

ПРАВОВА ПРИРОДА ГАРАНТІЙ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З КРИМІНАЛЬНИМ ПЕРЕСЛІДУВАННЯМ АДВОКАТА

LEGAL NATURE OF GUARANTEES RELATED WITH THE CRIMINAL PROSECUTION OF A LAWYER

Заборовський В.В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Ужгородського національного університету*

У статті досліджується правова природа гарантій, які вказують на наявність особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката. Аргументується необхідність їх існування як однієї з умов, що забезпечує можливість здійснення професійної діяльності адвоката на засадах абсолютної незалежності. Звертається увага на наявність неточностей та прогалів, а також фактичну відсутність належної процедури їх реалізації, що фактично унеможливило їх повноцінне застосування.

Ключові слова: адвокат, професійна правнича допомога, кримінальне переслідування адвоката, гарантії професійної діяльності адвоката, затримання адвоката.

В статье исследуется правовая природа гарантий, которые указывают на наличие особого порядка уголовного производства в отношении адвоката. Аргументируется необходимость их существования как одного из условий, что обеспечивает возможность осуществления профессиональной деятельности адвоката на основе абсолютной независимости. Обращается внимание на наличие неточностей и пробелов, а также на фактическое отсутствие надлежащей процедуры их реализации, что фактически делает невозможным их полноценное применение.

Ключевые слова: адвокат, профессиональная юридическая помощь, уголовное преследование адвоката, гарантии профессиональной деятельности адвоката, задержание адвоката.

In this paper, an analysis the legal nature of guarantees, which indicate the existence of a special order of criminal proceedings against a lawyer. The necessity of their existence is argued as one of the conditions that provides an opportunity for the professional activity of a lawyer on the basis of absolute independence. Attention is drawn to the presence of inaccuracies and gaps, as well as to the actual lack of proper procedure for their implementation, which in fact makes impossible their full application.

Key words: lawyer, professional legal assistance, criminal prosecution of a lawyer, guarantees the professional activities of a lawyer, detention of a lawyer.

Постановка проблеми. Професійна правнича (правова) допомога, яка надається адвокатами, є одним із системоутворюючих елементів механізму забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Водночас, покладаючи на адвоката обов'язок щодо надання вказаної допомоги, він має наділитися й відповідним комплексом, зокрема, гарантій професійної діяльності. Така необхідність зумовлена, насамперед, тим, що адвокатська діяльність нерідко «протистоїть інтересам» працівників суду та правоохоронних органів, а отже, й вона потребує забезпечення належних умов її реалізації. Актуальність теми дослідження проявляється в тому, що на законодавчому рівні закріплюється певне коло гарантій, які пов'язані з кримінальним переслідуванням адвоката, зокрема, що стосуються захисту його від незаконного та необґрунтованого повідомлення про підозру, затримання, застосування запобіжних заходів та проведення щодо нього оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій. Проте відсутність належного механізму реалізації багатьох із них фактично перетворює їх на декларативні, що й зумовило необхідність комплексного дослідження правової природи гарантій, які свідчать про наявність особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката.

Стан опрацювання. Проблема визначення сутності професійних гарантій адвоката, зокрема

й тих, які пов'язані з кримінальним переслідуванням адвоката, була предметом досліджень ряду науковців. Серед вчених, які досліджували окремі аспекти цієї проблеми, доцільно виокремити праці Р.В. Афанасієва, Т.В. Варфоломєєвої, А.Б. Войнарович, Т.Г. Дабіжі, О.В. Добровляніна, А.В. Іванова, М.М. Погорецького, С.Л. Савицької, О.М. Скрябіна та інших. Разом із тим чималою залишається кількість дискусійних питань у цій сфері.

Метою статті є розкриття питання щодо правової природи професійних гарантій, що пов'язані з кримінальним переслідуванням адвоката. Основними завданнями автор ставить перед собою: розкрити погляди науковців, а також нормативне регулювання гарантій адвокатської діяльності, які вказують на наявність особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката; на підставі проведеного дослідження з'ясувати наявні прогалини і недоліки їх практичної реалізації та можливі способи їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Предметом наших попередніх наукових досліджень були питання, що пов'язані як із загальними положеннями визначення сутності гарантій здійснення адвокатської діяльності [1, с. 477–486], так й ті, що стосуються проблеми реалізації окремих видів таких гарантій [2–5]. Значна кількість вказаних гарантій безпосередньо стосується можливих випадків кримінального переслідування

адвоката та передбачена ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [6]:

– проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя (п. 3);

– орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону (п. 12);

– повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя (п. 13).

