



В.О. ПОПЕЛЮШКО,
доктор юридичних наук,
(Національний університет «Острозька
академія»)

НОРМАТИВНІ НОВЕЛИ ЩОДО НАДАННЯ АДВОКАТАМИ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Ключові слова: *правова допомога, кримінальне судочинство, адвокат, адвокат-захисник, адвокат-представник.*

Тривалий час традиційно, за Статутом кримінального судочинства 1864 р. та радянськими Кримінально-процесуальними кодексами (1922, 1927, 1960 рр.) і до недавнього часу адвокати у вітчизняному кримінальному судочинстві виконували роботу двоякого роду — як захисники (спочатку лише підсудного, а згодом й обвинуваченого та підозрюваного, наділені процесуальним статусом самостійного учасника процесу — ст. 48 КПК в ред. від 21 червня 2001 р.), і як представники (потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача, наділені процесуальними правами осіб, інтереси яких вони представляють — ст. 52 КПК в ред. від 28 грудня 1960 р.). Але уже за радянські часи в процесуальній літературі раз за разом ставилося питання про необхідність забезпечення з боку адвокатів права на захист у кримінальних справах законних інтересів не лише обвинувачених і потерпілих, а й інших осіб, залучених у їх сферу [1, 88—92; 7, 54—57]. На практиці особливо гостро це питання поставало щодо осіб, стосовно яких порушувалась кримінальна справа і права та інтереси яких зачіпало порушення кримінальної справи за фактом вчинення злочину, а також щодо осіб на початкових етапах провадження у кримінальній справі в ситуаціях, коли у особи відбиралося по-

яснення чи вона допитувалася як свідок на предмет її участі у події злочину, тобто тих, які формально не ставились у статус підозрюваного, але щодо яких здійснювалося кримінальне переслідування. Європейський суд з прав людини таку процесуальну ситуацію, за якої дії офіційної влади дозволяють вважати, що стосовно особи має місце підозра у вчиненні злочину, називає «кримінальним обвинуваченням», концепцією «матеріально-правового обвинувачення» (справа «Шабельник проти України» та ін.).

Частково, а саме для випадків порушення кримінальної справи в обох його формах, ця проблема була розв'язана рішенням Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р., а на його виконання Законом від 14 грудня 2006 р., яким КПК було доповнено статтями 236⁷ та 236⁸, названі особи набули права оскарження постанови органу дізнання, слідчого, прокурора до суду, а відтак — права на захист своїх прав та законних інтересів, включаючи право мати захисника-адвоката.

Наступним кроком в даному напрямі стало рішення Конституційного Суду у справі від 30 вересня 2009 р. за конституційним зверненням громадянина І. Голованя щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, у кон-

тексті яких І. Головань просив роз'яснити, по-перше, чи має громадянин право на правову допомогу адвоката під час його допиту як свідка або у разі виклику для надання пояснень до державних органів, бо відмова посадових осіб слідчих органів проводити процесуальні дії зі свідком у присутності його адвоката та наданні правової допомоги особі під час дачі пояснень в інших державних органах є, на його думку, обмеженням права на правову допомогу, та, по-друге, чи є це право однією з конституційних гарантій, що надає громадянину можливість вільно обирати представником або захисником у будь-яких державних органах адвоката [8].

Вирішуючи порушені у конституційному зверненні питання, Конституційний Суд обґрунтував своє рішення посиланнями на положення ч. 2 ст. 3, ч. 2 ст. 22, ст. 64, ч. 3 ст. 8, ч. 2, 5 ст. 55, ч. 1 ст. 21, ч. 1, 2 ст. 24, ч. 1 ст. 63 Конституції України, правову позицію Конституційного Суду України, викладену в рішенні від 16 листопада 2000 р. у справі Г. Солдатова (абз. 5 п. 5 мотивувальної частини), взяті Україною міжнародно-правові зобов'язання стосовно гарантування кожного права на правову допомогу (Загальна декларація прав людини 1948 р., Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. тощо), практику Євросуду з прав людини у справах проти України (Ярмоленко, Луценко, Шабельник) та приписи ст. 1 і 6 Закону України «Про адвокатуру» і дав у резолютивній частині з другого із поставлених питань таке тлумачення: «1. Положення частини першої статті 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу» треба розуміти як гарантовану державою можливість будь-якій особі незалежно від її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань *в обсязі і формах, як вона того потребує*» (тут і далі курсив мій — **В.П.**).

Цілком логічно, що приймаючи рішення у справі про надання правової допомоги, Конституційний Суд у мотивувальній частині висловився щодо розуміння ним правової допомоги в контексті ст. 59 Конституції і вказав, що правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами, навів відкритий перелік її форм (видів): «консультації, роз'яснення, складання позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо» (речення перше пункту 3.2).

