

I. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ АДВОКАТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ



*Бабчинська Т. В.,
здобувач кафедри кримінального процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»*

АДВОКАТУРА ЯК ПРАВОЗАХИСНИЙ МЕХАНІЗМ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Стаття присвячена вивченню питання щодо закріплення на законодавчому рівні адвокатської монополії. Аналізуючи нововведення, автором розглядається можливість запровадження часткової монополії, а саме в галузі кримінального судочинства. Окрема увага приділяється співвідношенню понять «захисник-адвокат» та «фахівець в галузі права».

Ключові слова: захист у кримінальному провадженні, адвокатська монополія як механізм реалізації права на захист в кримінальному провадженні.

Статья посвящена изучению вопроса о закреплении на законодательном уровне адвокатской монополии. Анализируя нововведение, автор рассматривает возможность внедрения частичной монополии, а именно в сфере уголовного судопроизводства. Отдельное внимание уделяется соотношению понятий «защитник-адвокат» и «специалист в области права».

Ключевые слова: защита в уголовном производстве, адвокатская монополия как механизм реализации права на защиту в уголовном производстве.

На теренах України сьогодні простежується складний процес реформування законодавчої бази, поряд з яким питання ефективності кримінального процесуального законодавства набуває особливого значення. Сучасний інститут захисту в кримінальному судочинстві уособлює довгий шлях еволюції. Вклю-

чаючи в себе численні законодавчі зміни і доповнення, він завжди привертав до себе увагу науковців процесуалістів, адже питання захисту в кримінальному провадженні постійно знаходиться в центрі уваги правознавців.

Після проголошення незалежності в Україні почалося стрімке реформування національного законодавства відповідно

до міжнародних стандартів. Не минуло це й інститут захисту, що цілком відповідає ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) 1950 року, ст. 14 Міжнародного пакту про громадські та політичні права 1966 р., а також реалізує положення Концепції реформування кримінальної юстиції, відповідно до розділу II якої захисник (представник) має обиратися підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, як правило з числа адвокатів, а органи досудового розслідування, державний обвинувач і суд мають бути позбавлені процесуальних можливостей втручатися у вибір захисника та перешкоджати його участі у справі [1]. Так, згідно з положеннями Конституції України, кожен має право на правову допомогу, а для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура (ст. 59). Також ст. 13 Конвенції визначає, що кожен, чий права та свободи визнані Конвенцією, порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [2]. Відповідно, позитивним є той факт, що реформування кримінальної юстиції супроводжується якісними змінами в характері здійснення кримінальної процесуальної діяльності, адже після прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України у 2012 р. (далі – КПК України) почався відлік «нової ери» реалізації права на захист в кримінальному провадженні. Пояснюється це тим, що законодавець надав рівні права сторонам кримінального провадження, які базуються на змагальності та реалізуються відповідно до принципу верховенства права.

Але попри прогресивність положень КПК України щодо реалізації права на захист в кримінальному провадженні, окремі положення потребують чіткого визначення механізму їх реалізації,

а точніше кажучи, це стосується саме здійснення в процесуальному порядку особою свого права на захист безпосередньо через захисника-адвоката. На процесуальній арені з цього питання відстежується чимало дискусій між вченими-процесуалістами та адвокатами-практиками.

Дослідженню питань у сфері забезпечення права на захист у кримінальному провадженні, а також процесуальному статусу захисника-адвоката у сфері кримінально-процесуальних відносин приділяли увагу багато вітчизняних вчених, зокрема Т.В. Варфоломєєва, Є.В. Васковський, Т.Б. Вільчик, І.Ю. Гловацький, В.Г. Гончаренко, С.В. Гончаренко, Я.П. Зейкан, Л.М. Лобойко, В.Т. Малиаренко, В.Т. Нор, В.О. Попелюшко, М.А. Погорецький, О.Д. Святоцький, Д.П. Фіолевський, О.Г. Яновська та ін. На сьогоднішній день актуальним та дискусійним питанням являється встановлення адвокатської монополії в Україні, механізм якої в цілому направлений на реалізацію функції захисту особи через захисника-адвоката у будь якій сфері судочинства, що відповідає положенням європейських стандартів. Отже, метою даного дослідження є з'ясування теоретичних та практичних аспектів впровадження монополії адвокатів в Україні та відзначення механізму її реалізації в деяких європейських країнах.

