

# Потрібно забезпечити реалізацію масштабної функції правничої допомоги, виконання якої покладається на адвокатуру



ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ ВИКЛИКАВ ЧИМАЛО ДИСКУСІЙ У ПРОФЕСІЙНОМУ АДВОКАТСЬКОМУ СЕРЕДОВИЩІ. МИ ВИРІШИЛИ ВІДКИНУТИ СКЛАДОВУ ІДЕЙНИХ «НЕПОГОДЖЕНЦІВ» ТА ЗАЛИШИТИ СУТО КОНСТРУКТИВ (ЯК ПОЗИТИВНИЙ, ТАК І НЕГАТИВНИЙ).

**Володимир ТЕРТИШНИК**, Д.Ю.Н., ПРОФЕСОР, ПРОФЕСОР УНІВЕРСИТЕТУ МИТНОЇ СПРАВИ ТА ФІНАНСІВ, РОЗПОВІВ, ЧИ НАСПРАВДІ МАЙБУТНІЙ ЗАКОН ЗМОЖЕ РОЗШИРИТИ ПРАВА АДВОКАТІВ ТА ПОКРАЩИТИ СИТУАЦІЮ В АДВОКАТУРІ



– Пане Володимире, причіпки нового законопроекту про адвокатуру стверджують, що його редакція розширює права адвокатів, що є таким актуальним і необхідним сьогодні. На Вашу думку, чи відповідає це дійсності?

– Право по суті є алгеброю правосуддя, а правнича діяльність адвоката стає складною пізнавальною, доказовою, аналітичною, консультативною, правозастосовною і правозахисною справою. Розширювати права адвоката, безперечно, потрібно (до того ж давно потрібно). Особливої актуальності це питання набуває в умовах реалізації принципу змагальності сторін в судових провадженнях, обраного курсу на євроінтеграцію та гармонізацію вітчизняного права з міжнародними правовими актами, активного використання правових позицій та прецедентної практики

ЄСПЛ у сфері правосуддя. Необхідно на законодавчому рівні забезпечити реалізацію масштабної функції правничої допомоги, виконання якої покладається на адвокатуру. Адже сьогодні у нас ситуація така, як то кажуть, що без хорошого адвоката будь-яке правове поле буде мінним.

– Які особливо позитивні норми Ви могли б відзначити в цьому законопроекті?

По-перше, ст. 20 Законопроекту пропонується надати адвокату не просто «ознайомлюватися з документами» юридичних осіб (крім тих, що містять інформацію, яка не підлягає розкриттю), але й «знімати з них копії», а також не просто «збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази», а «збирати докази будь-якими не забороненими законом засобами».

По-друге, в законопроекті передбачено нове суттєве право адвоката «мати ідентифікований доступ до державних реєстрів, у тому числі Єдиного реєстру судових розслідувань» (крім реєстрів, що містять інформацію, яка є державною таємницею).

По-третє, нарешті в законопроекті прозвучала фраза (хоча якось невпевнено) про право адвоката «залучати спеціалістів, експертів з питань, що потребують спеціальних знань, отримувати та подавати до суду, інших органів їх висновки».

Забезпечити здійснення доказової діяльності адвоката – це головне, що потрібно зробити законодавцю. Проте в реальності, наприклад, кримінального судочинства, навіть ці гарно задекларовані приписи закону не можуть отримати ефективного застосування для виконання адвокатських функцій.

– Що ж заважає?

– Коли адвокат, виконуючи загальну функцію правничої допомоги, «включається» у кримінальний процес, він може виконувати там різні функції (наприклад, функцію захисника підозрюваного чи представника цивільного відповідача). Таким чином, він отримує вже суто кримінально-процесуальний статус (наприклад, статус захисника). Тут і відбуваються певні перверзії.

Інститут захисту в кримінальному процесі не отримав належного юридичного визначення. Регламентації діяльності захисника в чинному КПК України приділено зовсім мало уваги, а норми Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не просто суперечать, а навіть дещо конкурують з нормами КПК України та міжнародними правовими актами, вони не позбавлені юридичних фікцій



і колізій, що надто ускладнює виконання функцій захисту.

