

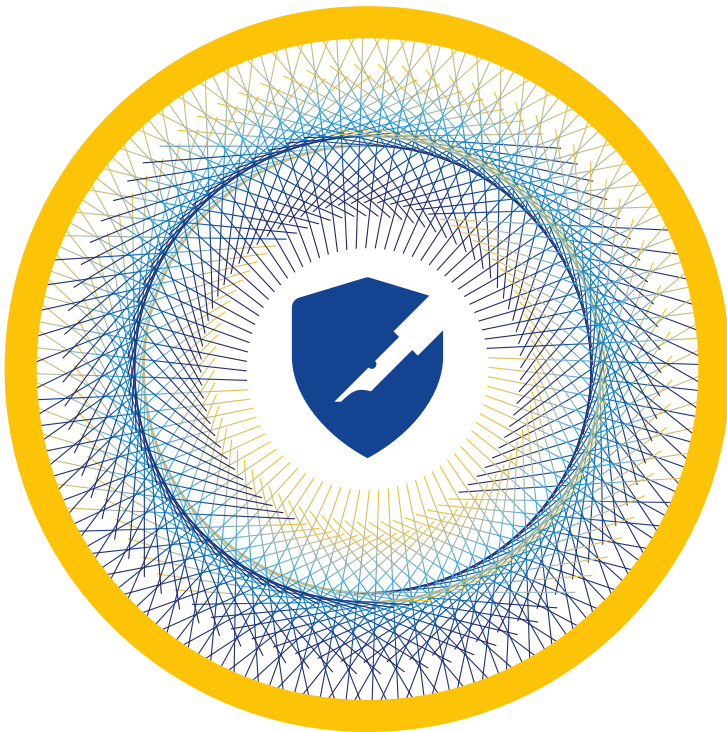


НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ
АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

РАДА АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ПРО СТАН ДОТРИМАННЯ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ



підготовлено

Комітетом захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності

Комітетом захисту прав та гарантій адвокатської діяльності проведений системний аналіз порушення гарантій адвокатської діяльності в Україні. Доводиться констатувати, що в Україні склалася критична ситуація щодо дотримання державних гарантій у сфері професійної діяльності, що свідчить про наступ на адвокатуру як незалежну професію.

Порушення гарантій адвокатської діяльності поділяються приблизно на п'ять груп:

Протиправний обшук та вилучення майна, яке є об'єктом адвокатської таємниці. Винесення протиправних судових рішень, та їх виконання є перевищенням посадових обов'язків представниками правоохоронних органів та суду.

- 1. Застосування фізичної сили до адвоката у зв'язку із його професійною правовою позицією у справі.**
- 2. Протиправний допит у якості свідка, підозрюваного, пред'явлення обвинуваченню адвокату як міра захисту не законних інтересів фізичних та юридичних осіб.**
- 3. Ототожнення адвоката і клієнта.**
- 4. Порушення гарантій адвокатської діяльності, знецінення професійних прав адвоката деякими органами адвокатського самоврядування.**

Ситуація із порушення державних гарантій адвокатської діяльності створена у результаті конфлікту інтересів, що існує у сфері захисту прав людини та громадянина між правоохоронною та судовою системою, та представниками незалежного професійного середовища у державі.

Даний конфлікт є наслідком впровадження у структуру національного права англо-саксонського догмата прав людини, який входить у конфлікт із нормативно утворюючою системою романо-германського права. Останнє є тнасформуючою моделлю традицій, релігії та моралі, де право закріплює уже існуючу соціальну структуру взаємин, а не навпаки. Догмат прав людини базується на преюдиції права над законом, і тому, потребує певного рівня правової культури, у основі якої лежать не традиції, а пост-традиційна свідомість у країнах, де система прецедентного права формується як обмеження на обмеження прав, що не достатньо усвідомлено національними правниками. Тому, традиційна свідомість намагається застосувати пост-традиційну прецедентну нормативну систему, що, по суті, і стало причиною конфлікту інтересів між стороною захисту і стороною обвинувачення, та призвело до нівелювання гарантій адвокатської діяльності в Україні.

Отже, у основній масі порушення не визнання професійних прав та порушення гарантій адвокатської діяльності наявні у галузі саксонського кримінального-процесуального закону.

Як приклад, помилки правозастосування вартують громадянам порушенням їх прав, а адвокатам розбитих шибок та підірваних авто. Доречним у цьому випадку є

практика застосування судами ст. 331 КПК України, яка встановлює порядок обрання, скасування або зміну запобіжного заходу у суді.

Під час судового розгляду суд за клопотанням сторони обвинувачення або захисту має право своєю ухвалою змінити, скасувати або обрати запобіжний захід щодо обвинуваченого.

Вирішення питання судом щодо запобіжного заходу відбувається в порядку, передбаченому главою 18 цього Кодексу.

Незалежно від наявності клопотань суд зобов'язаний розглянути питання доцільності продовження тримання обвинуваченого під вартою до спливу двомісячного строку з дня надходження до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру чи з дня застосування судом до обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. За наслідками розгляду питання суд своєю вмотивованою ухвалою скасовує, змінює запобіжний захід у вигляді тримання під вартою або продовжує його дію на строк, що не може перевищувати двох місяців. Копія ухвали вручається обвинуваченому, прокурору та направляється уповноваженій службовій особі місця ув'язнення.

До спливу продовженого строку суд зобов'язаний повторно розглянути питання доцільності продовження тримання обвинуваченого під вартою, якщо судове провадження не було завершено до його спливу.

У контексті згаданих принципів кримінального процесуального судочинства, стаття 331 КПК України судом застосовується без дотримані принципів рівності і диспозитивності.

Так, вказана стаття дає право суду лише на розгляд питання про доцільність продовження тримання обвинуваченого під вартою (норма матеріального права), однак, залишається не змінною процедура подання клопотань (норма процесуального права) сторонами кримінального провадження, яка встановлена главою 18 КПК України, до якої кореспондує ч. 2 ст. 331 КПК.

