

ВИСНОВОК **на проект Закону України «Про адвокатську діяльність»**

Законопроектом пропонується врегулювати відносини, пов'язані з адвокатською діяльністю, та визначити правові основи функціонування адвокатури в Україні.

Законопроект, який розглядається, практично повністю співпадає з редакцією законопроекту № 2677 від 06 грудня 2006 р., який подавався на розгляд Верховної Ради України V скликання. Незважаючи на значну кількість принципів зауважень управління, що висловлювалися нами до цього проекту, в проекті, що розглядається, вони не враховані. Виходячи з цього, управління вважає за необхідне повторити свої зауваження.

Зауваження і пропозиції загального характеру

1. Можливість утворювати адвокатські об'єднання на підставі адвокатського самоврядування передбачалась у законопроектах, які раніше подавались на розгляд Верховної Ради України (№ 7051, 7051-1, 7051-2). Але в жодному із цих проектів не вдалося вирішити проблему фактичного примушування до вступу в це об'єднання, яке обумовлено обов'язковістю членства адвокатів у цій організації.

В проекті, про який іде мова, вступ адвокатів у певні об'єднання є обов'язковим, передбачається автоматичне набуття членства у Всеукраїнській палаті адвокатів України (ст. ст. 12, 43, 50), запроваджуються обов'язкові членські внески адвокатів, які спрямовуються на фінансування діяльності органів адвокатського самоврядування (ст. ст. 45, 47, 51 проекту). Органам самоврядування (регіональним кваліфікаційним і регіональним дисциплінарним комісіям адвокатів, Всеукраїнській палаті адвокатів тощо) проектом надається право:

- приймати рішення про присвоєння статусу адвоката та видачу Свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, про зупинення, поновлення або припинення дії Свідоцтва (ст. ст. 10-13, 31-33, 38-42, 56-58 та ін.), затверджувати форму Свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю та форму посвідчення адвоката (ст. 47);

- створювати регіональні кваліфікаційні та регіональні

дисциплінарні комісії, від яких залежить, чи витримає кандидат кваліфікаційний іспит, чи буде на нього накладено дисциплінарне стягнення (ст. ст. 44, 56-58 та ін.);

- вести Єдиний реєстр адвокатів України (ст. ст. 8, 14);
- затверджувати Положення про дисциплінарне провадження щодо адвоката, яке визначатиме порядок та умови застосування щодо адвоката дисциплінарних стягнень (ст. 47) тощо.

Отже, замість утворення певних об'єднань адвокатів з членством, заснованим на добровільних засадах проектом передбачається створення досить значного бюрократичного апарату "органів адвокатського самоврядування", тягар утримання якого повністю покладається на адвокатів. Результатом цього може стати підвищення розміру плати за проведення кваліфікаційних іспитів, плати за видачу Свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, а відтак і збільшення вартості послуг, які надаються адвокатами.

Окрім цього, надання певній особі статусу адвоката є функцією, яка скоріше має бути віднесена до компетенції державних органів. Відповідно до цього і повноваження щодо видачі документа, який засвідчує цей статус, повинні належати державі. Так само державними органами має прийматись рішення про позбавлення особи статусу адвоката. Представникам адвокатської спільноти, звичайно ж, повинна бути надана можливість брати участь у відповідних процедурах, однак передача самим адвокатам права вирішення цих питань і повне усунення від них держави виглядає невиправданим кроком.

Обов'язковість членства адвокатів у Всеукраїнській палаті адвокатів України, на нашу думку, не в повній мірі узгоджується з чинним законодавством, оскільки:

1) обов'язкове членство всіх адвокатів у цій організації суперечить ст. 36 Конституції України;

2) згідно зі ст. 20 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., ніхто не може бути примушений вступати до будь-якої асоціації;

3) відповідно до пунктів 23 і 24 "Основних положень про роль адвокатів", прийнятих Восьмим Конгресом ООН по запобіганню злочинам 1 серпня 1990 р.: "адвокати, як й інші громадяни, мають право на **вільне** об'єднання в асоціації та організації. Зокрема, вони мають право створювати місцеві, національні і міжнародні організації та відвідувати їх збори без побоювання обмеження професійної діяльності з причин їх законних дій або членства в організації, дозволеній законом".