Якщо виходити з конституційно-правових позицій (а в даному випадку інший підхід просто виключається), то слід визнати дану правову позицію як за формою вираження, так і за змістом прийнятною, тому що правова (юридична) допомога тут розглядається в найбільш широкому плані, незалежно від її конкретного правового характеру, і усі наведені і не наведені Судом її види (форми) прямо передбачені в нормативних (конституційних, галузевих) актах або впливають з них. Зрозуміло, що суб'єктами її надання не можуть не бути різні за своїм правовим статусом особи. Але очевидно, що конституційним гарантом їх надання в сенсі ст. 59 Конституції є саме адвокатура України, члени якої надають увесь процесуальний та непроцесуальний спектр правової допомоги кожному, хто, яку за змістом, у якій формі та у якому обсязі її потребує. В цьому відношенні простіше вказати на ті ситуації, у яких адвокати як повірені не вправі виконувати правову роботу, що за своїм характером згідно із законом може здійснюватися виключно особисто (давання пояснень чи показань у судовій справі, підписання заповіту і т. ін.).

Невдалим же, на моє переконання, є положення стосовно форми та суб'єкта надання правової допомоги у правовій позиції суду, висловленій реченням другим абзацу першого пункту 2.3. мотивувальної частини: «*Вибір форми та суб'єкта правової допомоги залежить від волі особи, яка*

бажає її отримати», бо, з одного боку, воно суперечить записаному щодо форми правової допомоги у резолютивній частині рішення («як вона (особа — **В.П.**) того потребує») (п. 1), а з іншого — є помилковим за своєю суттю.

Форма (як і обсяг) правової допомоги, якої потребує особа, в тому числі у сфері кримінального судочинства, насправді залежить від характеру правовідносин, у яких вона перебуває на даний момент провадження у справі. Однієї форми правової допомоги, а саме правової допомоги у формі захисту від кримінального переслідування потребує особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, іншої форми, зокрема, власне представництва — особа, що постраждала від злочину, ще іншої — особа під час її допиту як свідка.

Більше того, в межах однієї і тієї ж форми правової допомоги, в залежності від конкретного правового чи фактичного становища особи, яка її потребує, можуть мати і мають місце різні за обсягом і спрямуванням різновиди тієї чи іншої її форми, наповнені специфічним юридичним змістом. Наприклад, істотно в цьому плані різняться між собою робота адвоката-захисника із захисту особи як підозрюваного, у статусі обвинуваченого, у статусі підсудного, визнаного судом винним у вчиненні злочину, і підсудного, судом виправданого. Або одне спрямування та один обсяг правової роботи адвокат-представник потерпілого здійснює у справах публічного обвинувачення, коли він виступає солідарним з прокурором співвиконавцем функції обвинувачення, інший, а по суті весь її обвинувальний обсяг, він виконує при представництві потерпілого у справах приватного обвинувачення. А у справах публічного обвинувачення у випадках, коли позиція прокурора і позиція потерпілого у справі різні, зокрема, у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення (ст. 264 КПК) та коли прокурор в суді змінює обвинувачення на більш м'яке (ст. 277 КПК), адекватного різновиду представництва від адвоката-представ-

ника, його змісту, обсягу та спрямування потребує й потерпілий.

Те ж саме стосується й вибору суб'єкта надання правової допомоги. Так, сьогодні обвинувачений до завершення досудового розслідування, а саме до етапу пред'явлення матеріалів справи для ознайомлення, в змозі обрати суб'єктом надання йому юридичної допомоги лише особу з числа адвокатів, причому не будь-якого з усіх, а лише з тих, стосовно яких відсутні передбачені законом обставини, що виключають їх можливість бути захисником у конкретній кримінальній справі (ст. 61 КПК). Так само можуть мати місце передбачені законом обставини, які перешкоджають потерпілому, цивільному позивачу та цивільному відповідачу обрати своїм представником конкретну особу з-поміж адвокатів (ст. 63 КПК). Та й, до речі, представництво останніх не лише у кримінальному, у будь-якому судовому процесі нині ґрунтується на виключно договірних засадах, що особливо гостро позначається, з огляду на рівність прав сторін у судовому розгляді кримінальної справи, на потерпілому [5, 10—12].

Показовою в розглядуваному плані є позиція Євросуду з прав людини у справі «Шабельник проти України».

Заявник (Шабельник) скаржився, що при провадженні щодо нього кримінальної справи мало місце порушення пункту 3(с) Конвенції («1. Кожен має право ... : 3(с) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд ...»), оскільки національні суди відмовили в дозволі його матері представляти його інтереси у порушеній проти нього справі. Суд відхилив дану заяву, мотивувавши це тим, що «... право на юридичного представника, вибраного на власний розсуд, не має абсолютного характеру. ... Заявника представляв адвокат і ... цей адвокат протягом усього судового розгляду представляв його інтереси. У матеріалах справи немає жодних свідчень того, що заявник не міг вільно вибрати собі іншого захисника з відповідною кваліфі-

кацією. Можливість бути представленим родичами, передбачена кримінально-процесуальним законодавством, є додатковою до права на захист і не може підлягати захисту гарантіями пункту 3(с) статті 6 Конвенції» (п. 39 стверджувальної частини рішення).

