

Участь адвоката — представника потерпілого у кримінальному процесі за проектом КПК України

Постановка проблеми. На сьогодні в державі існують два проекти Кримінально-процесуального кодексу України (далі – проект КПК). Перший внесений на розгляд до Верховної Ради України 13 грудня 2007 р. (зарєєстрований за № 1233). Другий розроблений Робочою групою Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, відповідно до Указу Президента України від 20 січня 2006 р. № 39 «Про план заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи». 10 грудня 2008 р. цей проект КПК представлений Президентові України [1].

Не вдаючись до загальної характеристики обох проектів КПК, їх окремих інститутів, зробимо спробу проаналізувати лише порядок регулювання участі адвоката – представника потерпілого у кримінальному процесі. Розгляд цього питання і є метою статті.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблеми забезпечення особи права на правову допомогу у науці кримінального процесу присвячено праці В. Д. Адаменка, О. Д. Бойкова, Т. В. Варфоломєєвої, В. В. Введенської, Ю. М. Грошевого, Н. А. Дрьоміної, П. С. Елькінд, С. П. Єфімічева, Г. К. Кожевнікова, Л. Д. Кокорева, Т. В. Омельченка, І. Л. Петрухіна, А. Л. Рівліна, В. М. Савицького, О. Д. Савич, Ю. І. Стецовського, Т. В. Трофіменка, Ю. В. Хомотова та ін.

Згідно зі ст. 55 проекту КПК (1233), потерпілим визнається:

Фізична особа, якій злочином чи іншим суспільно небезпечним діянням заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду.

Юридична особа, якій злочином чи іншим суспільно небезпечним діянням заподіяно майнову чи моральну шкоду.

Держава в особі представника відповідного органу, який у межах своєї компетенції, визначеної законом, здійснює контроль за своєчасністю, достовірністю, повнотою нарахування податків і зборів (обов'язкових платежів), їх сплатою та погашенням податкового боргу, у випадку заподіяння злочином шкоди державі несплатою податків, зборів, інших обов'язкових платежів, а також страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Відповідно до ст. 63 проекту КПК, як представники потерпілого можуть брати участь у справі особи, що мають право бути захисником. Такі особи визначені у ч. 2 ст. 48 проекту КПК.

Як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні, а у випадках, передбачених законами України, – й інші фахівці у галузі права, які мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Отже, представником потерпілого може бути адвокат.

Підставою для участі адвоката-представника у справі є договір доручення, укладений ним із потерпілим. Договір доручення на участь у справі дає представникові право на вчинення від імені особи, яку він представляє, тих процесуальних дій, перелік яких спеціально обумовлений у договорі. Оригінал договору доручення долучається до справи. Його участь у справі фіксується постановою особи, яка здійснює дізнання, слідчого, слідчого судді чи ухвалою суду. Тому не можна погодитися з висловленою в юридичній літературі думкою, що проект КПК не дає чіткого уявлення про момент допуску представника потерпілого, і що таким моментом може бути перший допит особи як потерпілого [2].

Не можна також погодитися з тим, що оригінал договору доручення потрібно долучати до кримінальної справи. Документи, пов'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають огляду, розголошенню, вилученню без згоди адвоката, який повинен узгодити це питання зі своїм клієнтом [3]. Дані, що містяться у наведеному документі, є конфіденційними і не підлягають розголошенню, відповідно до ст. 32 Конституції України та ст. 9 Правил адвокатської етики. Документом, що підтверджує повноваження адвоката, є ордер, що видається адвокатським об'єднанням або виписується адвокатом, який займається адвокатською діяльністю індивідуально на підставі угоди про надання правової допомоги. Тому до кримінальної справи слід долучати ордер, а не договір доручення.

У ч. 4 ст. 63 проекту КПК вказано, що потерпілий вправі у будь-який момент провадження у справі відмовитися від представника, за винятком випадків, передбачених ст. 65 цього Кодексу. Однак про такі випадки йдеться у ст. 64 проекту КПК.

