



УДК 342.12(477)

ЗДІЙСНЕННЯ АДВОКАТОМ ПРЕДСТАВНИЦТВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Корчева Т.В., к. ю. н., асистент
кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджуються окремі питання здійснення адвокатом представництва з метою забезпечення реалізації прав і виконання обов'язків учасників кримінального провадження, й наводиться авторське бачення шляхів їх вирішення.

Ключові слова: адвокат, представник, кримінальне провадження, адвокатська діяльність, професійна правничка допомога.

В статье исследуются некоторые вопросы осуществления адвокатом представительства с целью обеспечения реализации прав и выполнения обязанностей участников уголовного производства, приводится авторское видение путей их разрешения.

Ключевые слова: адвокат, представитель, уголовное производство, адвокатская деятельность, профессиональная правовая помощь.

Korcheva T.V. THE LAWYER'S REPRESENTATION IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS: PROBLEMATIC QUESTIONS

In the paper an analysis same questions to the representation by a lawyer, in order to ensure the implementation of the rights and duties of the participants in the criminal proceedings, and the author's vision of their solution has been given.

Key words: lawyer, representative, criminal proceedings, advocacy, professional legal assistance.

Постановка проблеми. Ключовим моментом у реформуванні кримінального процесуального законодавства України є захист прав, свобод та законних інтересів кожної особи, яка залучається до орбіти кримінального провадження, що повністю відповідає ст. 3 Конституції України, де проголошено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Дотримання даної конституційної засади в кримінальному процесі можливе лише за наявності усвідомлення кожною особою, яка стає учасником кримінального провадження, свого процесуального статусу. Звісно, що його можна визначити на підставі норм, які встановлюють процесуальні права й обов'язки, гарантії їх дотримання, а також відповідальність за їх виконання.

Одним із прав, яким законодавець наділяє учасників кримінального провадження, є право на отримання професійної правничої допомоги, що вважається важливим юридичним засобом захисту прав і інтересів особи, яка залучається до орбіти кримінального провадження. Ефективність надання професійної правничої допомоги в кримінальному провадженні знаходиться у взаємозв'язку з тим, наскільки чітко законодавцем врегульовано процесуальний статус відповідної особи. Саме тому вважаємо актуальним і своєчасним обговорення деяких процесуальних положень (за темою роботи), які, на наш погляд, носять дискусійний характер і потребують відповідного наукового обговорення.

Стан дослідження. Підвищений науковий інтерес до проблем визначення процесуального статусу учасників процесу, гарантій прав і свобод людини в кримінальному провадженні є цілком зрозумілим. Вивчен-

ню цього питання присвячені праці С.А. Альперта, Л.О. Богословської, В.Д. Бринцева, Т.В. Варфоломеевої, І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевого, О.М. Дроздова, В.В. Заборовського, О.В. Капліної, Л.В. Кирилюк, В.О. Коновалової, Ю.В. Лисюка, П.А. Лупинської, В.І. Мариніва, М.А. Маркуш, М.Г. Моторигіної, О.В. Рибалки, Ю.І. Стецовського, М.С. Строговича, А.Р. Туманянц, Ю.В. Хоматова, В.П. Шибіко, О.Г. Шило, Ю.П. Яновича, О.Г. Яновської та ін. Однак запровадження в кримінальне процесуальне законодавство України низки новел вимагає нових підходів до кримінальної процесуальної діяльності, критичного осмислення як уже усталених, так і нових теоретичних положень стосовно визначення процесуального статусу адвоката, участь якого в кримінальному провадженні пов'язана з наданням професійної правничої допомоги. У зв'язку із цим спробуємо висловити свої міркування і обґрунтувати власне бачення шляхів вирішення проблем.

Основна мета публікації – проаналізувати з урахуванням законодавчих змін процесуальний статус адвоката – представника в кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Нагадаємо, що ст. 59 Конституції України проголошує: «Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» [1]. Нормативні умови забезпечення юридичною допомогою містяться і в міжнародних документах з прав людини. Так, відповідно до Основних принципів, що стосуються ролі юристів, прийнятих восьмим Конгресом ООН із питань попередження злочинності та поводження з правопорушниками 27 серпня – 07 вересня 1990 р., «кожна людина

має право звернутися до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання її прав і захисту її на всіх стадіях кримінального провадження» [2].

Таким чином, забезпечення надання професійної правничої допомоги кожній особі, яка долучається до кримінального провадження, дозволяє їй ефективно захищати свої права та законні інтереси. За чинним Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України), крім захисту осіб, які притягуються (або притягувалися) до кримінальної відповідальності, а також надання професійної правничої допомоги свідку, в кримінальному провадженні здійснюється представництво потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, а також третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт. Повноваження представника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються документами, передбаченими ст. 50 КПК України, перелік яких має закріплення в п. 1 ч. 3 ст. 58, п. 1 ч. 2 ст. 63, п. 1 ч. 2 ст. 641, п. 1 ч. 5 ст. 642 КПК України. Виходячи зі змісту вказаних норм, представником вищезазначених учасників кримінального провадження є адвокат [3].