А щодо вибору особою форми правової допомоги (у формі «захисту» від підозри у вчиненні злочину) та суб'єкта її надання («адвоката» як захисника) одночасно йдеться в рішенні цього Суду у справі «Яременко проти України» [6, 13—14].

З першого же із поставлених громадянином І. Голованем питань, виключно кримінально-процесуального за змістом, Конституційний Суд дав, як на мене (хоча має місце і інша думка [2]), буквальне тлумачення конституційної норми: «2. Положення частини другої статті 59 Конституції України «для ... надання правової допомоги при вирішенні справ в судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» в аспекті конституційного звернення треба розуміти так, що під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами має право на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням *особи в статусі адвоката*, що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень».

Так чи інакше, з прийняттям наведеного рішення Конституційного Суду на адвокатів України було покладено обов'язок виконання у кримінальному судочинстві третього роду роботи — надання особі правової (юридичної) допомоги під час її допиту як свідка в органах дізнання та досудового слідства та дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами.

З цього приводу необхідно привернути увагу до наступного.

Перше. На відміну від чинних в Україні міжнародно-правових актів, у тому числі Конвенції про захист прав людини і осно-

воположних свобод 1950 р., де у пункті 3(с) статті 6 право на правову допомогу гарантовано «*кожному обвинуваченому у вчиненні кримінального правопорушення*», Конституційний Суд України визнав, що статтею 59 Конституції України таке право гарантовано не лише свідкам під час їх допиту в органах дізнання і досудового слідства та особам під час дачі ними пояснень у правовідносинах з цими органами в ситуаціях, коли процедура допитів та відібрання пояснень спрямовані на отримання показань чи пояснень від цих осіб у формі самовикриття у вчиненні ними злочину, а й усім іншим, в превентивних цілях, з метою попередження можливих порушень чи незаконних обмежень їх прав. Таке безпосередньо впливає з правової позиції Суду щодо функціонального призначення конституційного права кожного на правову допомогу, висловленої в абзаці п'ятому пункту 3.1. мотивувальної частини рішення. Стосовно ж перших з них у правовій позиції, сформульованій в реченні останнього абзацу першого пункту 3.2. мотивувальної частини Суду, вважаю, обґрунтовано, з урахуванням рішень Євросуду з прав людини у справах «Яременко проти України» від 12 червня 2008 р., «Луценко проти України» від 18 грудня 2008 р., «Шабельник проти України» від 19 лютого 2009 р. лише наголосив, що у передбачених законом випадках «для захисту від обвинувачення» відповідні державні органи і їх посадові особи під час здійснення своїх повноважень «*зобов'язані забезпечити надання зазначеним особам необхідної правової допомоги*». З тексту статті 59 Конституції зрозуміло — забезпечити через призначення адвоката. Отже, можливість отримання правової допомоги цими свідками та особами від інших осіб є факультативною.

Друге. Дане тлумачення розповсюджується тільки на досудові стадії кримінального процесу, а щодо державних органів і їх посадових осіб, — стосується лише органів дізнання і їх посадових осіб, досудового слідства та прокурорів. Таке твердження ґрунтується на грамати-

ному тлумаченні речення, яким рішення сформульовано, у поєднанні з логічним тлумаченням системи відповідних норм кримінально-процесуального закону.

Речення є складнопідрядним, з поєднанням у ньому однорідних членів. Таким же є та його частина, що визначає суб'єктний склад процесуальної дії у формі допиту особи як свідка та суб'єктний склад процесуальної дії у формі дачі особою пояснень. Поєднання суб'єктних складів обох процесуальних дій як однорідних членів речення здійснено за допомогою словосполучника «чи», а саме: «... особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства *чи* дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами ...». Тобто, у такий спосіб означено, що в ряду цих суб'єктних складів в усіх випадках із двох з них можливий тільки один.

Отже, оскільки допит є слідчою дією і особа допитується як свідок в органах дізнання, досудового слідства, то це означає, що вона допитується у порушеній кримінальній справі і суб'єктами її допиту є уповноважені на це посадові особи органів дізнання, перелічених у ст. 101 КПК, слідчі як органи слідства, перелічені у ст. 102 КПК, і прокурор у випадках, коли він особисто проводить окремі слідчі дії або розслідування по справі в повному обсязі (п. 5 ч. 1 ст. 227 КПК). Процесуальні правила щодо доручень про провадження слідчих дій, в тому числі допитів свідків (ст. 114 КПК), та щодо окремих доручень (ст. 118 КПК) в цьому плані нічого не замінюють.

Відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб передбачено як процесуальну дію на стадії порушення кримінальної справи, до її порушення чи відмови у порушенні, з метою перевірки заяв та повідомлень про злочин, і суб'єктами їх відібрання закон називає знову ж таки прокурора, слідчого і орган дізнання (ч. 4 ст. 97 КПК), у склад якого входить низка підрозділів, в тому числі і тих, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність (УБОЗи, УПБЕЗи тощо), посадові особи яких уповноважені переві-

ряти заяви та повідомлення про злочин, в тому числі шляхом відібрання пояснень від окремих громадян і посадових осіб. Але у всіх випадках та за будь-яких умов ці посадові особи діють в межах повноважень відповідного органу дізнання і від його імені, будучи у такій ролі його дізнавачами і не більше того.

