

УДК 343.13

DOI <https://doi.org/10.32837/yuv.v0i1.2311>**В. Карпенко,**

адвокат,

аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТА НАДАННЯ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ СВІДКУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

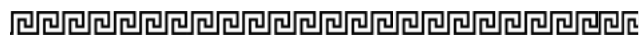
Відповідно до положень статей 59 та 131-2 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу. Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура [1]. Про адвоката, як суб'єкта надання правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні, йдеться при регламентації процесуального статусу свідка в п. 2 ч. 1 ст. 66 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, де визначено, що свідок має право користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката [2].

Втім, термін «адвокат» не характеризує особу як учасника кримінального провадження, адже не визначає її функції чи ролі у цьому провадженні. Адвокат – це професія. Адвокатом є представник адвокатури як недержавного самоврядного інституту, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі [3]. Тобто, термін «адвокат», який використовує законодавець у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України, вказує на особу, яка на професійній основі займається адвокатською діяльністю, але не визначає її процесуального статусу як учасника кримінального провадження.

Як зауважує В.М. Тертишник, адвокат – це потенційний учасник процесу, стати таким може, лише

отримавши певний процесуальний статус [4, с. 134]. Відповідно до норм КПК України адвокат може брати участь у кримінальному провадженні у таких процесуальних статусах: – як захисник 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. 1 ст. 45 КПК України); – як представник потерпілого (ст. 58 КПК України); – як представник цивільного позивача чи цивільного відповідача (ст. 63 КПК України); – як представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ст. 64-1 КПК України); – як представник особи, щодо майна якої розглядається питання про арешт (ч. 4 ст. 64-2 КПК України); – як особа, яка надає свідку правову допомогу під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України).

Тобто, при визначенні процесуального статусу адвоката як представника правозахисної інституції, який захищає підозрюваного, обвинуваченого чи представляє інтереси потерпілого, законодавець враховує характеристику їх функції та ролі у кримінальному провадженні, називаючи «захисником» чи «представ-



ником». Втім, це правило не стосується регламентації процесуального статусу особи, яка надає правничу допомогу свідку. Адже законодавець у цьому випадку використовує термін «адвокат», який не дозволяє визначити сутність його повноважень при наданні правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні. Такий законодавчий підхід до назви особи, яка надає правничу допомогу свідку у кримінальному провадженні є небунтованим, що зумовлює проблеми правозастосування. Адже назва учасника кримінального провадження відіграє важливу роль при визначенні сутності його функцій.

Є різні підходи як у науковців, так і законодавця щодо назви учасника кримінального процесу, який має надавати професійну правничу допомогу свідку у кримінальному провадженні.

Так, при регулюванні цього питання у КПК України 1960 року цей учасник кримінального провадження називався захисником. Зокрема, у п. 4-1 ст. 69-1 КПК України 1960 року (в редакції 2010 року) було зазначено, що свідок має право «на обраного за власним бажанням захисника під час допиту чи проведення інших слідчих дій за своєю участю відповідно до цього Кодексу та на іншу правову допомогу в порядку, встановленому законом, а також відмовитися від запрошеного ним захисника» [5].

Цілком виправдано більшість вчених-процесуалістів критично сприйняли визначення у законодавстві «захисником» учасника кримінального провадження, який надає правову допомогу свідку. Зокрема, М. Я. Николенко вважає, що термін «захисник свідка» не має застосовуватися у КПК, оскільки він не відповідає сутності функції, яку виконує особа, яка надає в кримінальному судочинстві правову допомогу свідку [6, с. 115].

Досить поширеною серед науковців є думка про те, що адвокат свідка виконує функцію представництва його інтересів, про це йдеться

у працях О.В. Белькової, І.В. Гловюк, І.В. Голованя, Т.В. Корчевої та В.Г. Пожара. Зокрема, на думку Т.В. Корчевої, професійна правнича допомога свідку у кримінальному провадженні повинна здійснюватися у формі представництва, яке є одним із видів адвокатської діяльності [7, с. 319]. Досліджуючи кримінальні процесуальні функції, при визначенні функції адвоката свідка І.В. Гловюк доходить висновку про те, що адвокат свідка є його представником і реалізує ту ж функцію, що і свідок, тобто допоміжну кримінально-процесуальну функцію [8, с. 126-127].