**– Які наслідки такого явища?**

– Спробуємо розглянути цей штучно створений трикутник суперечностей з позиції логіки та правил тлумачення правових норм. В сучасному кримінальному процесі адвокат може брати участь у кримінальному провадженні у трьох різних статусах:

- як захисник підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) (ст. 45 КПК України), а також особи, щодо якої застосовується інститут реабілітації в кримінальному провадженні;

- як представник потерпілого (ст. 58 КПК України) цивільного позивача, цивільного відповідача, третьої особи (ст. 63 КПК України) та як представник особи, щодо майна якої розглядається питання про арешт (ст. 64-2 КПК України);

- як юридичний помічник (консультант) свідка (ст. 66 КПК України) – правничий повірений.

У Кримінальному процесуальному кодексі жодна з окреслених компетенцій адвоката в кримінально-процесуальному праві не отримала належного системного юридичного визначення. До того ж при їх регламентації норми КПК України фактично «ставлять хрест» на тих «гарних» правах адвоката, які визначені в проекті закону про адвокатуру.

Зокрема, щодо захисника КПК України застосовує унікальну формулу «захисник користується правами особи, яку захищає». Стосовно надання правничої допомоги свідку цей закон передбачив «нуль» прав такому «правничому повіреному свідка».

**– Чи не достатньо для цього прав, передбачених для адвоката?**

– Надання свідку права скористатися допомогою адвоката не вирішує проблеми. Адвокат є представником правничої інституції – адвокатури. Він лише є потенцій-

ним учасником процесу. Стати повноцінним учасником можна після отримання певного процесуального статусу (наприклад, для захисту підозрюваного адвокат отримує статус захисника, для надання правничої допомоги потерпілому – статус представника). Для надання правничої допомоги свідку не потрібно жодного процесуального статусу, адвокат залишається просто адвокатом. Виникає питання про те, якими правами він буде користуватися, а також чи допустимо тут використовувати вже застосовану формулу законодавства «особа, яка надає правничу допомогу, користується правами тієї особи, допомогу якій надає»? Законодавець не надав відповіді ці питання, залишаючи їх на сумління правозастосовної практики та юридичної науки. Розробники КПК України дуже заплутали все, що тільки можна було заплутати, та зробили все можливе, щоб нівелювати будь-яке розширення прав адвоката.

Адвокат у судовому процесі стає певним учасником і користується наданими для цієї процесуальної фігури правами. Чи може він скористатися правами, наданими йому першочергово як адвокату. В цивільному судочинстві – так! У кримінальному процесі – хотілося як краще, а вийшло як завжди! Тобто тут суцільна проблема.

Наділяючи захисника правами осіб, яких він захищає, новий КПК України не лише не надав захиснику широких прав і механізмів збирати докази, але й у своїх ускладнених для логічного розуміння конструкціях заплутав ідею паралельного адвокатського розслідування та застосування законодавства про адвокатську діяльність.

Варто зауважити, що КПК України у традиціях тоталітарного суспільства та майстерності штучного створення юридичних фікцій встановив приписи, якими фактично унеможливив захиснику-адвокату скористатися правами, визначеними у ст. 20 Закону (в тому числі й нового проекту) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»

По-перше, у ч. 3 ст. 9 КПК України зазначено: «Закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повин-

ні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу».

По-друге, ст. 1 КПК України містить припис, що «порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України».

По-третє, згідно з ч. 1 ст. 84 КПК України, «доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку...» (саме цим, і без альтернатив).

По-четверте, відповідно до ч. 8 ст. 95 КПК України, «сторони кримінального провадження, потерпілий мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів».

По-п'яте, у ст. 86 КПК України зазначено: «Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний у процесі прийняття процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд під час ухвалення судового рішення».