Деякі з цих гарантій отримали своє відтворення й в КПК України, а саме в Гл. 37 (Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб). Так, відповідно до ст. 480 КПК України, особливий порядок кримінального провадження застосовується, в тому числі й щодо адвоката. Письмове повідомлення про підозру, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 481 цього Кодексу щодо адвоката здійснюється Генеральним прокурором України, його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень. Крім цього, п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України передбачає, що про застосування запобіжного заходу, ухвалення вироку щодо адвокатів повідомляються відповідні органи адвокатського самоврядування.

Наявність такого особливого порядку кримінального провадження стосовно адвоката дає змогу погодитися з позицією О. Іванова про наявність в адвоката кримінально-процесуального імунітету, який він розглядає як «важливий правовий інститут, що виступає гарантією захисту від необґрунтованого притягнення до відповідальності, застосування заходів примусового характеру до спеціальних суб'єктів кримінального судочинства» [7, с. 10], до яких належить й адвокат.

Варто зазначити, що в юридичній літературі наявний погляд, за яким «порядок притягнення адвокатів до кримінальної відповідальності за скоєні злочини має бути звичайним, не спеціальним» [8, с. 21]. Така позиція переважно обґрунтовується як необхідністю дотримання принципу рівності всіх перед законом і судом, так і можливістю створення перепон в притягненні адвокатів до відповідальності. Ми не поділяємо такої позиції, оскільки вважаємо, що наявність особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката, жодним чином не створює перешкод щодо притягнення його до відповідальності та «не створює обставини безкарності за неправомірні дії» [9, с. 15]. На нашу думку, такий порядок спрямований, зокрема на створення додаткових гарантій захисту адвоката від незаконного та необґрунтованого повідомлення йому про підозру, затримання, застосування запобіжних заходів та проведення

щодо нього оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій. Метою такого порядку є створення належних умов для здійснення адвокатом своєї професійної діяльності, яка нерідко «протистоїть інтересам» працівників суду та правоохоронних органів.

На жаль, особливий порядок кримінального провадження щодо адвоката не позбавлений недоліку. Зокрема, такий недолік, як твердять науковці [10, с. 58; 11, с. 859; 12, с. 284], проявляється в незгодженості в термінах між п. 3 ч. 1 ст. 23 вищевказаного Закону та Главою 21 КПК України. Так, у Законі мова йде про оперативно-розшукові чи слідчі дії, тоді як Кодекс оперує терміном «негласні слідчі (розшукові) дії». Враховуючи ч. 3 ст. 9 КПК України (закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу), вважаємо за необхідне положення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а саме п. 3 ч. 1 ст. 23 узгодити з нормами КПК України. Слушним у цьому випадку є й зауваження А.Б. Войнарович [13, с. 127], яка вказує на певну непослідовність українського законодавця, який ані в Главі 37 КПК України, ані в інших його нормах не вказує на наявність додаткових гарантій адвоката, які передбачені у вищезгаданому п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону.

Однією із вищевказаних кримінально-процесуальних гарантій, які покликані забезпечити особливий порядок кримінального провадження стосовно адвоката є та, за якою повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором України, його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень. Ця гарантія була наявна й в попередньому Законі України «Про адвокатуру» [14], де мова йшла про порушення кримінальної справи стосовно (ч. 5 ст. 10 Закону). Заслугує на увагу твердження С.Л. Савицької: «Дотримання особливого порядку порушення кримінальної справи щодо адвоката вимагається незалежно від того, чи пов'язаний злочин із його адвокатською діяльністю» [15, с. 54]. Ми розділяємо таку позицію авторки, оскільки в нормах, що регулюють порядок повідомлення про підозру адвокату вчиненні кримінального правопорушення не передбачено жодних винятків, зокрема щодо кримінального провадження у формі приватного обвинувачення.

Варто наголосити й на тому, що в п. 4 ч. 1 ст. 61 попереднього КПК України [16] передбачалося положення, за яким захисником не могла бути особа, щодо якої порушено кримінальну справу. Таке положення було розкритиковане Резолюцією 1466(2005) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною» від 5 жовтня 2005 р. [17], в п. 13.12 якої вказувалося на необхідність скасувати положення законодавства, що дають прокуратурі змогу заборонити адвокату представляти своїх клієнтів у разі порушення проти адвоката кримінальної справи, як такі, що є несумісними зі стандартами Ради Європи. На суперечність такої норми КПК України, положенням Закону про