Про представника свідка йдеться і у законодавстві різних країн. Зокрема, у КПК Естонії визначено, що з метою захисту інтересів свідка при його допиті на досудовому провадженні може бути присутній як його договірний представник адвокат (ч. 1 ст. 67-1 КПК Естонії) [9]. У КПК Литви також зазначено, що свідок має право на представника (п. 7 ч. 1 ст. 81) [10, с. 35]. А у п. 10 ч. 12 ст. 90 КПК Молдови вказано, що під час участі у процесуальних діях свідок має право на супроводження захисником, якого він обрав у якості свого представника [11].

Вищенаведене свідчать про поширеність тверджень про те, що особа, яка надає правову допомогу свідку, має називатися представником. Втім, і щодо такого підходу є спірні питання. Адже професійна правнича допомога і представництво не є тотожними термінами. На це звертається увага у Висновку Конституційного Суду України (щодо скасування адвокатської монополії), де вказано, що поняття «надання професійної правничої допомоги» не тотожне поняттю «представництво особи в суді» [12].

Дійсно, свідок як учасник кримінального провадження має свої права та законні інтереси, для реалізації яких він може скористатися допомогою представника. Зокрема, для подачі клопотання про застосування



заходів безпеки до свідка чи щодо відшкодування витрат, пов'язаних із викликом для дачі показань. В цих випадках роль представника полягає у наданні правової допомоги у формі представництва.

Втім, як слушно зауважує з цього приводу О. Г. Яновська, «основною особливістю представництва є можливість представника діяти замість особи, яку він представляє» [13, с. 110]. Але ж право свідка на професійну правничу допомогу обумовлено не стільки необхідністю представництва його інтересів (що передбачає участь у кримінальному провадженні представника замість свідка), скільки потребою забезпечення присутності адвоката під час допиту свідка та надання йому консультацій, чим гарантується реалізація конституційного права на свободу від самовикриття чи викриття членів сім'ї або близьких родичів.

Тобто, правова допомога свідку, здебільшого, забезпечується можливістю консультування його під час проведення допиту чи інших процесуальних дій. Так, у ст. 48 КПК України 1960 року було визначено, що адвокат свідка має право 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 [5]. Аналогічні норми закріплені у КПК інших країн. Зокрема, у § 68 b КПК ФРН визначено, що адвокату, який з'явився на допит свідка, дозволяється бути присутнім під час допиту [14, с. 119]. А в КПК Болгарії визначено, що свідок має право консультуватися з адвокатом, якщо вважає, що відповідь на поставлене запитання обмежує його право (ч. 2 ст. 122) [15].

Вищевикладене свідчить, що правничу допомогу свідку не є тотожною представництву його інтересів. Особливістю надання правничої допомоги свідку є те, що адвокат діє не

замість свідка у кримінальному провадженні, а бере участь разом зі свідком у процесуальних діях та слідкує за дотриманням його прав та законних інтересів під час проведення цих процесуальних дій.

Про відмінність представництва інтересів та надання правової допомоги свідку стверджують і окремі науковці. Зокрема, В. В. Заборовський вважає, що відсутність чіткого врегулювання статусу адвоката свідка в українському законодавстві дає змогу припустити, що вітчизняний законодавець мав на меті надати адвокату свідка окремий правовий статус [16, с. 171].

Про самостійність правового статусу адвоката свідка свідчить і положення п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України, де адвокат свідка перерахований на рівні з іншими учасниками кримінального провадження. Втім, вказане положення не вирішує проблему визначення назви чи процесуального статусу цього учасника кримінального провадження.