Відповідно до ч. 1 ст. 64 проекту КПК, участь адвоката – представника потерпілого – фізичної особи у справі є обов'язковою, якщо потерпілий:

- є неповнолітнім,
- через свої психічні або фізичні вади (німий, глухий, сліпий тощо) не може самостійно реалізувати право на захист своїх законних інтересів.

Викликає заперечення те, що передбачена обов'язкова участь представника потерпілого у справі у будь-якому випадку, якщо потерпілий є неповнолітнім. Неповнолітні мають законних представників, які в разі необхідності можуть самі запросити адвоката-представника, склавши відповідну угоду з адвокатським об'єднанням чи адвокатом. Обов'язкова участь адвоката-представника у справі може бути виправдана тільки в одному випадку — коли у неповнолітнього потерпілого немає законних представників.

Якщо мова йде про психічні вади (п. 2 ч. 1 ст. 64 проекту КПК), то мається на увазі, що дана особа хоча і є осудною, але разом з тим не в змозі здійснювати біль-менш тривалу, складну за змістом і пов'язану з емоційною напругою психічну діяльність, що в кінцевому рахунку ускладнює або робить зовсім неможливою цілеспрямовану самостійну розумову роботу щодо захисту її інтересів у кримінальному судочинстві [4].

Слід вважати, що потерпілий не здатен самостійно використовувати свої права, а тому потрібно обов'язково залучати адвоката до участі у справі як представника, коли:

- пред'явлено документ, який свідчить про те, що особа є інвалідом будь-якої групи у зв'язку з психічним захворюванням або вадами, обумовленими дефектами мови, зору, слуху;
- особа страждає на будь-яке захворювання або у неї були органічні ураження головного мозку, що підтверджуються документально;
- є рішення суду, що набрало законної сили, яке визнає особу недієздатною у зв'язку з душевним захворюванням або недоумством;
- особа перебуває на обліку в психоневрологічному диспансері або навчалась у школі для розумово відсталих дітей;
- особа визнана медичною установою хронічним алкоголіком;
- у особи є яскраво виражені недоліки у вигляді сильного зниження зору, слуху, які недостатньо компенсуються окулярами або слуховим апаратом, а також дефекти мови, що створюють перешкоди у встановленні контактів з оточуючими, у висловленні своїх думок [4].

На наш погляд, поняттю «психічні вади» у п. 2 ч. 1 ст. 64 проекту КПК потрібно дати легальне тлумачення, узгодивши його з фахівцями в галузі психіатрії та психології, навівши хоча б приблизний перелік найпоширеніших психічних вад, які не позбавляють потерпілого самостійно захищати свої права.

Крім того, для відповіді на питання, чи може потерпілий через свої психічні або фізичні вади самостійно реалізовувати право на захист своїх законних інтересів, потрібні спеціальні знання. Тому у проекті КПК потрібно передбачити обов'язкове призначення експертизи у цьому випадку, щоб вирішити питання про обов'язкову участь у справі адвоката — представника потерпілого.

Вважаємо, що у ч. 1 ст. 64 проекту КПК потріб-

но розширити перелік випадків обов'язкової участі у справі адвоката — представника потерпілого — фізичної особи. Що ж це за випадки?

Згідно зі ст. 348 проекту КПК, під час головного судового розгляду до закінчення судового слідства прокурор вправі змінити пред'явлене особі обвинувачення в бік покращення, а в бік погіршення її становища — лише в межах встановлених досудовим слідством обставин. Дійшовши переконання, що пред'явлення особі обвинувачення потрібно змінити, прокурор повідомляє про такий намір суд, виносить постанову, в якій формулює нове обвинувачення за вимогами ст. 232 проекту КПК та викладає мотиви прийнятого рішення. Постанова долучається до справи, а її копія надсилається потерпілому та його представникові.

