоката? Тому, на думку деяких вчених-правознавців, таке рішення приймати мабуть ще зарано [12, с. 12]. І з цими аргументами важко не погодитися.

Крім того, якщо проаналізувати положення міжнародних стандартів права на захист і на представництво у судах (ст. 7, ч. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини [13], п. 3 «с» ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [14], п. «b» ч. 3 ст. 2, п. «b» ч. 3 ст. 14, ст. 26 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [15]), то можна констатувати, що в них не регламентовано імперативно питання про те, хто може бути захисником або представником особи у судах.

Щодо досвіду інших країн з вирішення питання про те, хто може бути захисником у кримінальній справі, то можна виокремити декілька підходів:

- широкий, що передбачає допуск всіх без винятку осіб за бажанням обвинуваченого (повна свобода у виборі захисника);
- вузький, згідно з яким захисником може бути винятково адвокат (свобода вибору обмежується однією категорією осіб);
- змішаний, який надає переслідуваному свободу вибору із кількох категорій осіб [4, с. 86–87].

Наприклад, згідно з параграфом 138КПК ФРН як захисники можуть бути допущені викладачі права в німецьких вищих навчальних закладах [16]. За кримінально-процесуальним законодавством Польщі як захисники у кримінальному процесі можуть бути допущені особи, які мають вчений ступінь із юридичної спеціальності [4, с. 87].

Слід погодитись з науковцями, котрі наголошують на тому, що не можна обмежувати право обвинуваченого на звернення до будь-якого юриста за допомогою для захисту і обстоювання його прав на всіх стадіях кримінального судочинства [4, с. 87]. Це твердження цілком відповідає п. 1 Основних принципів стосовно ролі юристів та п. 19 зазначених Принципів де сказано, що жодний суд або адміністративний орган, в якому визнається право на адвоката, не відмовляється визнавати право юриста відстоювати у суді інтереси свого клієнта... [17].

**Висновки.** Зважаючи на вимоги міжнародних правових актів щодо надання послуг захисника кваліфікованими особами, слід напевно взяти до уваги досвід тих Європейських країн, в яких передбачена можливість залучення як захисника осіб, які є викладачами кримінального і кримінального процесуального права. Оскільки, як зазначає ряд науковців, для них пріоритетом є не гроші (гонорар) і підтримання престижу професії викладача і набуття практичного досвіду, який може бути використаний для підвищення рівня викладання відповідних дисциплін [4, с. 89].

Що ж до близьких родичів обвинуваченого, його опікунів та піклувальників, то цілком слушною є позиція науковців, які говорять про те, що не тільки з гуманістичних, а й з правових міркувань вони повинні бути залишені як учасники кримінального процесу, але в статусі представників обвинуваченого. Це означає, що представник, коли закон не містить для цього обмежень, повинен допускатися до участі в справі з того моменту, з якого, у відповідному правовому статусі його визнає орган дізнання, слідчий чи суд, у провадженні якого перебуває справа. Причому допуск представника обвинуваченого до участі у справі має відбуватися насамперед з ініціативи обвинуваченого та його захисника. А у випадках, коли того потребують інтереси правосуддя, представника міг би призначати дізнавач, слідчий, прокурор та суд [18, с. 29; 19, с. 96–97].

## Література

1. Кухарук Ю.О. Відвід захисника від участі у кримінальній справі в кримінальному процесі України: монографія / Ю.О. Кухарук. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 148 с.;
2. Корчева Т.В. Щодо проблем реалізації професійного захисту у кримінальному провадженні за Кримінальним процесуальним кодексом України / Т.В. Корчева // Правова доктрина – основа формування правової системи держави: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПрН України та обговоренню п'ятитом. моногр. «Правова доктрина України», Харків, 20–21 листоп. 2013 р. / Нац. акад. прав. наук України. – Харків, 2013. – С. 733–735;
3. Капліна О. Проблеми усунення захисника від участі у кримінальній справі / О. Капліна, В. Маринів // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право, 2006. – № 2 (45). – С. 214–223;
4. Лобойко Л.М. Кримінальний процес: навчальний посібник / Л.М. Лобойко, О.А. Банчук. – К.: Ваіте, 2014. – 280 с.;
5. Маляренко В. До питання доктрини кримінальної юстиції в Україні // Право України. – 2009. – № 2. – С. 21;
6. Ларин А.М. Презумпція невинності / А.М. Ларин. – М.: Наука, 1982. – 152 с.;
7. Деберг М.А. Некоторые уголовно-процессуальные вопросы участия защитника в производстве предварительного расследования / М.А. Деберг // Адвокатская практика. – 2001. – № 2. – С. 35–38;
8. Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 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). – Електронний ресурс. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00/paran54#n54>; **9.** Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009 у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). – Електронний ресурс. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09>; **10.** Постанова Пленуму Верховного суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві». – Електронний ресурс. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-03>; **11.** Яновська О.Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства: монографія / О.Г. Яновська. – К.: Прецедент, 2011. – 303 с.; **12.** Зозулінський Т. Новий КПК та адвокат: знайти спільну мову / Т. Зозулінський // Юридичний Вісник України. – № 22 (883) 2–8 червня. – С. 12; **13.** Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена в резолюции 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года. – Електронний ресурс. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015); **14.** Конвенція про захист прав і основоположних свобод (Зі змінаит та доповненнями внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року). – Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004); **15.** Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Прийнятий 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН. – Електронний ресурс. – Режим доступу :[http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043); **16.** Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу :[http://pravo.org.ua/files/\\_\(1\).pdf](http://pravo.org.ua/files/_(1).pdf); **17.** Основные принципы, касающиеся роли юристов. Приняты Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями; Гавана, 27 августа – 7 сентября 1990 года. – Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_313](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_313); **18.** Попелюшко В.О. Адвокати та близькі родичі як захисники обвинуваченого: проблемні питання / В.О. Попелюшко // Юриспруденція: теорія і практика. – 2006. – № 9. – С. 28–36; **19.** Півненко Л.В. Участь захисника у кримінальному судочинстві за новим КПК України / Л.В. Півненко // Право: збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. – 2013. – Вип. 20. – С. 92–97.