

УДК 343.36

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОТЕРПЛОГО ВІД ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ

Наталія КАРПОВА,

аспірант кафедри адміністративного й кримінального права
Академії адвокатури України

SUMMARY

The published article is determined for studying such a question as the definition of the victim of anybody's interfering into the activity of either a defendant or any representative. The suggested article includes observing such a question as assertion of a right of everyone to be defended from criminal prosecution. The article produces such notions as the defenders' lawful activity, the lawful representation of a defendant, the defender, the representative, the representative by the law, a right of a witness to be represented by counsel. The main attention is given to protecting the activity of a witness's counsel from interference. The key note concerns such issues as interfering into the defenders' or the representatives' activity, assertion of a right of everyone to be defended from criminal prosecution, a right of a witness to be represented by counsel.

Key words: defenders' lawful activity, lawful representation of a defendant, defender, representative, representative by the law, right of a witness to be represented by counsel.

АНОТАЦІЯ

У статті досліджується питання визначення потерплого від втручання в діяльність захисника чи представника особи. Стаття включає розгляд такого питання, як забезпечення права кожного на захист від кримінального переслідування. Наводяться такі поняття, як «законна діяльність захисника», «законна діяльність представника», «захисник», «представник», «законний представник», «право свідка бути представленим адвокатом». Головна увага приділяється охороні діяльності адвоката свідка від втручання. Основна ідея статті стосується таких питань, як втручання в діяльність захисника чи представника особи, забезпечення права кожного на захист від кримінального переслідування, права свідка бути представленим адвокатом.

Ключові слова: законна діяльність захисника, законна діяльність представника, захисник, представник, законний представник, право свідка бути представленим адвокатом.

Постановка проблеми. Відповідно до положень ч. 2 ст. 3 Конституції України [1] утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Права й свободи є головним і невід'ємним елементом статусу людини й громадянина. З метою забезпечення реалізації закріплених прав і свобод людини й громадянина Конституція України встановлює відповідні правові гарантії. Однією з найважливіших правових гарантій прав і свобод людини й громадянина є закріплене в ч. 1 ст. 59 Конституції України [1] право кожного на професійну правничу допомогу. Право на професійну правничу допомогу – це гарантована Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги. Одним із найважливіших видів правових послуг є захист затриманих, заарештованих, підозрюваних, обвинувачених, підсудних осіб. Через його важливість він окремо закріплений у Конституції України [1].

Згідно з ч. 3 ст. 29 Конституції України [1] кожен затриманий чи заарештований має право на захист себе (особисто чи за правовою допомогою захисника з моменту затримання); згідно з ч. 1 ст. 59 Конституції України [1] кожному гарантується право на вільний вибір захисника своїх прав; згідно з ч. 2 ст. 63 Конституції України [1] підозрюваному, обвинуваченому чи підсудному гарантується право на захист.

Ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р. Європейська Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод (п. «с» ч. 3 ст. 6) [2], Міжнародний пакт про громадянські й політичні права від 16 грудня 1966 р. [3], ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148VIII (п. «д» ч. 3 ст. 14) [4], закріпили право людини захищати себе особисто або через призначеного захисника, а за відсутності

коштів – через визначеного захисника, коли цього вимагають інтереси правосуддя. Але реалізація цього конституційного права громадян можлива за нормальних умов для діяльності осіб, які її здійснюють. Тому за посягання на правомірну діяльність захисника чи представника особи з надання правової допомоги ст. 397 Кримінального кодексу України (далі – КК) [5] встановлена кримінальна відповідальність.

Зазначені соціальні зв'язки та потенційні потерпілі від цього злочину виступають є специфічними складниками безпосереднього об'єкта цього злочину. Автор установив у своїх попередніх дослідженнях, що втручання в діяльність захисника чи представника особи є формальним злочином і належить до типу злочинів, які посягають на конституційне право затриманого, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого на захист, що безпосередній об'єкт цього злочину охоплює суспільні відносини, які під час здійснення правосуддя забезпечують дотримання конституційного принципу права на захист і встановлений законом порядок реалізації права на захист чи представлення законних інтересів усіх категорій осіб, які мають право на захист, у формі правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги під час здійснення цієї діяльності [6].