Якщо в постанові прокурора ставиться питання про застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, чи про зменшення обсягу обвинувачення, суд роз'яснює потерпілому та його представникові їхнє право підтримувати обвинувачення в раніше пред'явленому обсязі.

Саме у даному випадку, коли потерпілий хоче підтримувати раніше пред'явлене обвинувачення, доцільно передбачити обов'язкову участь адвоката — представника потерпілого, за умови, що потерпілий бажає такого представництва, але через відсутність коштів чи з інших причин не може цього зробити.

До речі, чинний КПК також містить ст. 277, що регламентує зміну прокурором під час судового розгляду обвинувачення, пред'явленого особі. Якщо в постанові прокурора ставиться питання про застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, чи про зменшення обвинувачення, суд роз'яснює потерпілому та його представникові їхнє право підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі. Ця норма спрямована на захист прав потерпілого. Разом з тим, вивчення практики засвідчило, що ч. 4 ст. 277 КПК не знаходить свого поширення. На думку деяких науковців, яка нами поділяється, причиною такого стану є правова необізнаність потерпілих, відсутність у них коштів для оплати послуг адвоката. Тому слушно пропонується у наведеному випадку ввести інститут обов'язкової участі адвоката як представника потерпілого, за умови, що потерпілий бажає його правової допомоги, але через брак коштів не може укласти з ним угоду [5].

Також у ч. 1 ст. 64 проекту КПК слід передбачити положення про обов'язкову участь у справі адвоката — представника потерпілого в разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення.

Про таку відмову прокурора йдеться у ч. 2 ст. 341 проекту КПК. Якщо в результаті судового розгляду прокурор впевниться, що дані судового слідства не підтверджують пред'явленого обвинувачення, він повинен відмовитися від обвину-

вачення, про що виносить постанову. У цій постанові прокурор викладає мотиви відмови від обвинувачення з посиланням на відповідні пункти ч. 1 ст. 169 проекту КПК. Постанова долучається до справи, а її копії надсилаються потерпілому та його представникові. У ч. 2 ст. 343 проекту КПК зазначено, що у разі відмови прокурора від обвинувачення потерпілий або його законний представник вправі вимагати продовження розгляду справи. У цьому випадку вони підтримують обвинувачення.

Виникає питання — чи в змозі потерпілий, який не має юридичної освіти, чи його законний представник ефективно підтримувати обвинувачення? Безумовно, ні. Саме тому нами пропонується доповнити ч. 1 ст. 64 проекту КПК положенням про обов'язкову участь у справі адвоката — представника потерпілого, коли прокурор відмовився підтримувати державне обвинувачення.

Слід наголосити на тому, що чинний КПК також передбачає інститут відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. У зв'язку з цим в юридичній літературі акцентується увага на тому, що необхідно внести зміни до законодавства, зазначивши, що в разі відмови прокурора від державного обвинувачення потерпілого потрібно забезпечити адвокатом-представником за рахунок держави [6].

У ч. 2 ст. 64 проекту КПК вказано, що у випадках, передбачених законом, участь представника потерпілого — фізичної особи у справі забезпечується безоплатно. Однак що це за випадки — не вказано. Вважаємо, що безоплатна правова допомога має надаватися потерпілим від тяжких та особливо тяжких злочинів, а також малозабезпеченим особам та особам, які не можуть самостійно реалізувати свої права та захистити законні інтереси. Такий висновок впливає зі змісту Концепції забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочину, що схвалена Указом Президента України від 28 грудня 2004 р. № 1560 [7]. На наш погляд, у ч. 2 ст. 64 проекту КПК слід чітко визначити випадки, коли участь адвоката — представника потерпілого у справі має забезпечуватися безоплатно за рахунок держави.

У ч. 2 ст. 64 проекту КПК зазначено, що представник потерпілого користується правами, які надаються цим Кодексом особі, яку він представляє. Права потерпілого перераховані у ч. 1 ст. 56 проекту КПК. Ознайомлення з цим переліком дозволяє констатувати, що не всі права потерпілого можуть належати його представникові. Наприклад, право давати показання або відмовитись від давання показань може належати виключно потерпілому.

