



## ДЕЯКІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА

С. САВИЦЬКА,

здобувач кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ, адвокат

### SUMMARY

In the article on the basis of analysis of current legislation the separate debatable questions of providing of activity of advocate are examined in a criminal trial. Coming from the modern understanding of problem, changes are offered in the criminal judicial code of Ukraine.

**Keywords:** security, lawyer, attorney secrets, interrogation, investigation (investigative) actions, tacit investigation (investigative) actions.

\*\*\*

У статті на основі аналізу чинного законодавства розглядаються окремі дискусійні питання забезпечення діяльності адвоката у кримінальному судочинстві. Виходячи із сучасного розуміння проблеми запропоновано зміни та доповнення до кримінального процесуального кодексу України.

**Ключові слова:** гарантії; адвокат; адвокатська таємниця; допит; слідчі (розшукові) дії; негласні слідчі (розшукові) дії.

\*\*\*

В статье на основе анализа действующего законодательства рассматриваются отдельные дискуссионные вопросы обеспечения деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве. Исходя из современного понимания проблемы, предложены изменения в уголовный процессуальный кодекс Украины.

**Ключевые слова:** гарантии; адвокат; адвокатская тайна; допрос; следственные (розыскные) действия; негласные следственные (розыскные) действия.

*Постановка проблеми. Згідно зі ст. 59 Конституції України адвокатура діє для забезпечення права на захист від обвинувачення і для надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах. Права адвоката як захисника підозрюваного, обвинуваченого, представника потерпілого, цивільного позивача та відповідача, особи, яка надає правову допомогу свідку забезпечують певні гарантії адвокатської діяльності, які закріплені у цілій низці законодавчих актів.*

Гарантії діяльності адвокатів передбачені Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятими 8 Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. В них, зокрема, йдеться про обов'язок забезпечити адвокату здійснення його професійних прав щодо своєчасного ознайомлення з інформацією, документами, матеріалами справи, додержувати конфіденційності консультацій та комунікацій адвоката з клієнтом; п. 17 Основних положень встановлює, що там, де безпека адвокатів перебуває під загрозою у зв'язку з виконанням професійних обов'язків, вони мають бути адекватно захищені державою.

Про певні гарантії діяльності адвоката йдеться й у рішеннях Європейського суду з прав людини. Для України є досить болючим питання щодо того, чи можуть органи досудового розслідування, і якщо так, то за яких обставин, обшукати офіс

адвоката; чи не порушуватиме це Європейську Конвенцію про захист прав людини і основних свобод, яка є частиною національного законодавства. Відповідь на це питання міститься у рішенні Європейського суду з прав людини у справі Німець проти Німеччини, у якому вказано, що обшук в офісі адвоката, результатом якого стало ознайомлення третіх осіб (крім самого адвоката та його клієнта) з адвокатським провадженням та іншими професійними відомостями, не тільки порушує ст. 8 Конвенції, але й створює загрозу для реалізації принципів справедливого суду, включаючи право на захист.

Отже, існує нагальна потреба у дослідженні окремих кримінально-процесуальних гарантій, що забезпечують ефективне виконання адвокатом функцій захисту, представництва та надання іншої правової допомоги.

**Стан дослідження.** Вагомий

внесок у розроблення проблематики кримінально-процесуальних гарантій діяльності адвоката зробили такі науковці, як Т. В. Варфоломеева, В. Г. Гончаренко, І. Ю. Гловацький, Ю. М. Грошевий, А. Я. Дубинський, С. М. Логінова, Є. Д. Лук'янчиков, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, А. М. Погорєцький, Л. Д. Удалова, С. М. Стахівський, М. Є. Шумило, В. М. Хабібулін, О. Г. Яновська та ін.

Однак дослідження даного питання проводилися ще під час дії Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року та Закону України від 19 грудня 1992 року «Про адвокатуру», які втратили чинність. Сьогодні кримінально-процесуальне законодавство зазнало значних, як на наш погляд, прогресивних змін, в частині правової регламентації діяльності адвоката у кримінальному провадженні, що певною мірою відповідає європейським стандартам кримінального судочинства. Разом із тим ряд окремих питань не отримали глибокої теоретичної розробки, вони потребують подальшого вивчення. А деякі з них – якнайшвидшого законодавчого вирішення та закріплення у новому кримінальному процесуальному законодавстві.

**Мета даної статті** полягає у дослідженні теоретичних положень, що розкривають механізм забезпечення кримінально-процесуальної



діяльності адвоката та внесенні пропозицій з подальшого вдосконалення кримінального процесуального законодавства України і практики його застосування.