Не зайвим буде послатися на практику Європейського суду з прав людини, який в своєму рішенні від 29 квітня 1999 р. у справі "Шассанью та інші проти Франції" визнав порушенням статті 11 Європейської конвенції з прав людини законодавче зобов'язання особи приєднатися до асоціації всупереч її бажанню. Судом встановлено в цій справі, що було допущено втручання у "негативне" право на вступ в асоціацію, тобто право не входити в об'єднання всупереч власній волі. Суд також

визнав порушенням відсутність у членів асоціації жодного реального шансу для припинення їхнього членства в цій асоціації.

Обов'язкове членство зв'язує адвоката адміністративними путями і може бути засобом тиску на адвоката, що неприпустимо з точки зору механізмів забезпечення і реалізації прав, свобод та законних інтересів людини. Тому членство в адвокатурі має бути побудоване на стимулах (стимулюючий підхід), таким чином, щоб адвокати самі прагнули стати членами громадського об'єднання адвокатів України.

Виходячи з зазначеного, об'єднання адвокатів може бути створене лише на **добровільній основі**. Закон може передбачити відповідні стимули для того, щоб адвокати вступали в це об'єднання, але не важелі примушування їх до такого вступу.

Законопроектом не враховано, що на адвокатську діяльність мають право також і адвокати, які не є членами адвокатського об'єднання.

2. Проектом визначено ордер як письмовий документ, що підтверджує наявність повноважень адвоката з надання правової допомоги. Слово «ордер» латинського походження (ordo (ordinis)) і використовується в різних значеннях: наказ, письмове розпорядження, документ на отримання (здобуття) або видачу чого-небудь, розрахунковий документ.

За своєю правовою природою, в контексті цього законопроекту, ордер є документом, за яким адвокатське утворення на підставі договору про надання правової допомоги між ним (адвокатським утворенням) та клієнтом доручає конкретному адвокату, який є членом цього утворення, представляти інтереси клієнта та надавати йому правову допомогу. Виходячи з цього, оформлення ордеру адвокатом, який працює індивідуально, стає алогічним, оскільки у цих випадках адвокат фактично має видати ордер сам собі.

Договір про надання правової допомоги є різновидом договору доручення. Стаття 1007 Цивільного кодексу України передбачає обов'язок довірителя видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених договором доручення. Отже, клієнт у необхідних випадках має надавати довіреність, і саме на її підставі (а не на підставі ордеру) мають діяти адвокати, які працюють індивідуально.

В законопроекті використовується некоректне висловлювання «статут адвокатського самоврядування». Самоврядування – це форма управління, за якого суспільство, певна організація, господарська чи адміністративна одиниця тощо має право самостійно вирішувати питання внутрішнього керівництва. Статут – це зведення правил, що визначають завдання, структуру, функції та порядок діяльності якої-небудь установи, організації і т. ін., а не форму управління як таку. Тому це висловлювання слід відкоригувати.

Зауваження і пропозиції до окремих положень проекту

До статті 1

1. У визначенні терміну «адвокат» не підкреслено особливого статусу фізичної особи, яка займається адвокатською діяльністю, тобто можна зробити висновок про те, що адвокатською діяльністю може займатись будь-яка фізична особа. Така редакція визначення цього терміну в певній мірі суперечить змісту статті 9 законопроекту.

2. На наш погляд, слово «правозахисний» у визначенні терміну «адвокатура України» доцільно вилучити.

3. Частина 6 Розділу IX «Прикінцеві та перехідні положення» законопроекту підкреслює, що адвокатська діяльність не є підприємницькою. В той же час термін «правова допомога» визначається як послуга правового характеру. Але надання послуг є характерною ознакою саме підприємницької діяльності. Очевидна суперечність між різними положеннями проекту. Доцільно словосполучення «послуга правового характеру, щодо» замінити словосполученням «заходи, спрямовані на».

