

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ ЗАХИСНИКА СВІДКА



О. М. Дроздов.
доцент кафедри кримінального
процесу Національної
юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук,
доцент, адвокат

Одним з найважливіших завдань сучасної юридичної науки є дослідження проблем захисту та охорони прав і свобод людини. Ключову роль у забезпеченні реалізації, захисту та охорони прав і свобод людини і громадянина в Україні як демократичній, правовій державі відведено праву особи на правову допомогу, закріпленому у ст. 59 Конституції України.

Законом України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу» № 2395-VI, прийнятим Верховною Радою України 1 липня 2010 р. (далі — Закон № 2395-VI), було внесено зміни до ряду статей КПК. Прийняття цього Закону було спрямовано на розвиток зазначених конституційних положень та стало логічним наслідком винесення Конституційним Судом України 30 вересня 2009 р. рішення у справі про правову допомогу (далі — рішення КСУ від 30 вересня 2009 р.). У резолютивній частині даного рішення КСУ встановлено, що положення ч. 2 ст. 59 Конституції України «для ... надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» треба розуміти так, що особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи надання 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.

Зауважимо, що автором цих рядків на сторінках юридичних видань проводився аналіз окремих положень правових позицій стосовно цього рішення КСУ. Наголошуючи на нагальній необхідності законодавчих змін, він зазначав, що у ході визначення процесуального статусу адвоката, уповноваженого надавати кваліфіковану правову допомогу у кримінальному процесі, слід урахувувати особливості здійснення повноважень адвокатами, які надають правову допомогу у формі захисту прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого та виправданого; потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача; свідка, експерта та інших учасників процесу. Зазначений підхід забезпечує додатковими аргументами на користь формування наукової позиції визнання у кримінальному процесі принципу забезпечення особи права на правову допомогу [1, 6; 2, 39].

Безперечно, кроком вперед у запровадженні механізму надання правової допомоги у кримінальному судочинстві є доповнення Законом № 2395-VI ст. 48 КПК частиною такого змісту: «У разі участі захисни-

ка, запрошеного свідком для надання йому правової допомоги під час допиту чи проведення інших слідчих дій за його участю, він має право бути присутнім під час їх проведення; надавати за 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 протоколу; оскаржувати дії слідчого в порядку, встановленому цим Кодексом, у разі якщо з характеру і змісту питань випливає, що свідок має допитуватися як підозрюваний».

Також Законом № 2395-VI доповнено ст. 44 КПК частиною такого змісту: *«Як захисники свідка, запрошені ним для надання правової допомоги під час допиту чи проведення інших слідчих дій за участю свідка, допускаються особи, які відповідають вимогам частин другої і третьої цієї статті. Допуск захисника свідка до участі у справі здійснюється у порядку, передбаченому частиною п'ятою цієї статті».* Як відомо, ч.ч. 2–3 ст. 44 КПК встановлено, що як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Повноваження захисника на участь у справі стверджуються: адвоката — ордером відповідного адвокатського об'єднання; адвоката, який не є членом адвокатського об'єднання — угодою; інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи — угодою або дорученням юридичної особи; близьких родичів, опікунів або піклувальників — заявою обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого про їх допуск до участі в справі як захисників.

Ці та інші положення Закону № 2395-VI дозволяють зробити такі висновки. Законодавець вбачає за доцільне удосконалити механізм нормативного регулювання надання правової допомоги у кримінальному судочинстві шляхом конкретизації правового статусу окремих суб'єктів кримінального процесу та гарантування залучення захисника до участі у справі. Наразі таким суб'єктом став свідок. Втім, чомусь поза увагою законодавця залишилася ч. 1 ст. 44 КПК, в якій дається

визначення поняттю захисника у кримінальному судочинстві. Адже, наприклад, коли з характеру і змісту питань випливає, що свідок має допитуватися як підозрюваний, саме захисник здійснює захист його прав і законних інтересів та надає йому необхідну юридичну допомогу при провадженні у кримінальній справі. Тому видається раціональним доповнити коло суб'єктів, які, за ч. 1 ст. 44 КПК, мають право на захисника, свідком.

Актуальності набуло питання щодо залучення до справи в якості захисників — тепер вже свідка — інших фахівців у галузі права. Вважаємо, що у даному разі слід поширити на зазначені правовідносини положення п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» від 24 жовтня 2003 р. № 8 (далі — Постанова № 8). А саме: «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. Визнати правильною практику тих судів, які за відсутності спеціального закону не допускають таких фахівців до здійснення захисту в кримінальних справах». Тому, оскільки до теперішнього часу не прийнято спеціального закону щодо визначення правового статусу фахівців у галузі права, захисником свідка може бути лише адвокат.

