

РОЗДІЛ 10 СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.965.9

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

PROBLEMS OF LEGAL REGULATION SOME WARRANTIES OF ADVOCATE ACTIVITY

Афанасієв Р.В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та банківського права
ДВНЗ «Українська академія банківської справи
Національного банку країни»,
адвокат, член Ради адвокатів України*

Статтю присвячено проблемам правового регулювання гарантій адвокатської діяльності. Зокрема, щодо особливостей забезпечення участі представника ради адвокатів регіону під час проведення окремих процесуальних дій щодо адвоката. Також щодо реалізації засад обмеженого процесуального доступу до приміщення, речей і документів адвоката.

Ключові слова: адвокат, гарантії, забезпечення, правове регулювання.

Статья посвящена проблемам правового регулирования гарантий адвокатской деятельности. В частности, об особенностях обеспечения участия представителя совета адвокатов региона при проведении отдельных процессуальных действий в отношении адвоката. Также относительно реализации принципов ограниченного процессуального доступа в помещение, к вещам и документам адвоката.

Ключевые слова: адвокат, гарантии, обеспечение, правовое регулирование.

Article is devoted to problems of legal regulation some warranties of advocate activity. In particular, ensure the participation of a representative the Regional Council of Lawyers during the proceedings concerning the lawyer. When implementing the principles of limited access to the premises, belongings and documents a lawyer.

Key words: attorney, guarantees, ensure, legal regulation.

Постановка проблеми. У сучасних умовах стрімкого реформування законодавства України окремі його інститути потрапляють до сфери юридичної невизначеності, що створює проблеми теоретичного і практичного значення. Однією зі сфер такої юридичної неузгодженості залишається проблема послідовного запровадження в законодавстві гарантій адвокатської діяльності та їх практичної реалізації. Прийняття таких спеціальних нормативно-правових актів, як нового Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК) та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», здавалося б, мало вирішити окреслену проблему. Проте через неузгодженість окремих положень цих законів проблеми декларативності гарантій та недосконалісті процесуального механізму їх реалізації набувають нової актуальності. Викликом сьогодення є прояви масових порушень прав адвоката не лише як захисника у кримінальному процесі, але і правових гарантій його діяльності як представника професії зі спеціальним статусом. Такий статус викликаний призначенням адвокатури щодо виконання захисних та представницьких функцій, настановами зі збереження адвокатської таємниці, необхідністю протистояти проявам корупції, бюрократії, правового нігілізму, які проявляються в різних галузях суспіль-

ного життя. Тому нагальним є посилення функціонального впливу держави на всі негативні процеси у країні, пов'язані з реальними порушеннями гарантій адвокатської діяльності, зміцнення контрольно-наглядової функції у сфері забезпечення законності. За таких умов підвищується значення закріплених у ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» гарантій адвокатської діяльності, проте форми та засоби їх реалізації потребують нормативного узгодження і додаткової наукової аргументації.

Стан дослідження. Питанням дослідження проблематики адвокатської діяльності, зокрема гарантій такої діяльності, присвячено значну кількість наукових праць, серед яких слід відмітити публікації таких авторів, як Я. Аврах, К. Апраксін, О. Бойкова, М. Барщевський, Т. Варфоломєєва, Д. Ватман, Г. Гінзбург, В. Гольдінер, С. Гордон, Ю. Грошевий, М. Дженіс, В. Єлізарова, А. Жалінський, Н. Коен, А. Козьмініх, С. Логінова, І. Марочкін, О. Михайленко, М. Михеєнко, В. Молдован, В. Натрускін, І. Петрухін, У. Померанц, П. Рабінович, О. Святоцький, А. Фат'янов, П. Хотенець, Н. Черкасова, М. Штефан, О. Яновська та ін.

Не вирішені раніше частини проблеми. Комплексний аналіз наукових праць дозволяє констатувати значний науковий інтерес до проблем адвокатури

та гарантій адвокатської діяльності. Проте проблематика реалізації гарантій адвокатської діяльності у світлі реформування інституту адвокатури України залишається малодослідженою. Зокрема, потребують додаткового аналізу проблеми у сфері правового регулювання функціонування механізму заборони доступу до документів, пов'язаних зі здійсненням адвокатської діяльності, забезпечення присутності представника ради адвокатів регіону, наслідки порушення зазначених та інших гарантій.