До статті 2

1. Частина 3 статті закріплює, що адвокат має право здійснювати адвокатську діяльність за кордоном згідно з міжнародними договорами України. Але цей припис не можна визнати прийнятним. Така редакція цієї частини обмежує право адвокатів, які зареєстровані в Україні, на представництво інтересів, наприклад, юридичних осіб, які здійснюють зовнішньоекономічну діяльність. Так, у разі виникнення спору щодо неналежного виконання іншою стороною вимог договору адвокат не зможе надати відповідну правову допомогу цій юридичній особі в судових інстанціях іноземної держави за умови відсутності відповідного міжнародного договору. В умовах подальшої інтенсивної інтеграції України на міжнародний ринок подібний припис не можна визнати позитивним і правильним, більш того, він може завдати шкоди інтересам довірительів. Крім того, в деяких випадках укласти такий договір взагалі може бути неможливо, наприклад в разі необхідності представляти інтереси клієнта в будь-яких міжнародних організаціях та установах. Представляється, що необхідність існування таких договорів не є обов'язковою.

Яскравим прикладом на підтвердження цього буде розгляд позову кіпрської компанії "TMR Energy Limited" до Фонду державного майна України, на забезпечення якого органами виконавчої влади канадської провінції Нью-Фаундленд в червні 2003 року було заарештовано літак Ан-124-100 "Руслан" державного підприємства Київського АНТК імені Антонова. Справа розглядалась в Стокгольмському арбітражному суді. В разі прийняття цього законопроекту представництво інтересів такого підприємства, як Київський АНТК імені Антонова, у подібних ситуаціях будуть здійснювати адвокат(и) (згідно з вимогами ч. 4 статті законопроекту), а не юридична служба цього підприємства. Але таке представництво потребуватиме наявності трьох міжнародних договорів з Кіпром, Швецією та Канадою. Між тим даний спір

було позитивно для України розглянуто на базі існуючого процесуального законодавства цих країн.

2. Суть змін, які передбачені частиною 4 статті, полягає в тому, щоб передбачити право і навіть обов'язок відповідних осіб користуватися правовою допомогою виключно адвокатів, тобто осіб, які набули визначеного проектом спеціального статусу, який надає їм право здійснювати адвокатську діяльність.

Фактично в проекті йдеться про встановлення монополії адвокатів у питаннях надання правової допомоги відповідним особам при здійсненні кримінального, цивільного, адміністративного, господарського судочинства, при відбуванні особами кримінальних покарань і таке інше.

Запропоновані проектом зміни до чинного законодавства з питань надання правової допомоги суперечать вимогам ст. ст. 22 та 59 Конституції України, які гарантують а) право кожного бути вільним у виборі захисника своїх прав і б) неможливість звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів, а також не відповідають вимогам міжнародно-правових актів, які передбачають право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або через вільно вибраного ним на власний розсуд захисника з-поміж юристів, які можуть надати ефективний правовий захист. Ці положення міжнародно-правових актів щодо права фізичної особи на захист від обвинувачення відтворені у положеннях ч. 1 ст. 59 Конституції України, які закріплюють право кожної фізичної особи на правову допомогу і право вільного вибору захисника з метою захисту від обвинувачення.

Конституційний припис «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» (ч. 1 ст. 59 Конституції України) закріпив право будь-якої фізичної особи на правову допомогу і за своїм змістом цей припис є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, а й інших фізичних осіб, яким гарантується право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів не лише у кримінальних, але й у цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносинах. Право на захист, зокрема, може бути реалізоване фізичною або юридичною особою у цивільному, господарському, адміністративному і кримінальному судочинстві.

Про загальний характер положень ч. 1 ст. 59 Конституції України свідчить ч. 2 ст. 63 Конституції України, яка окремо закріплює в кримінальному судочинстві право підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного на захист.

