



Костюченко О. Ю.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка, адвокат,
Голова Науково-експертної ради
та член правління Асоціації адвокатів України

РОЗШИРЕННЯ ОБСЯГУ ЗАКОНОДАВЧИХ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Стаття містить аналіз пропозицій щодо розширення професійних прав та обов'язків адвокатів, гарантій їх професійної діяльності, в тому числі і в кримінальному провадженні, у Проекті Закону «Про внесення змін та доповнень до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підготовленого робочою групою Ради з питань судової реформи при Президенті України.

Ключові слова: адвокатура, адвокат, права, гарантії, захисник, представник, кримінальне провадження.

Статья содержит анализ предложений по расширению профессиональных прав и обязанностей адвокатов, гарантий их профессиональной деятельности, в том числе и в уголовном производстве, в проекте Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Украины» Об адвокатуре и адвокатской деятельности», подготовленного рабочей группой совета по вопросам судебной реформы при Президенте Украины.

Ключевые слова: адвокатура, адвокат, права, гарантии, защитник, представитель уголовного производство.

Питання реформування інституту адвокатури України у відповідності до міжнародних стандартів, зокрема, розширення професійних прав та гарантій адвокатської діяльності, встановлення нових правил та прогресивних процесуальних інструментів для ефективної роботи адвокатів є надзвичайно важливим та актуальним в системі забезпечення прав і свобод людини.

Слід зауважити, що гарантії професійної діяльності прямо пов'язані з правами та обов'язками адвоката. Практика здійснення адвокатської діяльності показує необхідність їх збільшення та вдосконалення правового регулювання.

Забезпеченням реальної змагальності сторін у кримінальному процесі, обсяг прав адвоката захисника чи представника та засоби їх реалізації мають певні проблеми правового регулювання і практичної реалізації та вимагають наукового і практичного дослідження. Цьому питанню присвячені праці відомих науковців та практиків: Я. П. Зейкана, Л. П. Ізовітової, Г. М. Колесник, М. А. Погорецького, О. С. Старенького, О. С. Цимбрівської, О. Г. Яновської та інших.

Слід звернути увагу на окремі недоліки профільного законодавства та необхідність вдосконалення, зокрема, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1] і Кримінального процесу-

ального кодексу України (далі – КПК) [2], про що свідчать результати всеукраїнського опитування адвокатів «Реформування кримінальної юстиції: погляд слідчих, прокурорів, адвокатів та суддів», організованого Проектом ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні». В опитуванні взяли участь близько 4000 представників слідчих органів, прокуратури, адвокатури та судової системи. Метою проведених досліджень було виявлення проблемних питань у здійсненні кримінального провадження та взаємодії між його учасниками задля визначення пріоритетних напрямів у реформуванні кримінальної юстиції. Як засвідчили результати всеукраїнського опитування, більшість його учасників переконані, що Україна повинна докладати більше зусиль щодо застосування міжнародних стандартів та кращих практик іноземних держав у сфері кримінальної юстиції. Абсолютна більшість адвокатів переконана, що поточний процес реформи юстиції Україні не враховує в достатньому обсязі інтереси сторони захисту. На думку адвокатів, кримінальне судочинство в Україні наразі носить радше обвинувальний характер, а адвокати, як захисники не мають достатньо прав для ефективного здійснення захисту підозрюваних, обвинувачених. Необхідні подальше розширення прав адвокатів за для втілення засади рівності прав і можливостей сторін захисту та обвинувачення кримінального провадження, оскільки сторона захисту має значно вужчі права ніж сторона обвинувачення [3].

Проект Закону «Про внесення змін та доповнень до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підготовленого робочою групою Ради з питань судової реформи при Президенті України [4] (далі – Законопроект), передбачає багатоаспектне розширення професійних прав та обов'язків адвокатів, гарантій їх професійної діяльності.

Слушним є положення Законопроекту щодо розширення доказової діяльності адвоката, зокрема, передбачено право адвоката збирати докази будь-якими не за-

бороненими законом засобами, в тому числі в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою (п. 7 ст. 20) [4]. Доцільно врегулювати та передбачити механізми збирання адвокатом доказів і в КПК України.

Слід зазначити, що під час кримінального провадження надання адвокату інформації та копій документів, які зібрані стороною обвинувачення здійснюється в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом. Практично всі опитані адвокати (98%) зазначили, що вони повинні мати такий самий доступ до інформації про кримінальні провадження, зокрема Єдиний реєстру досудових розслідувань, як прокурори чи слідчі [3, с. 59, 69]. Враховуючи таку позицію адвокатів, автори законопроекту передбачили нове право адвокатів мати ідентифікований доступ до державних реєстрів, у тому числі Єдиного реєстру досудових розслідувань, до автоматизованої системи документообігу суду в порядку, визначеному відповідним держателем реєстру або автоматизованої системи за погодженням з Радою адвокатів України, крім реєстрів, що містять інформацію, яка є державною таємницею (п. 8 ст. 20) [4]. Слід зазначити, що таке право адвоката та порядок його реалізації також повинні бути конкретизовані у кримінальному процесуальному законодавстві та відповідних відомчих Положеннях.