Кількість засуджених за злочини проти правосуддя, пов'язані з порушенням права на захист, порівняно невелика. Судовий розгляд втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК) [5] у судовій практиці трапляється дуже рідко. Причиною такого становища є невідсутність цих посягань у реальності, а їхня латентність, одним із чинників якої є недосконалість кримінально-правової норми, що встановлює кримінальну відповідальність за втручання в діяльність захисника чи представника осо-

би (ст. 397 КК) [5]. Особливо хотілося б акцентувати увагу на явно недостатній кількості належних наукових розвідок щодо аналізу відповідної кримінально-правової норми. Найбільш глибокий коментар, розроблений В.В. Сміхом у дисертації [7], застарів у зв'язку з прийняттям у 2012 р. нового Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) [8], є неповним і оминає таке важливе питання, як потерпілий – ключовий учасник суспільних відносин, що охороняються ст. 397 КК України «Втручання в діяльність захисника чи представника особи» [5]. Курс на євроінтеграцію українського законодавства виявив недостатній рівень захисту інтересів захисника чи представника особи, а також недостатній рівень реагування держави на вчинювані злочини у сфері обмеження діяльності таких осіб. Фактично нині існує інститут захисту прав захисника, але реально він відстає від загальних реформ українського кримінального законодавства й реалізується з великими труднощами, що вимагає його вдосконалення.

Актуальність теми. З урахуванням вищевикладеного актуальність дослідження полягає в необхідності аналізу й удосконалення диспозиції ст. 397 КК України [5] з урахуванням сучасного стану кримінального законодавства України.

Метою статті є встановлення сфери застосування та подальше вдосконалення ст. 397 КК України [5] відповідно до чинного кримінального законодавства України.

Для досягнення поставленої мети були вирішені такі завдання:

- ретельно проаналізувати об'єкт злочину за ст. 397 КК України;

- чітко визначити поняття правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги;

- чітко визначити поняття захисника чи представника особи з надання правової допомоги; через співвідношення цих понять визначити потерпілого внаслідок втручання в діяльність захисника чи представника особи;

- напрацювати пропозиції щодо вдосконалення диспозиції ст. 397 КК України [5].

Об'єктом дослідження є теоретичні та практичні проблеми, пов'язані з удосконаленням кримінально-правової охорони законної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги.

Предметом дослідження є система кримінально-правових норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства України, присвячених регулюванню й кримінально-правовій охороні законної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги.

Для досягнення поставленої мети й вирішення завдань у статті були використані такі наукові методи, як логіко-юридичний метод і метод системного аналізу.

Виклад основного матеріалу дослідження. Оскільки суспільні відносини, які є об'єктом злочину, передбаченого ст. 397 КК України [5], складаються з учасників цих відносин – суб'єктів, предмета, з приводу якого вони виникають, і соціального зв'язку між суб'єктами відносин щодо їх предмета, то правильний аналіз змісту й обсягу суспільних відносин, які охороняються законом, можливі тільки через установлення кола їх учасників. Аналіз положень закону про кримінальну відповідальність свідчить про те, що в низці норм законодавець прямо визначає суб'єктів (учасників) суспільних відносин, з чого випливає необхідність аналізу диспозиції ст. 397 КК [5]. Детальний аналіз диспозиції ст. 397 КК [5] дає підстави виділити дві категорії учасників відповідних суспільних відносин: 1) суб'єкти, які вчиняють у будь-якій формі перешкоди в здійсненні правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги або

порушують установлені законом гарантії правомірної діяльності з надання правової допомоги та професійної таємниці захисника чи представника особи, з них ч. 2 ст. 397 КК виділяє окрему підкатегорію службових осіб як кваліфіковану ознаку складу злочину; 2) суб'єкти, чия правомірна діяльність із надання правової допомоги потерпає від незаконних посягань у вигляді вчинення в будь-якій формі перешкод у здійсненні цієї діяльності або порушення встановлених законом гарантій цієї діяльності та професійної таємниці. Суб'єктами, які відповідно до закону здійснюють правомірну діяльність із надання правової допомоги, можуть бути тільки визначені в диспозиції ст. 397 КК захисник і представник особи.