Про невідповідність Конституції України (неконституційність) зазначених положень проекту, якими обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, зазначено і в Рішенні Конституційного Суду України

від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 по справі № 1 – 17/2000 (справа про право вільного вибору захисника).

До статті 3

1. Пункт 5 ч. 1 статті після слів «надання або» доцільно доповнити словом «безпідставна». В наданні інформації на запит адвоката може бути обґрунтовано відмовлено в деяких випадках (наприклад, в наданні конфіденційної інформації або інформації, яка містить в собі державну таємницю, або інших випадках, передбачених законом).

2. У ч. 5 статті заяви адвоката в засобах масової інформації потрібно пов'язати з виконанням його обов'язків щодо надання правової допомоги довірителю. В протилежному випадку в разі прийняття такого положення може скластись ситуація, коли адвоката не можна буде притягнути до відповідальності за публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади.

До статті 4

Ч. 5 слід або вилучити, або викласти окремою статтею, оскільки назва даної статті не відповідає змісту цієї частини. Дані органів дізнання та досудового слідства, які стали відомі адвокату під час здійснення ним адвокатської діяльності, не можуть розцінюватись як адвокатська таємниця. Загалом же відповідне питання є предметом регулювання процесуального законодавства і дублювання в цьому законі не потребує.

До статті 5

В цій статті здійснено спробу за допомогою правових норм врегулювати поведінку людей, що регулюється іншими соціальними нормами (моральними, етичними і т. ін.). Але така ідея є хибною. Врегулюванню правовими нормами підлягає тільки правова поведінка (діяльність). Питання моралі та етики не є предметом правового, і зокрема законодавчого регулювання. В зв'язку з цим цю статтю слід вилучити.

До статті 9

1. Припис про необхідність проходження стажування особою, яка претендує на посаду адвоката, викликає сумнів. Адже особа, про яку йде мова, уже має вищу юридичну освіту та стаж роботи за спеціальністю юриста не менше двох років. Відтак, можливі ситуації, коли особа, яка 15 або більше років працювала на відповідній посаді як юрист (суддя, прокурор, слідчий, нотаріус, головний консультант Комітету Верховної Ради України тощо) і має намір стати адвокатом, буде проходити «стажування» у особи, яка працює адвокатом 7 років.

Особам, які мають значний стаж юридичної практики, потрібно надати можливість набувати статусу адвоката без проходження стажування.

Слід також мати на увазі, що адвокат з об'єктивних причин не може бути спеціалістом «широкого профілю» (знавцем в у всіх галузях права), а тому звичайною практикою є спеціалізація адвокатів. Отже,

додаткове стажування формально може додати якогось досвіду, але, з іншого боку, виглядає як одна із штучно створених перешкод для поповнення адвокатського корпусу. Може скластися і так, що у період стажування особа спеціалізувалась з одних питань, а у подальшому їй випаде працювати у зовсім іншій сфері. Тоді виявиться, що стажування загалом було невиправданим.

З огляду на зазначене, стажування є явно зайвим.

Можливо, слід взяти до уваги і законодавство та досвід деяких європейських держав, в яких адвокатом може бути будь-який громадянин відповідної держави, який є університетським викладачем права (вимоги щодо складання кваліфікаційного іспиту та стажування до таких осіб не висуваються).

2. Позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю може бути застосовано як міра кримінального покарання або дисциплінарного стягнення. В обох випадках цей захід є обмеженим у часі. Редакція пункту 5 ч. 3 статті законопроекту дозволяє трактувати цей припис так, що особа позбавляється права на заняття адвокатською діяльністю назавжди. Такий підхід не можна визнати правильним, особливо з огляду на вимоги **пункту 1 ч. 1 статті 33 законопроекту**, яким передбачається позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю за власним бажанням при поданні письмової заяви. Якщо буквально дотримуватись цих приписів, то після написання такої заяви особа назавжди позбавляється права на заняття адвокатською діяльністю, а це не узгоджується з вимогами статті 43 Конституції України, якими гарантується право вільно обирати професію та рід трудової діяльності.