Суди практикують вільне тлумачення змісту норми процесуального закону, не зважаючи на основні принципи, зокрема, визначені ст. 22 та 26 КПК.

У контексті принципу диспозитивності, зокрема із п.3 ст. 26 КПК, де суд може вирішувати лише питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень цим Кодексом, невмотивована позиція суду щодо продовження строку тримання під вартою без відповідної ініціативи у формі письмового клопотання сторони обвинувачення з наданням доказів, які можуть бути спростовані стороною захисту, є ознакою упередженості суду, грубого порушення права на захист, права людини на свободу та особисту недоторканість, що гарантовано державою та міжнародними інституціями, та такий суддя підлягає негайному відводу (п.1.4 ст. 75 КПК).

Заяви сторони захисту з вимогою дотримання основних принципів кримінального судочинства викликають у суддів протест, а наполегливі вимоги адвокатів дотри-

муватися змісту кримінального процесуального закону, особливо, у гучних справах, тягне за собою спроби вивести не зручного і принципового адвоката із справи любуими способами, в тому числі, і з неправомірного використання процесуальних механізмів.

Така ж ситуація виникла і з спробами адвокатів оскаржити невмотивовану підозру, яка пред'явлена клієнту, і в межах якої судом та органом досудового розслідування обмежуються права людини. У переважній більшості, помилки правозастосування, та як наслідок, порушення прав людини, притаманне детективам НАБУ та слідчим ГП України.

У справі щодо пред'явлення підозрі громадянці Ч детектив Другого відділу Третього підрозділу детективів Головного підрозділу детективів НАБУ за ч.2 ст. 364 КК України не вказав обов'язкових елементів складу кримінального правопорушення, зокрема, у чому полягає корисливий мотив підозрюваної. При цьому, суд обмежив підозрювану у правах, обрав щодо неї запобіжний захід, та відсторонив від роботи. Усі наміри адвокатів звернути увагу слідства та суду на цю обставину призвело до конфлікту між стороною захисту та стороною обвинувачення, наслідком чого детектив намагався змінити запобіжний захід у суду на тримання під вартою.

Тобто, вирішення правових конфліктів, які пов'язані із не розуміння змісту кримінального процесуального закону однією із сторін провадження, тягне за собою використання обвинуваченням правових механізмів примусу до Клієнта, який залишається заручником ситуації, та адвокат змушений відшукувати альтернативні не процесуальні важелі для зменшення супротиву. Таких ситуацій останнім часом безліч.

Отже,

1. Протиправний обшук та вилучення майна, яке є об'єктом адвокатської таємниці. Винесення протиправних судових рішень, та їх виконання є перевищенням посадових обов'язків представниками правоохоронних органів та суду.

Протиправний обшук, пов'язаний із виконанням адвокатом функцій щодо надання правової допомоги клієнту останнім часом стало правовою політикою суду та правоохоронних органів.

Так, у відповідності до ст..44, 45 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (надалі Закону) , законодавцем визначений статус особи, яка здійснює незалежну професійну діяльність.

Адвокат в Україні має соціально-правовий статус (ст. ст. 2-4 Закону), який відносить його до спеціального суб'єкту кримінального процесуального права, та його діяльність до об'єкту кримінального права (ст. 397, 398, 400 КК).

Спеціальним законом (ст. 23 Закону) регламентований порядок вчинення процесуальних дій щодо спеціального суб'єкту у зв'язку із підозрою у вчинення ним будь-якого кримінального правопорушення, передбаченою спеціальною частиною кримінального закону.

Разом з тим, «адвокатська діяльність» – це правовий термін, який визначений ст. 1, 3 Закону, та розуміється як законна професійна діяльність особи із спеціальним статусом, на підставі законодавства України. Тобто, закон визначає три основних елементи статусу адвоката – соціальний (незалежна професійна діяльність само зайнятої особи), правовий – діяльність, як така, можлива лише у межах правового поля, та спеціальний – держава узяла на себе гарантії професійної діяльності адвоката. Останнє передбачає, у тому числі, і належний рівень компетенції та відповідальність органу досудового розслідування та суду при вчиненні дій щодо адвоката.

З огляду на це, адвокатська діяльність, яка захищена державними гарантіями, не може бути приводом до підозри у вчиненні кримінального правопорушення, або підставою для проведення обшуку у адвокатському офісі, оскільки вона є законною де-юре (ст. 3 Закону). Порушення закону адвокатом можливе лише за умови виходу ним за межі правового поля, та вчинення дій, за які настає відповідальність (дисциплінарна адміністративна, кримінальна). У такому випадку, він діє не як адвокат, а як громадянин із спеціальним правосуб'єктним статусом.

Обґрунтування органом досудового розслідування підстав для проведення обшуку, або інших процесуальних дій, зокрема тим, що «адвокат вчинив правопорушення під приводом здійснення професійної діяльності», не витримує ніякої критики, та констатує некомпетентність представників досудового розслідування та слідчих суддів, які задовольняють клопотання сторони обвинувачення, та вчинення ними посадових злочинів щодо особи, що здійснює незалежну професійну діяльність, яка забезпечена конституційним гарантіями (ст. 59 Конституції).

Також відсутність в Ухвалі суду про задоволення клопотання сторони обвинувачення у проведенні обшуку на робочому місці адвоката інформації про те, чому виходять за межі охоронюваної законом таємниці відшукувані об'єкти які можуть свідчити по обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукані знаряддя кримінального правопорушення або майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, а особи, які розшуковуються, можуть міститися у приміщенні, яке має спеціальний статус робочого місця адвоката, свідчить про вчинення злочину суддею, або слідчим та прокурором за ст.. 365 КК України.

Слід при цьому зауважити, що орган досудового розслідування отримує доступ до адвокатського дос'є, що прямо заборонено законом.