Отже, у рішенні Конституційного Суду в обох випадках, і у випадку допиту особи як свідка, і у випадку дачі особою пояснень йдеться про ті ж самі державні органи і їх посадових осіб. Тому у словосполученні «*дачі пояснень з цими та іншими державними органами*» в межах кримінального процесу слід мати на увазі органи дізнання, досудового слідства і прокурорів. Ні судді, ні суди до них не належать. Про надання правової допомоги свідкові під час його допиту в суді з даного рішення не впливає. Та й навряд чи у цьому є потреба, з огляду на гласність і змагальність судового розгляду, де свідка допитують рівноправні протилежні сторони та суд.

Третє. Жоден із досі відомих кримінальному процесу його учасник, в тому числі адвокат-захисник, не може бути суб'єктом надання свідкові правової допомоги, оскільки свідок (а тим більше особа, яка дає пояснення на стадії дослідчої перевірки матеріалів), з одного боку, не є універсальним суб'єктом процесу в тому розумінні, що він не є суб'єктом в усіх кримінальних справах, а там де є, не бере участі упродовж усього провадження у справі і навіть не упродовж його стадій та їх етапів, а епізодично, а з іншого — далеко не кожен з свідків потребує правової допомоги через те, що, як правило, не має у справі особистого процесуального інтересу, бере у ній участь лише задля того, щоб розповісти усе, що йому відомо про її фактичні обставини, тобто виключно як одне з джерел доказів у справі. Для цих потреб Конституційний Суд і запровадив у кримінальному процесі такого суб'єкта як нового і, у відповідності з міжнародним досвідом, назвав його терміном-поняттям «особа у статусі адвоката».

На виконання даного рішення Суду вітчизняному законодавцю достатньо було адекватно виписати процесуальну форму (процедуру) явки свідка з адвокатом на допит та права і обов'язки учасників даної слідчої дії — і тільки. Бо надання правової допомоги зазначеного виду необхідне лише в межах власне допиту, а сенс полягає у тому, щоб самою присутністю адвоката попередити, присікти будь-які спроби тиску на свідка, а у разі потреби процесуальними способами та тактичними прийомами домогтися проведення допиту у відповідності з законом та забезпечити об'єктивність його показань і правильність та повноту їх відображення у протоколі допиту.

Потреба надання правової допомоги свідкові викликана в Україні нічим іншим, як так званім обвинувальним ухилом, що за традицією має місце у кримінальному судочинстві, який включає в себе негативну практику, зафіксовану в тому числі й Євросудом з прав людини у наведених вище справах проти України. Подібна практика зводиться до примушування людини у будь-який спосіб в обхід закону, особливо на початкових етапах провадження у справі, дати свідчення проти самої себе, близьких їй осіб або співучасників злочину.

Кримінальний процес держав континентальної Західної Європи, де подібні явища не так явно виражені, не знає інституту правової допомоги свідкові. Там їм протидіють іншими способами. В Німеччині, наприклад, це зроблено шляхом закріплення в законі «права на відмову від давання показань, що тягнуть самообвинувачення свідка». Виглядає воно так:

«1. Кожен свідок може відмовитись від повідомлення відомостей з таких питань, відповіді на які потягли б для нього самого або одного з його родичів ... небезпеку переслідування за вчинення кримінально-караного діяння чи адміністративного проступку.

2. Свідок повинен бути попереджений про його право відмови від повідомлення таких відомостей» (§ 55 КПК ФРН) [15].

Франція ж обрала два шляхи одночасно: 1) шлях надання особі права на відмову від самозвинувачувальних показань та 2) шлях накладення на посадових осіб попереднього розслідування заборони допиту свідків, стосовно яких у їх розпорядженні є докази винуватості цих свідків:

«Стаття 104. Будь-яка особа, вказана у скарзі, що супроводжується пред'явленням цивільного позову, може відмовитися від давання показань як свідок. Слідчий суддя попереджує його про це після того, як ознайомиться із змістом скарги. Про це попередження робиться відмітка в протоколі. У випадку відмови від давання показань ця особа може бути допитана тільки як обвинувачений.

Стаття 105. Слідчий суддя, якому доручено проводити слідство у справі, а також магістрати і посадові особи судової поліції, які діють на підставі слідчого доручення, не вправі допитувати як свідків осіб, проти яких є серйозні і узгоджені між собою докази стосовно їх винуватості, якщо це завідомо тягне порушення права на захист» [14].

Росія, де ситуація з обвинувальним ухилом та його проявами на попередньому слідстві подібна до нашої, інститут надання правової допомоги свідкові з цих причин запровадила через два роки після прийняття нового КПК РФ (2001 р.), в липні 2003 р., і зробила його у напрямі та за змістом, параметри яких по суті й сприйняв Конституційний Суд України у розглядуваному тут рішенні в справі про правову допомогу, схвально сприйнятому представниками процесуальної науки [3, 9, 23—27].

