

УДК 343.12 **О.В. Капліна**, канд. юрид. наук,
А.Р. Туманянц, канд. юрид. наук
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ПРОБЛЕМА СТВОРЕННЯ НАЛЕЖНОГО ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Одним з важливих індикаторів демократичності суспільства, його цивілізованості є створення в країні належних правових механізмів забезпечення захисту прав та свобод людини, оскільки дійсно правова держава не може бути реалізована поза принципом зв'язаності правами й свободами людини і громадянина, який повинен пронизувати всю її політико-правову надбудову. Неодмінним чинником системи правового захисту особи, її прав і свобод у будь-якій сучасній цивілізованій демократичній державі є адвокатура, яка становить собою спеціалізовану інституцію для здійснення цієї гуманної місії.

Широке міжнародне визнання важливої ролі цього інституту знайшло своє закріплення на світовому рівні в "Основних положеннях про роль адвокатів", прийнятих Восьмим Конгресом ООН по запобіганню злочинам, що відбувся у серпні 1990 р. в Нью-Йорку [3, с. 181-187]. Гарантії діяльності адвокатів, їх обов'язки й повноваження, окреслені в цьому документі, служать еталоном для всіх національних систем адвокатури, забезпечують їх відповідальність світовим стандартам, міжнародному рівню організації й діяльності цього важливого інституту захисту прав і свобод громадян.

Ратифікувавши Європейську конвенцію про захист прав та основоположних свобод людини, Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити кожному, чії права порушені, ефективні засоби правового захисту (ст. 13). Усвідомлюючи той факт, що побудова правової держави неможлива без забезпечення повноцінного й безперешкодного функціонування в Україні такого всесвітньо визнаного демократичного інституту, яким є адвокатура, й ту головну соціальну місію, яку вона покликана здійснювати, Конституція України закріпила, що надання правової допомоги, забезпечення права на захист від обвинувачення покладається саме на адвокатуру (ст. 59).

Важливого значення при цьому набуває належне законодавче супроводження відносин, пов'язаних з адвокатською діяльністю. Слід відмітити, що за останні роки в Україні на розгляд юридичної спільноти пропонувалося декілька законопроектів, які були спрямовані на те, щоб законодавчо врегулювати діяльність по наданню на професійних засадах особами, які одержали статус адвоката, кваліфікованої правової допомоги фізичним і юридичним особам з метою захисту їх прав, свобод і законних інтересів, а також при вирішенні справ у судах, інших державних органах і для забезпечення права на захист від обвинувачення зі с. 9.

Кожний законопроект містив у собі як позитивні сторони, так і норми, що заслуговували на їх оспорування або додаткову аргументацію. Крім того, проблеми створення належного законодавчого забезпечення функціонування адвокатури були постійно в центрі уваги багатьох учених в Україні: Т.В. Варфоломеєвої, Ю.М. Грошевого, О.Л. Жуковської, Я.П. Зейкана, В.В. Леоненка, С.М. Логінової, І.Є. Марочкіна, В.В. Медведчука, М.М. Михеєнка, О.О. Ніколаєва, В.Т. Нора, Н.В. Сібільової, О.Д. Святоцького, С.С. Сливки, Н.М. Таварткіладзе, П.В. Хотенця, Н.І. Чворткіна, О.Г. Шило, О.Г. Яновської та ін.

Метою цієї статті є аналіз деяких положень останнього проекту Закону "Про адвокатську діяльність" від 3 травня 2007 р., № 2677, який відповідно до ст. 93 Конституції України, ст. 12 Закону України "Про статус народного депутата України" [2; 1993. – № 3. – Ст. 17] та ст. 84 Регламенту Верховної Ради України в порядку законодавчої ініціативи внесено до Верховної Ради України й представлено для обговорення науковців і практичних працівників. Безумовною позитивною якістю названого законопроекту, що заслуговує на підтримку та схвалення, є положення, що захист осіб у кримінальному судочинстві здійснюється лише адвокатом. Реалізація конституційної функції захисту особи від обвинувачення, характер виконуваної захисником діяльності зумовлюють необхідність допуску до кримінального процесу висококваліфікованих фахівців, які володіють широкими професійними знаннями й навичками практичної роботи, дотримуються правил професійної етики.