Однією з актуальних проблем для адвокатів, які здійснюють захист чи представництво є отримання інформаційних даних. Законопроектом передбачається більш широкий доступ адвокатів до інформації, зокрема, знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, підприємствах, в установах і організаціях, а також у фізичних осіб – підприємців з документами та матеріалами, знімати з них копії, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом [4]. Проте доцільно передбачити у законопроекті, що за наявності письмової згоди

особи чи клієнта, у разі надання правової допомоги із захисту чи представництва його інтересів під час досудового розслідування чи у суді, інформація з обмеженим доступом повинна передаватися адвокату.

Засобом отримання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту є також і письмовий адвокатський запит. У Законопроекті передбачена слушна новела, що в адвокатському запиті зазначаються мета, з якою направлено адвокатський запит, та відомості про адвоката, зазначені в Єдиному реєстрі адвокатів України (ч. 2 ст. 24). Також запропоновано щоб його можна було спрямовувати не тільки до юридичних, а і до фізичних осіб [4]. Важливо, що адвокатський запит не може стосуватися надання консультацій і роз'яснень положень законодавства. На що іноді не зважають адвокати.

Важко погодитися з положенням Законопроекту про введення адміністративної відповідальності адвоката за зловживання правом на адвокатський запит незалежно від положень відповідних дисциплінарних статутів (ч. 8 ст. 24) [4], оскільки як показує практика застосування дисциплінарних стягнень є достатньо дієвим заходом впливу на адвокатів-порушників.

Слід наголосити на необхідності виключення з законопроекту норми щодо зловживання правом на адвокатський запит, адже, адвокатський запит є одним із інструментів здобуття інформації для адвоката, а формулювання про «зловживання» обмежує адвоката у його застосуванні. Крім того, запропонований у законопроекті перелік дій адвоката, які вважаються зловживанням правом на адвокатський запит (ч. 9 ст. 24) [5] слід визнати досить сумнівним. Зокрема, направлення адвокатського запиту для отримання інформації, яка не є необхідною для надання правової допомоги (п. 1 ч. 9 ст. 24) [5]. є оціночною категорією. Тільки сам адвокат може визначити, яка саме інформація є необхідною для надання правової допомоги, оскільки він визначає свою правову позицію. Адвокат

повинен зберігати адвокатську таємницю щодо інформації у справі, тому оцінка доцільності чи недоцільності адвокатського запиту сторонніми особами буде вкрай проблематичною. При цьому положення, у п. 3 ч. 9 цієї ж статті Законопроекту визначає, що розголошення інформації, отриманої на адвокатський запит, якщо така інформація віднесена до категорії таємної, службової, або її розкриття порушує права третіх осіб на захист персональних даних чи охорону інтелектуальної власності, крім, випадків коли таке розголошення є необхідним для надання правової допомоги клієнту, є зловживанням правом на адвокатський запит [4].

Законопроект передбачає розширення професійних прав, встановлення нових правил та прогресивних інструментів для більш ефективної роботи адвокатів, зокрема (ст. 20): застосовувати не заборонені законом технічні засоби без будь-якого дозволу посадових осіб або суду, в тому числі з метою фіксації процесуальних та інших дій, в яких адвокат приймає участь; залучати спеціалістів, експертів з питань, що потребують спеціальних знань, отримувати та подавати їх висновки, у тому числі до суду; мати безперешкодний доступ до приміщень судів в робочий час, а також до приміщень судів, органів прокуратури, поліції, міністерства внутрішніх справ, правоохоронних органів, установ для попереднього ув'язнення та виконання покарань, органів державної влади у будь-який час, якщо в цих приміщеннях перебуває або утримується клієнт; брати участь у будь-яких слідчих або процесуальних діях, у яких бере участь клієнт або які проводяться відносно клієнта; користуватися іншими правами, передбаченими цим та іншими законами, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та іншими міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також практикою Європейського суду з прав людини [4].

Для підвищення ефективності правозахисної діяльності адвокатів необхідним є

не тільки розширення обсягу прав, а і збільшення гарантій адвокатської діяльності та засобів їх забезпечення, вдосконалення механізму реалізації. Результати опитування адвокатів свідчать про необхідність запровадження більш суттєвих заходів захисту адвокатів від неправомірного втручання в їх діяльність (98%) [3, с. 59, 69].