Зокрема, російський законодавець закріпив за свідком право «з'явитися на допит з адвокатом» (п. 6 ч. 4 ст. 56 КПК РФ) для того, щоб адвокат був присутнім при його допиті, давав йому в присутності слідчого короткі консультації, ставив з дозволу слідчого запитання, робив письмові зауваження з приводу правильності і повноти записів в протоколі допиту, в тому числі стосовно запитань, відведених слід-

чим, а по закінченні допиту — заяви щодо порушень прав і законних інтересів свідка (ч. 2 ст. 53, ч. 5 ст. 189 КПК РФ) [13]. Таким чином, закон відвів адвокату роль кваліфікованого консультанта та охоронця прав і законних інтересів свідка під час його допиту слідчим, що визнається російськими процесуалістами надзвичайно важливою гарантією, яка забезпечує дотримання його прав і законних інтересів [14, 405; 4, 307].

Подібним чином це питання вирішено в Республіці Молдова, у прийнятому в березні 2003 р. КПК якої право бути допитаним органом кримінального переслідування в присутності адвоката, обраного як свого представника, передбачене не лише щодо свідка, а й щодо потерпілого (ст. 17(4) КПК РМ) [12].

Але український законодавець не став буквально виконувати рішення Конституційного Суду України у справі І. Голованя в частині надання правової допомоги особі під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи дачі поясень в цих та інших державних органах, і не повною мірою врахував наведений вище міжнародний досвід і прецедентну практику Євросуду з прав людини, в тому числі у справах проти України, а, як це в законотворчій практиці України інколи трапляється, вирішив це питання своєрідно прийняттям 1 липня 2010 р. Закону № 2395-VI.

По-перше, законодавець не відреагував на рішення Суду щодо надання особі правової допомоги під час дачі нею поясень у правовідносинах з органами дізнання, досудового слідства та іншими державними органами.

По-друге, стосовно свідка він не дотримався даного рішення щодо суб'єкта надання тому правової допомоги та вийшов, не в усьому послідовно і обґрунтовано, за його межі в частині обсягу та форм її надання, доповнивши існуючий перелік прав свідка наступними:

1) «на обрання за власним бажанням захисника під час допиту чи проведення інших слідчих дій за своєю участю відпо-

відно до цього Кодексу та на іншу правову допомогу в порядку, встановленому законом ...» (п. 4¹ ч. 1 ст. 69¹ КПК);

2) відмовитись давати показання «... також у разі, якщо у нього немає можливості вільно, без неправомірних обмежень, отримати допомогу в обсязі і формах, як він того потребує, в тому числі запросити захисника» (п. 6 ч. 1 ст. 69¹ КПК);

3) «після того, як свідок розповів усе, що йому відомо в справі, його допитують прокурор, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, захисник, підсудний, суддя ..., а також запрошений ним захисник» (ч. 3 ст. 303 КПК).

По-третє, законодавець вийшов за межі рішення й в тому плані, що побічно, доповненням статті КПК про обставини, які виключають участь у справі захисника, запровадив захист у кримінальному процесі не лише свідка, а й потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача: «Одна і та сама особа в даній кримінальній справі не може бути захисником двох і більше свідків, а також захисником свідка і підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, *«потерпілого, цивільного позивача чи відповідача»*» (ч. 5 ст. 61 КПК).

Що стосується доповнення прав свідка в частині підстав для відмови давати показання та на правову допомогу як під час допиту, так і при проведенні інших слідчих дій за своєю участю, то його, з урахуванням досить широких та дієвих прав суб'єкта надання правової допомоги, зокрема, «бути присутнім під час їх проведення; надавати в присутності слідчого консультації свідку, якщо фактичні обставини у справі можуть бути використані для кримінального переслідування особисто самого свідка або членів його сім'ї чи близьких родичів; ставити з дозволу слідчого запитання, що підлягають занесенню до протоколу, для уточнення і доповнення його відповідей; заперечувати проти незаконних дій слідчого щодо порядку проведення ним допиту чи інших слідчих дій з посиланням на норму закону, яка порушується, що підлягає занесенню до відповідного про-

токолу; оскаржувати дії слідчого в порядку, встановленому цим Кодексом, у разі якщо з характеру і змісту питань випливає, що свідок має допитуватися як підозрюваний» (ч. 9 ст. 48 КПК), слід визнати прогресивними, бо свідок потребує всебічної правової допомоги, і не лише під час допиту, а й при проведенні з його участю очної ставки, обшуку і виїмки, огляду, освідування, відтворення обстановки та обставин події, проведенні експертизи.

Непослідовність же тут полягає у тому, що реалізація наведених прав захисника свідка, виписаних, до речі, так само як і в ч. 9 ст. 48 КПК, передбачена лише щодо допиту свідка (ч. 4 ст. 167 КПК). Вона створює враження, що право свідка мати захисника при проведенні з ним інших слідчих дій, зазначене в п. 4¹ ч. 1 ст. 69¹ КПК, є декларативним.