В Україні адвокатура вже досить давно наполягає на підвищенні професіоналізму представників в судах шляхом встановлення виключного права адвокатів на таке представництво, тобто запровадження так званої адвокатської монополії. Перший крок у цьому напрямку було здійснено в рамках кримінального судочинства, а саме відповідно до положень нового КПК України тільки адвокат може бути захисником підозрюваного, обвинуваченого (підсудного), засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про

їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), також представником потерпілого, цивільного позивача чи відповідача та свідка. На противагу цьому КПК 1960 р. закріплював положення, відповідно до якого таку функцію міг здійснювати фахівець у галузі права, а захисника законодавець визначав як особу, яка у порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надавати їм необхідну юридичну допомогу при провадженні у кримінальній справі (ч. 1 ст. 44). Порівнюючи вказані норми, варто відмітити, що і в Конституції України, так і в новому КПК України використовується термін «правова допомога», а не «юридична допомога» як у КПК України 1960 р., а, як уже відзначалося у правовій літературі, правова допомога є поняттям ширшим за змістом і охоплює всі види юридичної допомоги [3, с. 148].

Отже, визначення законодавцем єдиного суб'єкта надання правової допомоги – адвоката як фізичної особи, який, в свою чергу, виконує свої обов'язки відповідно до положень спеціального законодавчого акту, являється позитивним нововведенням. Адже законодавець робить акцент на професійний захист особи у сфері кримінально-процесуальних відносин, тим самим усуває можливість конкуренції з надання офіційної правової допомоги у кримінальному провадженні з боку фахівців у галузі права та близьких родичів, опікунів або піклувальників, як це було вказано у пп. 2,3 ч. 3 ст. 44 КПК 1960 р. Варто відзначити думку А. М. Тітова, який у своєму дослідженні зазначав, що такий захисник як фахівець у галузі права, близькі родичі має брати участь у кримінальному провадженні лише поруч із захисником – адвокатом, бо лише останній відповідає всім світовим критеріям, визначеним для захисника у кримінальній справі [4, с. 125], що ми цілком поділяємо.

На сьогоднішній день питання щодо монополії адвокатури займає майже перше місце в обговоренні та затвердженні вказаного явища на законодавчому рівні. Так, Стратегією реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки визнана, зокрема, необхідність надання адвокатури виключного права на здійснення представництва в суді по всіх категоріях справ [5]. У Верховній Раді перебуває низка законопроектів про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Однак найімовірнішим є запровадження монополії адвокатури президентським проектом Закону «Про внесення змін до Конституції України щодо правосуддя», де також містяться положення щодо закріплення монополії адвокатури в Основному Законі. 23.10.2015 р. на 104-му пленарному засіданні Венеціанської Комісії було ухвалено Остаточний висновок (документ CDL-AD(2015)027), в якому зазначається, що «остання версія змін до Конституції України, підготовлена Робочою групою Конституційної Комісії з питань правосуддя, є досить позитивною і добре підготовленою та заслуговує повної підтримки». Конституційна Комісія у напрацьованому проекті врахувала всі ключові рекомендації Венеціанської Комісії, а також включила до нього пропозиції, отримані під час численних широких громадських та експертних обговорень, що відбулися у різних містах, зокрема в Києві, Харкові, Одесі, Львові, Дніпропетровську, Запоріжжі, Івано-Франківську, в яких взяли участь понад 500 експертів. До проекту ввійшла значна частина рекомендацій, що були надіслані безпосередньо до Конституційної Комісії [6]. З цього приводу в юридичній літературі погляди вчених-процесуалістів та адвокатів-практиків також розділилися на схвальні та критичні. Зокрема, це стосується запровадження адвокатської монополії на представництво в судах.

Спробуємо проаналізувати найбільш вагомий на наш погляд заперечення на вве-

дення відзначеного механізму та висловити свою думку з цього приводу.

Більша частина науковців та адвокатів, які, відповідно, не підтримують таке явище, як монополія адвокатури, аргументують своє негативне відношення тим, що вказане нововведення є прямим порушенням норм Конституції України, відповідно до якої при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод та головним чином акцентують увагу на Рішеннях Конституційного суду України (далі – КСУ) у справах про право вільного вибору захисника (N13-рп/2000 від 16 листопада 2000 року, справа N1–17/2000) та (N23-рп/2009 від 30 вересня 2009 року, справа N1–23/2009), в яких КСУ тлумачить, що «кожен має право на правову допомогу», що означає гарантовану державою можливість будь-якій особі отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах як вона того потребує. Тобто особа повинна мати право залучати в якості захисника фахівця в певній галузі права (наприклад, вченого з науковим ступенем у певній галузі права, фахівців юридичних фірм тощо).

Питання щодо визначення «фахівця в галузі права» активно обговорювалося у літературі. Свого часу, В.М. Тертишник вдало відзначив, що в рішенні КСУ стверджується, що «як захисники допускаються... фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи». За законом, отже за чинним, діючим на цей час законом. І саме в чинному законі, а не якомусь віртуальному чи майбутньому спеціальному законі (проекті) слід шукати відповідь на питання щодо кола осіб, які вправі надавати юридичну допомогу [7, с. 53], що на нашу думку є логічним.