Таким чином, доказами у кримінальному процесі може бути лише те, що здобуто в передбаченому КПК порядку. Все інше, як вважають розробники КПК України, є матеріалами невідомого статусу.

Однак такої проблеми не виникає у процесі надання адвокатом правничої допомоги в цивільному судочинстві. Адже там щодо допустимості доказів визначений більш простий концепт: «Суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом» (ст. 59 ЦПК України).

Ст. 8 ЦПК України слушно визначає засаду законності більш толерантно щодо системи права, закріплюючи припис такого змісту: «Суд вирішує справи відповідно до Конституції України, законів України та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Суд застосовує інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України».

**– Отже, це недолік проекту? Які тут можливі варіанти розв'язання проблеми?**

– Це недоліки системності та інтегративної законотворчої діяльності загалом. Було б корисно під час прийняття нового законопроекту внести системні зміни та доповнення до КПК України.

Вочевидь, у чинному КПК України здійснення штучна формалізація доказового права та інституції захисту, яка суперечить об'єктивним законам пізнання, логіки та природного права, здатна перетворити судовий процес у нескінченну тяганину, за якою важко буде побачити піклування про долю людини. Кримінально-процесуальне законодавство та законодавство про адвокатуру і адвокатську діяльність потребують гармонізації та суттєвого вдосконалення.

**– Які дії необхідно вчинити в цьому аспекті?**

– Необхідно розробити та юридично визначити в КПК України інститут доказової діяльності захисника і правничого повіреного – інститут незалежного правозахисного розслідування.

Потрібно в КПК України відмовитися від логіки концепції, за якої «захисник користується правами особи, яку захищає», а представник – «правами особи, яку представляє», що не знайшла продовження щодо надання правничої допомоги свідку, особі, яка з'явилася з повинною, та іншим учасникам процесу. Відповідно, існує потреба за аналогією до статусу захисника чи представника чітко визначити саме процесуальний статус фахівця, який надаватиме правничу допомогу іншим учасникам процесу. Також необхідно у КПК України в окремих нормах системно та окремо сформулювати права «захисника», «представника», «правничого повіреного».

Загалом, адвокат, який розпочинає виконання будь-якої з передбачених КПК України функцій правничої допомоги, повинен не лише отримувати певний, чітко визначений законом процесуальний статус, але й додатково отримувати права, необхідні для здійснення своєї місії. Наприклад, негайно бути повідомленим про те, в якому процесуальному статусі перебуває особа,



## Прочитати. Усвідомити. Використати

Актуальні варіанти оформлення передплати:

- зателефонувати до редакції за вказаними телефонними номерами
- заповнити online-заявку на сайті [www.yur-gazeta.com/esubscription](http://www.yur-gazeta.com/esubscription)
- надіслати електронного листа на адресу [info@yur-gazeta.com](mailto:info@yur-gazeta.com)

ТЕЛЕФОН/ФАКС:

(044) 364-83-85





Володимир ТЕРЗИШНИК, д.ю.н., професор, професор Університету митної справи та фінансів

яка потребує правничої допомоги; надавати особі, якій надається правничої допомога, консультацію з юридичних питань в обсязі та формах, як вона того потребує (в тому числі конфіденційно), в межах часу, що не обмежує прав інших осіб; подавати скарги на рішення, дії, бездіяльність детектива, слідчого, прокурора, що стосуються інтересів особи, якій надається правничої допомога, тощо.

**– В аспекті системності законодавчості, чи зміцняться гарантії адвокатської діяльності з прийняттям нового законопроекту «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»?**

– Адвокатська діяльність потребує не лише максимальної незалежності адвоката від різних гілок влади, але й використання будь-яких владних повноважень на користь захисту. Це важливий принцип міжнародних правових актів. Таким чином, необхідно вилучити можливість здійснення адвокатської діяльності будь-якими представниками виконавчої та законодавчої влади. Зокрема, потрібно виключити рудиментарне право здійснювати адвокатську діяльність депутатами місцевих рад.