Виходячи зі змісту положень ч. 4 ст. 44 і ст. 45 КПК, захисник допускається до участі у справі на будь-якій стадії процесу, починаючи з моменту набуття особою правового статусу свідка. Тому, відповідно до ч. 5 ст. 44 КПК, про допуск захисника свідка до участі в справі особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Разом з тим видається недоречним при формулюванні доповнення ст. 44 КПК загальне посилання на ч. 3 ст. 44 КПК. Адже вкрай сумнівним уявляється надання статусу захисників близьким родичам, опікунам або піклувальникам свідка, оскільки в вищенаведених нормативних положеннях мова йде саме про правову допомогу, а не будь-яку іншу, зокрема, матеріальну або моральну підтримку тощо.

Привертає увагу той факт, що законодавець сфокусував увагу лише на досудових стадіях провадження. Хоча у рішенні КСУ від 30 вересня 2009 р. зазначається, що свідок має право на правову допомогу під час допиту його як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи надання

пояснень у правовідносинах не лише з цими суб'єктами кримінального процесу, але і з іншими державними органами. Таким державним органом у судових стадіях кримінального процесу виступає суд. Задля недопущення дискримінаційного підходу з боку законодавця у цьому плані слід відкоригувати запропоновану Законом № 2395-VI редакцію ч. 8 ст. 44, якою доповнено КПК. Перш за все, слід виходити з того, що свідок вправі запросити захисника для надання правової допомоги під час допиту чи проведення інших судових дій за його участю.

Стосовно прав захисника свідка, необхідно зазначити, що, відповідно до ст. 104 КПК, орган дізнання у межах компетенції уповноважений провадити слідчі дії. Втім, провадження дізнання по конкретній кримінальній справі керівник відповідного органу дізнання доручає одному з підлеглих, який виступає в кримінальному процесі як особа, що провадить дізнання. Тобто особа, що провадить дізнання, вправі допитати свідка чи провести інші слідчі дії за його участю. Так само ст. 227 КПК встановлено, що прокурор, здійснюючи нагляд за виконанням законів органами дізнання і досудового слідства, у межах своєї компетенції бере участь у провадженні дізнання і досудового слідства і в необхідних випадках особисто провадить окремі слідчі дії або розслідування в повному обсязі по будь-якій справі (п. 5). Отже, прокурор вправі особисто допитати свідка чи провести інші слідчі дії за його участю.

Таким чином, захисник вправі надавати консультації свідку не лише за присутності слідчого, але й особи, що провадить дізнання, прокурора та судді.

Потребує більш чіткого унормування право захисника надавати за 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**. Адже у п. 3.2 мотивувальної частини рішення КСУ від 30 вересня 2009 р. зазначається, що правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складання 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.

Конституційний Суд України також зазначає, що гарантування кожного права на правову допомогу в контексті ст. 59 Конституції України

покладає на державу відповідні обов'язки щодо забезпечення особи правовою допомогою належного рівня. Такі обов'язки обумовлюють необхідність визначення в законах України, інших правових актах порядку, умов і способів надання цієї допомоги. Проте не всі галузеві закони України, зокрема, процесуальні кодекси, містять приписи, спрямовані на реалізацію такого права, що може призвести до обмеження чи звуження змісту та обсягу права кожного на правову допомогу (п. 3.2 рішення від 30 вересня 2009 р.). Втім, виникає питання, чи не призводить згадувана норма Закону № 2395-VI щодо права захисника надавати консультації свідкові до обмеження чи звуження змісту та обсягу права кожного на правову допомогу? Уявляється, що на це слід дати ствердну відповідь. Тому законодавець не вправі обмежувати свідка у праві на допомогу лише у формі консультацій. Вочевидь, що захисник свідка вправі надавати останньому правову допомогу і у формі роз'яснень, складання та подання клопотань, скарг тощо.