Захисник і представник особи – не лише суб'єкти – учасники відповідних суспільних відносин, вони ще й мають статус потерпілих. Зважаючи на те, що, по-перше, на потерпілого як на учасника суспільних відносин вказує Є.О. Фролов [9], по-друге, на те, що потерпілі безпосередньо вказані в диспозиції ст. 397 КК [5], по-третє, на складність і неоднозначність понять «захисник» і «представник», на їх розгляді ми зупинимося дещо далі.

Як показує вивчення наукових джерел, однією з дискусійних проблем інституту забезпечення права особи на захист є питання щодо кола осіб, які можуть здійснювати захист. Хоча важливою для реалізації права на захист є правова регламентація стану суб'єктів здійснення захисту, серед науковців немає єдиної думки щодо кола суб'єктів, які можуть здійснювати захист. Це зумовлено тим, що в юридичній літературі іноді помилково ототожнюють поняття «захисник» і «адвокат». Із цим твердженням ми не згодні. Адвокат – це особа, яка займається професійною адвокатською діяльністю, тобто є правозаступником і правозахисником, надає правову допомогу й здійснює представництво в судах усіх ланок системи судочинства, підприємствах, установах і організаціях, державних органах, а також захист осіб, які мають право на захист. Правовий стан адвоката виникає не в зв'язку з його участю в судочинстві, а в зв'язку з відповідною процедурою, передбаченою законодавством України. Надане В.М. Тертишником визначення поняття «захисник» як учасника кримінального процесу, на якого покладено реалізацію права його підзахисного на захист, і в силу цього він зобов'язаний використовувати всі зазначені в законі засоби й способи з метою з'ясування обставин, що виправдовують підзахисного чи пом'якшують його відповідальність [10], найближче до істини. Але автор вважає за потрібне дещо уточнити це визначення, зауваживши, що підзахисним може бути лише особа, яка має право на захист у кримінальному провадженні. Отже, автор пропонує власне визначення поняття «захисник» – це учасник кримінального процесу, на якого покладено реалізацію права на захист особи, яка має право на захист і є підзахисним захисника, у будь-якій установленій законом формі реалізації під час здійснення правосуддя та діяльності, яка сприяє його здійсненню. Коло суб'єктів захисту регламентовано ст. 45 КПК України [8], суб'єкт захисту наділяється процесуальним статусом захисника з моменту допуску до участі в справі, тобто перше характеризує професійну належність особи, друге – процесуальний стан у певній справі.

Загальноприйнятою в українському законодавстві є думка, що адвокат найкраще підходить для виконання відповідальної місії захисту. Ця думка ґрунтується на ч. 3 ст. 131-2 Конституції України [1], яка визначає, що виключно адвокат здійснює захист від кримінального обвинувачення. Також право адвоката мати процесуальний статус захисника в кримінальному процесі підкреслено в ч. 5 ст. 1 і п. 3 ч. 1 ст. 19 Закону України «Про адвокатуру й адвокатську діяльність» [11], де зазначається, що захист є одним із

видів адвокатської діяльності. Потрібно вказати, що захист не є єдиним дозволеним для адвоката видом діяльності. П.В. Хотенець вважає, що правовий статус адвоката складається з двох різних і взаємопов'язаних блоків – це права, обов'язки, відповідальність і гарантії діяльності адвоката як члена адвокатської корпорації, а також права, обов'язки, відповідальність і гарантії діяльності адвоката як суб'єкта відповідних правовідносин [12].

Повноваження захисника на участь у справі повинні підтверджуватися визначеними у ст. 50 КПК України [8] документами:

1) свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю;

2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Відповідно до ч. 2 ст. 45 КПК України [8] захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесені до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого в Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення чи припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Відповідно до ч. 1 ст. 46 КПК України [8] захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу.