До статті 16

1. На нашу думку, немає правових підстав для існування Положення, яким би регулювалась діяльність адвоката, який утворив адвокатський кабінет.

2. Ч. 3 статті містить в собі імперативну норму щодо відкриття адвокатом рахунків в банках, необхідності мати печатку. Проте, на нашу думку, ця норма повинна бути диспозитивною, тобто адвокат повинен мати право на відкриття рахунку, але не повинен зобов'язуватись робити це в обов'язковому порядку.

До статті 17

У статті не в повній мірі визначено правовий статус адвокатського бюро, зокрема незрозуміло чи можна відносити бюро до суб'єктів господарювання, між ким будуть укладатись договори про надання правової допомоги: з бюро чи з адвокатом, який його заснував. Також не визначено, за рахунок яких фінансових надходжень буде існувати подібне утворення. Від вирішення цих питань залежать порядок оподаткування, пенсійного забезпечення та інші питання.

До статті 18

1. В статті передбачається існування такої форми адвокатської діяльності, як адвокатське об'єднання, яке є юридичною особою. Але положення цієї статті не відповідають вимогам статті 87 Цивільного

кодексу України, яка закріплює, що установчим документом товариства є затверджений учасниками статут **або** засновницький договір. Законопроектом же вимагається існування статуту і, одночасно з цим, укладеного між адвокатами партнерського договору. Взаємовідносини між адвокатами, які укладають партнерський договір, регулюються главою 77 Цивільного кодексу України і не вимагають утворення юридичної особи. Але такої організаційно-правової форми діяльності для адвокатів законопроект взагалі не передбачає.

2. Окрема вимога саме в цій статті щодо реєстрації адвокатського об'єднання та внесення даних про це до Реєстру дає підстави зробити висновок про те, що утворення адвокатського бюро (ст. 17 законопроекту) реєструвати та вносити до Реєстру не потрібно, що навряд чи відповідає дійсності. Крім того, не зрозуміло про який саме Реєстр йдеться.

До статті 19

Відповідно до вимог ст. 11 Закону України «Про об'єднання громадян» засновниками громадських організацій можуть бути громадяни України, громадяни інших держав, особи без громадянства. Адвокатське об'єднання як юридична особа не має права виступати засновником громадських організацій.

До статті 23

Пункт 6 ч. 1 статті законопроекту після слова «договору» доцільно буде доповнити словами «про надання правової допомоги».

До статті 24

Умови оплати праці адвоката та фактичні видатки, пов'язані з виконанням доручення щодо надання правової допомоги, можуть бути досить різноманітними. Пункти 4 і 5 частини 4 статті не охоплюють всі можливі варіанти, наприклад, не врахована можливість повної передоплати або оплати гонорару адвоката частками і таке інше. За таких умов пропонуємо вилучити вказані пункти, а замість цього доповнити пункт 2 частини 4 статті словами «або не виконує його інші істотні умови» (варіант: «або не виконує його інші істотні умови, в тому числі щодо оплати праці адвоката»)

До статей 25, 28

1. Доцільно було б доповнити статтю 25 окремою частиною, в якій передбачити оплату праці адвоката за фактично виконану роботу в разі дострокового або одностороннього розірвання договору про надання правової допомоги.

2. Положення ч. 4 статті 25 є декларативними і потребують уточнення і конкретизації. Навіть якщо мінімізувати всі відрахування і обмежити їх тільки відрахуваннями до Пенсійного фонду України та податку з доходів, все одно сума відрахувань буде значно більшою, ніж задекларований мінімум, який не повинен перевищувати 30 відсотків. В той же час **стаття 28** законопроекту передбачає, що оподаткування адвокатської діяльності здійснюється відповідно до чинного законодавства.