З цього питання заслуговує на увагу ч. 3 ст. 49 чинного КПК, у якій спочатку зазначено право потерпілого від злочину давати показання у справі, а потім окремо перераховуються права потерпілого та його представника. Таку законодавчу

конструкцію потрібно викласти у ч. 1 ст. 56 проекту КПК.

Висновки та пропозиції. У зв'язку з цим пропонуємо викласти ч. 1 ст. 56 проекту КПК у такій редакції:

Потерпілий має право:

- давати показання або відмовитись давати показання;
 - користуватись рідною мовою або іншою мовою, якою він володіє, у разі необхідності користуватися безоплатно, за рахунок держави, послугами перекладача;
 - мати представника або користуватись правовою допомогою адвоката чи іншого фахівця у галузі права, який за законом має право надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У встановлених законом випадках користуватися правовою допомогою за рахунок держави;
 - на відшкодування заподіяної злочинцем чи іншим суспільно небезпечним діянням майнової шкоди за рахунок особи, винної у вчиненні злочину, чи осіб, що несуть майнову відповідальність за її дії, або у випадках, передбачених законом, — за рахунок держави;
 - на відшкодування заподіяної злочинцем чи іншим суспільно небезпечним діянням моральної шкоди за рахунок особи, винної у вчиненні злочину, чи осіб, що несуть майнову відповідальність за її дії.
- Потерпілий і його представник мають право:
- надавати докази, заявляти клопотання і відводи;
 - брати участь у слідчих діях, що виконуються за їх клопотаннями, з дозволу особи, яка здійснює дізнання, слідчого;
 - у передбачених цим Кодексом випадках одержувати копії процесуальних документів та отримувати письмові повідомлення;
 - знайомитися з протоколами слідчих дій, виконаних за участю потерпілого або за клопотанням його представника, та з іншими матеріалами справи у випадках, передбачених цим Кодексом, після закінчення досудового слідства — з матеріалами справи та подавати на них зауваження;
 - подавати скарги на рішення, дії чи бездіяльність особи, яка здійснює дізнання, начальника органу дізнання, слідчого, начальника слідчого підрозділу, прокурора, слідчого судді, суду;
 - брати участь у судових засіданнях, при цьому ставити питання підсудному, свідку, іншому потерпілому, експерту, спеціалісту, цивільному позивачу і цивільному відповідачу, брати участь у дослідженні інших доказів;
 - висловлювати в судовому засіданні свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду;
 - брати участь у судових дебатах;
 - з додержанням вимог цього Кодексу застосо-

увати технічні засоби під час виконання процесуальних дій за його участю та при судовому розгляді справи, якщо цим не порушуються права інших учасників кримінального провадження. Особа, яка здійснює дізнання, слідчий, слідчий суддя, суддя, суд вправі заборонити потерпілому та його представникові застосовувати технічні засоби при виконанні окремої слідчої дії чи на певній стадії судового розгляду з метою нерозголошення даних, які містять таємницю, що охороняється законом чи стосується інтимного життя людини, про що виноситься вмотивована постанова (ухвала);

- знайомитися з журналом, протоколом судового засідання та технічним записом судового процесу і подавати на них зауваження;
- знати про принесені в справі апеляції, касаційні подання прокурора та касаційні скарги, у передбачених цим Кодексом випадках одержувати їх копії або знайомитися з ними, подавати на них заперечення;
- у передбачених цим Кодексом випадках брати участь у засіданнях суду при апеляційному чи касаційному розгляді справи;
- підтримувати обвинувачення у справах приватного обвинувачення і у випадках, коли прокурор відмовився від обвинувачення;
- за наявності відповідних підстав – на забезпечення безпеки шляхом застосування заходів, передбачених цим Кодексом та іншими законами України;
- використовувати інші права, передбачені цим Кодексом.