**Виклад основних положень.** З 20 листопада 2012 року набрав чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК), у главі 37 якого йдеться про застосування особливого порядку кримінального провадження стосовно адвоката [1]. Одночасно з набранням чинності цим Кодексом введена в дію ст. 23 Закону України від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) [2]. У даній статті визначені гарантії адвокатської діяльності, більшість із яких стосуються кримінального провадження. Метою цієї статті є розгляд деяких із цих гарантій.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону забороняється вимагати від адвоката, його помічника, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, що є адвокатською таємницею. З цих питань зазначені особи не можуть бути допитані, крім випадків, якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила цих осіб від обов'язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом.

Отже, за загальним правилом адвокат та інші визані особи не можуть бути допитані щодо відомостей, які є адвокатською таємницею. Предмет такої таємниці визначений у ч. 1 ст. 22 Закону. Це будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час

здійснення адвокатської діяльності.

Разом з тим якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила адвоката, помічника адвоката, стажиста адвоката, особу, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, від обов'язку зберігати таємницю, вони можуть бути допитані. Зі змісту ч. 2 ст. 22 Закону випливає, що таке звільнення здійснюється за письмовою заявою клієнта.

Про заборону допиту адвоката йдеться і у КПК. У п. 1 ч. 2 ст. 65 цього Кодексу зазначено, що не можуть бути допитані як свідки захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника. Відповідно до ст. 45 КПК захисником є тільки адвокат. Згідно з ч. 1 ст. 58, ч. 1 ст. 63 цього Кодексу, представником потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача може бути також адвокат.

У п. 2 ч. 2 ст. 65 КПК визначено, що не можуть бути допитані як свідки адвокати – про відомості, які становлять адвокатську таємницю. Як уявляється, у цій нормі йдеться про адвокатів, які відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 66 цього Кодексу надають або надавали правову допомогу свідку під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій. Також це положення стосується тих адвокатів, які надавали клієнту правову допомогу за межами кримінального провадження.

Потрібно акцентувати увагу на тому, що у п.п. 1, 2 ч. 2 ст. 65 КПК вказано про заборону допиту як свідка тільки адвоката. Однак відповідно до ч. 3 ст. 22 Закону обов'язок зберігати адвокатську таємницю поширюється і на інших осіб. Враховуючи викладене, вважаємо доцільним доповнити п. 2 ч. 2 ст. 65 КПК положенням, що не можуть бути допитані як свідки помічник адвоката, стажист, особи, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, особа, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю.

Слід відмітити, що у п. 1 ч. 1 ст. 69 КПК (1960 р.), який втратив чинність, також йшлося про заборону

допиту тільки адвоката. Разом з тим у ч. 1 ст. 10 Закону «Про адвокатуру» (1992 року) зазначалось, що забороняється будь-яке втручання в адвокатську діяльність, вимагання від адвоката, його помічника, посадових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань відомостей, що становлять адвокатську таємницю. З цих питань вони не могли бути допитані як свідки. У зв'язку з цим у юридичній літературі була висловлена слушна пропозиція про доповнення п. 1 ч. 1 ст. 69 КПК 1960 року після слів «адвокати та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи» словами «їх помічники та члени технічного персоналу» [3, с.105].

Необхідно зазначити, що у ст. 65 КПК не йдеться про заборону допиту як свідка клієнта адвоката. Однак це не означає, що під час допиту він на вимогу слідчого, прокурора, суду зобов'язаний давати показання про обставини звернення до адвоката, про зміст його порад, консультацій, роз'яснень тощо.

Відповідно до ч. 8 ст. 224 КПК особа має право не відповідати на запитання з приводу тих обставин, щодо яких є пряма заборона у законі. У цій нормі наведений перелік таких заборон, одна з яких стосується професійної таємниці захисника. Таким чином, під час проведення допиту особа має право не відповідати на запитання слідчого, прокурора, суду про обставини, що мають відношення до адвокатської таємниці. На нашу думку, дане правове положення доцільно посилити. Пропонуємо доповнити ч. 2 ст. 65 КПК положенням, що не може бути допитаний як свідок клієнт адвоката – про відомості, що складають зміст наданої йому правової допомоги.

Як вже відмічалось, у ч. 2 ч. 1 ст. 23 Закону йде мова про можливість звільнення адвоката від обов'язку зберігати професійну таємницю. Таке ж правило передбачено у ч. 3 ст. 65 КПК: «Особі, передбачені пунктами 1-5 частини другої цієї статті, з приводу зазначених довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості у визначені»

ному нею обсязі. Таке звільнення здійснюється у письмовій формі за підписом особи, що довірила зазначені відомості».

Зі змісту цієї норми випливає, що адвокат, який є захисником підозрюваного, обвинуваченого, представником потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, надає правову допомогу свідку, може бути звільнений клієнтом від обов'язку зберігати професійну таємницю. Наявність такого положення у ст. 65 КПК пояснюється дією ч. 2 ст. 22 Закону. У цій нормі вказано, що інформація або документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за письмовою заявою клієнта (особи, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав).