Заслугове на детальний аналіз запропонований В.М. Тертишником підхід до вирішення цього питання. Так, вчений відмічає, що в сучасному кримінальному процесі адвокат як представник правозахисної інституції, на яку покладено виконання функції правничої допомоги, може брати участь у кримінальному провадженні в трьох різних статусах: як захисник, як представник та як юридичний помічник (консультант) свідка. Вчений пропонує доповнити кримінально-процесуальну доктрину теоретичною моделлю інституту правничого повіреного (процесуального юрисконсульта) і відповідно для його закріплення доповнити КПК України нормою «Юридична допомога правничим повіреним», яким може бути як адвокат чи його помічник, так і інший фахівець у галузі права, стосовно яких немає передбачених законом підстав для відводу від участі у справі [4, с. 130-134].



Вищенаведене свідчить, що правнича допомога може бути у формі захисту, представництва чи юридичного консультування. Тому варто погодитися з вченими які стверджують, що особу, яка надає свідку професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні, слід називати правничим консультантом. Саме така назва дозволить відобразити функціональну спрямованість діяльності особи, що надає правничу допомогу свідку, як учасника кримінального провадження та відокремити її від захисту чи представництва.

Окремої уваги заслуговує питання щодо того, хто може надавати професійну правничу допомогу свідку у кримінальному процесі. Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» 2016 року була запроваджена адвокатська монополія. Зокрема, ст. 59 Конституції України була викладена у такій редакції: «Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». А в ч. 4 131-2 Конституції України визначено, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення [1].

Запровадження адвокатської монополії зазнало суттєвої критики серед правників, що зумовило розроблення чергових змін до Конституції України. Зокрема у Висновку Конституційного Суду України (щодо скасування адвокатської монополії) вказано, що надання професійної правничої допомоги здійснюють адвокати, натомість представництво особи у суді може бути здійснене за вибором особи адвокатом або іншим суб'єктом [12].

За доцільність надання професійної правничої допомоги свідку не лише адвокатом, а і іншими фахівцями у галузі права висловлюються і такі вчені як Т.В. Корчева, В.М. Тер-

тишник, С.В. Рокунь, О.В. Панчук, І.В. Головань. Зокрема, С.В. Рокунь відмічає, що неузгодженість правових норм залишає відкритим питання щодо того, як розуміти припис закону «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» та те, що «для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура». Вочевидь, з тексту конституційних норм не постає, що адвокатура може бути монополізована на надання правничої допомоги, проте можна стверджувати, що захист обвинувачення у суді за приписами конституційних норм покладається лише на адвоката [17, с. 156].

На думку О.В. Панчук також не можна погодитися зі змістом п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України щодо того, що правову допомогу свідку може надавати тільки адвокат. Вона відмічає, що таке категоричне регулювання не узгоджується з рішенням Конституційного Суду України (справа про право на правову допомогу), де в резолютивній частині вказано, що твердження «для ... надання правової допомоги ... діє адвокатура» не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень [18, с. 34].

Окрім цього, як зауважує В. М. Тертишник, конституційні положення щодо адвокатської монополії на надання правничої допомоги створюють певну конкуренцію правових норм національного законодавства та міжнародних правових актів, мають внутрішньо суперечливий і дискусійний характер [4, с. 132].

Кримінальне процесуальне законодавство окремих країн також дозволяє надавати свідку правову допомогу не лише адвокатам, а і фахівцям-правникам. Зокрема, у КПК Естонії вказано, що під час допиту свідка може бути присутній як його договірний представник адвокат або інша особа, яка відповідає вимогам до договірного представника (ч. 1 ст. 67-1) [9]. Відповідно до КПК Литви представ-



ником може бути адвокат або за його дорученням помічник адвоката, а з дозволу працівника органу досудового розслідування, прокурора чи судді – і інша особа, яка має вищу юридичну освіту та уповноважена стороною представляти її інтереси (ч. 2 ст. 55) [10, с. 18].

Отже, вищевикладене свідчить, що суб'єктами надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні мають бути не лише адвокати, а і фахівці у галузі права, які набули відповідного процесуального статусу відповідно до норм кримінального процесуального законодавства.

Окремої уваги заслуговують обставини, за наявності яких адвокат не може надавати правничу допомогу свідку у кримінальному провадженні. Адже після перевірки документів, які підтверджують набуття повноважень статусу адвоката свідка, слідчий має з'ясувати наявність чи відсутність обставин, що виключають його участь у кримінальному провадженні.

