

«ВИКЛЮЧНЕ» ПРАВО НА ЗАХИСТ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ДЕРЖАВНА ПОЗИЦІЯ ЧИ НЕУВАЖНІСТЬ?

Наталія РОЗЕНФЕЛЬД,

к.ю.н., науковий консультант
Центру моніторингу і захисту
конституційних прав і свобод
людини і громадянина
Одеської правозахисної академії

Держава, що декларує себе як правова, не має права цинічно нехтувати гарантованими своєю Конституцією правами, і, насамперед, правом людини на захист порушених прав з огляду на принцип рівності прав громадян в державі. Так, відповідно до статті 7 Загальної декларації прав людини [1] «всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом».

Натомість українська Конституція, яка містить низку положень, що ними декларується право на захист, фактично «прикриває» останніми неоднаковість права на захист, порушуючи, таким чином, принцип рівності прав людини. До того ж, окремі норми Конституції, які за змістом мають забезпечувати право на захист, протирічать одна одній і нівелюють природне право людини захищатися від, зокрема, кримінального переслідування.

Частиною першою статті 59 Конституції України [2] проголошено право *кожного* на правову допомогу, в тому числі на безоплатну допомогу, у випадках передбачених законом, а також право вільно обирати собі захисника. У частині другій цієї ж статті вказано: «Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура».

Натомість, відповідно до частини другої статті 63 Конституції України, право на захист гарантується підозрюваному, обвинуваченому або підсудному. Таким чином, відповідно до цієї норми, гарантоване у статті 59 Конституції право кожного на правову допомогу і можливість мати захисника, у т.ч. за державний кошт, поширюється *виключно* на підозрюваного, обвинуваченого і підсудного. Інші процесуальні особи, відповідно до змісту статті 63 Конституції України, такого права не мають, навіть, якщо наявна вірогідність притягнення таких осіб у подальшому в якості підозрюваних, обвинувачених та підсудних.

Якщо з часу схвалення до сьогодні для фахівців лишається дискусійною резолютивна частина рішення Конституційного Суду України щодо тлу-

мачення положень статті 59 Конституції за конституційним зверненням Геннадія Солдатова (справа про право вільного вибору захисника) [3], то питання щодо «закріплення» у Конституції *юридичної неможливості залучення захисника* (або право захисника) *під час проведення огляду, обшуку або безпосередньо під час затримання або арешту особи, а також під час відібрання в особи пояснень, в тому числі й свідочьких, до притягнення її в якості підозрюваного або обвинуваченого*, не викликає сумнівів у жодного з практикуючих адвокатів. При цьому, незважаючи на очевидне порушення права на захист особи щодо якої застосовується огляд, обшук або затримання, протягом існування Конституції України з 1996 року ані ефективних пропозицій щодо усунення такої дискримінації, ані конституційних подань щодо тлумачення такої норми Конституційним Судом не вносилося.

Виключна регламентація права на захист підозрюваного, обвинуваченого та підсудного статтею 59 Конституції України не допускає можливої цивілізованої трансформації і норм Кримінально-процесуального кодексу України, норм якого, на відміну від норм-приписів Конституції, передбачають виключний порядок перебігу кримінального процесу. Так, чинний Кримінально-процесуальний кодекс України [4], регламентуючи завдання кримінального судочинства, уже у статті 2 зазначає, що такими серед іншого є «охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь» - тобто, є учасниками процесу. При цьому в пункті 8 частини 1 статті 32 КПК України серед учасників процесу крім захисника, а також потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їхніх представників знову ж зазначені обвинувачений і підозрюваний.

Таким чином, на законодавчому рівні право на захист від кримінального переслідування в Україні гарантоване лише певному, визначеному законом колу осіб. Інші особи, навіть з числа тих, що потенційно можуть біти піддані кримінальному переслідуванню, права на присутність захисника під час огляду, обшуку, арешту, давання пояснень та показань не мають. Цю думку підтверджує частина перша статті 21 КПК України: «Підозрюваному, обвинуваченому і підсудному забезпечується право на захист».