Ст. 65 проекту КПК містить положення про те, що представник потерпілого вправі відмовитись від виконання своїх обов'язків за договором доручення, але не пізніше початку судового розгляду.

Уявляється, що у цій статті доцільно передбачити випадки, коли така відмова представника потерпілого є можливою і після початку судового розгляду. Відмову слід вважати обґрунтованою, наприклад, у таких випадках:

1. Коли адвокат через тимчасову непрацездатність не може повністю виконувати своїх професійних обов'язків.
2. Коли з об'єктивних причин у адвоката відсутня належна кваліфікація для надання правової допомоги потерпілому у справі, що є особливо складною.
3. Коли при прийнятті адвокатом на себе обов'язків з надання правової допомоги певній особі через конкретні причини неможливо забезпечити дотримання вимог закону, які регламентують ситуації суперечності інтересів, або правил, що забезпечують гарантії збереження конфіденційної інформації.

Позитивним є те, що на відміну від чинного кримінально-процесуального закону, у проекті КПК визначені обов'язки представника потерпілого. Він зобов'язаний:

1. Законними засобами відстоювати права і за-

конні інтереси особи, яку представляє.

2. З'являтися за викликом особи, яка здійснює дізнання, слідчого, прокурора, слідчого судді, судді, суду. У разі неможливості з'являтися за викликом у призначений строк – зобов'язаний заздалегідь повідомити про це та про причини неможливості явки вказаних посадових осіб.
3. Не перешкоджати встановленню обставин у справі шляхом примушування свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого до відмови від показань або давання завідомо неправдивих показань, судового експерта або перекладача – до відмови від виконання покладених на них обов'язків, судового експерта – до завідомо неправдивого висновку, перекладача – до завідомо неправильного перекладу, іншим чином сфальсифікувати докази у справі або затягувати розслідування справи.
4. Дотримуватись встановленого порядку при розслідуванні і судовому розгляді справи (ст. 65).

У ст.ст. 50, 90 проекту КПК перераховані обставини, що виключають участь у справі представника потерпілого. Ним не може бути особа:

- 1) яка брала участь у даній справі як особа, що здійснює дізнання, слідчий, прокурор, секретар судового засідання, особа, яка здійснювала фіксування судового процесу технічними засобами, слідчий суддя, суддя, народний засідатель, присяжний, експерт, перекладач, понятий, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач чи їхній представник;
- 2) яка, відповідно до цього Кодексу, допитана чи буде допитана як свідок;
- 3) яка є родичем чи близьким особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого зі складу суду, слідчого судді, потерпілого, цивільного позивача;
- 4) яка має непогашену і не зняту судимість;
- 5) визнана недієздатною чи обмежено дієздатною.

Адвокат не може брати участь у справі як представник також у випадках:

- 1) коли він у даній справі надає або раніше надавав правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги;
- 2) у разі зупинення чинності свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю чи його анулювання в порядку, встановленому законом.

Один і той самий адвокат не може бути представником двох і більше потерпілих, якщо інтереси захисту одного з них суперечать інтересам захисту іншого.

Перераховані обставини є об'єктивними факторами, за наявності яких адвокат не може бути представником потерпілого. В таких випадках адвокат не має права прийняти доручення про надання правової допомоги, а отже, не буде допущеним до участі у справі. У разі, коли ці обстави-

ни стануть відомими після його допуску, він має бути усунутий від участі у справі.

Заслугує на увагу порядок відшкодування витрат адвокату — представнику потерпілого, понесених ним у зв'язку з участю у справі. Згідно зі ст. 108 проекту КПК, витрати на оплату праці адвоката, який брав участь у справі як представник потерпілого за призначенням, покладаються на державу. Оплата проводиться за рахунок держави в порядку і розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України. Відшкодування витрат державі у цьому випадку за згодою засудженого або осіб, які несуть майнову відповідальність за його дії, може бути покладено на них.