Адвокатське дос'є це речі та будь-яка інформація, що необхідна адвокату в процесі виконання договору про надання правової (правничої) допомоги, яка зберігається у електронному або паперовому вигляді у форматі окремого цілісного масиву інформації. Адвокатське дос'є підлягає захисту від несанкціонованого доступу відповідно до закону і після припинення договору про надання правової допомоги (представництва), а відомості про його зміст та інформацію не можуть бути розголошені, розповсюджені та використані іншими способами будь-якою особою.

Розкриття таємниці адвокатського дос'є тягне за собою компенсацію, в тому числі, і репутаційних втрат адвокату винною особою.

До Національної асоціації адвокатів України звернулась адвокат Чуприна З.М. У

своєму зверненні повідомила, що 01 червня 2017 року на підставі ухвали слідчого судді Печерського районного суду м. Києва К.Е. Тарасюк був проведений обшук на офісі адвоката Ріако Євгена Олександровича за адресою: м. Харків, проспект Московський 199 д5 оф. 306. При цьому, слідчий суддя, задовольняючи клопотання прокурора, не переконалась у відповідності даних про робоче місце адвоката Чуприни З.М. за цією адресою, не навела обґрунтованих обставин втручання у законну професійну діяльність адвокатів, чим вчинила кримінальне правопорушення за ст.. 365 КК України, причинивши істотну шкоду державі, яка гарантувала діяльність адвокатів.

Як встановлено перевіркою членами Комітету НААУ заяви Чуприни З.М., під час обшуку у адвоката був вилучений мобільний телефон, який у профайлі адвоката зазначений як робочий. Телефонна книга, крім особистих контактів, містить номери телефонів клієнтів (що само по собі є адвокатською таємницею). За для можливості спілкування з клієнтами, які знаходяться поза межами України на телефоні встановлені програми Viber та Whatsapp. Внаслідок вилучення телефону адвокат позбавлений можливості нормально працювати, а клієнти позбавлені адвокатського захисту та юридичної допомоги.

Попри законодавчі приписи порядку та способів зняття інформації із телекомунікаційних засобів, у адвоката Ріако Є.А. із робочого місця було вилучено 3 телефонних апарати, ноутбук та вінчестер з комп'ютеру, що знаходився у його робочому кабінеті.

Ухвалою слідчого судді Бобовника О.В. дозволено проведення обшуку за місцем здійснення адвокатської діяльності адвоката Циганкова А. І. за адресою: м. Київ, вул.. Січових Стрільців 24 – 6, кВ. 15.

Також слідчий суддя надзвичайно широко витлумачив винятки, передбачені в статті 8 § 2 Конвенції, а в ухвалі слідчого судді немає посилання на жоден доказ щодо необхідності вдаватися до них по конкретній справі.

Разом з тим, слідчий суддя не з'ясував, а отже й не оцінив наявність підстави для застосування таких заходів «важливими» і «достатніми», і чи був дотриманий вищезгаданий принцип пропорційності застосовуваних заходів.

Слідчий суддя, надаючи дозвіл на обшук, не вказав жодного доказу, якими стороною обвинувачення обґрунтовувала своє клопотання.

Зміст та сфера застосування слідчого судді є неконкретними, абстрактними, що припускає свавілля з боку правоохоронців. Адже не визначено вичерпний перелік осіб, які вправі на виконання рішення суду проводити дану слідчу (розшукову) дію, що надає можливість безконтрольного доступу до матеріалів, які становлять адвокатську таємницю сторонніх осіб під прикриттям викладених в ухвалі словосполучень “..іншим детективам..” та “..іншим прокурорам..”.

Водночас використання в ухвалі слідчого судді щодо вилучення речей та документів під час обшуку у приміщенні адвоката словосполучень, зокрема, “інших документів та чорнових записів”, “особистих записників”, “системних блоків пер-

сональних компостерів, ноутбуків, електронних планшетів, накопичувачів на жорстких магнітних дисках, поміщених до системних блоків персональних комп'ютерів або зовнішніх (з'ємних), флеш-накопичувачів, мобільних терміналів зв'язку та інших носіїв електронної інформації сім-карток та стартових пакетів мобільного зв'язку, грошових коштів, цінностей та іншого майна..." всупереч названим положенням ст. 8 Конвенції з урахуванням практики Європейського суду з прав людини та вимогам ст. 23 Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" безпідставно надає фактично необмежені права невідновленому колу правоохоронців вилучати з адвокатського офісу будь-які предмети, речі та документи, перш за все й ті, які взагалі не мають ніякого відношення до предмету розслідування. Що є, крім наведеного, безумовно несумісним з загальними принципами свободи професійної діяльності адвокатів, встановлених Рекомендацією No. R (2000) 21 Комітету міністрів державам-учасницям про свободу професійної діяльності адвокатів (прийнятою Комітетом міністрів 25 жовтня 2000 р. на 727 ому засіданні заступників міністрів). Адже саме держава повинна вживати всіх необхідних заходів для забезпечення поваги до професії адвоката, її захисту та сприяння її свободі без дискримінації та без неналежного втручання влади чи широкого загалу, зокрема в світлі відповідних положень Конвенції.

На додаток до первісного порушення, сфера дії судового рішення на обшук адвокатського приміщення є надзвичайно широкою, що є недопустимим для будь-якого розслідування.

Нічого не може виправдати того, що професійна таємниця адвокатів може бути порушена на підставі абстрактних та загальних формулювань списку речей і документів, які можуть бути вилучені у адвоката, та які в силу специфіки адвокатської діяльності часто зустрічаються в адвокатських приміщеннях. Це означає, що слідчий суддя самоусунувся від обов'язку дуже точно визначити сферу проведення обшуку, беручи до уваги не тільки причину застосування цього заходу, але також і необхідність втручання в основні права адвокатів та їхніх клієнтів, що, судячи з обсягу списку речей та документів, які підлягають вилученню, впливало з неминучого вилучення великої кількості речей і документів, що стосуються інших клієнтів.

Таким чином, зазначений судовий документ робить гарантії адвокатської діяльності в цих справах не конкретними і ефективними, а суто теоретичними і ілюзорними, особливо з огляду на великий обсяг електронних документів та електронних листів та свідчать про повну зневагу до вимоги конфіденційності щодо кореспонденції між адвокатом і його клієнтом.