Звернення до історії адвокатури показує, що вільною професією вона була лише на нижчих ступенях юридичного розвитку суспільства. "Подібне явище ми спостерігаємо у всіх некультурних і напівкультурних державах, у найдревніші епохи історії цивілізованих народів, у дореформеній Росії..." [1, с. 41; див. також: 3, с. 5; 9, с. 471]. По суті, кожен громадянин, що мав ораторські здібності й бажання, міг надавати своїм співгромадянам деяку посильну юридичну допомогу. Однак держави з розвинутою правовою системою ніколи не допускали абсолютної свободи доступу до адвокатської професії. І це цілком зрозуміло, адже фундаментальна місія адвокатури – захист прав людини, тому довірити її захисникові “з вулиці” – значить скомпрометувати цей прогресивний і гуманний інститут публічного права.

Відповідальне ставлення адвоката до виконання своїх кримінально-процесуальних обов'язків зумовлено високим соціальним призначенням адвокатури. Кримінальне судочинство – це високоорганізована діяльність, здійснювана в інтересах особи й держави. Його принципи об'єктивно передбачають дотримання в роботі адвоката вимог кримінально-процесуальної дисципліни. Чим активніша участь адвоката в кримінальному судочинстві й вища його професійна дисципліна, тим глибше, повніше й послідовніше реалізовує він свої завдання.

Сьогоднішній захисник-адвокат – це високопрофесійний фахівець. Усвідомленням цього факту пронизано й підхід законодавців різних держав, що допускають до здійснення захисту в кримінальній справі високоосвічених професіоналів, які одержали спеціальну освіту й прийняли присягу. У деяких правових системах для адвокатів передбачено також віковий ценз, подання медичного свідоцтва про стан здоров'я, тривалі попередні строки стажування [Див.: 5, ч. 2, ст. 44; 6, ч. 2, ст. 49; 7, § 158]. Розглядаючи наявність відповідних систем юридичної допомоги в державі як найважливішу гарантію, що забезпечує право доступу до правосуддя, Європейське співтовариство в Резолюції (78) 8 Комітету Міністрів про юридичну допомогу й консультації від 2 березня 1978 р. прямо вказало, що юридична допомога завжди повинна здійснюватися особою, яка має право практикувати як адвокат відповідно до юридичних норм цієї держави.

Особливого значення набуває участь у справі кваліфікованого фахівця як захисника з огляду на принцип змагальності, тенденція до розширення якого особливо спостерігається останнім часом. Закон ставить високі вимоги до професійних суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності (прокурора, судді), що, на наш погляд, передбачає такий же вимогливий підхід і до рівня професійної підготовки захисника. Крім того, закріплений нині в законодавстві апеляційний і касаційний порядок перегляду вироків є досить складним і вимагає від захисника дійсно високої професійної підготовки. Кожна нова справа ставить перед адвокатом нові проблеми й нові завдання. Він є повноцінним учасником змагального процесу, і цей статус вимагає від нього максимальної віддачі, високого рівня кваліфікації, оволодіння складною тактикою проведення захисту, творчого підходу до своєї професійної діяльності.

Однак в законопроекті існує положення, що викликають зауваження. По-перше, це стосується назви документа. Ознайомлення з текстом проекту дозволяє зробити висновок, що предметом його регламентації виступають відносини, які виникають у сфері організації такого недержавного професійного інституту, яким є адвокатура, і які пов'язані зі встановленням її завдань, принципів організації і діяльності, з питаннями набуття статусу адвоката, визначення його професійних прав та обов'язків, гарантій їх реалізації. Нормативне ж регулювання процесуальних прав та обов'язків адвоката при виконанні його функцій у проведенні дізнання, досудового слідства чи в стадії судового розгляду виходить за межі предмета регламентування цього Закону, не відповідає його призначенню.

У законопроекті також не вирішено питання про можливість здійснення в Україні адвокатської діяльності адвокатом іноземної держави. На нашу думку, він має право надавати правову допомогу на території України з питань права відповідної іноземної держави. Винятком повинні бути випадки надання таким адвокатом правової допомоги на території України з питань, пов'язаних з державною таємницею останньої. Адвокат іноземної держави повинен бути включений до спеціального Національного реєстру адвокатів України (НРАУ) й отримати право на надання правової допомоги на території України з моменту реєстрації. При здійсненні ним своїх професійних

обов'язків на нього має поширюватися дія національного законодавства й Правила адвокатської етики.