адвокатуру вказували й Т.В. Вароломєєва й С.В. Гончаренко: «Оскільки свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю видається на здійснення всіх видів цієї діяльності (ст. 5) і може бути анульоване щодо усіх, а не одного виду діяльності, у разі засудження адвоката за вчинення злочину – після набрання вироком законної сили» [18, с. 91]. Тож позитивним є положення ст. 78 чинного КПК України, де серед підстав для відводу захисника, представника відсутня така підстава, як порушення кримінальної справи щодо адвоката (оголошення йому підозри). Але варто врахувати, що, за п. 6 ч. 1 ст. 32 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», право на зайняття адвокатською діяльністю припиняється шляхом анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду стосовно адвоката за вчинення тяжкого, особливо тяжкого злочину, а також злочину середньої тяжкості, за який призначено покарання у виді позбавлення волі. У разі засудження адвоката за вчинення інших злочинів, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 31 Закону, право на зайняття адвокатською діяльністю зупиняється. При цьому, за п. 2 ч. 2 ст. 78 КПК України, особа не має права брати участь у кримінальному провадженні як захисник або представник також у випадках зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Тобто відвід адвоката в кримінальному провадженні за чинним КПК України вже пов'язаний не з оголошенням адвокату підозри про вчинення злочину, а з набранням законної сили обвинувальним вироком суду стосовно адвоката.

Як ми уже зазначали, відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону. Водночас у п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України йдеться про необхідність такого повідомлення, але вже щодо застосування запобіжного заходу та ухвалення вироку щодо адвоката. Тобто наявна певна неузгодженість між положеннями Закону та Кодексу.

Що стосується випадку затримання адвоката, то дії ради адвокатів регіону частково врегульовуються положеннями Порядку дій із питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів [19]. Зокрема зазначається, що такі ради у разі отримання від правоохоронних органів повідомлення щодо затримання адвоката (незалежно від адреси його робочого місця, зазначеного в Єдиному реєстрі адвокатів України) зобов'язуються вжити усіх передбачених Законом заходів, спрямованих на забезпечення гарантій адвокатської діяльності та захисту прав адвоката, а також забезпечити обов'язкову присутність представника ради адвокатів регіону під час проведення окремих слідчих дій чи застосування будь-яких заходів кримінального провадження стосовно адвоката. Крім цього, зазначається, що про кожен випадок порушення гарантованих законом прав адвоката рада

адвокатів регіону інформує Національну асоціацію адвокатів України та Комітет по захисту прав та гарантій адвокатської діяльності.

Вказане правове регулювання, яке стосується особливостей затримання адвоката, піддається критиці в юридичній літературі. Так, Р.В. Афанасієв вказує, що повідомлення ради адвокатів регіону про затримання адвоката фактично має декларативний характер, оскільки має «здійснюватися вже після затримання, при цьому законодавством не регламентуються наслідки, які настають у разі невчинення такого повідомлення» [20, с. 153]. Він вказує на необхідність існування норм про завчасне запрошення представника ради адвокатів регіону, з метою його присутності при затриманні адвоката, крім випадку невідкладного затримання під час вчинення злочину чи відразу після його вчинення (лише в такому разі є актуальним повідомлення відповідної ради адвокатів регіону про затримання адвоката після його проведення). З таких же позицій виходить й О.М. Скрябін, який, крім цього, вказує, що у випадках затримання на підставі постанови слідчого судді, суду є доцільним «покладення обов'язку в постанові суду завчасно запросити представника ради адвокатів регіону для виконання такого рішення» [21, с. 95]. Також слушною є й позиція цих науковців про необхідність такого завчасного повідомлення ради адвокатів регіону й щодо випадків застосування до адвоката запобіжних заходів. Враховуючи при цьому, положення ч. 2 ст. 184 КПК України (копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання), вважаємо за можливе здійснювати й завчасне повідомлення ради адвокатів регіону про розгляд клопотання про вжиття запобіжних заходів щодо адвоката.

Враховуючи вказане, а також те, що на практиці, на жаль, непоодинокими є випадки порушення прав адвокатів при їх затриманні чи вжитті щодо них запобіжних заходів (зокрема, на такі порушення вказуються в Звіті про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013–2016 рр.) [22] та аналітичній довідці «Про стан дотримання гарантій адвокатської діяльності в Україні» [23]), вважаємо за необхідне підвищити рівень гарантування професійної діяльності адвоката, зокрема шляхом встановлення необхідності завчасного повідомлення відповідних рад адвокатів регіону, з метою забезпечення їх присутності під час проведення таких процесуальних дій.

Предметом наших досліджень були також й інші гарантії, пов'язані з кримінальним переслідуванням адвоката. Насамперед розкривається сутність професійних гарантій адвоката як під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого його володіння, приміщень, де він здійснює професійну діяльність [1, с. 510–522], так і тих, що свідчать про наявність адвокатського індемнітету [2].