А чому ж таке право не забезпечується іншим особам, в яких правоохоронними органами відбираються свідочькі або «звичайні» пояснення до мо-

менту порушення кримінальної справи чи на початку розслідування? Дослідимо такі варіанти.

За популярною схемою правоохоронними органами, до моменту притягнення особи в якості підозрюваного або пред'явлення їй обвинувачення, в особи відбираються пояснення щодо обставин справи, навіть, якщо порушеної справи поки немає. Такі пояснення, як зрозуміло свідомій людині, не мають ніякої юридичної ваги і, в ідеалі, вони мають слугувати напрямками розслідування справи. Натомість, саме вони в подальшому стають підставою для підписання протоколів допиту тієї ж особи, який має фактично ідентичний зміст. В більшості випадків, підозрюваний, не маючи необхідного рівня юридичних знань і не усвідомлюючи різниці юридичної сили звичайних пояснень і протоколу допиту підозрюваного, погоджується із твердженням слідчого: «ви вже це писали і підписували раніше, то й підписуйте зараз» і підписує протокол допиту. До того ж, своєчасне застереження слідчим щодо «сприяння слідству», яке в подальшому ніби-то буде враховано в якості пом'якшуючої вину обставини, є ще одним аргументом на користь прийняття особою рішення щодо підписання протоколу допиту.

Очевидно, що присутній під час давання особою пояснень адвокат або захисник, попередив би особу про її право відмовитися давати показання або пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів, закріплене у частині першій статті 63 Конституції України, а також про те, що пояснення, які відібрані без попередження про кримінальну відповідальність відповідно до статей 384, 485 КК України не мають ніякої юридичної сили, і тому не можуть бути враховані судом. Тобто, присутність захисника під час відібрання пояснень і його пояснення прав особі, яка дає пояснення, унеможливила б примушування її підписання протоколу допиту під впливом демонстрації раніше підписаних пояснень, які не мають юридичної сили.

Більш серйозна і надцинічна схема, яка застосовується до притягнення особи в якості підозрюваного або обвинуваченого, а тому без можливості участі захисника - допит потенційного підозрюваного в якості свідка по тій самій справі. При цьому, навіть із попередженням про право свідка відмовитися давати показання, такому свідку можуть нагадати (і це не суперечить законодавству України!), що раніше він уже давав звичайні пояснення з тим же змістом, які він тепер просто підкріпить більш вагомими показаннями - показаннями свідка. В такому варіанті показання відбираються виключно з попередженням про кримінальну відповідальність за відмову давати показання та за давання завідомо неправдивих по-

казань відповідно до статей 384 та 385 Кримінального кодексу України. При цьому запитання на допиті свідка можуть бути деталізовані, може бути змінено їх напрям, а можливості відмовитися давати показання у свідка вже не буде, оскільки він перебуває під загрозою застосування кримінальної відповідальності за відмову від давання свідочьких пояснень та давання неправдивих пояснень. Тобто, в цій схемі особа фактично примушується давати пояснення, в тому числі як проти себе, так і проти свої близьких та родичів, хоча має гарантоване частиною першою статті 63 Конституції України право відмовитись давати такі пояснення і не може бути притягнута за таку відмову до будь-якої відповідальності.

Як і в попередньому варіанті, схема відбирання пояснень у особи, яка на підставі власних пояснень або показань в якості свідка в подальшому може бути піддана кримінальному переслідуванню, була б зруйнована, якби під час допиту такої особи в якості свідка був присутній фахівець-правознавець, зокрема, як адвокат цієї особи.

Варто підкреслити, що обидві наведені схеми отримання пояснень від осіб, які не мають статусу підозрюваного, обвинуваченого або підсудного за відсутності правозахисника, хоча і баланують на межі як здорового глузду, так і закону, проте повною мірою вписуються в законодавчу регламентацію сьогоденного «права на правову допомогу» в Україні, зокрема в кримінальному процесі.