Метою цієї статті є формулювання наукових положень і розробка рекомендацій щодо правового регулювання реалізації окремих гарантій адвокатської діяльності, зокрема щодо особливостей забезпечення участі представника ради адвокатів регіону під час проведення окремих процесуальних дій щодо адвоката, реалізації засад обмеженого процесуального доступу до приміщення, речей і документів адвоката у складі механізму гарантування адвокатської діяльності в Україні в сучасних умовах.

Виклад основного матеріалу. З метою забезпечення реалізації закріплених прав і свобод людини і громадянина Конституція України (далі КУ) встановлює відповідні правові гарантії. Зокрема, в ч. 1 ст. 59 КУ закріплено право кожного на правову допомогу. Право на правову допомогу – це гарантована КУ можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги. Держава в особі відповідних органів визначає певне коло суб'єктів надання правової допомоги та їх повноваження. До таких суб'єктів також відноситься адвокатура України як спеціально уповноважений недержавний професійний правовий інститут, однією із функцій якого є захист особи від обвинувачення та надання правової допомоги під час вирішення справ у судах та інших державних органах [4].

Схоже визначення міститься у ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якою адвокатура України – це недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом.

У сучасних умовах реформування системи правозастосовних органів державою проголошено мету посилення ролі адвокатури. Адвокатура є засобом, який сприяє зміцненню законності в державі, утвердженню принципів демократизації і гуманізації правосуддя. Вона є обов'язковим елементом системи суспільного устрою. Захищаючи права й законні інтереси громадян та юридичних осіб, адвокатура виконує функції державного значення, забезпечує публічні інтереси, залишаючись при цьому недержавною інституцією.

Отже, виходячи із суспільного призначення інституту адвокатури, ця діяльність має бути не лише незалежною, але й усебічно забезпеченою комплексом необхідних правових та організаційних гарантій як із боку громадянського суспільства, так і з боку держави.

У загальному розумінні «забезпечувати» означає гарантувати щось, створювати надійні умови для здійснення чого-небудь, охороняти, захищати щонебудь [1, с. 281].

Адвокатська діяльність має бути гарантованою від протиправного впливу та свавільного втручання як із боку державних інститутів, окремих посадових та службових осіб, так і з боку пересічних громадян. Гарантувати – давати гарантію (умови, що забезпечують) у чому-небудь (від чогось), захищати [3]. Призначенням такого гарантування адвокатської діяльності є впровадження позитивних умов реалізації функцій адвокатури, зокрема щодо реальності здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту, а також забезпечення стану захищеності адвоката від впливу об'єктивних і суб'єктивних негативних чинників у процесі його професійної діяльності.

Термін «позитивні умови» в загальнотеоретичному значенні варто розуміти як необхідні обставини, які уможливають здійснення, створення, утворення чого-небудь або сприяють чомусь; як особливості реальної дійсності, за яких відбувається або здійснюється щонебудь; як правила, що існують або встановлені в тій чи іншій галузі життя, діяльності, які забезпечують нормальну роботу чого-небудь; як сукупність даних, положення, що лежать в основі чого-небудь [1, с. 1295].

Тож наголосимо, що умови належного здійснення адвокатської діяльності потрібно розглядати як сукупність позитивних обставин і положень, створених у процесі державного регулятивного впливу, які лежать в основі такого здійснення та сприяють їй уможливають його. Очевидно, що такі позитивні умови мають імперативно створюватися державою. Саме держава бере на себе певні зобов'язання упорядкування, створення сприятливих умов та безпосереднього здійснення механізму забезпечення адвокатської діяльності. Зокрема, згідно зі ст. 5 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності.

Відтак кожний адвокат, окремі групи адвокатів, об'єднання, органи адвокатського самоврядування та інші зацікавлені особи мають право вимагати від держави, яку представляють відповідні органи й інститути, створення дієвої системи гарантій адвокатської діяльності та її практичного впровадження. Серед гарантій адвокатської діяльності важливе значення мають економіко-правові, соціально-правові, кримінально-правові, адміністративно-правові, кримінально-процесуальні та інші гарантії.