Висновки. Проведене дослідження, з одного боку, вказує на позитивність існування гарантій, які свідчать

про наявність особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката (свого роду кримінально-процесуального імунітету), а з іншого – наявність суттєвих неточностей та прогалин, а також фактична відсутність належної процедури їх реалізації жодним чином

не сприяють належному та однаковому застосуванню законодавства щодо дотримання гарантій, які пов'язані з кримінальним переслідуванням адвоката, що є суттєвою перепорою в здійсненні його професійної діяльності на засадах абсолютної незалежності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Заборовський В.В. Правовий статус адвоката в умовах становлення незалежної адвокатури України [монографія] / В.В. Заборовський. – Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – 900 с.
2. Заборовський В.В. Індемнітет адвоката як одна з основних гарантій адвокатської діяльності / В.В. Заборовський, С.Б. Булеца, В.В. Манзюк // Порівняльно-аналітичне право. – 2016. – № 4. – С. 287–291. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pap.in.ua/4_2016/86.pdf.
3. Заборовський В.В. Проблеми правового захисту адвокатської таємниці та шляхи їх вдосконалення / В.В. Заборовський, К.В. Гечка // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 1 – С. 296–298. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pap.in.ua/1_2014/Zaborovskyi,_Hechka.pdf.
4. Заборовський В.В. Гарантії безпеки як одні з основних у забезпеченні професійної діяльності адвоката / В.В. Заборовський // Priority a strategie pre rozvoj právnej vedy vo svete vedy: zborník príspevkov z Medzinárodná vedecko-praktická konferencia (Sládkovičovo (Slovak Republic), 28–29 októbra 2016). – Sládkovičovo: Vysoká škola Danubius, 2016. – P. 192–195.
5. Заборовський В.В. Свідоцький імунітет адвоката / В.В. Заборовський // Порівняльно-аналітичне право. – 2017. – № 3. – С. 237–240. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pap.in.ua/3_2017/72.pdf.
6. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076–VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 62. – Ст. 17.
7. Иванов А.В. Некоторые проблемы производства по уголовным делам в отношении адвокатов / А.В. Иванов // Адвокат. – 2014. – № 9. – С. 10–17.
8. Добровлянина О.В. Особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / О.В. Добровлянина. – Екатеринбург, 2010. – 26 с.
9. Дабижа Т.Г. Особенности процедуры привлечения адвоката к ответственности / Т.Г. Дабижа // Адвокат. – 2012. – № 9. – С. 11–19.
10. Савицька С.Л. Деякі кримінально-процесуальні гарантії діяльності адвоката / С.Л. Савицька // Закон и жизнь. – 2013. – № 3. – С. 55–58.
11. Скрябин А.Н. Гарантии адвокатской деятельности в соответствии с законом Украины «Про адвокатуру и адвокатскую деятельность» / А.Н. Скрябин // Молодий вчений. – 2015. – № 2(6). – С. 858–861.
12. Погорєцький М.М. Гарантії забезпечення додержання адвокатської таємниці у кримінальному провадженні / М.М. Погорєцький // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2014. – № 3(72). – С. 282–287.
13. Войнарович А.Б. Особливості проведення окремих процесуальних дій відносно адвоката у кримінальному провадженні як гарантії адвокатської діяльності / А.Б. Войнарович // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – 2014. – Вип. 36. – Т. 2. – С. 126–130.
14. Про адвокатуру: Закон України від 19 грудня 1992 р. № 2887–XII (втратив чинність) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 62.
15. Савицька С.Л. Порушення кримінальної справи щодо адвоката / С.Л. Савицька // Судова апеляція. – 2011. – № 4. – С. 52–58.
16. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. № 1001–05 (втратив чинність) // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
17. Про виконання обов'язків та зобов'язань: Резолюція 1466 (2005) Парламентської Асамблеї Ради Європи від 5 жовтня 2005 р. Україною [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_611.
18. Варфоломеева Т.В. Научно-практический комментарий до Закона Украины «Про адвокатуру». Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність: зб. норм. актів / Т.В. Варфоломеева, С.В. Гончаренко. – Київ: Юрінком Інтер, 2003. – 432 с.
19. Порядок дій із питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів [Електронний ресурс], затверджений рішенням Ради адвокатів України від 27 липня 2013 року № 183. – Режим доступу: <http://web1.unba.org.ua/akti/>.
20. Афанасієв Р.В. Проблеми правового регулювання окремих гарантій адвокатської діяльності / Р.В. Афанасієв // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – 2014. – Вип. 24. – Т. 4. – С. 151–155.
21. Скрябин А. Уголовно-процесуальные гарантии адвокатской деятельности / А. Скрябин // Legea si viata. – 2015. – № 2. – С. 93–97.
22. Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013–2016 рр.), затверджений рішенням Ради адвокатів України від 26 лютого 2016 р. № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/news/publikacii/buklet-zvit-porushennya.pdf>.
23. Про стан дотримання гарантій адвокатської діяльності в Україні: аналітична довідка, підготовлена Комітетом захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ. – 2017. – 19 с. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://unba.org.ua/assets/uploads/e698546cb94f12eaff62_file.pdf.