Із норми КПК випливає, що захисник вправі надавати за присутності слідчого консультації свідку лише у випадку, якщо фактичні обставини у справі можуть бути використані для кримінального переслідування особисто самого свідка або членів його сім'ї чи близьких родичів. Таке обмеження навряд чи є виправданим у демократичному суспільстві та не переслідує законної мети. По-перше, ні свідок, ні його захисник, як правило, не обізнані з фактичними обставинами у справі, а тому позбавлені можливості визначити ймовірність використання цих обставин для кримінального переслідування особисто самого свідка або членів його сім'ї чи близьких родичів. По-друге, захисникові не завжди відомий склад сім'ї свідка та його близьких родичів. Водночас, за змістом ст. 64 Конституції України, конституційне право кожного на правову допомогу у жодному випадку не може бути обмежено. Отже, зазначене застереження повинно бути виключене з КПК.

Відповідно до Основного Закону України, положення «кожен має право на правову допомогу» (ч. 1 ст. 59) є нормою прямої дії (ч. 3 ст. 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації. Зі змісту ст. 8 та розуміння, яке надається їй п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 1 листопада 1996 р., випливає, що слід безпосередньо застосовувати Конституцію у разі, якщо закон, чинний

до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, їй суперечить. Іншими словами, доки зазначена норма КПК не буде приведена у відповідність з вимогами Конституції, її ст. 59 підлягає безпосередньому застосуванню за тлумаченням, яке надається їй у правових позиціях КСУ та судовій практиці.

Як ще один недолік законодавчого формулювання прав захисника свідка слід назвати відсутність адресата, якому захисник свідка вправі ставити з дозволу слідчого запитання, що підлягають занесенню до протоколу, для уточнення і доповнення відповідей. Деякі фахівці можуть зауважити, що, очевидно, таким адресатом повинен виступати свідок. Однак це є не зовсім правильним. Як відомо, очна ставка — це одночасний допит двох раніше допитаних осіб за присутності їх обох про обставини, відносно яких вони дали суперечливі показання [3, 303]. Наприклад, зазначені запитання можуть бути адресовані потерпілому або обвинуваченому у ході проведення очної ставки, або іншим учасникам процесу під час судового засідання.

Викликає низку зауважень і регламентація права захисника свідка 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 протоколу. Перш за все, на нашу думку, законодавець безпідставно обмежив право захисника заперечувати лише проти незаконних дій слідчого, порядку проведення ним допиту чи інших слідчих дій. Натомість, порушувати порядок проведення допиту чи інших слідчих дій уявляється можливим і шляхом бездіяльності. Так, наприклад, захисник свідка вправі заперечувати проти бездіяльності слідчого, яка виявилася, приміром, у нероз'ясненні прав свідка, на порушення вимог ч. 4 ст. 167 КПК.

Між іншим, зауважимо, що до такого роду неправомірної бездіяльності слід віднести як нероз'яснення слідчим свідку усіх його прав, так і замовчування окремих його прав, наприклад, права відмовитися давати показання у разі, якщо у нього немає можливості вільно, без неправомірних обмежень, отримати правову допомогу в обсязі і формах, як він того потребує, в тому числі запросити захисника. У зв'язку з цим у КПК слід передбачити норму, відповідно до якої особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя зобов'язані задля забезпечення можливості свідку вільно, без неправомірних обмежень, отримати правову допомогу в обсязі і формах, як він того потребує, своєчасно повідомляти його про час і

місце проведення відповідних слідчих та судових дій.

Необґрунтованим є ненадання захисникові свідка права на заперечення проти незаконних дій та бездіяльності особи, що провадить дізнання, прокурора та судді щодо порядку проведення ними допиту чи інших слідчих або судових дій.

Водночас, і право захисника свідка оскаржувати дії слідчого в порядку, встановленому цим Кодексом, у разі якщо з характеру і змісту питань випливає, що свідок має допитуватися як підозрюваний, з огляду на юридичну техніку, не виглядає бездоганим. У вищенаведеному контексті доцільно надати право захисникові свідка оскаржувати дії та бездіяльність не лише слідчого, а й особи, що провадить дізнання, прокурора та суду.

На критичне ставлення заслуговує й неправомірний спроба законодавця обмежити свідка в праві на правову допомогу до такого ступеня, коли ні сам свідок, ні його захисник не наділяються кримінально-процесуальним законом правом оскаржувати дії та бездіяльність особи, що провадить дізнання, слідчого, прокурора та суду загалом, а не тільки в разі, якщо з характеру і змісту питань випливає, що свідок має допитуватися як підозрюваний.