Усі захисники в кримінальному процесі виконують функцію захисту. Автор вважає, що формулювання функції захисту можливе через визначення поняття, яке вона втілює в житті (тобто самого права на захист), і встановлення кола суб'єктів, яких вона захищає, тобто кола суб'єктів кримінального процесу, які мають право на захист.

Право особи на захист входить до переліку закріплених у Конституції України й міжнародних правових актах прав і свобод людини. У ч. 1 ст. 59 Конституції України [1] проголошено право кожної особи на правову допомогу, а також право вільно обирати собі захисника. Серед функцій такого права слід окремо виділити превентивну, яка не тільки сприяє правомірному здійсненню особою своїх прав і свобод, а й спрямована на попередження можливих порушень чи незаконних обмежень прав і свобод людини й громадянина з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. Конституційний Суд України в Рішенні від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 відзначив, що кожній особі, зокрема свідку під час допиту в органах дізнання чи досудового слідства й особам під час надання пояснень у державних органах, має бути забезпечена реальна можливість отримувати правову допомогу для захисту від можливого порушення права не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, які можуть бути використані в кримінальному процесі для доведення обвинувачення зазначених осіб [13]. На думку автора, право на захист – це сукупність усіх прав, що надаються особі, яка може обвинувачуватися, обвинувачується чи обвинувачувалась у вчиненні злочину; це можливість захисту в будь-якій установленій законом формі його реалізації під час здійснення правосуддя та діяльності, яка сприяє його здійсненню. Далі в нашому дослідженні особа, яка може обвинувачуватися, обвинувачується чи обвинувачувалась у вчиненні злочину або визнана винною в учиненні злочину, буде називатися особою, яка має право на захист.

Для складання переліку осіб, які мають право на захист, слід проаналізувати чинний КПК України. Відповідно до ст. 20 КПК України підозрюваний, обвинувачений, виправданний, засуджений має право на захист, яке полягає в наданні йому можливості користуватися правовою допомогою захисника; ст. 52 КПК України надає право на обов'яз-

кову правову допомогу захисника особам, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру чи вирішується питання про їх застосування особам, щодо яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру; ч. 4 ст. 208 КПК України гарантує право на запрошення захисника затриманому, п. 2 ч. 1 ст. 581 КПК України надає право мати захисника особі, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію); ч. 7 ст. 583 КПК України описує повноваження захисника тимчасово заарештованої особи, ч. 7 ст. 173 КПК України надає право на захисника третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт [8]. Автор прагне визначити функцію захисту в усьому її обсязі в будь-якому виді кримінального провадження через надане раніше визначення права на захист: функція захисту – це вид адвокатської діяльності, що полягає в захисті особи, яка має право на захист, у будь-якій установленій законом формі реалізації під час здійснення правосуддя та діяльності, яка сприяє його здійсненню. Перелік осіб, які мають право на захист відповідно до чинного КПК України: підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданний, затриманий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру чи вирішується питання про їх застосування; особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів виховного характеру; особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію); тимчасово заарештована особа; третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт.

Правова діяльність захисника з надання правової допомоги також регламентується чинним КПК України. Відповідно до ч. 4 ст. 46 КПК України [8] захисник користується процесуальними правами підозрюваного чи обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику; зміст і обсяг процесуальних прав захисника, який захищає засудженого чи виправданого, визначає ч. 3 ст. 43 КПК України [8], згідно з якою виправданний, засуджений має права обвинуваченого, передбачені ст. 42 КПК України [8] в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження. Зміст і обсяг процесуальних прав захисника, який захищає особу, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, користується правами підозрюваного й обвинуваченого в обсязі, який визначається станом її психічного здоров'я, і здійснює їх через законного представника, захисника. Конкретні повноваження захисника особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів виховного характеру, визначені в ст. 290, 293, 309; ч. 4 ст. 314; п. 2 ч. 1 ст. 392; п. 4 ч. 1 ст. 393; п. 1 ч. 2 ст. 395; ст. 404, ст. 424; п. 4 ч. 1 ст. 425; ст. 490; ч. 3 ст. 499; ч. 2 ст. 502 КПК України [8]; конкретні повноваження захисника, який захищає особу, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію) під час окремих процесуальних дій екстрадиційного провадження, регламентовані в п. 2 ч. 1 ст. 581, ч. 7 ст. 582, ч. 9 ст. 584, ч. 12 ст. 584, ст. 588, ст. 591 КПК України [8]. Повноваження захисника тимчасово заарештованої особи визначені ч. 7 ст. 583 КПК України [8]; ч. 7 ст. 173 КПК України надає захиснику третій особі, щодо майна якої вирішується питання про арешт, право на оскарження арешту майна [8].

