

**ЗАХИСНИК У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЯК ПОТЕРПІЛИЙ
ВІД ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.СТ. 397-400 КК
(З ОГЛЯДУ НА ПОЛОЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 2012 р. ТА ЗАКОНУ
УКРАЇНИ
«ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ»)**

Л.В. ТРУШКІВСЬКА, аспірант,¹
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті розглядається питання про ознаки захисника у кримінальному провадженні як потерпілого від злочину. Авторка аналізує положення нового кримінально-процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру.

Захисник, потерпілий, адвокат.

Прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. (далі – КПК 2012 р.), що набрав чинності 19 листопада 2012 р. [3], а також Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р. [4] змушує по-новому подивитись на юридичний статус захисника у кримінальному процесі (провадженні), а відтак – й по-новому осмислити питання кримінально-правового захисту його життя та здоров'я за Кримінальним кодексом України (далі – КК) [2].

Відповідно до ч. 1 ст. 45 КПК 2012 р. захисником є адвокат, який здійснює захист 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).

У ч. 1 ст. 44 Кримінально-процесуального кодексу України від 28 грудня 1963 р. (далі – КПК 1963 р.) [1] коло осіб, які могли виконувати функцію захисника у кримінальному процесі, визначалось інакше, а саме: захисником визнавалась особа, яка у порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Окрім того 30 вересня 2009 р. Конституційним Судом України було ухвалено рішення у справі № 29-рп/2009 за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо

¹ Науковий керівник – кандидат юридичних наук, доцент В.Т. Дзюба

офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) [5]. У п. 2 резолютивної частини рішення зазначено, 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», в аспекті конституційного звернення, треба розуміти так: особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи при наданні пояснень у правовідносинах з державними органами має право на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи у статусі адвоката, що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень. 1 липня 2010 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу» № 2395-VI, відповідно до якого ст. 44 КПК 1963 р. було доповнено частиною шостою. Цей нормативний припис встановлює, що 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. Отже, КПК 1963 р. передбачає, що у рамках кримінального процесу послугами захисника можуть користуватися підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий та свідок. При цьому у ч. 2 ст. 44 КПК 1963 р. зафіксовано, що функції захисника можуть виконувати 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, а у випадках, передбачених КПК, як захисники допускаються близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники (зі змісту частини шостої цієї ж статті впливає, що положення ч. 2 ст. 44 КПК поширюються й на захисників свідка).

Порівняння положень КПК 2012 р. та КПК 1963 р. вказує на суттєві відмінності між ними: 1) відповідно до КПК 2012 р. захисник може представляти інтереси 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); 2) відповідно до КПК 2012 р. захисник не може представляти у кримінальному процесі інтереси свідка; 3) відповідно до КПК 2012 р. не можуть бути захисниками інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги (тим самим законодавець фактично проігнорував рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 [6], яким було визнано неконституційним положення ч. 1 ст. 44 КПК 1963 р. (у чинній на той момент редакції), яка передбачала, що як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються лише особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю), а також близькі родичі

обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники.

При цьому ст. 44 КПК 2012 р. допускає участь батьків (усиновлювачів), а у разі їх відсутності – опікунів чи піклувальників особи, інших повнолітніх близьких родичів чи члені сім'ї підозрюваного чи обвинуваченого в якості його законних представників; п. 2 ч. 1 ст. 66 цього Кодексу закріплює право свідка користуватися під час надання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката.

Розглянемо більш детально правовий статус захисника за КПК 2012 р. Як зазначалось нами вище, захисником відповідно до нового кримінально процесуального закону може бути виключно адвокат. При цьому ч. 2 ст. 45 КПК 2012 р. підкреслює, що захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або щодо якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

На даний момент правовий статус адвоката та адвокатури в Україні визначається Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р. У п. 1 ч. 1 ст. 1 цього нормативно-правового акту зазначається, що адвокатом є фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та у порядку, що передбачені цим Законом. Ч. 1 ст. 6 цього ж Закону «розшифровує», що адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи у галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, а ч. 2 встановлює коло осіб, які не можуть бути адвокатами. Стаття 17 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає засади функціонування Єдиного реєстру адвокатів України. Метою даного реєстру є збирання, зберігання, облік та надання достовірної інформації про чисельність і персональний склад адвокатів України, адвокатів іноземних держав, які відповідно до цього Закону набули права на заняття адвокатською діяльністю в Україні, про обрані адвокатами організаційні форми адвокатської діяльності. Таким чином набуття особою статусу адвоката не пов'язується із внесенням інформації про неї до Єдиного реєстру адвокатів України.