До статей 26, 27

Частини 2, 3 статті 26 та частини 3, 4 статті 27 фактично дублюють одна одну. Пропонуємо виключити частини 3, 4 статті 27.

До статті 29

1. У статті в значній мірі відтворюються процесуальні права адвокатів, які передбачені відповідним процесуальним законодавством, що, на наш погляд, робити недоцільно. Дублювання одних і тих саме норм у різних законах буде ускладнювати їх застосування та подальше вдосконалення.

2. В пункті 2 частини 2 статті потрібно передбачити обмеження в отриманні відомостей та документів, які містять державну, іншу охоронювану законом таємницю або конфіденційну інформацію.

3. Пункт 9 частини 2 статті після слів «державної таємниці» доцільно буде доповнити словами «або іншої охоронюваної законом таємниці чи конфіденційної інформації».

4. Пункт 10 частини 2 статті передбачає можливість адвоката проводити опитування осіб, яким відомі обставини, що мають значення для справи, правову допомогу в якій адвокат надає, фіксувати результати опитування. Це право адвоката може стати корисним для забезпечення змагальності процесу, але для цього потрібно врегулювати процесуальний порядок проведення та фіксації результатів опитування, визначити коло справ (цивільних, адміністративних, кримінальних, господарських), по яких допускається реалізація цього права. Між тим проект і запропоновані у ньому зміни до чинних законів залишають неврегульованими цілу низку питань, наприклад: чи можуть опитуватись інші учасники процесу; чим може гарантуватись достовірність отриманої інформації; яким чином буде дотримуватись право опитуваних осіб давати пояснення рідною мовою тощо. Аналогічне положення існує і в діючому Законі України «Про адвокатуру». Але приписів, які б більш детально регулювали ці питання, немає ні у чинному законодавстві, ні в представленому на розгляд законопроекті.

До розділу VI

Цим розділом передбачається порядок зупинення, припинення та позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю, але взагалі не врегульовано порядок поновлення цього права.

До статті 33

Пункт 4 ч. 1 статті слід перенести до тексту ч. 2 статті 35 законопроекту. При цьому зміст цього пункту слід відкоригувати в зв'язку з тим, що він, наприклад, передбачає обов'язок адвоката повідомити про настання таких обставин, як вчинення адвокатом злочину з необережності, а при умисному злочині такого обов'язку не існує. Крім того, такий захід стягнення, як позбавлення права на зайняття адвокатською діяльністю, в цьому випадку видається надмірно суворим.

До розділу VIII

Цей розділ законопроекту фактично є фрагментом Статуту громадської організації. Замість визначення загальних вимог до змісту статутних документів та загальних основ організації адвокатського самоврядування цей розділ є яскравим прикладом надмірної деталізації. Крім того, така редакція звужує право адвокатської спільноти на самовизначення та самоврядування.

До статті 45

Положення ч. 3 статті викладені дещо незрозуміло. Всеукраїнська палата адвокатів та регіональні палати адвокатів самі по собі є органами самоврядування адвокатури. Ймовірно, маються на увазі відповідні виконавчі органи, які утворюються цими палатами.

До статті 47

Визначення розміру мінімального денного розміру оплати праці адвоката за рахунок бюджету не може бути віднесено до компетенції з'їзду адвокатів, оскільки це є прерогативою відповідних державних органів. Доцільно було б передбачити, що органи адвокатського самоуправління приймають участь у визначенні цього показника.

До Розділу IX. Прикінцеві та перехідні положення

Зауваження і пропозиції загального характеру

1. Проект передбачає внесення однакових за своєю суттю змін до Кримінально-процесуального кодексу України (КПК), Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК), Кодексу адміністративного судочинства України (КАСУ), Кримінально-виконавчого кодексу України (КВК), Закону України «Про судоустрій України».