Недостатність та недоліки реалізації такого гарантування породжують низку практичних проблем і порушень, зокрема, таких як протиправний вплив на адвоката, порушення щодо нього кримінального переслідування, протиправний доступ до адвокатської таємниці та її розкриття, усунення адвоката від захисту та представництва клієнта тощо. Вони завдають значної шкоди не лише інтересам адвоката та

його клієнта в окремій справі, але й системі правосуддя в цілому, відтак – суспільству і державі.

Варто зауважити, що система й механізм забезпечення адвокатської діяльності в сучасних умовах поки що перебувають на стадії розроблення, гарантування ж її, на жаль, залишається на невисокому рівні. В об'єктивному аспекті державою вже створено основи правового регулювання процесу забезпечення адвокатської діяльності. Значним кроком у цьому напрямку стало прийняття 5 липня 2012 року Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», у ст. 23 якого закладені правові підвалини гарантування адвокатської діяльності. Проте відсутність досконалої деталізації цих гарантій у спеціальному галузевому законодавстві та прогалини впровадження кримінально-процесуальних гарантій у новому КПК України створюють підґрунтя для юридичної невизначеності у практичній реалізації окремих важливих гарантій.

Наприклад, видається цікавою гарантія, передбачена ч. 1 п. 12 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (дублюється у ст. 483 КПК України), яка передбачає, що орган або посадова особа, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону. Фактично, необхідність вчинення такого повідомлення носить декларативний характер, оскільки воно має здійснюватися вже після затримання, при цьому законодавством не регламентуються наслідки неповідомлення. Крім того, саме повідомлення, згідно із конструкцією названої статті, не можна розглядати повноцінною гарантією адвокатської діяльності, оскільки воно має вчинятися постфактум вже після проведеного затримання чи застосування запобіжного заходу.

Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» функції щодо створення сприятливих умов для здійснення адвокатської діяльності, забезпечення незалежності адвокатів, дотримання гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів та захисту від втручання у здійснення адвокатської діяльності покладаються на органи адвокатського самоврядування, зокрема на Раду адвокатів України і раду адвокатів регіону (ст. 2, 44, 48, 55). Вважаємо, що представники ради адвокатів регіону мають брати участь у проведенні окремих процесуальних дій з адвокатом та під час застосування до нього засобів примусу саме задля забезпечення передбачених гарантій та умов адвокатської діяльності, тобто захисту спеціальних прав, які походять від особливого статусу адвоката, а не лише забезпечувати дотримання вимог щодо адвокатської таємниці. Остання теза, передбачена ч. 3 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», має бути розширена до забезпечення всього комплексу гарантій адвокатської діяльності.

Очевидно, що участь представника ради адвокатів у кримінально-процесуальних заходах не є виконання ним функцій захисника в розумінні ст. 24 КПК України. Отже, представники ради адвокатів

регіону під час захисту адвоката не наділені статусом захисника згідно із положеннями КПК України та мають зводити свою діяльність виключно до контролю та нагляду за дотриманням прав і гарантій адвоката, передбачених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», не втручаючись у лінію його захисту. Адвокат, щодо якого проводяться ті чи інші кримінально-процесуальні заходи, має весь комплекс прав на захист, передбачений нормами КПК України, та на надання йому правової допомоги професійним адвокатом як захисником у кримінальному процесі.

Задля забезпечення реальної ефективності значеної вище гарантії, передбаченої ч. 1 п. 12 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», потрібно створити умови, за яких рада адвокатів регіону матиме змогу дієвого впливу через присутність свого представника під час процесу такого затримання чи застосування запобіжного заходу, про що має дізнаватися завчасно. Таке правило, наприклад, уведено щодо співробітника кадрового складу розвідувального органу України (ст. 191 КПК України).