Наведені дії слідчого судді є вторгненням в сферу здійснення адвокатської діяльності, дії яких охоплюються професійною таємницею, яка є сутністю діяльності останніх (встановлення клієнтами того факту, що адвокатське приміщення не є простором, що гарантує конфіденційність, може звести нанівець роботу будь-якого Адвоката України і, отже, серйозно вплинути на професійну діяльність усіх адвокатів, у яких проводиться обшук). Такий підхід з боку окремого судді свідчить про нехтування положеннями Указу Президента України "Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини", зокрема в частині досягнення таких очікуваних ре-

зультатів, як створення дієвого інституційного механізму контролю за додержанням права на приватність; упровадження ефективної системи незалежного контролю за діяльністю правоохоронних органів у частині додержання права на приватність та мінімізації і чіткого регламентування законом випадків втручання держави у право на приватність. Натомість вказані ухвали слідчих суддів про обшуки адвокатів перешкоджають реалізації, зокрема, таких завдань визначених в Указі Президента України “Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки”, як посилення гарантій здійснення адвокатської діяльності, забезпечення доступності безоплатної правової допомоги та можуть негативно вплинути на реалізацію положень оновленої Конституції України щодо гарантування в Основному Законі незалежності Адвокатури України (ст. 131-2).

Таких ухвал слідчого судді Бобровника О.В. винесено достатньо для внесення відомостей щодо вчинення ним кримінального правопорушення за ст. 365 КК України.

ЗАСТОСУВАННЯ ФІЗИЧНОЇ СИЛИ ДО АДВОКАТА У ЗВ’ЯЗКУ ІЗ ЙОГО ПРОФЕСІЙНОЮ ПРАВОВОЮ ПОЗИЦІЄЮ У СПРАВІ СТАЛО ПОПУЛЯРНОЮ ПРАКТИКОЮ З’ЯСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВЗАЄМОВІДНОСИН У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ, ВОНА НАБИРАЄ ОБЕРТІВ У ЗВ’ЯЗКУ ІЗ ГАНЕБНОЮ ПОЛІТИКОЮ ГЕНЕРАЛЬНОЇ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ, СПРЯМОВАННОЮ НА ЗНИЩЕННЯ ПРОФЕСІЇ АДВОКАТ.

Так, наприклад оперативними працівниками Державної фіскальної служби було жорстко побито та незаконно затримано адвоката Самойленко В.В. у зв’язку з наданням правової допомоги клієнту.

Спричинено тілесні ушкодження працівниками СБУ адвокату Терновій В.О. після того, як адвокат прибула за викликом для участі у процесуальній дії, а саме проведення обшуку приміщення клієнта. Декілька чоловіків, працівників СБУ схопили жінку адвоката за руки та ноги та з силою кинули на кахельну підлогу за межі приміщення, в результаті чого адвокатом були отримані численні забої та струс мозку.

Працівниками поліції з застосуванням погроз вогнепальної зброї було побито адвоката Кононенко О.В. безпосередньо у його квартирі, куди вони увірвались, без будь яких законних підстав та ухвали слідчого судді. Метою цих побоїв та погроз було відібрати у адвоката матеріали адвокатських досьє. Звичайно, що якщо прояви насильство по відношенню до адвоката дозволяють собі працівники правоохоронних відомств, то цілком прогнозовано очікувати таку поведінку і з боку «звичайних» осіб. Таких випадків безліч. Ось де яки з них.

Так в приміщенні Апеляційного суду м. Києва, після закінчення судового засідання, будучи незадоволенні результатом судового рішення, особи, одна з яких депутат

Верховної Ради України минулого скликання. наблизились до адвоката Трофімова С.С. після чого одна з цих осіб. кинула в обличчя адвокату невідому речовину білого кольору, яка спричинила йому хімічний опік ока. За фактом спричинення тілесних ушкоджень адвокату були внесені відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, за ознаками складу злочину передбаченого ч. 2 ст. 398 КК України, однак адвокат повідомляє, що кримінальне провадження за цим фактом не здійснюється належним чином, оскільки особа нападника користуючись своїми зв'язками Народного депутата України та займаючи посаду в адміністрації Президента України всіляко блокує розслідування з метою уникнення кримінальної відповідальності.

У кінці 2016 року групою осіб було вчинено напад на адвоката Лихачова Р.Б. та спричинення йому тілесні ушкодження шляхом нанесення удару в обличчя важким предметом схожим на каскет, при цьому, вказані дії фіксувались за допомогою відео зйомки самими нападниками, що свідчить про винятковий цинізм та відчуття повної безкарності. В результаті заподіяння заявнику тілесних ушкоджень його було доставлено до Харківської лікарні швидкої та невідкладної допомоги ім. проф. А.І. Мещанінова. Адвокат вказує, що останнім часом на його адресу надходили неодноразові погрози, пов'язані з його правничою діяльністю.

На початку 2017 року, було здійснено напад та спричинено тілесні ушкодження адвокату Вербу А.П. До моменту нападу на адвоката, на його адресу надходили неодноразові погрози з боку осіб, які є протилежною стороною у справі, в якій адвокат здійснює представництво клієнта, з вимогою негайно відмовитись від подальшого надання правової допомоги. Повідомлення адвокатом органів поліції про факт цих погроз, ігнорувались, заходів забезпечення безпеки адвокату не вживалось, як наслідок адвоката було жорстко побито, при цьому під час самого побиття, зловмисники навіть не приховували той факт, що їх дії є помстою за правову позицію адвоката у справі.

Досить розповсюдженими стають випадки, коли так звані «активісти» громадських рухів, мотивуючи свої дії міркуваннями «патріотизму» вчиняють напади на адвокатів, які захищають «поганих» на їх думку клієнтів. Так у червні місяці цього року, здійснено напад на адвоката Валентина Рибіна. До нападу на адвоката, на його адресу також неодноразово надходили погрози фізичною розправою у зв'язку з захистом клієнтів.