Суть цих змін полягає в тому, щоб передбачити у зазначених законодавчих актах право відповідних осіб користуватися правовою допомогою виключно адвокатів, тобто осіб, які набули визначеного проектом спеціального статусу, який надає їм право здійснювати адвокатську діяльність. З цією метою із зазначених законів пропонується виключити всі положення, які передбачають право особи добровільно вибрати собі захисника не тільки із кола адвокатів, але із числа інших осіб, визначених в зазначених законах, а саме:

- *інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи* (ст. 44 КПК, ст. 8 ч. 2 КВК);

- *інших фахівців у галузі права в порядку, встановленому законом* (ст. 12 ЦПК);

- *інших фахівців в галузі права* (ст. 16 КАСУ).

Фактично в проекті йдеться про встановлення монополії адвокатів за професією в питаннях надання правової допомоги відповідним особам при здійсненні кримінального, цивільного, адміністративного судочинства і при відбуванні особами кримінальних покарань. Ця ідея управління не підтримується (обґрунтування див. у зауваженнях до ст.

2). Тому положення проекту щодо внесення змін: до КУпАП – нова редакція статті 271 (підпункт г) пункту 18 проекту); до **КПК** – нова редакція статті 44 і пункт 1 частини 1 статті 69 проекту (підпункти г), й) пункту 20 проекту); до **ЦПК** – статті 12, 56, 84 проекту (підпункти а), в), г) пункту 22 проекту); до **КАСУ** – частина 2 статті 16 (підпункт а) пункту 23 проекту); до **КВК** – частина 2 статті 8, абзац 1 частини 3 статті 51, частина 5 статті 73, абзац 14 частини 1 статті 107, частина 3 статті 110, частина 15 ст. 134 (підпункти а), б), в), г), д), е) пункту 24 проекту); до **Митного кодексу України** – нова редакція статті 367 (підпункт б) пункту 21 проекту); до Закону України «**Про судоустрій України**» - про виключення другого речення частини 2 статті 8 (підпункт а) пункту 29 проекту) – є неприйнятними.

2. У проекті щодо змін до процесуального законодавства доцільно передбачити бланкетні норми, які б вказували на юридичну відповідальність захисника, в тому числі і кримінальну, у випадках, коли: дії чи бездіяльність захисника завдають шкоду інтересам, які йому довірені; захисник без поважної причини не з'явився в суд по справі, по якій підсудний перебуває під арештом і зазначені дії захисника затягують розгляд справи; захисник незаконно вимагає гонорар чи іншу винагороду; захисник одночасно надає правову допомогу особам, інтереси яких вступають у суперечність; порушена таємниця слідства; особа видає себе за захисника, хоча насправді ним не є.

До підпунктів 11, 12, 13 пункту 10

На наше переконання, пенсійне забезпечення адвокатів, а також обчислення стажу їх роботи повинно здійснюватись на загальних підставах відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».

Передбачені законодавством України випадки застосування особливого порядку пенсійного забезпечення обумовлені виконанням певних завдань державної влади та управління. Отримання відповідних пенсійних гарантій обумовлено працею в державних та комунальних установах та організаціях. У випадку праці на підставі трудових договорів з суб'єктами недержавної форми власності дотримання зазначених гарантій покладається на роботодавця. Зміни, які запропоновані законопроектом, фактично прирівнюють адвокатську діяльність до діяльності суддів та працівників прокуратури. Але такі новели видаються недостатньо обґрунтованими. Це обумовлюється абсолютно різним характером роботи адвоката та судді або працівника прокуратури: діяльність першого значною мірою наближена до підприємницької діяльності (питання про визнання адвокатської діяльності різновидом підприємницької у даний час активно дискутується серед юристів у зв'язку з обговоренням внесених на розгляд парламенту кількох варіантів нової редакції Закону України «Про адвокатуру»), діяльність других фактично є різновидом державної служби), різними є режим їхньої роботи, навантаження, форми та розмірів оплати праці. За вказаними критеріями діяльність адвоката та

судді чи працівника прокуратури навряд чи може бути “прирівняна” одна до одної. Крім того, адвокатура є недержавною організацією, у той час як суд та прокуратура є органами державної влади.