Тож необхідним є доповнення положень КПК України, які регламентують дії уповноважених службових осіб під час затримання та застосування запобіжного заходу (ст. 191, 194, 196, 213, 483 КПК України), нормами про необхідність завчасного запрошення представника ради адвокатів регіону бути присутнім під час затримання адвоката чи застосування до нього запобіжного заходу, окрім випадку невідкладного затримання під час учинення злочину чи відразу після його вчинення. Лише в останньому випадку є актуальною норма про необхідність негайного повідомлення про затримання до відповідної ради адвокатів регіону відразу після його проведення. У випадках затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду доцільним є покладення обов'язку в ухвалі суду завчасно запросити представника ради адвокатів регіону на виконавця такої ухвали. Внесення таких змін до названих положень КПК видається необхідним. Це саме стосується і застосування запобіжного заходу щодо адвоката. З огляду на зазначене, підлягає також зміні чинне формулювання вказаної гарантії, передбачене ч. 1 п. 12 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Потребують окремого аналізу гарантії адвокатської діяльності, передбачені ч. 2 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Зокрема, під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону. Для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, завчасно повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії.

Для адекватного застосування цього положення потребують чіткого визначення такі категорії, як

житло, інше володіння адвоката та приміщення, де він здійснює адвокатську діяльність.

Визначення житла та іншого володіння особи надається у ст. 233 КПК України, де під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення. Під іншим володінням особи розуміються транспортний засіб, земельна ділянка, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи.

Приміщенням, де адвокат здійснює адвокатську діяльність, слід вважати місцезнаходження організаційної форми адвокатської діяльності. Також цим приміщенням може бути адреса фактичного місця здійснення адвокатської діяльності, якщо вона є відмінною від місцезнаходження обраної адвокатом організаційної форми адвокатської діяльності. Ці приміщення за кожним адвокатом фіксуються в Єдиному реєстрі адвокатів України. Законом не заборонено адвокату мати декілька приміщень здійснення адвокатської діяльності, адреси яких доцільно вносити до даних Єдиного реєстру задля поширення на них статусу адвокатських гарантій.

Теоретичну невизначеність носить обов'язок завчасного повідомлення ради, який призводить до проблем практичної реалізації цієї норми. Ні Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ні КПК України не містять чіткого визначення цієї категорії. Із системного аналізу законодавства категорію «завчасного повідомлення» слід співвідносити з такими категоріями, як «процесуальні строки» (ст. 113 КПК України), «розумні строки» (ст. 28 КПК України) та «вимоги про достатність часу» (ч. 2 ст. 11 КПК України). Отже, раду адвокатів регіону слід вважати повідомленою завчасно за умови, якщо таке повідомлення надійшло у строки, що є об'єктивно необхідними і дають достатньо часу для з'явлення представника ради адвокатів регіону без невиправданої затримки, в межах граничного строку, який не може бути меншим ніж за добу до призначеного часу. Внесення такого формулювання до законодавства упорядкує зазначені правовідносини. Обов'язок здійснювати таке повідомлення має покладатися законодавством на прокурора, слідчого, слідчого суддю чи суд.

Раніше окреслювалася проблема відсутності належного впровадження окремих гарантій адвокатської діяльності до КПК України. Ця теза повною мірою стосується гарантії, яка аналізується. Ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що особливості проведення окремих слідчих дій та заходів забезпечення кримінального провадження щодо адвоката визначаються її ч. 2. Однак у самому КПК України регламентація зазначених особливостей відсутня.

Під час прямого застосування норм КПК України і звуженого тлумачення його положень окремі поса-

дові особи, користуючись окресленими прогалинами та недоліками законодавства, отримують практичну можливість обходити ці гарантії адвокатської діяльності.