При детальному аналізі норм КПК України вбачається не лише очевидна дискримінація прав осіб, які фактично піддані кримінальному переслідуванню на стадіях до притягнення в якості підозрюваного, або обвинуваченого. Участь захисника на ранніх стадіях процесу обмежена «дозволяючими» нормами статей чинного Кримінально-процесуального кодексу.

Вважаємо, що формулювання статті 63 Конституції України, трансплантоване у статтю 21 КПК України щодо гарантій та забезпечення підозрюваному, обвинуваченому та підсудному права на захист, у разі формулювання його як «права на захист за рахунок держави» відкрило б можливості для забезпечення права на захист за власний рахунок тим особам, які дають показання, в тому числі, свідочькі, але потенційно можуть бути піддані кримінальному переслідуванню.

Незважаючи на те, що статтями 43 та 43-1 КПК України як підозрюваний, так і обвинувачений мають право на захисника і побачення з захисником до першого допиту, у разі відсутності свідомого ставлення до такої необхідності, й, зокрема, під впливом, підозрюваний або обвинувачений може

відмовитися від захисника. При цьому його право на відмову від певного захисника, як одна з можливостей, які регламентовані статтею 46 КПК України, може бути сприйняте ним як відмова від захисту взагалі. В разі ж, коли такий підозрюваний або обвинувачений виявить намір скористатися послугами захисника, не виключений варіант, що він буде впевнений у тому, що він «сам себе позбавив» такого права, підписавши відмову за власною ініціативою, або за пропозицією співробітника відповідного правоохоронного органу.

В такому випадку, на нашу думку, *необхідно проводити не лише цілеспрямовану освітню політику в державі щодо пояснення населенню змісту його прав, зокрема, права на захист, а й вживати інших заходів задля доведення до відома зацікавлених осіб такого змісту, в тому числі права відмови від конкретного захисника, а також права називати того захисника, послугами якого він має бажання скористатися.*

Зрозуміло, що в інтересах слідства до моменту застосування таких, підготовчі заходи є таємними для особи у відношенні якої заплановано проведення огляду, обшуку, виїмки та/або арешту, а рішення щодо застосування яких, за виключенням особливих випадків, має бути винесено до застосування таких процесуальних дій відповідно до статей 29 та 30 Конституції України. При цьому лишається незрозумілою неможливість оскарження рішення суду щодо проведення, зокрема, огляду і обшуку з боку особи, до якої такі заходи застосовуються. Якщо затримання або арешт оскаржуються і законом передбачений порядок такого оскарження, огляд і обшук оскаржити недопустимо. Знову ж постає запитання: чому ж державі так необхідно унеможливити оскарження рішення суду про проведення обшуку та огляду? Це *не підвищує ані авторитет суду, ані апriori правильність дій правоохоронних органів, оскільки, по суті, безпідставним є кожний огляд, обшук або затримання, які не дали результатів, тому що були або недоцільними, або неефективними.*

На нашу думку, в даному випадку ми маємо ще один приклад порушення принципів змагальності у кримінальному судочинстві: у разі відмови суду в проведенні огляду або обшуку правоохоронні органи мають право на повторне звернення по таке рішення, але при дозволі суду проводити такі слідчі дії - це рішення не може бути оскаржене. Слід вказати, що українському законодавству знайомі механізми оперативного розгляду скарг громадян, як, зокрема, під час проведення виборів. Такі самі механізми можуть застосовуватися, на нашу думку, *у разі оскарження, наприклад, проведення обшуку, а на час розгляду справи судом за*

скаргою, такі слідчі дії можуть призупинятися, а місце обшуку - опечатуватися.

Хіба не самим жадливим для суспільства є те, що ті, хто волають про махінації правоохоронних органів і мають реальну можливість вплинути на дискримінацію людини в її праві на захист, не вживають жодних заходів щодо усунення або поліпшення ситуації?