Підтвердженням повноважень захисника на участь у кримінальному провадженні є: 1) свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю; 2) ордер, договір із захисником або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 1 ст. 50 КПК).

На окрему увагу заслуговує те, що відповідно до ч. 5 ст. 44 КПК 1963 р., питання про допуск захисника до участі у справі вирішувалось особою, яка провадила дізнання, слідчим, прокурором, суддею шляхом винесення постанови, а судом – шляхом постановлення ухвали. У КПК

2012 р. процедура допуску захисника до участі у справі як така не передбачена. У ч. 1 ст. 48 цього Кодексу передбачено, що захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні; ч. 1 ст. 49 передбачає коло випадків, коли залучення захисника покладається на слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду. Разом із тим у КПК не передбачено право слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду відмовляти у залученні певної особи в якості захисника у справі. Хоча як впливає зі ст.ст. 45 та 50 КПК, не будь-яка особа може виконувати функції захисника у кримінальному провадженні.

У зв'язку із вищезазначеними новелами КПК 2012 р. та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вельми актуальними для кваліфікації злочинів, передбачених ст.ст. 397–400 КПК, є такі питання:

1) з якого моменту на особу поширюється охоронна дія норм ст.ст. 397–400 КПК, якщо вона виконує функції захисника у кримінальному процесі?

2) чи є потерпілим від злочинів, передбачених ст.ст. 397–400 КПК особа, яка надає правову допомогу свідку.

На наш погляд, положення чинного КПК та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» дає змогу зробити висновок, що особа набуває статусу захисника у кримінальному процесі у випадку поєднання такого «набору» юридичних фактів: а) особа є адвокатом (отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю); б) дані про неї внесено до Єдиного реєстру адвокатів України; в) наявність домовленості (рішення) про представництво інтересів осіб, вказаних ч. 1 ст. 45 КПК 2012 р., у кримінальній справі, що підтверджується ордером, договором або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. У разі відсутності хоча б одного із перерахованих вище фактів особа не може вважатися захисником у кримінальному процесі, а отже й потерпілою від злочинів, передбачених ст.ст. 397–400 КПК (в якості захисника). Разом з тим, на нашу думку, у випадках, коли, наприклад, підозрюваний уклав договір про надання правової допомоги з адвокатом, дані про якого не внесено в Єдиний реєстр адвокатів України, останній (в залежності від змісту договору) може визнаватись представником особи, а отже й потерпілим від злочинів, передбачених ст.ст. 397–400 КПК (в якості представника особи).

Окрім того звернемо увагу, що з набранням чинності КПК 2012 р. особи, які надають правову допомогу свідкам у кримінальній справі, не будуть вважатись їх захисниками як в розумінні кримінально-процесуального, так і кримінально-правового закону. Однак за умови, якщо договір між свідком та адвокатом оформлений як договір про представництво інтересів першого останнім, адвокат може визнаватись потерпілим від злочинів, передбачених ст.ст. 397–400 КПК (в якості представника особи).

Список літератури:

1. Кримінально-процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та доповн. станом на 17 серп. 2010 р. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2010. – 240 с.
2. Кримінальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та доповн. станом на 3 лютого 2012 р. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 216 с.
3. Проект Кримінального процесуального кодексу України // Офіційний портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua>.
4. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // Вся база «Загальне законодавство» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) : Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 // Вся база «Загальне законодавство» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) : Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 // Вся база «Загальне законодавство» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.

В статье рассматривается вопрос о признаках защитника в уголовном производстве как потерпевшего от преступления. Автор анализирует положения нового уголовно-процессуального законодательства и законодательства об адвокатуре.

Защитник, потерпевший, адвокат.

The article discusses the signs of counsel in criminal proceedings as a victim of crime. The author analyzes the provisions of the new Criminal Procedure law and the law of the Bar.

Counsel, victim, advocate.