Ситуації із застосуванням фізичної сили щодо адвокатів спричинені конфліктом інтересів, як складовою корупції у органах прокуратури та суду.

Так, ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» визначене поняття потенційного конфлікту інтересів – це наявність у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень. Та реального конфлікту інтересів – це суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень.

З огляду на прийняті органом досудового розслідування рішення, та вчинення процесуальних дій щодо адвокатів, у переважній більшості випадків, може йти мова про реальний конфлікт інтересів, враховуючи, що адвокатська діяльність пов'язана безпосередньо із процесуальною протиположною стороною обвинувачення.

При цьому, слід розрізняти статус адвоката у суспільно-правових взаємовідносинах, та його діяльність, яка забезпечена конституційними гарантіями, а тому, посягання на ці гарантії є посадовим злочином, за який настає кримінальна відповідальність. Вилучення адвокатського дос'є та інших інформаційних носіїв не допустимо з позиції не втручання у адвокатську діяльність, та є злочинним впливом на правову позицію сторони захисту у кримінальному процесі.

І якщо службові особи правоохоронних органів порушують встановлені законом гарантії діяльності адвокатів та професійної таємниці, то у таких їх діях вбачаються ознаки злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК України.

У такому випадку виникає парадоксальна ситуація: окремі представники органів досудового розслідування, покликані у відповідності до ст. 2 КПК України захищати від кримінальних правопорушень, охороняти права, свободи та законних інтересів учасників кримінального провадження, самі вчиняють злочинні дії. Нерідко такі дії носять тривалий характер, а заяви присутніх адвокатів щодо їх злочинного характеру залишаються поза увагою.

За таких обставин можливий і допустимий спосіб припинення вищезгаданих порушень закону працівниками правоохоронних органів визначено ст. 39 КК України – щодо крайньої необхідності, тобто правомірного заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам з метою усунення небезпеки, що загрожує охоронюваним законом правам людини, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо вона в даній обстановці не могла бути усунута іншими засобами і якщо заподіяна шкода є рівнозначною або менш значною, ніж шкода відвернена.

У відповідності до ч. 1 ст. 8 Правил адвокатської етики у межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнтів перед будь-якими іншими інтересами, у тому числі інтересами окремих представників правоохоронних органів.

Згідно ч. 3 ст. 6 Правил адвокатської етики адвокат зобов'язаний не допускати в своїй професійній діяльності компромісів, що впливали б на його незалежність, з метою догодити суду, іншим державним органам, третім особам або клієнту, якщо такі компроміси розходяться з законними інтересами клієнта та перешкоджають належному здійсненню адвокатської діяльності.

В стані крайньої необхідності відбувається зіткнення двох правоохоронюваних інтересів: з одного боку, правоохоронюваному інтересу безпосередньо загрожує небезпека, а з іншого боку – особа знаходиться в такому становищі, при якому єдиним засобом усунення цієї небезпеки є заподіяння шкоди так само правоохоронюваним інтересам, тобто відбувається зіткнення “права з правом”.

Право на заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності є субсидіарним (додат-

ковим) правом. Ним особа може скористатися лише в тому випадку, якщо в даній обстановці заподіяння шкоди є вимушеним, крайнім, останнім засобом усунення небезпеки. Прикладом ситуації, в якій у адвоката виникає право на заподіяння певної шкоди у стані крайньої необхідності, можуть бути злочинні дії окремих представників правоохоронних органів, пов'язані з протиправним вилученням майна, яке є об'єктом адвокатської таємниці.

ПРОТИПРАВНИЙ ДОПИТ У ЯКОСТІ СВІДКА, ПІДОЗРЮВАНОГО, ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ОБВИНУВАЧЕННЮ АДВОКАТУ ЯК МІРА ЗАХИСТУ НЕ ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ.

Статтею 65 КПК України визначений статус свідка.

Ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» 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. Притягнення до кримінальної відповідальності клієнта адвоката не може бути підставою допиту адвоката у якості свідка, таке право не віднесено до повноважень слідчого, детектива прокурора, слідчого судді або суду, та свідчить про втручання у законну професійну діяльність адвоката, та вчинення кримінального правопорушення.

Однак, випадки зловживань своїми посадовими обов'язками слідчими та прокурорами досі залишені поза увагою, та винні особи не притягнуті до відповідальності.

Зокрема, неодноразові намагання допитати НАБУ у якості свідка адвоката Андрія Циганкова, про якого вже йшла мова, з приводу конференційної інформації спілкування його з підзахисним Олександром Оніщенко.

Намагання допитати слідчим національної поліції адвоката Сторожук О.С. яка здійснювала захист підозрюваного у кримінальному провадженні, незважаючи на те, що адвокат неодноразово повідомляла про неможливість допита її у якості свідка про обставини, які стали їй відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника у кримінальному провадженні, нехтуючи прямою заборобою закону, в порушення норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та КПК України, слідчий продовжував викликати захисника на допит, погрожуючи у разі відмови, застосувати до неї привід.

Допит детективом НАБУ адвоката Кравченко І.В. Так детектив діючи умисно і протиправно, будучи повідомленим про незаконність своїх дій, допитав у якості свідка адвоката Кравченко І.В. з обставин які стали відомі заявнику в ході реалізації

своїх повноважень та надання правової допомоги. Фактичним предметом дослідження у кримінальне провадження, в рамках якого було здійснено вказану процесуальну дію є господарські правовідносини, які склались між Одеської міської радою та юридичною особою у зв'язку з укладанням договору купівлі – продажу нежитлового приміщення на підставі рішення Одеської міської ради. Саме в цей період часу адвокатом Кравченко І.В. надавалась правова допомога юридичній особі, згідно договору. Вочевидь, не маючи можливості отримати докази у передбаченому законом порядку, детектив НАБУ, не знайшов для себе іншого шляху, ніж спробувати витребувати у адвоката інформацію, яка становить адвокатську таємницю та таким чином «спростити» собі роботу.