Слід зазначити, що у ст. 108 проекту КПК йдеться про оплату праці адвоката, який брав участь у справі як представник потерпілого за призначенням. Однак проект КПК регулює порядок тільки призначення захисника підозрюваного, обвинуваченого, а не представника потерпілого. Тому потрібно у проекті КПК визначити і процедуру призначення адвоката — представника потерпілого.

У ст. 55 проекту КПК зазначено, що потерпілого у кримінальному провадженні може представляти уповноважений представник — особа, яка має право бути захисником. Таким представником може бути адвокат (п. 1 ч. 2 ст. 42). Уповноважений представник, як зазначено у ч. 3 ст. 55, користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє. Права потерпілого перераховані у ст. 53 проекту КПК. Однак ознайомлення з цією статтею дозволяє дійти висновку, що адвокату як уповноваженому представнику не можуть належати такі права потерпілого: давати показання; відмовлятися від давання показань; давати показання рідною мовою; мати уповноваженого представника; на відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди; на визнання потерпілим; безоплатно користуватися послугами перекладача у разі, якщо він не володіє державною мовою. Це права виключно потерпілого. Тому пропонуємо в окремій частині ст. 53 проекту КПК викласти процесуальні права, які належать виключно адвокату як уповноваженому представнику потерпілого.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. *Грошевий Ю.* Проблеми реформування кримінального судочинства // *Право України* 2009. — № 2. — С. 4-5.
2. *Кучинська О. П.* Реалізація прав потерпілого в кримінальному процесі України: Автореф дис. ... канд. юрид. наук / Київський ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 1996. — 152 с.
3. *Варфоломєєва Т. В., Гончаренко С. В.* Науково-практичний коментар до Закону України «Про адвокатуру». Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність: 36. норм. актів; Коментар / Академія адвокатури. — К.: Юрінком Інтер, 2010. — С. 60.
4. *Гончаренко В. Г.* Судово-психологічна експертиза в системі засобів захисту // *Адвокат.* — 2009. — № 4. — С. 6.
5. *Матієк Т. В.* Узагальнення практики застосування судами законодавства, що забезпечує захист прав потерпілих у кримінальному судочинстві // *Адвокат.* — 2004. — № 2. — С. 60.
6. *Кучинська О. П.* Проблеми захисту прав потерпілих в кримінальному процесі України // *Адвокат.* — 2009. — № 5. — С. 11.
7. Концепція забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів: Указ Президента України від 28 грудня 2004 р. № 1560 // *Офіційний вісник України.* — 2004. — № 52. — С. 34-35.

С. В. Михайлів,

ад'юнкт кафедри кримінального процесу Київського національного університету внутрішніх справ

УДК 343.121.4

Михайлів С. В. Участь адвоката-представника потерпілого у кримінальному процесі за проектом КПК України

В статті йде мова про порядок регулювання участі адвоката-представника потерпілого у кримінальному процесі за проектом Кримінально-процесуального кодексу України.

Ключові слова: проект, Кримінально-процесуальний кодекс України, адвокат-представник, потерпілий, кримінально-процесуальний закон.

Михайлів С. В. Участие адвоката-представителя потерпевшего в уголовном процессе Украины за проектом УПК Украины

В статье идёт речь о порядке регулирования участия адвоката-представителя потерпевшего в уголовном процессе в соответствии с проектом Уголовно-процесуального кодекса Украины.

Ключевые слова: проект, Уголовно-процесуальный кодекс Украины, адвокат-представитель, потерпевший, уголовно-процесуальный закон.

Switlana V. Mykhailiv. An advocate-representative of victim in the criminal process of Ukraine according to the projects of the Criminal-procedure code of Ukraine

In the article speech goes about the order of adjusting of participation of advocate-representative of the victim in a criminal process according to the projects of the Criminal-procedure code of Ukraine.

Key-words: project, Criminal-procedure code of Ukraine, advocate-representative, victim, criminal-procedure law.