При цьому, також слід відзначити, що Рішення КСУ від 16 листопада 2000 р., яке було прийняте з метою приведення українського кримінально-процесуального законодавства до світових

стандартів і в якому є посилання на міжнародні документи, в тому числі на «Основні положення про роль юристів», багато в чому є неоднозначним. Наприклад, Н.В. Борзих, досліджуючи вказане питання відмічає, що КСУ у своєму рішенні так чітко і не окреслив коло фахівців у галузі права, які можуть здійснювати захист у кримінальному процесі, але зазначив, що «Конвенція про захист прав людини і основних свобод... передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захисника, вибраного ним на власний розсуд».

При цьому поняття «фахівець в галузі права» не має свого офіційного визначення та не може бути співвіднесене з поняттям «вища або повна вища юридична освіта» відповідно до освітньо-кваліфікаційних рівнів визначених законом України «Про вищу освіту». У цьому разі, як справедливо відзначив І.Ю. Головацький, на такого захисника не поширюються Правила адвокатської етики [8, 141]. Адже відповідно до положень ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування, склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Тобто на законодавчому рівні задекларовані всі вимоги до вказаної особи, що автоматично надає особливого статусу адвокату та, на нашу думку, передусім виступає вищою категорією, ніж «фахівець в галузі права».

На необхідності реформування приписів кримінально-процесуального закону з огляду на процедуру залучення захисника наполягає Я.П. Зейкан, зазначаючи про необережність держави у зв'язку з допуском до участі у справі осіб, які не мають адвокатського посвідчення. [9, с. 8]. Адже лише адвокатська діяльність базується на перевірці професійних

знань та дотриманні Правил адвокатської етики, дисциплінарній відповідальності, а надаючи можливість іншим фахівцям у галузі права здійснювати захист, можна лише знизити їх кваліфікованість та ефективність [10, 106–107]. Отже, на нашу думку, не варто так багато уваги приділяти цьому поняттю, адже особи мають право обрати захисника з кола кваліфікованих та професійних адвокатів, які несуть відповідальність за неналежне виконання своїх обов'язків перед своїм клієнтом.

Також варто зазначити, що концентруючи увагу на вище вказаних рішеннях КСУ, ми забуваємо, що національному законодавству властиво розвиватися. Адже крокуючи до європейських стандартів, національне законодавство повинно еволюціонувати, а фіксуючи увагу лише на одній нормі, ми робимо крок назад.

Зрозуміло, що потрібно виважено ставитися до кожного нововведення та звертати увагу не лише на приписи міжнародних стандартів, а й на тенденцію реалізації того чи іншого механізму на рівні національного законодавства. Що ж стосується становлення монополії адвокатури, мабуть не варто стрімголов крокувати до повної її реалізації, тим паче не так давно Україна ратифікувала часткову монополію, а саме в кримінальному процесуальному законодавстві, закріпивши положення в КПК України про те, що захист в кримінальному провадженні реалізується лише адвокатом. Оскільки здійснення кримінального судочинства може мати результатом призначення такого виду покарання як позбавлення волі, вважаємо, що цілком логічним було запровадження законодавцем захисту виключно захисником, який набуває свого статусу відповідно до ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та несе відповідальність за неналежне виконання своїх обов'язків. Запровадивши таку новелу, а саме часткову монополію, законодавець залишив право особі на вільний вибір свого представни-

ка в суді у господарському, цивільному та адміністративному процесах, тобто це може бути юрист, юрисконсульт підприємства або навіть доктор філософії чи доктор юридичних наук.

Мотивуючи внесення змін на кшталт повної адвокатської монополії, законодавець спирається на західну практику. Розглядаючи адвокатську монополію на прикладі країн Європейського простору, варто виділити наступні класифікації: 1) держави з повною монополією (коли все – від надання юридичних консультацій до представництва в судах – є компетенцією лише адвокатів). Наприклад, Австрія, Кіпр, Люксембург, Греція, Німеччина, Угорщина та Чехія; 2) держави з частковою монополією (коли адвокати мають виключну компетенцію на судове представництво). Серед них: Бельгія, Норвегія, Португалія, Литва; 3) такі, де монополії немає взагалі (наприклад Фінляндія) [11]. Варто відзначити, що у більшості європейських країн світу діяльність адвокатури регулюється законодавчими актами та процесуальними кодексами. Тобто, навіть спираючись на європейський досвід, вбачається, що не обов'язково одразу вводити повну адвокатську монополію. На разі ж в Україні розглядається законопроект щодо закріплення адвокатської монополії безпосередньо на рівні Конституції, що у свою чергу, як висловлюються іноземні експерти з Проекту ЄС, є не резонним [6].