Недоречність вбачається й у тому, що окрім правової допомоги свідкові при його допиті та проведенні з ним інших слідчих дій, вказується, і вказується досить «туманно», про його право «на іншу правову допомогу в порядку, встановленому законом».

Проте в кримінальному судочинстві увесь його порядок, в тому числі й порядок надання правової допомоги, регламентований кримінально-процесуальним законом. Свідок, як і будь-яка інша особа, позапроцесуальну правову допомогу може отримувати без обмежень, на власний розсуд, в тому числі від адвокатів згідно із Законом «Про адвокатуру». Але така правова допомога не має і не може мати жодного кримінально-процесуального значення. Тому наведений припис п. 4¹ ч. 1 ст. 69¹ КПК як такий, що не несе кримінально-процесуального навантаження, є зайвим, а тому може призводити до непорозумінь при провадженні кримінальних справ з участю свідків і не більше того.

Необґрунтованим же, а за своєю суттю хибним та таким, що призвело до розбалансованості чинного кримінально-процесуального права і процесу, є визначення суб'єкта надання правової допомоги свід-

кові, потерпілому, цивільному позивачу і цивільному відповідачу, в ряду з підозрюваним, обвинуваченим і підсудним терміном-поняттям «захисник». Недарма воно викликає в літературі здивовані запитання [10, 311—313].

По-перше, оскільки законодавець, як і Конституційний Суд України, рішення якого є обов'язковими до виконання на території України і остаточними, надав право на правову допомогу усім свідкам як суб'єктам кримінального процесу в цілому, а не лише тим, які формально допитуються за правилами допиту свідків, а фактично є підозрюваними, він мав би виконати рішення Суду і в цій частині та суб'єкта надання йому правової допомоги іменувати «особою в статусі адвоката» чи просто «адвокатом».

По-друге, дане визначення суперечить конституційним засадам судочинства та не відповідає оснований на них нормам кримінально-процесуального права України і їх понятійним апаратам.

Згідно з ч. 2 ст. 63 Конституції України «підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист». А у п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції «забезпечення обвинуваченому права на захист» закріплено однією з основних засад судочинства. Оскільки ці конституційні норми є органічно взаємопов'язаними, то очевидно, що у другій з них терміном «обвинувачений» означено родові поняття, що охоплює «підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного», які за ч. 2 ст. 63 Конституції і мають право на захист.

У свою чергу, в конституційній нормі про те, що «для забезпечення права на захист від обвинувачення ... в Україні діє адвокатура» (ч. 2 ст. 59 Конституції), термін «обвинувачення» також є родовим і охоплює щонайменше ті види кримінального переслідування особи, які згідно з кримінально-процесуальним законом здійснюються щодо підозрюваного, обвинуваченого та підсудного. А це, відповідно, підозра, обвинувачення особи у вчиненні злочину, державне чи приватне обвинувачення в суді.

У цьому зв'язку КПК України визнає, що «захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів *підозрюваного, обвинуваченого, підсудного**, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальних справах» (ч. 1 ст. 44 КПК), а в судовому розгляді справи підсудного і його захисника відносить до головних суб'єктів сторони захисту (ст. 261 КПК) та виконавців однойменної функції (ч. 4 ст. 16¹ КПК).

Отже, і Конституція України, і КПК України терміни-поняття «захист» і «захисник» у кримінальному судочинстві пов'язують з представницькою діяльністю захисника тільки на боці підозрюваного, обвинуваченого, підсудного і лише в їх інтересах. Суть такої захисної діяльності (захисту) як окремої самостійної форми представницької правової допомоги у кримінальній справі виражена в законі через обов'язок захисника і полягає у з'ясуванні обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність даних суб'єктів процесу (ч. 1 ст. 48 КПК). Вона носить виключно публічно-правовий характер, в силу чого з приватних учасників кримінального процесу лише захисник підозрюваного, обвинуваченого і підсудного виступає в ньому у ролі «двуликого Януса» — одночасно як їх представник, працюючий на них, і як самостійний учасник процесу з власним процесуальним статусом, працюючий на правосуддя. За своїм призначенням діяльність (робота) захисника зводиться до виконання в кримінальному процесі однієї з трьох основних процесуальних функцій, — функції захисту в ряду функцій кримінального переслідування (обвинувачення) та розгляду і вирішення кримінальної справи, які за суб'єктивним

складом та діяльністю найбільш чітко розподілені в суді. На цій підставі вітчизняний судовий кримінальний процес за своєю структурною побудовою визначається як змагальний (ст. 16¹ КПК).