Таке правове регулювання викликає заперечення. Адвокатська таємниця має бути абсолютною. Вважаємо, що адвокат, який виконує у кримінальному провадженні функцію захисту, представництва, надає правову допомогу свідку, не може звільнитися від обов'язку зберігати професійну таємницю. Пропонуємо виключити з ч. 3 ст. 65 КПК посилання на п.п. 1, 2 ч. 2 цієї статті. Крім того, слід виключити ч. 2 зі ст. 22 Закону.

На наш погляд, має бути одне виключення із правила про абсолютність адвокатської таємниці. При наданні консультацій, розмовах із клієнтом адвокатів може стати відомою інформація про злочин, що готується. Виникає запитання, як у такому випадку повинен діяти адвокат. З одного боку, повідомлені дані є адвокатською таємницею, а з іншого – вони загрожують правам та інтересам фізичних та юридичних осіб, суспільству, державі. Нами поділяється пропозиція А. Титова, що до законодавства про адвокатуру «...потрібно внести доповнення щодо надання адвокатів права розголошувати адвокатську таємницю, якщо це необхідно для запобігання тяжкого чи особливо тяжкого злочину» [4, с.35].

Важливою гарантією адвокатської діяльності є те, що відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону проведення стосовно адвоката слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на під-

ставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя. Як відмічає Т. Варфоломеева, ця норма сприятиме припиненню «...порочної практики проведення обшуків в адвокатських приміщеннях та помешканнях адвокатів...» [5, с. 5].

Потрібно зазначити, що на відміну від п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону, у главі 20 КПК йдеться не про слідчі, а про слідчі (розшукові) дії. У ч. 1 ст. 223 цього Кодексу вказано, що слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів у конкретному кримінальному провадженні. На нашу думку, п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону у цій частині слід привести у відповідність до КПК, оскільки у ч. 3 ст. 9 цього Кодексу наголошується на тому, що закони, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати КПК.

Перелік слідчих (розшукових) дій наведений у главі 20 КПК. З урахуванням положення п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону нас цікавлять лише ті із них, які проводяться виключно за рішенням суду. Виходячи зі змісту ст. ст. 233, 234, ч. 2 ст. 237 КПК, ч. 2 ст. 23 Закону можна дійти висновку, що з дозволу суду провадяться такі слідчі (розшукові) дії, як обшук, огляд житла чи іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність.

Зі змісту п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону витікає ряд запитань. Змодельюємо таку ситуацію. Наприклад, у Фастівському районі Київської області проводиться досудове розслідування про неочевидний злочин. Під час розслідування слідчий встановлює, що речі та документи, які мають значення для кримінального провадження, знаходяться за місцем проживання адвоката. Виникають наступні запитання: - який процесуальний документ має скласти слідчий та прокурор цього району перед зверненням до прокурора Київської області; - протягом якого строку цей прокурор має вивчати надані матеріали кримінального провадження та скласти клопотання про проведення обшуку у житлі адвоката; - чи повинен прокурор області особисто підтримувати своє

клопотання у суді чи це має робити районний прокурор.

Відповіді на це питання немає ні у Законі, ні КПК. Також не визначені особливості процедури розгляду слідчим суддею клопотання прокурора про проведення слідчих (розшукових) дій стосовно адвоката. Лише у ч. 2 ст. 23 Закону вказано, що слідчий суддя у своєму рішенні про проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність в обов'язковому порядку зазначає перелік речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії.

На наш погляд, главу 37 КПК «Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб» необхідно доповнити статтею, яка б визначала особливості прийняття рішення про провадження слідчих (розшукових) дій стосовно адвоката. Пропонуємо викласти цю статтю у такій редакції:

«Коли є достатні підстави для проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщення, де він здійснює адвокатську діяльність, слідчий за погодженням з прокурором, який здійснює нагляд за провадженням досудового розслідування, звертається з клопотанням відповідно до Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя. Прокурор зобов'язаний негайно ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, що дають підстави для проведення слідчої дії, перевірити законність одержання доказів. Після чого ним складається клопотання до суду про надання згоди на проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщення, де він здійснює адвокатську діяльність. У клопотанні має бути зазначено адресу приміщення, де планується провести обшук чи огляд, дані про те, що речі та документи, які можуть мати значення для кримінального провадження, знаходяться в цьому приміщенні.

Клопотання прокурора розглядається слідчим суддею за місцем провадження досудового розслідування. Слідчий суддя негайно розглядає клопотання, вивчає матері-



али кримінального провадження, при необхідності вислуховує слідчого, вислуховує думку прокурора, після чого залежно від підстав для прийняття такого рішення виносить ухвалу про проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщення, де він здійснює адвокатську діяльність або про відмову в цьому. Ухвала оскарженню не підлягає.