Із розгляду вищевказаних повноважень випливає висновок, що правова діяльність захисника з надання право-

вої допомоги – це вид адвокатської діяльності, що полягає в сукупності процесуальних дій, які вчиняються відповідно до закону й спрямовані на повне або часткове спростування пред'явлених особі, яка має право на захист, підозри чи обвинувачення, або запобігання пред'явлення підозри чи обвинувачення особі, яка має право на захист, під час досудового розслідування й судового розгляду в суді першої інстанції, а в подальших стадіях процесу – скасування обвинувачення особи, яка має право на захист, пом'якшення кримінальної відповідальності особи, яка має право на захист, зміни мотивів і підстав виправдання особи, яка має право на захист.

Поняття «представник» об'єднує три різні категорії учасників кримінального процесу, які належать до різних сторін кримінального провадження. Перша категорія, яка належить до сторони захисту, – це легітимізовані ст. 44 КПК України [8] законні представники підозрюваного чи обвинуваченого, якщо він є неповнолітнім або особою, визнаною у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною. На практиці це найчастіше законні представники особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів виховного характеру. Законними представниками можуть бути батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки й піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний. Законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена представнику. На відміну від захисника, законні представники захищають інтереси неповнолітнього, недієздатного чи обмежено дієздатного не через призму виконання професійної діяльності, а насамперед через загальноправову відповідальність за своїх неповнолітніх дітей чи недієздатних підопічних з урахуванням морально-етичних аспектів виховання чи піклування. Фактично це означає, що, на відміну від захисника, законний представник замінює підозрюваного чи обвинуваченого, який з об'єктивних причин не має повної процесуальної дієздатності, тому може користуватися процесуальними правами без дозволу особи, яку він представляє. Визначення батьків, опікунів, піклувальників, інших близьких родичів і членів сім'ї як законних представників найбільш повно відображає сутність і особливості їхньої участі в кримінальному провадженні як законного представництва, що виникає на підставі спорідненості, на відміну від захисту, що здійснюється захисником-адвокатом і виникає на підставі договору в порядку залучення.

Друга категорія, яка належить до сторони обвинувачення, – це визначені у ст. ст. 58, 59 КПК України [8] представник і законний представник потерпілого. Представник потерпілого – це особа, яка здійснює представництво та надання правової допомоги потерпілому в кримінальному провадженні. Представником потерпілого – фізичної особи може бути лише адвокат, на відміну від потерпілого – юридичної особи, законні права й інтереси якої можуть представляти, окрім адвоката, також її керівник, інша особа, уповноважена законом чи установчими документами, або представник юридичної особи за довіреністю. Підстави для залучення законного представника потерпілого аналогічні підставам залучення законного представника підозрюваного чи обвинуваченого. Як законних представників потерпілого залучають осіб, які можуть бути законними

представниками підозрюваного чи обвинуваченого; їхній статус і повноваження аналогічні статусу й повноваженням законних представників підозрюваного чи обвинуваченого, тільки з боку обвинувачення.

Третя категорія відповідно до ст. 3 КПК України [8] належить до учасників кримінального провадження, але не стосується сторін кримінального провадження; це представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, представник і законний представник цивільного позивача, представник цивільного відповідача. Окремо слід згадати не вказаного в ст. 3 КПК України [8] представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, статус і повноваження якого визначаються ч. 4 ст. 64-2 КПК України [8].

Відповідно до ст. 64-1 КПК України [8] представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, може бути особа, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником, керівник чи інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи. Аналіз статусу представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, приводить до висновку, що вищезгаданий представник фактично виконує функцію захисника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, що пояснюється специфічною правовою природою юридичної особи.