Разом із тим слід звернути увагу на те, що законодавець, наділяючи їх правом на отримання професійної правничої допомоги, розглядає представника як особу, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником (ч. 1, 2 ст. 58, ч. 1 ст. 63, ч. 1 ст. 641, ч. 4 ст. 642 КПК). Дане нормативне положення вважаємо недоречним. Пояснимо свій висновок.

Передусім відмітимо, що представника і захисника в кримінальному провадженні об'єднує те, що їх процесуальна діяльність спрямована на здійснення захисту прав і свобод учасників цього провадження. Підтвердженням наведеної тези може слугувати п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 02.06.2011 р. № 3460-VI (у редакції від 07.01.2018р.), де закріплено, що «правова допомога – надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення» [4]. Отже, виходячи зі змісту цього нормативного положення, а також беручи до уваги приписи Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI, в яких вказані види адвокатської діяльності, можемо констатувати, що діяльність адвоката щодо забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів осіб, які притягуються або притягувалися до кримінальної відповідальності (ст. 45 КПК), представництва (ст. 58, 63, 641, 642 КПК України), а також надання професійної правничої допомоги свідку в кримінальному провадженні (ст. 66 КПК), об'єднані спільною метою – забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, їх захисту і відновлення в разі порушення. Підтверджують нашу тезу й висловлення й висновки окремих науковців. Так, О.Г. Русанова підкреслює, що представництво адвокатом по-

терпілого має бути скероване на захист його прав і законних інтересів, а також на надання необхідної юридичної допомоги [5, с. 44].

Однак сказане не свідчить про те, що представник – це «особа, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником», адже, на наше переконання, в цьому випадку виникає ризик змішування понять «представник» і «захисник».

Примітно, що в юридичній літературі сучасними дослідниками неодноразово зверталася увага на відмінність здійснення захисту від представництва у кримінальному провадженні, що є цілком зрозумілим. Так, Л.В. Кирилюк відмічає, що методи здійснення захисту інтересів потерпілого багато в чому можуть бути такими ж, як і методи здійснення захисту обвинуваченого. Разом із тим вони мають ряд відмінностей, які впливають із особливостей процесуального положення обвинуваченого і потерпілого. В обґрунтування даної тези Л.В. Кирилюк стверджує, що необхідно мати на увазі, що на обвинуваченому та захисникові в кримінальному процесі не лежить обов'язок доказування. А потерпілий та його представник у певних випадках можуть нести такий тягар у справах приватного обвинувачення, за необхідності обґрунтування цивільного позову та в інших випадках [6, с. 254]. У свою чергу, Ю.В. Лисюк звертає увагу на те, що представник потерпілої особи діє на підставах та в разі, якщо сама потерпіла особа буде вважати, що в цьому є необхідність [7, с. 161].

Не менш поширеним є підхід, прихильники якого висловлюють пропозиції передбачити механізми представництва та захисту прав потерпілого в кримінальному провадженні за рахунок держави, а також дотримуються думки про необхідність визначити підстави обов'язкової участі представника потерпілого в справі. Науковці впевнені, що відсутність законодавчої регламентації обов'язкової участі адвоката – представника потерпілого в кримінальному провадженні – ставить у нерівноправне положення учасників процесу, що не узгоджується з положеннями ч. 1, 2 ст. 22 КПК України [8, с. 49; 9, с. 359]. Із цього приводу влучно висловився В.П. Шибіко, що проблема забезпечення права потерпілого мати свого представника у кожному кримінальному провадженні виникла не з прийняттям нового КПК України 2012 р., але загострилась у зв'язку з прийняттям нового Кодексу і появою в ньому нових, раніше не відомих кримінальному процесу України інститутів (інституту укладання угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим), нових процесуальних дій (особливо негласних слідчих (розшукових) дій), нових положень щодо збирання та оцінювання доказів під час досудового розслідування і в судовому провадженні (щодо допустимості доказів, оцінювання показань з чужих слів тощо). Науковець наголошує, що важливою процесуальною гарантією прав, свобод та законних інтересів потерпілого має стати й обов'язкова участь у кримінальному провадженні представника потерпілого, коли його особистої участі для такого захисту



недостатньо [10, с. 310]. Визнаючи наукову цінність наведених позицій, вважаємо за потрібне доповнити висловлені думки власним баченням щодо розглядуваного питання з додатковою аргументацією.