Водночас, позитивно оцінюючи новели законопроекту в цьому аспекті, за красивим фасадом декларативних ідей і концептів, що реа-

лізуються в законодавстві, можна побачити деякі тенденції посягання на принцип незалежності адвоката і створення механізмів керування адвокатськими інституціями. Це стосується не лише ускладнення процедури отримання адвокатського посвідчення...

## Забезпечити здійснення доказової діяльності адвоката – це головне, що потрібно зробити законодавцю

**– Що Ви маєте на увазі?**

– Наприклад, для чого обмежувати стаж практичної діяльності перебуванням лише на трьох посадах. Залежно від профілю майбутньої роботи, часто найкращий досвід адвокат отримує працюючи на посадах слідчого, юрисконсульта та навіть податківця. Також проблема незалежності адвоката є в багатьох, на перший погляд, дрібницях (від зобов'язання сплачувати внески, незалежно від отриманого прибутку, а також обов'язково «підвищувати кваліфікацію та отримувати відпо-

відні сертифікати», до встановлення системи відповідальності та навіть покарання адвокатів за окремі проступки).

Наприклад, згідно зі ст. 36 Проекту Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», зупинення права на заняття адвокатською

діяльністю може відбуватися у разі накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю, а останнє може застосовуватися у разі «повторного протягом року вчинення дисциплінарного проступку».

Зміст, термінологія і стиль законодавчих приписів в окремих моментах не витримує критики. Наприклад, накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді припинення права на здійснення адвокатської діяльності, згідно зі

ст. 37 Проекту Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», може застосовуватися виключно у разі «систематичного порушення Правил адвокатської етики та/або норм цього Закону, що підриває авторитет адвокатури та адвокатської професії». Мені це нагадує далеке минуле, коли за подібними формулюваннями виключали молоді з комсомолу чи з піонерів...

Відчуйте різницю, дивлячись на цю «дрібницю». Всі ці дрібниці складаються в таку цілісну систему, за якої мотивації працювати адвокатом ставатиме все менше і менше, а кількості адвокатів може бути недостатньою для забезпечення ефективної правничої допомоги. При цьому незначні привілеї, встановлені для іноземних адвокатів, наряд чи стануть поштовхом для їх напливу в Україну, а скоріше призведуть до того, що українські правники намагатимуться за кордоном отримати свідоцтво адвоката і зареєструвати свою фірму, а працюватимуть на території України (як це вже частково спостерігається не лише в адвокатів, але й у програмістів та інших фахівців).

**– Тож є ризики?..**

– Як би за такими реформами адвокати не отримали власну бюрократію, мало чим відмінну від колишніх партійних функціонерів. Правничої допомоги та захисту у кримінальному процесі можуть набрати більшої результативності у процесі вирішення більш стратегічного завдання – забезпечення якості законів.

Перманентна правова реформа з частими змінами правових процедур без наявних підстав для зміни їх суті та без виваженої правничої доктрини не дає нічого хорошого суспільству, а скоріше породжує правовий нігілізм та юридичний колапс.

Мене лякає працездатність сьогоднішнього Парламенту, який перетворює Україну в абсолютного лідера за кількістю зареєстрованих законопроектів. Наприклад, якщо парламентарі Швейцарії в середньому ініціюють 6 законопроектів на рік, а Великобританії – 66 проектів, то український Парламент протягом троху більше ніж 3-х років зареєстрував 6217 законодавчих ініціатив. Як-то кажуть: «Далі усіх піде той, хто не знає куди йти».

Можливо, вже пора створити департамент законодавчої роботи для розробки законопроектів, а до законодавчих ініціатив допускати лише тих парламентарів, які аналогічно до системи допуску юристів до адвокатської діяльності щонайменше склали іспит (ЗНО) на право заняття законотворчою діяльністю. Може хтось у це і не повірить, але за таких умов стало б краще.

Інтерв'ю підготував  
**Єгор ЖЕЛТУХІН**, головний редактор  
«Юридичної Газети»