Привід для серйозних роздумів дає ч. 4 ст. 2 законопроекту, зі змісту якої можна зробити висновок, що представництво й захист в судах України прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб пропонується здійснювати лише адвокатами. Закріплення такого положення, по суті, зробить монополізованою діяльність по захисту прав юридичних і фізичних осіб у судах, створить перешкоду для участі в судах представників юридичних осіб, які не є адвокатами, поставить перед проблемою, пов'язаною з необхідністю запрошення для здійснення їх представництва виключно адвоката. Такий підхід докорінно змінить уже звичний для правозастосовчої практики процесуальний порядок представництва в суді (ст. 38 ЦПК України, ст. 28 ГПК України, ст. 52 КПК України), зламає теоретичні підходи, що вже склалися, до інституту представництва, призведе до порушення положень ст. 59 Конституції України про те, що кожен вільний у виборі захисника своїх прав. Крім того, слід згадати й про матеріальну сторону запропонованого нововведення.

Остаточне вирішення розглядуваного питання потребує ретельного осмислення, додаткового обговорення народними обранцями, перш ніж знайде своє закріплення у статті закону.

Справедливе нарікання викликає й редакція п. 3 ч. 1 ст. 3 цього законопроекту, в якому категорично забороняється вимагати від адвоката пред'явлення договору про надання правової допомоги. Згідно зі ст. 11 Закону України "Про державну податкову службу" органи цієї служби в межах своєї компетенції й у порядку, встановленому законами України, вправі перевіряти первинні документи, пов'язані зі сплатою й нарахуванням податків[2; 1991. – № 6. – Ст. 37]. Оскільки порядок оплати праці адвоката за ст. 25 законопроекту визначається в договорі про надання правової допомоги, цей документ і є підтвердженням його доходів. Це також повинно знайти своє відбиття в майбутньому законі.

З нашого погляду, розробникам законопроекту слід звернути увагу й на ч. 4 ст. 3 "Гарантії здійснення адвокатської діяльності", у якій відмічається, що адвокат не несе відповідальності за свої висловлювання під час судового процесу, якщо вони не містять образи чи наклепу. Це положення значно звужує перелік можливих

правопорушень адвоката в процесі судового розгляду справи, за які він може бути притягнутий до відповідальності. Словосполучення "висловлювання під час судового процесу" може поширювально тлумачитися суддями й особами, які беруть участь у судовому засіданні. Тому пропонуємо викласти цю норму в наступній редакції: *"Адвокат не несе відповідальності за ту позицію, яку він займає й обстоює під час судового процесу в інтересах клієнта, а також за заяви, що стосуються справи, зроблені в письмовій або усній формі при сумлінному виконанні свого обов'язку, за винятком випадків, установлених законодавством України"*. Така побудова статті, вважаємо, відповідає вже згадуваним "Основним положенням про роль адвокатів" (п. 7) і дозволить притягти адвоката до відповідальності у випадках, чітко й однозначно закріплених у законі, які не містять оцінних понять і можуть тлумачитися по-різному судом та особами, які відстоюють полярні інтереси.

Крім того, до гарантій адвокатської діяльності, перелік яких не повинен бути вичерпним, на нашу думку, слід віднести: а) забезпечення рівних прав адвоката з усіма іншими учасниками судового процесу; б) проведення оперативно-розшукових заходів щодо адвоката лише за постановою голови апеляційного суду; в) проведення обшуку адвоката або приміщення, що використовується для здійснення адвокатської діяльності, виключно за постановою голови апеляційного суду; г) установлення спеціальної підслідності кримінальних справ щодо адвокатів.

Неможливо погодитися і з редакцією п. 1 ст. 29 законопроекту, де закріплено право адвоката збирати й надавати докази у справах, у яких він надає правову допомогу. До визнання відомостей, предметів, документів доказами в порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законом, вони не мають такого статусу. Із цього приводу відомий фахівець у галузі криміналістики і кримінального процесу С.А. Шейфер відмічав, що "визнати пред'явлений об'єкт доказом, увести його в справу, тобто включити в систему вже зібраних доказів – виключна прерогатива органу розслідування, прокурора й суду. Прийняття рішення про прилучення предмета чи документа до справи, по суті, становить собою акт закріплення доказу, що завершує момент збирання (формування) доказів. Доки такого рішення не

прийнято, доказу не існує. Він ще "не зібраний", не сформульований" [10, с. 45, 46]. Якщо закон надасть захисникові право збирати докази, це призведе до порушення прав інших учасників кримінального процесу й деформації принципів змагальності й рівності прав громадян перед законом і судом.