Якщо цивільний позивач або цивільний відповідач є фізичною особою, то її представником може бути лише адвокат; якщо цивільний позивач чи цивільний відповідач є юридичною особою, то її представником може бути особа, яка в кримінальному провадженні має право бути захисником, керівник чи інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи відповідно до ст. 63 КПК України [8]. У разі неповноліття, обмеженої дієздатності чи недієздатності цивільного позивача його представляє законний представник, статус і повноваження якого й вимоги до якого аналогічні статусу, повноваженням і вимогам до законного представника підозрюваного чи обвинуваченого. Вимоги до представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, аналогічні вимогам до представника цивільного позивача чи цивільного відповідача й залежать від того, чи є третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, фізичною чи юридичною особою.

З вищевикладеного випливає, що сутністю діяльності з надання правової допомоги представників потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, є надання необхідної правової допомоги в захисті й охороні прав і законних інтересів осіб, яких вони представляють. Сутністю діяльності з надання правової допомоги будь-якого законного представника є заміна в кримінальному провадженні того учасника кримінального провадження, який з об'єктивних причин не має повної процесуальної дієздатності, з обов'язковою метою забезпечення інтересів недієздатного учасника, якого він представляє.

Але слід визнати, що наявний у чинному КПК України [8] перелік осіб, які мають право на захисника, не повністю реалізує встановлене Конституцією України право особи на захист, адже Конституційний Суд України в Рішенні від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 офіційно розтлумачив, що ч. 1 ст. 59 Конституції України надає свідку право на користування правовою допомогою захисника в державних органах із метою захисту від можливого порушення права не давати таких свідчень або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, які можуть бути використані в кримінальному процесі для доведення обвинувачення зазначених осіб [13]. ЄСПЛ підтримує позицію КСУ: у рішеннях «Яременко проти України» від 12 червня 2008 р.

[14], «Луценко проти України» від 18 грудня 2008 р. [15] і «Шабельник проти України» від 19 лютого 2009 р. [16] суд визнав, що використання показань осіб, які вони давали як свідки без участі адвоката чи іншого фахівця в галузі права, для доведення вини у вчиненні злочину ними (свідками) або їх співучасниками є порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод [17]. У ч. 2 ст. 66 чинного КПК України [8] на процесуальному рівні закріплене право свідка на користування під час надання свідчень і участі в проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого підтверджуються положеннями ст. 50 чинного КПК України [8]. Це право підкреслюється в ч. 25 ст. 3 чинного КПК України [8], де в переліку учасників кримінального провадження присутні свідок і його адвокат. Свідком є фізична особа, якій відомо або можуть бути відомі обставини, що підлягають доведенню під час кримінального провадження, і яка викликана для надання свідчень. Але, на жаль, чинний КПК України вихолостив право свідка на захисника, відмовившись від прогресивних новацій КПК України 1960 р., який утратив чинність [18]. По-перше, інститут захисту свідка проіснував недовго: з 27 липня 2010 р. (дата набуття чинності Законом України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника й іншу правову допомогу» [19]) до 20 листопада 2012 р., що не дало можливості сформувати більш-менш прийнятну практику. У чинному КПК України [8] особа, що надає правову допомогу свідку, уже називається не захисником, а лише адвокатом, хоча її повноваження підтверджуються положеннями ст. 50 КПК України [8]. Застарілий КПК України від 1960 р. [18] давав свідку додаткову гарантію на захист. Згідно з п. 6 ч. 1 ст. 69-1 КПК України від 1960 р. [18] свідку надавалося право відмовитися давати свідчення, якщо в нього немає можливості вільно, без неправомірних обмежень, отримати правову допомогу захисника. Ч. 5 ст. 167 КПК України від 1960 р. [18] передбачала, що якщо свідок з'являвся на допит із захисником, то захисник мав право бути присутнім на допиті, надавати в присутності слідчого консультації свідку, якщо фактичні обставини в справі могли бути використані для кримінального переслідування особисто самого свідка або членів його сім'ї чи близьких родичів; оскаржувати дії слідчого в порядку, установленому КПК, якщо з характеру й змісту питань впливало, що свідок має допитуватися як підозрюваний. Вищезгадані норми не були відтворені в чинному КПК України [8], у ньому немає жодної згадки про те, які процесуальні права має адвокат, який надає правову допомогу свідку. Міркуючи логічно, адвокат повинен надавати правову допомогу свідку під час ознайомлення свідка з протоколом допиту чи подання свідком клопотання про внесення до нього змін, доповнень і зауважень. Виконання цих процесуальних дій неможливе без професійної правничої допомоги.