З цього приводу влучно виразився О. Лутак, на думку якого найперше потрібно врегулювати це питання в ЗУ «Про адвокатуру й адвокатську діяльність», передбачивши там експеримент по винятковому представництву окремих категорій громадян. І надалі необхідно поступово цей експеримент поширювати на нові категорії суперечок, а конкретні терміни визначати, виходячи з результатів експерименту [6]. Ми цілком підтримуємо дану пропозицію, адже наразі існує ряд прогалин в перспективному механізмі реалізації адвокатської монополії.

Таким чином, підсумовуючи вище вказане, вважаємо, що адвокатську монополію необхідно розвивати на даному етапі виключно в кримінальному провадженні, адже, закріпивши нововведення, варто спрямувати зусилля на створення належного механізму реалізації часткової монополії на практиці, та, за необхідності, поступово переходити до інших сфер судочинства та видів надання правової допомоги. Оскільки загальновідомим є той факт, що адвокати – висококваліфіковані спеціалісти,

рівень знань, права та обов'язки яких регулюються відповідно до вимог спеціального законодавчого акту. Але все ж таки, незрозумілим залишається реалізація даного механізму, оскільки, ставши єдиним інститутом для надання правової допомоги, адвокатською спільнотою встановлюватимуться «свої правила», вимоги щодо внесків, стажування, складання іспиту та можливості монопоЛЬНОГО встановлення цін на послуги адвоката. Наразі ці питання залишаються відкритими для обговорення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Концепція реформування Кримінальної юстиції України: Указ Президента України від 08.04.2008 р. № 311/2008: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 04.11.1950 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
3. Хмелевська Н. В. Розмежування понять «правова допомога» та «юридична допомога» як основа цілісної системи правової допомоги / Н. В. Хмелевська // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – № 3(25). – С. 143–149
4. Тітов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві: Дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / А. М. Тітов; Донецький юрид.ін-т. – Донецьк, 2005. – 232 с.
5. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр.: Указ Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.
6. Пашковська Т. Адвокатська монополія: юристи розділилися / Т. Пашковська: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yur-gazeta.com/publications/events/advokatska-monopoliya-yuristi-rozdililisya.html>.
7. Тертишник В. М. Гострі кути реформування кримінального судочинства / В. М. Тертишник // Питання реформування кримінального судочинства. – 2006. – № 1. – С. 51–59.
8. Головацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: навч. посіб. / І. Ю. Головацький. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.
9. Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі: наук. – практ. посіб / Я. П. Зейкан. – К., 2002. – 271 с.
10. Хмелевська Н. В. Поняття гарантій забезпечення правової допомоги громадян в Україні / Н. В. Хмелевська // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 1 (20). – С. 105–108.
11. Сахарова Ю. Дебаты под флагами или как столичный совет адвокатов иностранных гостей пригласил и что из этого вышло / Ю. Сахарова // Закон и бизнес. – 2014. – № 28 (1170): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ru/print/92721ahhilesova_pyata_ukrainskih_advokatov_nahoditsya_v_ih_profil.

Babchynska T. Advocacy as a remedial mechanism in criminal proceedings.

The article deals with the issue of consolidation of advocacy monopoly in Ukraine at the legislative level. It is noted that a modern institution for protection in criminal proceedings represents a long way of evolution. It is an important and attorney in any field of justice nowadays, because the mechanism for it's implementing aims controversial issue at implementation of the right to the protection of individuals. It complies with European standards. The author analyzes the theoretical and practical aspects of implementing advocacy monopoly in Ukraine and its implementation mechanism in some European countries.

A special attention is paid to the correlation between the concepts of «attorney» and «expert in the field of law». Comparing the norms of domestic criminal procedural legislation and the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine in 1960, the author concludes that the use of the term

«legal aid» has a wider concept of the content and includes all types of «legal assistance» concept of which was fixed in the criminal procedure law in 1960.

To sum up, the author concludes that advocacy monopoly should be developed only in criminal proceedings, because it is necessary to create appropriate mechanism of its realization, and to move to other areas of proceedings and types of legal aid. As well known is the fact that the lawyers – highly qualified specialists, knowledge, rights and obligations are governed accordance with a special legislative act. But nevertheless, remains unclear implementation of this mechanism, since becoming a stand-alone, the only institution to provide legal aid lawyer community installed «their rules» requirement for contributions internship exam and the possibility of monopolistic pricing of a lawyer. Currently, these issues are open for discussion.

Keywords: *protection in criminal proceedings, advocacy monopoly as a mechanism for the implementation of the right to defense in criminal proceedings.*

Стаття надійшла до редакції журналу 26 квітня 2016 р.