Численні спроби допиту ГПУ адвоката Лисенко С.М., якого крім цього, як і адвоката Коротюка М.Г., орган досудового слідства вважає членом злочинної організації у зв'язку з тим, що адвокат здійснює захист підозрюваного у кримінальному провадженні.

При цьому неодноразові звернення НААУ та Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності з повідомленням про неприпустимість таких дій та вимогою притягнути слідчих до відповідальності, мали наслідком письмові відповіді приблизно однакового змісту, про те, що слідчий начебто мав намір допитати адвоката, про відомості, які не мають відношення до адвокатської таємниці.

ОТОТОЖНЕННЯ АДВОКАТА І КЛІЄНТА.

Відсутність цивілізованого підходу до своєї професійної діяльності правоохоронцями спричиняє перенесення конфлікту на вилицю, залучення до нього громадськості, внаслідок чого адвокат зазнає фізичних ушкоджень, або може бути позбавлений життя.

Так, у справі вбитого адвоката Ю.Л. Грабовського органом досудового розслідування досі не прийнято процесуальне рішення з приводу відеозапису, який опубліковано в пресі Головним військовим прокурором України Матіосом А.В.,. З нього слідує, що адвокат Грабовський Ю.Л., перебуваючи під примусом, та, будучи неспроможним діяти у інший спосіб, по причині залежності від сторонніх осіб, заявив відмову у наданні правової допомоги клієнту О. Александрову. Після чого адвоката було вбито. Інакше кажучи, було здійснено вбивство захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги. Чинний кримінальний закон кваліфікує такі діяння за ст.. 400 КК України.

Однак, у відповідь на законні вимоги на досудовому слідстві представників потерпілої Ольги Грабовської адвокатів Євгена Солодко, Андрія Циганкова, Олександра та Олену Дроздових, Михайло Гончарова, Ганну Колесник, Діану Назаренко, Олександра Вольвака та інші не були допущені Генеральною прокуратурою України до виконання своїх обов'язків. Тобто, прокуратурою без будь-якого свідомого обґрунтування не визнані професійні права адвокатів – представників потерпілої, та самої потерпілої у кримінальному процесі.

Не поодинокі випадки не допуску адвокатів, які уклали угоду із родичами особи, яка перебуває під вартою Є випадки, коли слідчі мотивують не допуск адвоката внаслідок відмови підозрюваного, який утримується під вартою, від зустрічі з адвокатом. Така практика є не допустимою.

До осіб, яка мають право взяти на себе захист закон відносить адвоката, тобто, особу, відомості про яку внесені у Єдиний реєстр (ст. 45-46 КПК).

З аналізу цих статей, законодавець розуміє адвоката як особу, ЩО ВЗЯЛА НА СЕБЕ ЗАХИСТ, тобто, з переліку учасників процесуальної дії виключено особу, що уповноважила адвоката на захист. У статті 49 КПК закон використовує термін «прохання», який не є ні клопотанням, ні заявою, тобто, процесуальною формою спілкування підозрюваного (обвинуваченого) з органом досудового розслідування, слідчим суддею, чи судом. Тобто, з проханням підозрюваний (обвинувачений) може звернутися до будь-кого в будь-якій формі, усній, чи письмовій. Клопотання, як форма звернення до органу, що провадить досудове розслідування, слідчого судді, чи суду, стосується осіб, які діють в інтересах підозрюваного (обвинуваченого) за альтернативним варіантом його наступній згоді.

Орган досудового розслідування помилково трактує закон, вимагаючи від адвоката погодження в письмовій формі підзахисного у процесі допуску адвоката до виконання ним своїх професійних обов'язків.

За логікою КПК (ст.50) адвокат повинен надати органу, що провадить досудове розслідування, свої повноваження: свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю; ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Стороною у договорі про надання правової допомоги законодавець визначає або державу, або підозрюваного (обвинуваченого), або інших осіб (ст.51 КПК). На підстави та умови укладення договору з адвокатом розповсюджуються загальні норми ЦК України, та спеціальні, передбачені законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність (ст.15 ПАЕ).

Наступна згода підозрюваного (обвинуваченого), як це визначено ст.. 51 КПК після укладення договору про надання правової допомоги особами, які діють у його інтересах, може бути виражена у відсутності заперечень на заявлені адвокатом клопотання, заяви, у відсутності відмови від захисника за процедурою ст.54 КПК. При цьому, строк, у який ця відмова може бути висловлена, законом не встановлений.

А тому, відсутність письмової відмови від адвоката у його присутності є не визнанням його професійних прав.

Так, професійне право адвоката відноситься до категорії нематеріальних прав, яке визначено нормою матеріального права – ст. 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Це право реалізується через аналогічну систему процесуальних прав, які викладені у нормах процесуального права (КПК, ЦПК, ГПК), інших нормах права.

Професійні права адвоката, насамперед, відображають унікальну специфіку адвокатської діяльності у межах декларованих повноважень. Ця специфіка має державні гарантії захисту. Особливі державні гарантії стосуються кримінального процесу.

Аналізуючи специфіку захисту професійних прав у адвокатській діяльності, слід звернутися до загальних принципів правосуддя в Україні:

- законність,
- рівність учасників,
- діспозитивність,
- об'єктивність.

Ці принципи є об'єднуючими для будь-якого судового процесу, та декларують поле, у якому діє адвокат.

До специфіки адвокатури слід додати принцип представництва та професійної відповідності.

З огляду на вказане, професійні права адвоката, особливо у кримінальному процесі, повинні бути урівноважені у сфері компетентних представницьких можливостей, з урахуванням правозастосовної позиції адвоката, створення умов для реалізації професійних прав.

Разом із тим, не визнання професійних прав адвоката, не розуміння ролі адвоката у кримінальному процесі призводить до порушення прав людини, за дотримання яких України узяла на себе зобов'язання перед міжнародною спільнотою.