Це питання вже було предметом окремих наукових досліджень, у яких зверталася увага на відсутність визначення у КПК України обставин, за наявності яких адвокат не може надавати свідку правничу допомогу. Зокрема, О.В. Панчук відмічає, що у ст. 78 КПК України йдеться лише про обставини для відводу захисника та представника як учасників кримінального провадження та пропонує відповідні доповнення до КПК України вказавши, що один і той адвокат у кримінальному провадженні не може надавати правову допомогу двом і більше свідкам [18, с. 34]. Тобто, пропонується фактично повернутися до регламентації цього питання у його формулюванні в КПК України 1960 (в редакції 2010 року), де були визначені загальні підстави відводу захисника та додатково вказано, що одна і та сама особа в даній кримінальній справі не може бути захисником двох і більше свідків, а також захисником свідка та підозрюваного, обвинуваче-

ного, підсудного, потерпілого, цивільних позивача чи відповідача [5].

Втім, І. В. Головань свого часу звертав увагу на проблеми із застосуванням правила «кожному свідку – окремого адвоката», які виникли одразу після набрання чинності змін до КПК [19, с. 139–140].

Варто відмітити, що навіть для захисника підозрюваного чи обвинуваченого закон не визначає такого кількісного обмеження. Зокрема, у п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України визначено, що особа не має права брати участь у цьому ж кримінальному провадженні як захисник або представник якщо вона у цьому провадженні надає або раніше надавала правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги [2]. Тобто, якщо у осіб, яким надається правова допомога захисником, відсутня суперечність інтересів, то кількісного обмеження щодо них кримінальне процесуальне законодавство не передбачає.

Тому вважаємо, що недоцільно встановлювати кількісні обмеження свідків, яким адвокат може надавати правничу допомогу у кримінальному провадженні.

Отже, вищенаведене свідчить про необхідність доповнення КПК України окремою нормою, де слід закріпити процесуальний статус особи, яка надає свідку професійну правничу допомогу, з визначенням її прав та обов'язків, а також обставин, за наявності яких адвокат свідка підлягає відводу від участі у провадженні.

У статті проаналізовано кримінальне процесуальне законодавство щодо визначення процесуального статусу особи, яка може надавати професійну правничу допомогу свідку у кримінальному провадженні. Встановлено, що термін «адвокат», який використовується у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України, вказує на особу, яка на професійній



основі займається адвокатською діяльністю, але не визначає її процесуального статусу як учасника кримінального провадження.

Звертається увага на те, що при визначенні процесуального статусу особи, яка захищає підозрюваного чи представляє інтереси потерпілого, законодавець виходить із характеристик їх функцій, називаючи «захисником» чи «представником». Це правило не враховано при визначенні назви особи, яка надає правничу допомогу свідку.

Визначено три підходи до визначення особи, яка надає свідку професійну правничу допомогу, – захисник, представник, адвокат свідка (юридичний помічник, правничий повірений). Підтримується критика науковців щодо назви цього учасника кримінального провадження захисником та звертається увага на поширеність тверджень про те, що така особа має називатися представником.

Обґрунтовано, що право свідка на професійну правничу допомогу обумовлено не стільки необхідністю представництва його інтересів (що передбачає участь у кримінальному провадженні представника замість свідка), скільки потребою забезпечення присутності адвоката під час допиту свідка. Звертається увага на те, що правничу допомогу свідку не є тотожною представництвом його інтересів у кримінальному провадженні.

Встановлено, що суб'єктами надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні мають бути не лише адвокати, а і фахівці у галузі права, які набули відповідного процесуального статусу.

Аналізуються обставини, за наявності яких адвокат свідка не може надавати професійну правничу допомогу свідку у кримінальному провадженні.

Ключові слова: професійна правничу допомога, свідок, адвокат, захисник, представник.