Отже, важливо навести системний аналіз окремих положень КПК України, з огляду на які, гарантії адвокатської діяльності, передбачені наразі лише нормами Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підлягають обов'язковому застосуванню під час провадження окремих кримінально-процесуальних заходів. Так, ч. 2 ст. 1 КПК України відносить до кримінально-процесуального законодавства окрім КПК також інші закони України. Згідно із принципом законності, під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи зобов'язані неухильно дотримуватися вимог актів законодавства України (ст. 9 КПК України). Ст. 2 КПК України передбачає застосування до кожного учасника кримінального провадження належної правової процедури, тобто гарантій, передбачених чинним законодавством [2, с. 12-17]. Відповідно до вимог ст. 480 КПК України до адвокатів застосовується особливий порядок кримінального провадження. Як зазначалося, особливості проведення окремих слідчих дій та заходів забезпечення кримінального провадження щодо адвоката визначено ч. 2 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Разом із тим, пріоритетним напрямком удосконалення законодавства слід вважати внесення відповідних змін та доповнень до КПК України, в нормах якого необхідно закріпити ті гарантії адвокатської діяльності, які передбачені законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та стосуються участі адвоката у кримінальному провадженні. Зокрема, у ст. 191, 194, 196, 213, 483 КПК України потрібно передбачити обов'язок відповідальних службових осіб під час здійснення затримання або застосування запобіжного заходу до адвоката завчасно запрошувати представника ради адвокатів регіону для присутності. Норми КПК України, які регламентують порядок проведення обшуку (ст. 234, 235, 236), обшуку під час затримання (ст. 191, 208), огляду (ст. 237), тимчасового доступу до речей і документів (глава 15) в адвоката слід доповнити положеннями про обов'язок відповідальних службовців здійснювати завчасне повідомлення про ці заходи раді адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії задля забезпечення участі представника, а також увести до закону дефініцію поняття «завчасне повідомлення».

Вимагає окремої уваги дослідження правових наслідків порушення проаналізованих гарантій адвокатської діяльності з боку слідчих, прокурорських та судових органів в умовах сучасного стану їх правової регламентації. Постає доцільним виділення кримінально-процесуальних та кримінальних наслідків.

Наслідки кримінально-процесуального характеру повинні призводити до визнання незаконними процесуальних дій затримання, застосування запобіжних заходів, обшуку, огляду, тимчасового досту-

пу до речей і документів адвоката та недопустимості доказів, отриманих унаслідок їхнього проведення. Докази мають отримуватися в передбаченому законодавством порядку (ст. 84 КПК України). Отже, всі докази, отримані за порушення гарантій адвокатської діяльності, мають визнаватися недопустимими, відповідно до вимог ст. 86, 87 КПК України, як отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод. Задля однозначного застосування такого наслідку доречно доповнити перелік діянь, за яких суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини й основоположних свобод, передбачений ст. 87 КПК України, здійсненням процесуальних дій із порушенням гарантій адвокатської діяльності.

Ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» закріплено право представника ради адвокатів регіону під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення, які заносяться до протоколу. Ст. 103, 104, 107 КПК України передбачають фіксування кримінального провадження у протоколі та за допомогою технічних засобів. Отже, всі запитання, зауваження та заперечення представника ради адвокатів регіону фіксуються зазначеним чином і мають подальше доказове значення у кримінальному провадженні.

Група наслідків кримінального характеру передбачає застосування кримінальної відповідальності

до службових осіб, які допустили порушення гарантій адвокатської діяльності у своїй роботі. Така відповідальність передбачена ст. 397 КК України («Втручання в діяльність захисника чи представника особи»), ст. 364 КК України («Зловживання владою або службовим становищем»), ст. 367 КК України («Службова недбалість»).

З огляду на останню тезу, вважаємо доречним рекомендувати Радою адвокатів України радам адвокатів регіонів реагувати на кожен випадок порушення гарантій адвокатської діяльності шляхом направлення подання про це до керівництва органу, посадова особа якого допустила порушення, до прокуратури, а у випадках істотного порушення – шляхом звернення до компетентного органу з вимогою про внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє констатувати проблеми правового механізму реалізації гарантій адвокатської діяльності, вирішення яких полягає в активізації застосування системи діючих положень законодавства та нагальному внесенні змін і доповнень до норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і КПК України. Усі гарантії адвокатської діяльності, які торкаються кримінального провадження, потребують обов'язкової правової регламентації в КПК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел]. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1179 с.
2. Городовенко В.В. Належна правова процедура як загальноновизнаний стандарт функціонування судової влади / В.В. Городовенко // Адвокат. – 2012. – № 5 (140). – С. 12–17.
3. Лінгво онлайн. Тлумачний онлайн-словник сучасної української мови // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lingvo.ua/uk/Interpret/uk-ru>.
4. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 року № 1-17/2000 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.