Прокурор у обґрунтуванні підозри адвоката Чибірдіну О.В., статус якого – діючий адвокат – про вчинення злочину, передбаченого ч. 4 ст. 190 КК, ч. 4 ст. 187 КК, ч. 1 ст. 14 + ч. 2 ст. 187, не послався на обставини факту участі підзахисного у вчиненні злочинів, тобто, у Підозрі відсутня така ознака кримінального правопорушення, як ДІЯННЯ, яка є обов'язковою ознакою даного складу.

Так, ст. 23 Закону України Про адвокатуру та адвокатську діяльність визначені державні гарантії адвокатської діяльності.

Зокрема, п. 1 ч. 1 цього закону визначає пряму заборону у втручання у адвокатську діяльність. Пунктом 16 забороняється ототожнення адвоката з клієнтом.

З огляду на вказані імперативні заборони, органу досудового розслідування, а прокурору під час процесуального керівництва слід було з'ясувати, та вказати у процесуальному документі, чи були особи, які підозрюються у незаконному заволодінні майном потерпілих. клієнтами адвоката Чибірдіна О.В. Якщо так, то чи не є його дії реалізацією професійних прав адвоката, які помилково сприйняті досудовим розслідуванням як злочинна діяльність.

Тривала політика ототожнення адвоката з клієнтом у даній справі призвела до

того, що адвокатська діяльність сприйнята органом досудового розслідування як злочинна, не зважаючи на ту обставину, що вона є законною де юре та де факто, та гарантована державою.

Так, наприклад досить відомою є ситуація з адвокатом Андрієм Циганковим, який здійснював захист Олександра Онищенко у зв'язку з чим, Національне антикорупційне бюро України провела обшук офісу адвоката, а також публічно на своєму сайті заявила про причетність захисника до злочину, та причетності к так званим «газовим схемам» Онищенко, при цьому презумпція невинуватості, та відсутність рішення суду, яке вступила в законну силу і яким були б встановлені обставини участі адвоката у кримінальному правопорушенні-НАБУ до уваги не бралось. За допомогою «гучних» заголовків на офіційному ресурсі органу досудового слідства, НАБУ «виправдовувало» своє втручання в правомірну діяльність захисника та маніпулювало суспільною думкою, дискредитуючи адвоката Циганкова А.І.

Не менш одіозними діями НАБУ по відношенню до гарантій адвокатської діяльності, було обшук, затримання та подальше обрання адвокату Олександрю Сергієнко запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, при цьому детектив НАБУ в обґрунтуванні клопотання про обрання запобіжного заходу, мотивував причетність адвоката до вчинення злочину тим, що останній здійснював юридичне представництва та надавав юридичні консультації та поради, тобто виконував свої професійні обов'язки передбачені Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

В подальшому, у однієї з резонансних кримінальних справ за обвинуваченням колишніх працівників спец підрозділу «Беркут», захист яких здійснюється адвокатом Горошинським О.О. Головний військовий прокурор України Анатолій Матіос під час свого публічного виступу на телебаченні, коментуючи діяльність захисника у справі, заявив, що «вмазав би йому в пику», щоб він «умився юшкою», при цьому у відповідь на звернення Національної асоціації адвокатів України з приводу неприпустимості таких висловів високпосадовцем, Генеральна прокуратура України, повідомила, що Анатолій Матіос під час цього вислову діяв не як Головний військовий прокурор, а як звичайна людина, а отже не вбачає в його діяч не яких порушень законодавства. Що зовсім не здивовує, з огляду на вислови самого Генерального прокурора Юрія Луценко під час засідання Комітету Верховної Ради України на адресу захисника Вадима Новинського адвоката Олега Татарова

«якого Юрій Луценко безсоромно в присутності преси та інших високо посадовців обізвав «сукою неправославною, ментівською конченою сукою». Вимога НААУ принести публічне вибачення перед адвокатурою України за негідну поведінку, Юрієм Луценко було проігноровано, порушень законодавства у висловах Генерального прокурора, ГПУ також не вбачає.

Ситуація з отождненням адвоката з клієнтом, також мала місце у випадку з адвокатом Коротюком М.Г.у якого ГПУ провело низку обшуків за адресою проживання та робочим місцем. ГПУ фактично обвинувачує адвоката у тому, що він здійснював та здійснює свої професійні обов'язки по захисту прав та законних інтересів свого

клієнта. Вважаючи клієнта адвоката, членом «злочинної організації», сторона обвинувачення автоматично вважає таким же членом «злочинної організації» й адвоката Коротюка М.Г. оскільки він є його захисником.

ПОРУШЕННЯ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ЗНЕЦІНЕННЯ ПРОФЕСІЙНИХ ПРАВ АДВОКАТА ДЕЯКИМИ ОРГАНАМИ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ.

Останнім часом особливо актуальні позиції регіональних органів адвокатського самоврядування, адже вони формують практичне бачення професії адвокат, її роль у суспільних взаємовідносинах. І не рідко трапляються випадки, коли до дисциплінарних палат регіональних КДКА приходять адвокати, які психологічно залишаються прихильниками своєї професійної діяльності, наприклад, у органах прокуратури. У таких випадках колеги при розгляді дисциплінарних справ сприймають адвоката як процесуального противника, а тому, не переймаються його професійною тактикою та стратегією у кримінальних справах, та наслідками його дій для клієнта.

Як приклад – справа адвоката Олега Веремієнка.

У обґрунтування позиції Дисциплінарної палати КДКА Київської області щодо відкриття дисциплінарного провадження проти адвоката О. Веремієнка покладено наступне: «16 лютого 2017 р. до КДКА Київської області надійшов лист слідчого в особливо важливих справах Генеральної прокуратури України з викладенням обставин справи. У володінні адвокатів проводився обшук. До них виїхали чотири представники Комітету захисту прав адвокатів Ради адвокатів міста Києва. Від Комітету захисту професійних прав адвокатів та реалізації гарантій адвокатської діяльності прибув адвокат О. Байдик. Вони там вже працювали, фіксували проведення слідчої дії і порушення.