Отже, виникає питання щодо співвідношення положень ч. 2 та ч. 9 ст. 48 КПК — загальних прав захисника з правами захисника свідка. Не викликає сумніву, що немає ні теоретичного, ні практичного сенсу позбавляти захисника свідка права застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких він бере участь — з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого, а у суді, якщо справа розглядається у відкритому судовому засіданні, — з дозволу судді чи суду. Разом з тим видається недоцільним надавати захисникові свідка весь спектр прав, якими наділені захисники підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого та виправданого. Таким чином, положення ч. 2 та ч. 9 ст. 48 КПК слід співвідносити як загальну і спеціальну норми, відповідно. Отже, якщо ч. 9 ст. 48 КПК не встановлено те чи інше право захисника, то останній вправі застосовувати норми ч. 2 ст. 48 КПК в тому обсязі, в якому це не суперечить принципам кримінального судочинства.

Поза увагою законодавця залишилася правова позиція, викладена у п. 3.2 рішення КСУ від 30 вересня 2009 р., а саме, що у передбачених законом випадках, зокрема, для захисту прав і свобод дітей та неповнолітніх батьків, відповідні державні органи, їх посадові та службові особи під час здійснення своїх повноважень зобов'язані забез-

печити надання зазначеним особам необхідної правової допомоги. Тому законодавець зобов'язаний встановити кримінально-процесуальні механізми, які б забезпечували надання необхідної правової допомоги неповнолітнім свідкам.

Зазнала змін і ст. 61 КПК в сенсі розширення кола обставин, що виключають участь у справі захисника. Так, Законом № 2395-VI згадувану статтю доповнено частиною такого змісту: «*Одна і та сама особа в даній кримінальній справі не може бути захисником двох і більше свідків, а також захисником свідка та підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого, цивільних позивача чи відповідача*». Справді, очевидною та безумовною є потреба у законодавчій забороні особі бути захисником двох і більше свідків, оскільки одразу виникає загроза реалізації прин-

ципу всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи. Натомість, сумнівної виглядає заборона особі в даній кримінальній справі бути захисником свідка та цивільного позивача чи відповідача, коли показання свідка не стосуються заявленого у справі цивільного позову.

На підставі системного аналізу положень Закону № 2395-VI уявляється, що в цілому окремі викладені пропозиції повинні знайти своє відображення і у відповідних нормах ст.ст. 69-1, 167, 303 та інших статтях КПК. Проте наведені судження, звісно, не вичерпують того кола теоретичних та практичних питань, які постають у зв'язку з прийняттям Закону № 2395-VI, а є лише запрошенням до науково-практичної дискусії.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Дроздов О. Напрями реформування кримінально-процесуального законодавства України щодо права на надання правової допомоги // Юридичний вісник України. — 2009. — № 46. — С. 6.
2. Дроздов О. Роль та значення інституту правової допомоги у кримінальних провадженнях за винятковими та нововиявленими обставинами за проек-
- том КПК // Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: Матеріали постійно діючого науково-практичного семінару, 23 жовтня 2009 р., м. Харків. — Х.: Оберіг, 2009. — С. 39.
3. Кримінальний процес: підручник / За ред. Ю.М. Грошевого та О.В. Капліної. — Х.: Право, 2010. — С. 303.

УДК 343.131.5

Дроздов О. М. До питання про процесуальне становище захисника свідка

В статті запропоновано аналіз законодавчих змін щодо визначення процесуального становища захисника свідка. В результаті проведеного дослідження виявлено ряд проблем практичного та теоретичного характеру, обумовлених, перш за все, недостатньою реалізацією нормотворчого потенціалу правових позицій, викладених у рішенні Конституційного Суду України у справі про право на правову допомогу від 30 вересня 2009 р.

Ключові слова: захисник свідка, свідок, права захисника свідка

Дроздов А. М. К вопросу о процессуальном положении защитника свидетеля

В статье предложен анализ законодательных изменений, касающихся определения процессуального статуса защитника свидетеля. В результате проведенного исследования выявлен ряд проблем практического и теоретического характера, обусловленных, прежде всего, недостаточной реализацией нормотворческого потенциала правовых позиций, изложенных в решении Конституционного Суда Украины по делу о праве на правовую помощь от 30 сентября 2009 г.

Ключевые слова: защитник свидетеля, свидетель, права защитника свидетеля.

Alexander M. Drozdov. Regarding the issue of procedure definition of counsel witness

The article analyzes the legislative changes regarding the definition of procedure of counsel witness. The study revealed several problems in a practical and theoretical nature arising primarily the lack of implementation of the law-making capacity of the legal positions set forth in the decision of the Constitutional Court in the case of the right to legal assistance from 30 September 2009.

Key words: counsel witness, witness, rights of counsel witness.