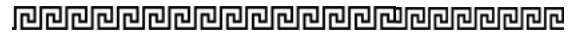
Karpenko V. Problems of defining the subject of providing legal aid to a witness in criminal proceedings

In this article criminal procedural legislation was analysed regarding the definition of procedural status of a person who can provide professional legal aid to a witness in a criminal proceeding. It was determined that the term “a lawyer” used in clause 2, part 1, article 66 of Criminal Procedural Code of Ukraine, indicates a person who practices as a lawyer but does not define their procedural status as a participant of the legal proceeding.

Attention is drawn to the fact that during the definition of the procedural status of the person who defends a suspect or represents a victim, a legislator is guided by the characteristics of their function in calling them “an attorney for the defence” or “a representative”. This rule is not taken into account when the title of the person who provides legal aid to a witness is defined.

Three ways are determined to define the person who provides professional legal aid to a witness, – an attorney for the defence, a representative and a counsel for the witness (legal assistant, legal attorney). Support is expressed to criticism of scholars concerning calling this participant of criminal proceedings an attorney for the defence and attention is drawn to common assertion that such person is to be called a representative.

It is substantiated that the right of a witness to professional legal aid results not only from the necessity to represent their interests (which involves participation of a representative instead of a witness in criminal proceedings) but mostly from the necessity of lawyer’s presence during the interrogation



of a witness. It is also stated that legal aid to a witness does not equal representation of their interests in criminal proceedings.

It was established that subjects of providing legal aid to witnesses in criminal proceedings must be not only attorneys but also law professionals who acquired corresponding procedural status.

Circumstances under which a counsel for the witness cannot provide professional legal aid to a witness in criminal proceedings are analysed.

Key words: professional legal aid, witness, attorney, counsel for the defence, representative.

Література

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#n141>

2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-1775>.

3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>

4. Тертишник В.М. Правнича допомога та функція захисту в кримінальному процесі: гармонізація доктрини. Правова позиція. 2017. № 2. С. 128–137.

5. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05?find=1&text>

6. Никоненко М.Я. Правова допомога свідку як суб'єкту, який відіграє допоміжну роль в процесі доказування. Проблеми реформування кримінального процесуального законодавства України на сучасному етапі: мат. круглого столу (Київ, 20.05.2011). НАВС. К. ФОП Ліпкан О.С., 2011 С. 113–115.

7. Корчева Т. В. Надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні як вид адвокатської діяльності. Порівняльно-аналітичне право. 2018. № 1. С. 316–320.

8. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні

засади і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2015. 602 с.

9. Уголовно-процесуальний кодекс Естонії от 12.02.2003. URL: <https://www.juristaitab.ee/ru/zakonodatelstvo/ugolovno-processualnyy-kodeks>

10. Baudžiatojo Proceso Kodeksas Lietuvos Respublikos 2002 m. kovo 14 d. Nr. IX-785. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.163482/asr>

11. Уголовно-процесуальний Кодекс Республіки Молдова от 14.03.2003 № 122-XV. URL: <https://bizlex.ru/6-ugolovno-processualnyy-kodeks-respubliki-moldova-obschaya-chast.html>

12. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України від 31.10.2019. № 4-в/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004v710-19#Text>

13. Яновська О. Г. Правова та соціальна природа адвокатської професії. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 2. С. 108–113.

14. Уголовно-процесуальний кодекс Федеративной Республики Германия - Strafprozessordnung (StPO) научно-практический комментарий и перевод текста закона. П. Головенко, Н. Сница. Universittsverlag Potsdam. 2012. URL: <http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2012/6177/pdf/sdrs02.pdf>

15. Уголовно-процесуальний кодекс Болгарії от 14.10.2005. URL: <https://www.twirpx.com/file/1097891/grant/>

16. Заборовський В. В. Правовий статус адвоката свідка. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2016. Вип. 36. Том 2. С. 169–173.

17. Рокуль С. В. Проблеми визначення правового статусу особи, яка надає правову допомогу свідку в кримінальному провадженні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 5. С. 157–158.

18. Панчук О. В. Окремі питання надання адвокатом правової допомоги свідку. Закон и жизнь. 2013. № 3. С. 32–34.

19. Головань І. Деякі проблеми виконання рішень Конституційного Суду України. Вісник Конституційного Суду України. 2010. № 6. С. 132–141.