Припис закону про надання захисником підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому і виправданому «*іншої юридичної допомоги*» означає правову допомогу в іншому аспекті (зрізі). На практиці це дача підзахисному під час провадження у справі юридичних і тактичних порад, консультацій, допомога у складанні клопотань, скарг тощо. Вона, безумовно, тісно переплітається з захистом, проте не є у цьому взаємозв'язку визначальною, а субсидіарною, бо її виконання захисником не є безпосередньою протидією кримінальному переслідуванню, а лише побічною, шляхом кваліфікованого сприяння підзахисному у самозахисті від кримінального переслідування.

З віднесенням же захисника ще й до суб'єкта представницької правової допомоги свідкові судовий процес став функціонально розбалансованим уже тому, що свідок при своєму допиті отримав право мати захисника в тій же «іпостасі», що й підсудний (ч. 6 ст. 44 КПК), і захисник свідка тепер має право приймати участь у його допиті нарівні з сторонами (ч. 3 ст. 303 КПК). Тобто, в суді окрім сторони обвинувачення і сторони захисту (ст. 261 КПК) з'явилася якби ще одна сторона — сторона захисту свідка.

А скільки і яких сьогодні є сторін процесу, зважаючи на те, що потерпілий, цивільні позивач та відповідає, учасники процесу, на відміну від свідка, універсальні в тому плані, що функціонують у справі не лише упродовж усього її судового розгляду, а й упродовж усього провадження справи, представлені як представниками в прямому розумінні цього слова, в тому числі представниками в статусі адвокатів (ст. 52 КПК), так і захисниками, наділеними, очевидно, оскільки в законі про інше не оговорено, правами захисника, у першу чергу — захисника-адвоката, передбаченими ст. 48

* Термін «підсудний» тут також слід розглядати як родовий, який охоплює собою усіх обвинувачених у справі від моменту винесення суддею постанови про призначення справи до судового розгляду, до моменту набрання щодо них судовим рішенням законної сили.

КПК. Важко через це охарактеризувати й конструкцію теперішнього вітчизняного кримінального судочинства в цілому.

Отже, з наведених позицій слід констатувати: не лише з термінами *«захисник» та «захист»*, а й з даними кримінально-процесуальними поняттями та їх юридичним змістом законодавець явно наплутав.

А слід було виходити з того, і на цьому треба наголосити ще раз, що офіційне тлумачення Конституційним Судом положень ст. 59 Конституції України, дане в пункті першому резолютивної частини рішення у справі І. Голованя, носить найбільш широкий, конституційно-правовий характер. Тому вони в частині надання особі правової допомоги чинні як норми прямої дії в усіх сферах правозастосування, у яких особа такої допомоги потребує. Але в окремо взятих сферах правового застосування, в залежності від його предмета та методів, така правова допомога набуває специфічного галузевого характеру, форми і змісту.

Так, правової допомоги у формі державного захисту їх законних інтересів потребують і у передбачених Законом України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» отримують зазначені в ньому працівники суду та правоохоронних органів в частині їх роботи у сфері кримінального судочинства, а усі інші суб'єкти кримінального процесу та особи, законні інтереси яких ставляться під загрозу порушення у зв'язку з провадженням кримінальної справи, — у формі захисту їх законних інтересів у випадках, передбачених Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» та ст. 52¹—52⁵ КПК. Учасники ж кримінального процесу — приватні особи і особливо ті з них, права, свободи та законні інтереси яких є предметом розгляду і вирішення кримінальних справ або безпосередньо зачіпаються провадженням у справі, потребують правової допомоги у специфічних кримінально-процесуальних формах, обсяг і зміст яких залежить від правового статусу або фактичного стану особи, що в цьому відношенні є визначальним.

Наприклад, як уже зазначалося, підозрюваний, обвинувачений та підсудний потребують правової допомоги в першу чергу у формі кримінально-процесуального захисту від, відповідно, висуненої проти них підозри у вчиненні злочину, пред'явленого, підтримуваного чи визнаного судом доведеним обвинувачення, який полягає у діяльності (роботі) спеціально уповноваженої законом на це особи, захисника, захисника-адвоката, зокрема, спрямованої на спростування підозри чи обвинувачення, виявлення і збирання доказів, що їх виправдовують або впливають на кваліфікацію вчиненого, вид та розмір покарання, розмір відшкодування заподіяних збитків. Євросуд з прав людини суб'єкта надання правової допомоги такої форми, змісту та обсягу називає «адвокатом захисту» (справа Артїко проти Італії та ін.), а низка міжнародно-правових актів присвячує її забезпеченню урядами держав окремі розділи — «Спеціальні гарантії у питаннях кримінального правосуддя» (Основні положення, що стосуються ролі юристів 1990 р.), «Спеціальні гарантії у кримінальній юстиції» (Основні положення про роль адвокатів 1990 р.).

Форма, зміст, обсяг, і що не менш важливо, спрямування правової допомоги, якої потребує решта різнойменних учасників процесу, суттєво інші із-за їх процесуального статусу та процесуального інтересу, який вони мають у справі.