Очевидно, що громадянське суспільство України не є настільки розвинутим, щоб підозрювані, обвинувачені або підсудні мали власне лоббі в парламенті, однак така дискримінація не може лишатися поза увагою правозахисників, народних депутатів-юристів, яких на сьогодні в парламенті достатньо, а також спеціально уповноважених на захист прав і свобод від імені держави осіб.

Цікавою є позиція Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, який, відповідно до пункту 3 частини першої статті 13 Закону України «Про Уповноваженого Верховної ради з прав людини» [5] має повне право на конституційне звернення до Конституційного Суду України. З моменту першого призначення і до сьогодні Уповноважений не добився ані реального вирішення цього наболілого питання шляхом тлумачення відповідних норм Конституційним Судом України, ані шляхом внесення відповідних змін та доповнень до чинного законодавства України, незважаючи навіть на свій реальний політичний вплив у діючій коаліції у Верховній Раді України.

Виникає очевидне запитання: якщо така наболіла проблема, яку досить нескладного подолати [6], не була вирішена протягом більш ніж десяти років, можливо, це комусь вигідно? Можливо, в цьому зацікавлене певне коло осіб, які мають міцне лоббі? В іншому випадку, єдиним поясненням такого нехтування правами громадян на ефективний захист є неувага законодавця до цієї проблеми.

Можливо, ще одним з пояснень такого ставлення народних депутатів України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо уникнення акцентування уваги на неможливості надання правової допомоги під час огляду, обшуку, виїмки або арешту особи є те, що коли подібні дії застосовуються до певних осіб, правоохоронні органи, всупереч нормам чинного законодавства допускають адвоката в кримінальний процес на будь-якій стадії. При цьому, слід зазначити, що навіть якщо в таких процесуальних діях адвокат і присутній (хоча, наголошуємо, не має права бути присутнім, якщо його клієнт не є підозрюваним, обвинуваченим або підсудним), то він не має статусу захисника, оскільки відповідно до частини першої статті 44 КПК України, адвокат або інша особа, передбачена законом, набуває такого статусу-

су в конкретній кримінальній справі лише після набуття його клієнтом статусу підозрюваного або обвинуваченого.

Також відповідно до частини третьої статті 44 КПК України захисник діє на підставі ордеру або довіреності, які, зокрема, фізично не можуть бути складені або пред'явлені, якщо постанова про притягнення в якості підозрюваного або обвинуваченого виносяться, а огляд, обшук або арешт відбуваються зненацька для особи, щодо якої застосовуються.

Вважаємо, що *законодавчого забезпечення потребує можливість присутності під час проведення огляду, обшуку або арешту захисника, повноваження якого підтверджуються ордером або довіреністю, а у разі неможливості через обмаль часу укладення відповідної письмової угоди з клієнтом - письмовою заявою клієнта на місці проведення відповідної процесуальної дії та свідцтвом на зайняття адвокатською діяльністю захисника.*

Необхідно звернути увагу і на те, що проголошені демократичними і задекларовані правовими інститутами, які, зокрема, мають слугувати народові, на жаль, фундаментально закладені у вітчизняне законодавство хибно, з перевертанням у бік інтересів певних державних органів, які вважають себе державою, а не у бік суспільства, яке і творить цю державу. Порушення принципів змагальності, упередженість, фактично завжди (!) обвинувальний характер слідства у разі, якщо кримінальна справа вже порушена, та повний спектр порушень виконання слідчих дій - далеко не повний перелік порушень, які вчинюються при розслідуванні кримінальних справ до передачі матеріалів до суду. При цьому і позиція суду, який раніше виносив позитивне рішення, щодо дозволу проведення огляду, обшуку або арешту також не може бути неупередженим, особли-

во враховуючи неможливість оскарження і перегляду такого рішення.

Перелік описаних проблем не є вичерпним. Законодавство щодо забезпечення в Україні права на захист від кримінального обвинувачення недосконале і ґрунтується, по суті, на «спадкових» нормах періоду СРСР, що сьогодні є неприпустимим.