Прийшов О. Веремієнко, на місці уклав договір надання правової допомоги з і почав надавати їй допомогу, в ході якої поводився провокаційно, викидав пакети з доказами з рук слідчого, викликав поліцію, заявив, що слідчі вчиняють пограбування адвокатського офісу. На думку скаржника такою поведінкою адвокат порушив етичні правила професії.»

Голова Палати щиро вважає, що провокативність дій адвоката полягає у викликах ним поліції, заяв про те, що слідчі вчиняють пограбування адвокатського офісу, та, у світлі порушення цими ж слідчими гарантій адвокатської діяльності, Є. Лісніченко надає статус ДОКАЗІВ, які викидав із рук слідчого колега, вилучену, до речі, не законно, без Ухвали суду, оргтехніку із робочого місця адвоката. Адвокат, на противагу висновкам КДКА, є також суб'єктом кримінального процесу, як громадянин, відносно якого вчиняється правопорушення. І він має право на виклик поліції, та затримання особи, яка вчиняє таке правопорушення.

З аналізу ситуації вбачається наступне.

З моменту укладення угоди із клієнтом на адвоката розповсюджуються не тільки норми цивільного права у частині виконання умов договору, а і норми ПАЕ, які трактуються самоврядними дисциплінарними органами, переважно, у контексті ситуації, яка викладена у скарзі на адвоката.

Тому, ДП КДКА зобов'язана аналізувати усю ситуацію у цілому, практично ставати на місце адвоката, і у своєму рішенні вказувати, як він повинен був діяти у даній ситуації.

При цьому, з метою дотримання гарантій адвокатської діяльності, та не втручання у роботу адвоката, як рекомендовано РАУ у своїх рішеннях з приводу дисциплінарного розгляду справ, достамено з'ясовувати які правові та етичні наслідки для клієнта стали наслідком дій адвоката.

Також необхідно визначитись, чи процес розгляду дисциплінарної справи щодо адвоката ґрунтується на диспозитивності та рівності учасників дисциплінарного процесу, чи на інших процесуальних принципах, аби створити для адвокатів та скаржників зрозумілі умови.

У справі щодо адвоката А дисциплінарна палата не переконалась, чи дійсно клієнт мав претензії до адвоката, чи необхідність звернення до КДКА спровокував адвокат З, мотивуючи необхідність написання скарги на адвоката з результатами розгляду щодо Клієнта кримінальної справи. Як було з'ясовано, адвокат З переконав скаржника, що факт написання скарги вплине на міру покарання.

Тобто, регіональні КДКА не повинні бути інструментом під час захисту сумнівних інтересів скаржників, а у деяких випадках, і для більшої аргументації обвинувачення, висунутого адвокату органом досудового розслідування, як це є у справі О.Веремієнка.

З огляду на викладене, вбачається, що практика не визнання професійних прав адвокатів, та грубе порушення гарантій адвокатської діяльності стало політикою Генеральної прокуратури України, та деяких судів. А тому, деякі слідчі судді та представники сторони обвинувачення практикують вчиняти більше кримінальних правопорушень, ніж ті, які ними розслідуються.

При цьому, регіональним дисциплінарним органам слід усвідомити, що у адвоката, окрім професійних прав та обов'язків є іще і громадянський обов'язок затримати злочинця у момент, коли він вчиняє кримінальне правопорушення. У момент пограбування офісу адвоката особою, навіть і з спеціальним статусом слідчого, детектива, або прокурора, адвокат не зобов'язаний виконувати функцію статиста Бо вихід за межі правового поля особою, яка наділена таким статусом, не дозволяє адвокату реалізувати свої професійні повноваження. Адвокатська діяльність, яка де-юре та де-факто правомірна, існує лише у межах правового поля. Інакше адвокату доводиться приймати складні для себе рішення, і діяти або як громадянин – тоді він несе відповідальність як громадянин, або виконує функцію уповноваженого від імені клієнта, та діє як представник (захисник), тоді він підпадає під ПАЕ. У будь-якому випадку, враховуючи ситуацію у країні, яка пов'язана із зневагою до закону, адвокату ці рішення доводиться приймати доволі часто, та дисциплінарні органи зобов'язані

аналізувати ситуацію у цілому, а не висмикувати факти, та підганяти їх під ПАЄ. Ради регіонів є процесуальними суб'єктами, які вправі звертатися до дисциплінарних судових та прокурорських інстанцій з вимогою винести відповідне рішення, або вимагати внесення відомостей до ЄРДР.

Не визнання правоохоронними органами та судом професійних прав адвоката, як незалежної та гарантованої Конституцією та законами України професійної діяльності носить постійний та системний характер, що призводить до порушення її гарантій. Не визнання прав адвоката та виражено у наступному.

1.Адвокати піддаються кримінальному переслідуванню у зв'язку із своєю професійною діяльністю, що є наслідком конфлікту інтересів сторін у кримінальному провадженні.

2.Держава у особі вищих посадових осіб правоохоронних органів допускає щодо представників незалежної професійної діяльності публічно образливі вислови, використовуючи при цьому свій статус та процесуальне положення.

3. Більшість звернень Комітету захисту прав та гарантій адвокатської діяльності залишені без належного реагування звернення щодо не визнання професійних прав адвокатів, та порушення гарантій проф. діяльності не усунуті.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 30.09.2009 № 23 – рп/2099 (справа 1-23/2009 за конституційним зверненням громадянина Голованя І.В. щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) положення частини першої статті 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу» треба розуміти як гарантовану державою можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує.

А тому, держава повинна забезпечити реалізацію права людини на правову допомогу, та створити необхідні умови для реалізації державних гарантій професійної адвокатської діяльності.

Якщо ми втратимо найбільш демократичний інститут у країні – адвокатуру – ми втратимо і державність.

ЗМІСТ

Застосування фізичної сили до адвоката	8
Протиправний допит у якості свідка, підозрюваного, пред'явлення обвинуваченню адвокату як міра захисту не законних інтересів фізичних та юридичних осіб	11
Ототожнення адвоката і клієнта	13
Порушення гарантій адвокатської діяльності, знецінення професійних прав адвоката деякими органами адвокатського самоврядування.	16