Потерпілий, наприклад, якого ніхто, жодним чином і ні у чому не обвинувачує, і якому немає від кого та від чого боронитися, кримінально-процесуального захисту, а отже й захисника, не потребує. Навпаки, він є суб'єктом сторони обвинувачення, а тому правова допомога, якої він потребує, полягає у діяльності запрошеної ним особи, спрямованої на підвищення ефективності підтримання (а у справах приватного обвинувачення й на порушення) ним обвинувачення, що є його диспозитивним правом, яким він може вільно розпоряджатися на власний розсуд. Отже, для забезпечення даного права він має потребу у кваліфіко-

ваній правовій допомозі з боку юриста чи досвідченого практика, «рівноозброєного» у правових можливостях із захисником обвинуваченого, але який може діяти лише в межах правового статусу потерпілого та з урахуванням його волі. Історично та на законодавчому рівні надання потерпілому правової допомоги здійснювалося, і згідно з чинним законом (ст. 52 КПК) здійснюється дотепер через його представника, здебільшого представника-адвоката у формі власне представництва.

Наведене щодо потерпілого принципово стосується також цивільного позивача і цивільного відповідача, коли останній та обвинувачений (підсудний) не співпадають в одній особі, що трапляється рідко. Коли ж вони співпадають в одній особі, захист її цивільних прав, оскільки доля цивільного позову тут залежить виключно від доведених обвинувачення, здійснюється захисником в межах виконання функції захисту.

Інших учасників кримінального судочинства, які б мали власний процесуальний інтерес у кримінальній справі чи провадження у ній безпосередньо загрожувало б їх правам та свободам, вітчизняне кримінально-процесуальне право не знає.

Що стосується правової допомоги свідкові через його дієве представництво при проведенні з ним слідчих дій, вважаю це правове явище тимчасовим. З подоланням обвинувального ухилу в Україні воно відпаде. Поки ж такий ухил має місце, враховуючи роль, яку свідок відіграє у кримінальній справі, а звідси і його процесуальний статус, надавати свідкові правову допомогу повинен вільно обраний ним представник як окремий учасник процесу із самостійним процесуальним статусом. Враховуючи рішення Конституційного Суду України в справі про надання правової допомоги, зарубіжний досвід та відповідні положення визнаних Україною міжнародно-правових актів і практику їх застосування, а також положення ст. 59 Конституції України про те, що «для забезпечення права на ... надання правової допомоги при вирішенні справ в судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» — це адвокат, а факультативно будь-яка інша обрана свідком особа, щодо якої законодавство України не містить обмежень права на представництво. Таку чи подібну їй за змістом норму хотілося б бачити у новому КПК України.

Список літератури:

1. *Выдря М.М.* Функция защиты в советском уголовном процессе / М.М. Выдря // Советское государство и право. — 1978. — № 1.
2. *Дроздов О.* Напрями реформування кримінально-процесуального законодавства України: щодо права на надання правової допомоги / О. Дроздов // Юридичний вісник України. — 21—27 листопада 2009 р. — № 47(751).
3. *Дроздов Олександр.* Напрями реформування кримінально-процесуального законодавства України щодо права на надання правової допомоги / О. Дроздов // Юридичний вісник України. — 14—20 листопада 2009. — № 46(750).
4. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Е. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007.
5. *Кучинська О. П.* Проблеми захисту прав потерпілих в кримінальному процесі України / О.П. Кучинська // Адвокат. — 2009. — № 5.
6. Майстер-клас судді Європейського суду з прав людини Ганни Юдківської в Академії адвокатури України // Адвокат. — 2010. — № 6.
7. *Михеенко М.М.* Обеспечение участвующим в деле лицам права на защиту законных интересов как принцип советского уголовного процесса / М.М. Михеенко // Проблемы

- правового статусу личности в уголовном процессе. — Изд-во Саратовского ун-та, 1981.
8. Офіційний вісник України. — 2009. — № 76. — Ст. 2694.
9. Панчук О.В. Порядок надання правової допомоги свідку / О.В. Панчук // Адвокат. — 2010. — №2. — С.23-27.
10. Тутова Н.В. Щодо новел в законодавстві відносно участі у кримінальному процесі захисника свідка // Актуальні питання кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). — У 2 т. — Т. 2. — Одеса, 2010.
11. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / [отв. ред. П.А. Лупинская]. — М.: Юристъ, 2004.
12. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. — Кишинэу, 2007. — 234 с.
13. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. — М.: «Издательство ЭЛИТ», 2007 — 208 с.
14. Уголовно-процессуальный кодекс Франции 1958 года. — М.: Издательство «Прогресс», 1967. — 109 с.
15. Федеративная Республика Германия. Уголовно-процессуальный кодекс. — М.: Издательская фирма «Манускрипт», 1994. — 204 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются нормативные новеллы относительно оказания адвокатами юридической помощи в уголовном судопроизводстве Украины в свете зарубежного опыта, положений признанных Украиной международно-правовых актов и практики их применения.

SUMMARY

New norms about lawyers' legal help in the criminal procedure of Ukraine in the light of foreign experience, conditions of the international conventions, ratified by Ukraine, corresponding practice are considered in the article.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 14.01.2011.