Перелік посилань:

1. Загальна декларація прав людини Док. ООН/РЕ5/217 А, редакція від 10.12.1948 // Офіційний web-сайт Верховної Ради України / <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
2. Відомості Верховної Ради (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.
3. Рішення Конституційного Суду України 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). Справа № 1-17/2000. - Від 16 листопада 2000 року. - № 13-рп/2000 // Офіційний web-сайт Верховної Ради України // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
4. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1961, № 2 ст. 15.
5. Відомості Верховної Ради (ВВР), 1998, № 20, ст. 99.
6. Проблема присутності адвоката під час проведення огляду, обшуку або арешту не має політичного забарвлення, оскільки є суто процесуальною. Виключенням можуть бути т.з. «замовні» огляди, обшуки, затримання та арешти у політичних справах, якими грішить Україна. Однак, в усіх випадках присутність адвоката лише підкреслюватиме неупередженість і законність дій правоохоронних органів, що, навіть з політичної точки зору, є корисним.

Інформація УКРАЇНА ВЧИТИМЕТЬСЯ СТВОРЮВАТИ СУСПІЛЬНЕ ТЕЛЕБАЧЕННЯ НА ПРИКЛАДІ ЕСТОНІЇ

Представники українського Мін'юсту вивчатимуть механізми запровадження та правове регулювання суспільного телебачення та радіомовлення на прикладі Естонії.

За словами Міністра юстиції Олександра Лавриновича, приклад Естонії є цікавим для України з огляду на схожі стартові умови для започаткування суспільного телебачення, а також позитивний досвід щодо його створення. Ознайомчий візит відбувся у квітні 2007 року на запрошення Координатора проектів ОБСЄ в Україні.

У ході візиту делегація головного юридичного відомства України вивчала міжнародні стандарти у сфері суспільного телебачення і радіомовлення, а також досвід Естонії щодо імплементації цих стандартів в національне законодавство.

Програмою візиту також було передбачено зустрічі з представниками Ради з питань Телебачення та Радіомовлення Естонії, Естонського радіо, Національного суспільного телебачення Естонії, а також представниками органів влади цієї країни, що опікуються питаннями суспільного телебачення (Департаменту з законодавчої політики та ін.).

За підсумками візиту Міністерство юстиції України планує підготувати аналіз та пропозиції щодо можливого вдосконалення законодавства України та створення відповідної системи нормативно-правового регулювання.

*За інформацією прес-служби
Міністерства юстиції України*

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ



МОН України

НПУ ім. М.П. Драгоманова

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Акуленко В.І. – д.ю.н., професор
Александров Ю.В. – к.ю.н., професор
Андрусишин Б.І. – д.і.н., професор
Андрущенко В.П. – д.ф.н., професор,
академік АПН України
Бабкін В.Д. – д.ю.н., професор,
Виноградова Г.В. – к.ю.н.
Довгерт А.С. – д.ю.н., професор
Калюжний Р.А. – д.ю.н., професор
Касперський І.П. – к.ю.н.
Кисіль В.І. – д.ю.н., професор
Крегул Ю.І. – к.ю.н., доцент
Кучеренко І.М. – д.ю.н.
Максимова С.В. – науковий співробітник
Марущак А.І. – к.ю.н., доцент
Мережко О.О. – д.ю.н., професор
Огірко Р.С. – к.ю.н., доцент
Омельченко І.К. – к.ю.н., доцент
Оніщенко Н.М. – д.ю.н., старший
науковий співробітник
Пархоменко Н.М. – к.ю.н., старший
науковий співробітник
Руденко М.В. – д.ю.н., професор
Тищенко А.П. – к.ю.н.
Шемшученко Ю.С. – академік НАН
України, д.ю.н., професор

4

ВИДАВНИЧА ОРГАНІЗАЦІЯ
«ЮСТІНІАН»
2007

Правове видання
ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ
#4(58) 2007 (квітень)
Засновано у березні 2002 р.
Реєстр. свід.-во КВ № 5927
від 12.03.2002 р.