Прагнучи забезпечити термінологічну чіткість, слід розглянути питання щодо розмежування понять «представник» і «захисник». Відповідно до п. 25 і 26 ч. 1 ст. 3 КПК України представник і захисник – це різні учасники кримінального провадження. Отже, одна і та сама особа (адвокат) не може виступати одночасно як представник і як захисник (тобто бути відразу двома учасниками процесу).

Крім цього, згідно із Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI захист трактується як «вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення» (п. 5 ст. 1). А представництво тлумачиться як «вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і виконанні обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному й конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні» [11].

Як бачимо, захист та представництво – це різні види адвокатської діяльності, яку провадять і різні учасники процесу. Із цього приводу слушно зауважує М.Г. Моторигіна, що «поняття «сторона захисту» – це передбачені КПК України учасники кримінального провадження, діяльність яких об'єднана спільною метою та функціональною спрямованістю на спростування підозри й обвинувачення, встановлення невинуватості або меншої винуватості підозрюваного, обвинуваченого, обставин, що пом'якшують покарання, виключають кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінального провадження, звільнення особи від кримінальної відповідальності або покарання» [12, с. 40].

Спираючись на засади кримінального провадження, однією з яких є забезпечення права на захист, ми відносимо адвоката-захисника саме до тих учасників процесу, які притягуються, або притягувалися (маємо на увазі засудженого, виправданого) до кримінальної відповідальності, серед процесуальних прав яких передбачене і право на захист (оскільки саме він сприяє реалізації цього права), більш того, це право їм забезпечується. Адвокат, який здійснює цей захист, імену-

ється «захисником», що відокремлює його від інших учасників кримінального провадження, які теж надають у процесі провадження професійну правничу допомогу, але іншим учасникам процесу.

Сказане свідчить, що представник, який надає професійну правничу допомогу потерпілому, цивільному позивачу, цивільному відповідачу, третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт, юридичній особі, щодо якої здійснюється провадження, не має ніякого відношення до процесуальної діяльності іншого учасника кримінального провадження – захисника. У свою чергу, захисник не повинен надавати професійну правничу допомогу цивільному позивачу, цивільному відповідачу, юридичній особі, щодо якої здійснюється провадження, потерпілому, а також свідку (бо вказані учасники кримінального провадження не притягуються до кримінальної відповідальності і їм не потрібно користуватися правом на захист). Виходячи з викладеного, на наш погляд, доцільно в ч. 1, 2 ст. 58, ч. 1 ст. 63, ч. 1 ст. 641 КПК України виключити слова «який у кримінальному провадженні має право бути захисником».

Зупинимося ще на одному моменті. Згідно з метою нашого дослідження на окрему увагу, на нашу думку, заслуговує представництво третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт у кримінальному провадженні.

За ст. 642 КПК України, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, має право в кримінальному провадженні мати представника. Так, у ч. 4, 5 ст. 642 КПК України нормативно закріплено наступне: представником третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, є особа, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником; повноваження представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, на участь у кримінальному провадженні підтверджуються: 1) документами, передбаченими статтею 50 КПК України (ч. 5 ст. 642 КПК України). Вказане дає право зробити висновок, що в даному випадку йдеться про адвоката. Додамо, що відповідно до ч. 6 ст. 642 КПК України представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, користується процесуальними правами третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інтереси якої він представляє, а також разом із останньою наділений й процесуальними обов'язками. Проте КПК України не вказує на представника (який, як ми це помітили, є адвокатом) як на учасника кримінального провадження, про що свідчать п. 25, 26 ст. 3 КПК України.

Зауважимо, що процесуальний статус адвоката, який надає професійну правничу допомогу третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт, на нашу думку, не узгоджується з фактичним становищем третьої особи у кримінальному провадженні. Обґрунтуємо це наступним.

Доречно нагадати, що арешт майна входить до переліку заходів забезпечення кримінального провадження, які мають як процесу-

альний, так і виражений примусовий характер з обмеженням прав людини, у тому числі й конституційних [13, с. 256]. Сказане виправдовує позицію законодавця, який наділяє третю особу, щодо майна якої вирішується питання про арешт правами й обов'язками, передбаченими КПК України для підозрюваного, обвинуваченого. Проте дана обставина, наявність якої й слугувала підставою для визначення законодавцем саме такого процесуального статусу третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, зумовлює виникнення проблем під час проведення, наприклад, допиту цієї особи. Зокрема, О.Ю. Татаров зосереджує увагу на тому, що якщо третя особа наділена правами, передбаченими законом для підозрюваного, обвинуваченого, і одночасно існує необхідність допиту її як свідка, таку особу слідчий, прокурор не мають право під час допиту попереджати про кримінальну відповідальність за ст. 384, 385 КК України [14]. До сказаного додамо, що крім проблем, які стосуються процесуального порядку допиту третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, слід пам'ятати ще й те, що, як справедливо зауважує О.В. Верхогляд-Герасименко, така особа не повинна бути добросовісним набувачем майна, що впливає з аналізу абз. 3 ч. 4 ст. 962 КК України, абз. 2 ч. 10 ст. 170 КПК України [15, с. 22]. Відтак стає очевидним, що третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, будучи наділена правами підозрюваного, обвинуваченого, має право брати активну участь у доказуванні відповідно власних інтересів, які вона захищає.