Ураховуючи викладене, пропонуємо п.1 ч.1 ст.29 законопроекту викласти в наступній редакції: *"...збирати й подавати предмети й документи, які можуть бути визнані доказами по кримінальній справі, у порядку, визначеному процесуальним законодавством"*.

На особливу увагу заслуговує також п. 10 ч. 2 ст. 29 розглядуваного законопроекту, що передбачає можливість адвоката опитувати осіб, яким відомі обставини, що мають значення для справи, правову допомогу в якій він надає, і фіксувати результати опитування. Це право адвоката може стати корисним для забезпечення змагальності процесу. Але для цього потрібно врегулювати процесуальний порядок проведення й фіксації результатів опитування, визначити коло справ (цивільних, адміністративних, кримінальних, господарських), по яких допускається реалізація цього права. Між тим законопроект і запропоновані в ньому зміни до чинних законів залишають неврегульованими низку питань, як-то: чи можуть бути опитані інші учасники процесу; чим може гарантуватися достовірність отриманої інформації тощо. У дійсності ж опитування стає лише свого роду сурогатом показань свідків, причому недоброякісним, тому що ця дія не має тих гарантій достовірності, які властиві таким свідченням. Щоб отримані захисником при опитуванні факти стали доказом, слідчому або суду належить особисто допитати особу з дотриманням усіх правил цієї слідчій дії, передбачених КПК України.

Окрему низку проблемних питань породжує й доповнення КПК ст. 128², згідно з якою пропонується обов'язкова присутність представника органу адвокатського самоврядування при проведенні слідчих дій щодо адвоката. По-перше, не є зрозумілими процесуальний статус такого представника й функція, яку він покликаний виконувати. Адже такий представник не є учасником кримінального процесу. Відповідних змін до КПК України з приводу регламентації його процесуального становища не передбачено. Отже, неврегульованими залишаються багато питань, зокрема: яким чином представник органу

адвокатського самоврядування буде допускатися до участі в проведенні процесуальних дій; якими є його права й обов'язки, повноваження, відповідальність та ін. До того ж адвокат є достатньо обізнаною у сфері права особою, щоб обійтися без присутності представника органу адвокатського самоврядування при проведенні щодо нього слідчих дій.

У цій статті ми торкнулися тільки деяких проблем, пов'язаних з аналізом положень запропонованого на розгляд науковців і практичних працівників проекту закону України "Про адвокатську діяльність". Звернення до них обумовлено прагненням створити належний комплекс законодавчої бази, яка регулюватиме функціонування цього демократичного інституту, оскільки надійний захист прав людини – вищий критерій оцінки діяльності всіх інституцій держави, що становлять систему правоохоронних і правозахисних органів. Як вбачається, при прийнятті того чи іншого законопроекту народним обранцям слід враховувати: а) рівень юридичної техніки законопроекту (його логічну структуру, єдність термінології, системність, послідовність та узгодженість положень); б) здатність законопроекту без внутрішніх колізій імплементувати найбільш прогресивні положення інших законопроектів, а також уніфікувати весь масив законодавства про адвокатуру; в) кількість положень в законопроекті, що є найбільш прийнятними і пріоритетними для врегулювання діяльності адвокатури в Україні відповідно до всесвітніх стандартів.

Список літератури: 1. Васьковський Е.В. Организация адвокатуры // Адвокат в уголовном процессе: Учеб. пособ. – М.: Новый Юрист, 1997. – 544 с. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Святоцький О.Д., Михеско М.М. Адвокатура України. – К.: Ін Юре, 1997. – 224 с. 4. Сучасні системи адвокатури / За ред. О.Д. Святоцького. – К.: Право України, 1993. 5. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Беларусь. – СПб: Юрид. центр Пресс, 2001. – 600 с. 6. Уголовно-процесуальный кодекс Российской Федерации. Офиц. текст. – М.: ИКФ Омега – Л, 2002. – 258 с. 7. Уголовно-процесуальный кодекс ФРГ. – М.: Манускрипт, 1994. – 204 с. 8. Филимонов Б.А. Защитник в Германском уголовном процессе. – М.: Изд-во СПАРК, 1997. 9. Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. – СПб.: АЛЬФА, 1996. – 552 с. 10. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти: Право, 1998. – 125 с.

Надійшла до редакції 04.05.2007 р.