З огляду на це слід визнати позитивом Законопроекту розширення обсягу гарантій адвокатської діяльності, зокрема: будь-які заходи забезпечення кримінального провадження, оперативно-розшукові заходи та слідчі (розшукові) дії, в тому числі негласні, відносно адвоката, застосування до нього запобіжного заходу, затримання або будь-яке обмеження свободи пересування адвоката здійснюються лише на підставі рішення апеляційного суду, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя та виключно у зв'язку із кримінальними правопорушеннями, у вчиненні яких підозрюється адвокат; крім того, забороняється проникнення в житло або інше володіння адвоката, приміщення, в якому він здійснює адвокатську діяльність, проведення в них огляду, обшуку чи інших слідчих дій, а також проведення особистого обшуку адвоката, огляду, витребування чи вилучення речей та документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності, крім випадків, передбачених законом (п. п. 3 та 3–1 ч. 1 ст. 23) [4].

Погоджуючись із запропонованими новелами, слід зазначити, що вони потребують уточнення та доповнення, зокрема, щодо того, що будь-які заходи забезпечення кримінального провадження, оперативно-розшукові заходи та слідчі (розшукові) дії, в тому числі негласні, відносно адвоката, застосування до нього запобіжного заходу, затримання або будь-яке обмеження свободи пересування адвоката під час досудового розслідування кримінального правопорушення здійснюються лише на підставі ухвали судді Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційно-

го суду області, міст Києва чи Севастополя, який здійснює повноваження слідчого судді, постановленої за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва чи Севастополя та виключно у зв'язку із кримінальними правопорушеннями, у вчиненні яких підозрюється адвокат. Крім того, необхідно внести відповідні зміни і доповнення до відповідних положень КПК України і, зокрема, до глави 37 КПК України.

Оксана Цимбрівська, експерт Проекту Європейського Союзу «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні», слухно зазначила, що має бути запроваджено норми захисту від «несанкціонованого» обшуку, норми, які б обмежували органи слідства у вилученні під час обшуку житла чи іншого володіння адвоката, приміщень, де останній здійснює адвокатську діяльність лише тих майна та документів, які прямо відносяться до вчинення кримінального правопорушення в якому підозрюється адвокат [5].

Слушним є розширення у Законопроекті положення чинного Закону [1] щодо заборони втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом, зокрема, «забороняється збирання інформації в будь-якій формі та у будь-який спосіб щодо спілкування, листування, інших комунікацій (в тому числі з використанням засобів зв'язку) адвоката, помічника адвоката з клієнтом, а також втручання у такі комунікації. У випадку, якщо таке спілкування було зафіксовано, відповідні записи та інші форми фіксації такого спілкування повинні бути негайно знищені, а будь-яке їх використання є незаконним» (п. 9 ч. 1 ст. 23) [4].

Також слід підтримати позицію авторів Законопроекту щодо заборони втручання не тільки у правову позицію адвоката, а і спосіб ведення ним справи.

Для розширення гарантій адвокатської діяльності у кримінальному провадженні доцільним було б доповнити п. 13 ст. 23 Закону [1] наступним положенням що, повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення може бути

вручене адвокату виключно Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя в присутності представника Ради адвокатів регіону, крім випадків, передбачених частиною п'ятою цієї статті. Копія повідомлення адвокату про підозру у вчиненні кримінального правопорушення вручається (направляється) і представнику Ради адвокатів регіону.

Обшук чи огляд житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката проводиться за участю представника ради адвокатів регіону, крім випадків, передбачених законом. Службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію у розумні строки повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії для забезпечення участі її представника.

Крім того, при обговоренні законопроекту правниками підтримана пропозиція щодо обов'язкової присутності членів ради адвокатів регіону під час затримання адвоката, оголошення йому про підозру [5]. У таких випадках службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, для забезпечення участі представника ради адвокатів регіону повинна завчасно у розумні строки попередити його про відповідні процесуальні дії, йому як і адвокату повинні також вручати копію повідомлення про підозру адвоката. Крім того, члени ради адвокатів повинні брати активну участь в слідчих діях щодо адвоката, а не просто бути присутніми. Закон надає представнику ради адвокатів регіону право ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення певних процесуальних дій, що зазначаються у протоколі. Проте неявка представника ради адвокатів регіону за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону не перешкоджає проведенню відповідної процесуальної дії.

Представника ради адвокатів доцільно визнати учасником кримінального провадження з визначенням його процесуального статусу, що потребує закріплення на рівні КПК, адже, якщо таку норму не внести до кодексу, слідчі, прокурори посилятимуться на її відсутність у процесуальному законі та не будуть зважати на положення законодавства про адвокатську діяльність. «Нині адвокати можуть почути, що їх спеціальний закон прокурорам не указ» [5]. Слід зазначити, що за для уникнення зловживань слідчих чи прокурорів доцільно внести зазначені гарантії адвокатської діяльності і до КПК України. Особи винні у порушення професійних прав та гарантій адвокатської діяльності повинні нести відповідальність, встановлену законодавством України, незалежно від положень відповідних дисциплінарних статутів.