Наведене дозволить визначити процесуальний статус адвоката, який надає професійну правничу допомогу третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт. Висловимо думку, що більш логічним для адвоката буде найменування не «представник», а «захисник», з віднесенням його (разом із третьою особою, щодо майна якої вирішується питання про арешт) до сторони захисту.

Вважаємо за доцільне запропонувати п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України, де вказані «сторони кримінального провадження» з боку захисту, доповнити вказівкою на третю особу, щодо майна якої вирішується питання про арешт та його захисника. Слід також доповнити п. 25, 26 ч. 1 ст. 3 КПК України вказівкою на те, що захисник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, є учасником кримінального і судового провадження. Відповідно, є сенс внести зміни й у текст ч. 4 ст. 64 2 КПК України вказівкою на захисника. Крім того, варто внести доповнення і до п. 5 ч. 1 ст. 1 та п. 3 ч. 1 ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI вказівкою на третю особу, щодо майна якої вирішується питання про арешт, а в п. 9 ч. 1 ст. 1, п. 5 ч. 1 ст. 19 передбачити серед інших і юридичну особу, щодо якої здійснюється провадження, яка не включена вказаним Законом України

до переліку осіб, які мають право на представника.

Висновки. Підсумовуючи наведене, можемо додати, що дослідження окреслених нами проблемних питань, дозволило розробити авторські пропозиції щодо внесення змін до деяких норм КПК України. Сподіваємося, це сприятиме вдосконаленню вітчизняного кримінального процесуального законодавства.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України: станом на 30 вересня 2016р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 24.04.2018).
2. Основні принципи, що стосуються ролі юристів. Прийнято Восьмим Конгресом ООН щодо попередження злочинності та поведінки з правопорушниками; Гаваї, 27 серпня - 7 вересня 1990 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_313 (дата звернення: 25.04.2018).
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012р. № 4651-VI / Дата оновлення 12.04.2018. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 23.04.2018).
4. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 51. Ст.577. / Редакція від 07.01.2018 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> (дата звернення: 21.04.2018).
5. Русанова О.Г. Процесуальне представництво адвоката у кримінальному процесі як гарантія захисту конституційних прав потерпілого. Адвокат. 2012. № 2. С. 42 – 45. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv_2012_2_8 (дата звернення: 23.04.2018).
6. Кирилюк Л.В. Адвокат – представник потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача у кримінальному судочинстві України. Форум права. 2009. № 1. С. 252–259. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2009_1_38 (дата звернення: 25.04.2018).
7. Лисюк Ю. В. Представник потерпілого як захисник у кримінальному провадженні. Південноукраїнський правничий часопис. 2013. № 3. С. 159. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pupch_2013_3_57 (дата звернення: 26.04.2018).
8. Іскандерова Г.Т. Представництво та захист адвокатом прав потерпілого у кримінальному провадженні на підставі угоди про примирення. Вісник кримінального судочинства. 2016. № 2. С. 45 – 50. URL: http://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2016_Iskanderova.pdf (дата звернення: 25.04.2018).
9. Рибалка О.В. Представництво і захист адвокатом інтересів потерпілого в кримінальному провадженні. Право і суспільство. 2013. № 6-2. С. 358 – 361. URL: http://pravoisusplstvo.org.ua/archive/2013/6-2_2013/83.pdf (дата звернення: 27.04.2018).
10. Шибіко В.П. Проблема забезпечення прав потерпілого за новим КПК України 2012 року. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 307-313. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2013_1_54 (дата звернення: 28.04.2018).
11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-17. / Редакція від 05.01.2017р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 23.04.2018).
12. Моторигіна М.Г. Сторона захисту в судовому провадженні у першій інстанції: монографія / за ред. д. ю. н., проф. О. В. Капліної. Харків: Оберіг, 2018. 306 с.
13. Кримінальний процес: підручник / за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2013. 824 с.
14. Татаров О.Ю. Загрози при накладенні арешту на майно третіх осіб. URL: <http://blog.liga.net/user/otatarov/article/21968.aspx> (дата звернення: 23.04.2018).
15. Верхогляд-Герасименко О.В. До питання накладення арешту на майно третіх осіб у кримінальному провадженні. Вісник кримінального судочинства. 2017. № 1. С. 20–27.