У чинному КПК України створено норму, яка має бути гарантією дотримання прав свідка. П. 1 ч. 3 ст. 87 КПК України [8] встановлює, що докази з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні, є неприпустимими доказами. Хоча ця норма, безумовно, позитивна з огляду на необхідність забезпечення права особи на захист, вона є лише півзаходом, адже обумовлює визнання судом недопустимим доказом лише показання свідка, якого в подальшому притягнуто до кримінальної відповідальності. Але під час допиту в якості свідка особи, яка надалі може бути визнана підозрюваним чи обвинуваченим, така особа може повідомити низку обставин, перевірка й підтвердження яких надасть слідчому, прокурору інші докази вини допитаної особи. При цьому КПК України [8] не вимагає від

суду визнати недопустимими інші докази, отримані органом досудового розслідування фактично з порушенням права особи на захист унаслідок несвоєчасного повідомлення їй про підозру й ненадання тим самим реальної можливості захищатися та використовувати передбачені КПК права. Такий стан справ доводить важливість спроможності свідка користуватися правовою допомогою захисника. Тому ми констатуємо, що зміна статусу адвоката свідка із захисника на «надавача» правової допомоги, а також відсутність у чинному КПК [8] нормативного визначення конкретних прав адвоката щодо надання правової допомоги свідку є кроком назад.

Найбільш прикорм наслідком зміни статусу адвоката свідка із захисника на «надавача» правової допомоги є втрата ним кримінально-правової охорони його діяльності з надання правової допомоги свідку, тому що ст. 397 КК [5] криміналізує незаконне втручання в діяльність із надання правової допомоги лише захисника чи представника особи. Адвокат свідка не включений в жодну із цих категорій, і незаконне втручання в його діяльність не тягне за собою кримінальну відповідальність винної особи, що перешкоджає реалізації конституційного права свідка на захист.

Висновки. Для усунення можливих перешкод реалізації конституційного права свідка на захист автор пропонує власну редакцію диспозиції ст. 397 КК «Втручання в діяльність захисника чи представника особи»: «1. Учинення в будь-якій формі перешкод у здійсненні правомірної діяльності захисника, представника особи чи адвоката свідка з надання правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці...».

Список використаної літератури:

1. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>.
2. Європейська Конвенція про захист прав людини і основних свобод [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MU66003U.html.
4. Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2148-08>.
5. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2341-14>.
6. Карпова Н.Ю. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого ст. 397 КК України / Н.Ю. Карпова // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1. – С. 214–217.
7. Сміх В.В. Кримінальна відповідальність за порушення права особи на правову допомогу : дис. канд. юрид. наук : 12.00.08 / В.В. Сміх. – Львів 2011, 232 с.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
9. Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления / Е.А. Фролов // Сб. учен. тр. – Свердловск : Изд-во Свердловск. гос. ун-та, 1969. – Вып. 10.
10. Тертыйшник В.М. Уголовный процесс / В.М. Тертыйшник. – Х. : РИФ «АРСИС, ЛТД», 1997. – С. 79.
11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
12. Хотенец П.В. Правовой статус адвоката в Украине : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / П.В. Хотенец. – Х., 2002. – С. 11.
13. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 (справа про право на правову допомогу)

[Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v023p710-09>.

14. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Яременко проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_405.

15. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Луценко проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/34549>.

16. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Шабельник проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_457.

17. Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

18. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. № 1001-05 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.

19. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2395-17>.