Слід наголосити, що держава повинна створювати належні умови для діяльності адвокатури та забезпечувати дотримання гарантій адвокатської діяльності (ч. 2 ст. 5 Закону) [1]. Зміни до нормативно-правових актів повинні вноситися комплексно. Так доцільно передбачити в Законі України «Про попереднє ув'язнення» [5], що адміністрація місць попереднього ув'язнення зобов'язана створити необхідні умови для належної роботи адвоката. З цього приводу слушною є думка адвоката Ганни Колесник, що в цьому питанні адвокати залишаються поза увагою [6].

Слід підтримати пропозицію Ярослава Зейкана щодо внесення до законопроекту та процесуальних кодексів положенням про право адвоката на вимогу дотримання прав та законних інтересів клієнта [6].

Слушними є також положення законопроекту про гарантування адвокату права на забезпечення безпеки під час здійснення адвокатської діяльності в порядку, встановленому законом; звернення зі скаргою (заявою) щодо поведінки судді, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність судді; страхування професійної відповідальності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17/page2>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 9–10. – Ст. 474.
3. Реформування кримінальної юстиції: погляд слідчих, прокурорів, адвокатів та суддів // Проект ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні». – К., 2015. – 112 с.
4. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Проект Закону України від 2016 р., підготовлений робочою групою Радою з питань судової реформи при Президенті України: http://uba.ua/documents/doc/Proekt_zmin.PDF.
5. *Гриньова К.* Гарантій нема. Одні обов'язки. В ААУ назвали слабкі місця нового закону про адвокатуру: слідчі дії, проблемний статус та оподаткування / К. Гриньова // Закон і бізнес. – 2016. – № 18 (1264): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/print/123382-pravniki_proanalizuvali_slabki_miscea_novogo_zakonu_pro_adv.html.
6. Про попереднє ув'язнення: Закон України від 30.06.1993 № 3352-XII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3352-12>.
7. Змагання за змагальність. Адвокати очікують від реформи реальних, а не формальних гарантій своєї діяльності // Закон і бізнес. – 2016. – № 14 (1260): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/122754-zmini_do_zakonu_pro_advokaturu_mayut_nesti_realni_a_ne_forma.html.

Kostyuchenko O. Expanding the scope of legislative guarantees of advocacy in criminal proceedings.

The paper includes analysis of proposals to expand the professional rights and duties of lawyers, guarantees of their professional activities, including in criminal proceedings, in the draft law «On amendments and additions to the Law of Ukraine» On the Bar and Advocate's Activity », prepared by a working group of the Council on Judicial Reform under the President of Ukraine. Favorable provisions of the bill is to expand rights lawyer: collect evidence by any means not prohibited by law; have identified access to public registers, including the Unified Register of pre-trial investigations, the automated workflow system Court; greater access to information by advocates; not prohibited by law to use technical means without any permission or court officials, including with the aim of procedural and other actions in which the lawyer is involved; have easy access to courthouses, law enforcement agencies, institutions for pre-trial detention and prison, public authorities at any time, if the premises is maintained or held its client; participate in any investigation or proceedings in which the client is involved or conducted regarding client. It is difficult to agree with the provisions of the draft law on the introduction of administrative liability of attorney for abuse for lawyer request and with the list of actions the lawyer that considered an abuse of that right.

Proposed that any measures to criminal proceedings, operational-search measures and investigative (detective) actions, including covert, relatively to lawyer, applying a preventive measure, detention or any restriction of freedom of movement counsel during the pretrial investigation of criminal offenses made only on the basis of judgments by the Court of Appeal ARC, regional Court of Appeal, Kyiv or Sevastopol, which exercises authority investigating judge, rendered at the request of the Prosecutor General of Ukraine, his deputies, the Prosecutor of the Autonomous Republic of Crimea, region, cities of Kyiv and Sevastopol in connection with criminal offenses which are suspected of having committed by lawyer. Also needs to make appropriate amendments to the relevant provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine and in particular to Chapter 37 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. Expressed proposal for mandatory presence of members of the Board of Advocates in the region during the detention of a lawyer, the announcement about suspect. Representative of Board of advocates advisable to recognize a member of the criminal proceedings with the definition of its procedural status that needs fixing at the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Keywords: *advocacy, lawyer, law, guarantees, defender, representative, criminal proceedings.*

Стаття надійшла до редакції журналу 27 квітня 2016 р.