В ухвалі про дозвіл на обшук чи огляд, крім обставин, передбачених ст. 235 цього Кодексу, слідчий суддя в обов'язковому порядку зазначає перелік речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщення, де він здійснює адвокатську діяльність».

Суттєвою гарантією адвокатської діяльності є те, що відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових 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, міст Києва та Севастополя.

Прислухаючись до розгляду даного питання потрібно звернути увагу на існуючу термінологічну неузгодженість між п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону та КПК. У главі 21 цього Кодексу йдеться не про оперативно-розшукові дії, а про негласні слідчі (розшукові) дії. Тому пропонуємо замінити у п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону слова «оперативно-розшукових заходів» словами «негласних слідчих (розшукових) дій».

Для того, щоб встановити, у яких випадках прокурор, вказаний у п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону, має складати клопотання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій стосовно адвоката, потрібно з'ясувати, які із цих дій можуть проводитися виключно з дозволу суду.

Зі змісту глави 21 КПК витікає, що на підставі ухвали слідчого судді провадяться наступні негласні слідчі (розшукові) дії: 1) аудіо, відеоконтроль особи (ст. 260); 2) накладення арешту на кореспонденцію (ч. 1 ст. 261); 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ч. 1 ст. 263); 4) зняття інфор-

мації з електронних інформаційних систем (ч. 1 ст. 264); 5) обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ч. 4 ст. 267); 6) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ч. 2 ст. 268); 8) спостереження за особою (ч. 2 ст. 269); 9) аудіо-, відео контроль місця (ч. 2 ст. 270); 9) негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ч. 2 ст. 274).

Необхідно акцентувати увагу на тому, що деякі із перерахованих негласних слідчих (розшукових) дій не можуть проводитися стосовно адвоката. Так, у ч. 5 ст. 258 КПК вказано, що заборонено втручання у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим. У ч. 4 цієї статті роз'яснено, що різновидами втручання в приватне спілкування є: 1) аудіо-, відеоконтроль особи; 2) арешт, огляд і вїмка кореспонденції; 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем.

Таким чином, зі змісту ч. 5 ст. 258 КПК можна дійти висновку, що не допускається проведенням зазначених негласних слідчих (розшукових) дій з метою втручання у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим.

Слід висловити деякі зауваження щодо змісту ч. 5 ст. 258 КПК. У цій нормі йдеться про те, що забороняється втручання тільки у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим. Разом з тим адвокат у кримінальному провадженні може бути представником потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, надавати правову допомогу свідку. Виникає питання, невже є можливим втручання у приватне спілкування адвоката з цими учасниками кримінального провадження.

Звичайно, що ні. Законодавець, не конкретизуючи процесуальний статус адвоката, у п. 9 ч. 1 ст. 23 Закону вказав, що забороняється втручання у його приватне спілкування з клієнтом. Таким чином, така заборона розповсюджується як на адвоката-захисника, так і на адвоката-представника, а також

адвоката, який надає правову допомогу свідку. Щоб на практиці не виникло вищевказане питання, пропонуємо доповнити ч. 5 ст. 258 КПК положенням, що забороняється втручання у приватне спілкування адвоката-представника з потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем, адвоката зі свідком, якому він надає правову допомогу.

**Висновки.** Підсумовуючи викладене вище можна з успішністю стверджувати, що гарантії кримінально-процесуальної діяльності адвоката перебувають у діалектичному зв'язку з гарантіями свободи виконання адвокатом функцій професійного захисту, представництва та надання іншої правової допомоги. Чим надійніше захищено адвоката, тим краще захищено інтереси особи, якій він надає правову допомогу. Адвокат захищає не просто людину, а цінності, які Конституція України визнала «найвищими» серед інших: життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку людини. При цьому, оскільки ця цінність «найвища», то жодне інше явище не може оцінюватися суспільством вище, аніж людина. Усі інші соціальні цінності мають бути підпорядковані цінностям людини. Отже, держава має бути заінтересованою у створенні надійного механізму забезпечення адвокатської діяльності та професійних правозахисних функцій адвоката.

## Список літератури

1. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 19 листопада 2012 року: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛІВОДА А.В., 2012. – 382с.
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: чинне законодавство станом на 16 серпня 2012 року: (Відповідає офіц. текстові) – К.: Алерта, 2012. – 48с.
3. Король В.В. Засада гласності кримінального судочинства України: поняття, зміст, підстави, обмеження. Івано-Франківськ. – 2003. – 221с.
4. Титов А.М. Адвокатська таємниця // Адвокат. – 2007. – №11-12. – С. 34-35.
5. Варфоломєєва Т.В. Деякі аспекти впровадження Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» // Адвокат. – 2012. – № 6. – С.4-5.