Обсяг 136 стор.
Формат 60x84/8

Головний редактор –
Кристина ГУЦАЛОВА

Журналіст –
Святослав МОСКАЛЮК

Літературний редактор –
Андрій ОСМОЛОВСЬКИЙ

Комп'ютерна верстка –
Артур АКОПЯН

Видавець:
ВО ТОВ «ЮСТІНІАН»
Генеральний директор –
Ірина ОМЕЛЬЧЕНКО

Шеф-редактор –
Світлана МАКСИМОВА

Адреса редакції: м. Київ,
вул. Герцена 17/25, оф. 91,
тел. (044) 230-01-73/74,

Київ 04053, а/с № 39,
www.justinian.com.ua,
E-mail: journal@justinian.com.ua

Ціна договірної

Від редакції:
Матеріали, що надсилаються
для опублікування, мають
бути ексклюзивними й не
публікуватися в інших виданнях.
Редакція залишає за собою
право редагувати будь-які
матеріали, що надійшли до
видавництва.
Рукописи не рецензуються
і не повертаються.
Опубліковані матеріали
містять думку автора, яка
може не завжди збігатися
з позицією редакції.
Передрук статей можливий
лише з письмового
дозволу редакції

Матеріали, що позначені R
публікуються на правах реклами.
З питань розміщення реклами
звертатися до редакції.
За зміст рекламних матеріалів
відповідальність несе
рекламодавець

При підготовці «Юридичного
журналу» використовуються
матеріали інформаційної системи
ЛІГА: ЗАКОН

© Авторські права захищено

Журнал надруковано в
РПГ «Інтертехнологія», 01054,
м. Київ, вул. Воровського, 34г

Підписано до друку 26.04.2007 р.
Наклад 4500 прим.



ПРО НЕСПРОМОЖНІСТЬ

*Чтобы оружие не ржавело,
им приходится время от времени браться
Михаил Генин «Невечные мысли»*

Парадоксально, але попри різнобарв'я і масштабність подій, котрими живе наша країна упродовж останнього місяця, а також незвичну публічну активність різного рівня високопосадовців, – саме вона і змушує, на жаль, підозрювати владу в очевидній неспроможності виконувати покладені на неї функції. Хтось, певно, зі мною не погодиться, отже варто навести аргументацію.

Як відомо, влада у нашій країні цілком традиційно структурується на три гілки: законодавчу, виконавчу і судову. *Законодавчу* краще сьогодні не чіпати. З одного боку, невідомо наразі, яким чином вона має функціонувати після резонансних указів Президента. З іншого, – прийняті після першого з них Верховною Радою рішення не додають їй зайвих «балів». Водночас, *виконавча* ж влада не знайшла в собі мужності залишитися «над» чи «поза» протистоянням «президент – парламент». Між тим, якщо підтримка тієї чи іншої сторони конфлікту в даному випадку – особисте рішення Прем'єр-міністра, то фактична бездіяльність Кабміну, який разом з усією країною завмер в очікуванні вирішення ситуації, швидше за все, є поганою ознакою. Що стосується *суддівського* корпусу, то навіть якщо на хвилину забути про його небачену корумпованість і дослідити діяльність Конституційного суду після останнього «перезавантаження», – жодного слова, окрім «неспроможність», вжити неможливо.

От і виходить, що замість пошуку надійних правових шляхів подолання політичної кризи, наші можновладці традиційно один перед одним «брязкають зброєю», перетворюючи зневірених і байдужих людей на заручників власних владних амбіцій.

На цьому тлі особливо приємно відзначити, що активність постійних авторів «ЮЖ» політичною кон'юктурою практично не визначається: їх небайдужість незалежно від політичних криз допомагає долати найскладніші правові проблеми і казуси.

Сподіваюсь, що травневі свята і сезон відпусток, який неухильно наближається, не зменшить вашого запалу, а журнал спільними зусиллями ми зможемо зробити ще більш інформативним та корисним для читачів.

**Як завжди,
найцікавіше – попереду!**

Головний редактор
Кристина Гуцалова