Виходячи з того, що адвокати є самозайнятими особами, забезпечення **додаткових пенсійних гарантій** для них є справою конкретної особи або професійної організації. У країнах ЄС зазначене питання вирішується шляхом створення недержавних професійних фондів.

За таких умов є неприйнятними положення, коли адвокати з питань пенсійного забезпечення прирівнюються до державних службовців.

Крім того, Верховною Радою України 22.12.2004 р. уже розглядався і не прийнятий законопроект (реєстр. № 5762 від 7.07.2004 р.) з питання про включення до загального стажу роботи на посаді судді, що дає право на відставку, часу роботи адвокатом.

До підпункту 15 пункту 10

В новій редакції абзацу першого підпункту 7.11.8 Закону, про який йде мова, слова «виплати премій» слід вилучити. Це охоплюється поняттям «оплата праці».

До підпункту 17 пункту 10

1. Відносно монополізації представництва адвокатами інтересів довіритель див. зауваження до ст. 2 законопроекту.

2. Ст. 48-1 проекту не узгоджується із ст. ст. 44, 49 Господарського процесуального кодексу України (ГПК):

1) із ст. 48-1 проекту впливає, що витрати на правову допомогу складаються із: а) оплати гонорару та витрат адвоката, б) оплати адвокатським об'єднанням (за що?), в) інших (?) видів витрат на правову допомогу і г) всі ці види правової допомоги відносяться до судових витрат. Але у ст. 44 ГПК, яка визначає склад судових витрат, зазначено, що до судових витрат відноситься тільки оплата послуг адвокату і в ній, як і в ст. 49 ГПК, не йдеться про правову допомогу.

Таким чином, стає незрозумілим:

а) чи є всі витрати на правову допомогу складовою частиною судових витрат;

б) як ці витрати потрібно розподіляти між сторонами процесу відповідно до ст. 49 ГПК;

в) що мається на увазі під оплатою адвокатським об'єднанням. До того ж якщо таке об'єднання отримує доход, воно не може бути визнано неприбутковим. В цьому випадку положення цього пункту не узгоджуються з підпунктом 15 пункту 10 Розділу IX законопроекту;

г) що можна розуміти під “іншими” видами правової допомоги.

2) ст. 48-1 (друге речення) встановлено, що для конкретного виду правової допомоги законом може бути (а може і не бути!) встановлено максимальний розмір правової допомоги. Але ймовірність та доцільність прийняття такого окремого закону (чи окремих законів) з таких питань є сумнівною.

До підпункту 18 пункту 10

1. На наше переконання замість доповнення КУпАП окремою статтею 185-12 слід внести зміни до діючої статті 212-3 КУпАП, одночасно передбачивши адміністративну відповідальність за приховування, перекручення (надання неправдивої) або безпідставну відмову від надання повної та достовірної інформації або несвоєчасне надання такої інформації, документів або інших відомостей за запитом адвоката.

В запропонованій статті 185-12 використовується термін «громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності». Главою 5 Цивільного кодексу України ця категорія осіб визначається як «фізична особа-підприємець». Доцільно в законопроекті використовувати саме цей термін.

2. Відносно нової редакції статті 271 КУпАП слід врахувати, що на розгляді Верховної Ради України знаходиться законопроект № 2700 від 07 грудня 2006 року, яким також пропонується викласти цю статтю в новій редакції і вона видається більш досконалою порівняно із запропонованою цим проектом.

До підпункту 20 пункту 10

До змін до статті 48 КПК

1. В пункті 3 частини 2 цієї статті слово «розслідування» потрібно замінити словом «слідства».

2. В п. 5 частини 2 ст. 48 доцільно слово «адвокат» замінити словом «захисник». Адже вказана норма має дискримінаційний характер, оскільки надає право застосовувати технічні засоби тільки адвокату і позбавляє цього ж права інших осіб, які можуть бути захисниками по справі.

3. В п. 5 ч. 2 потрібно передбачити, що технічні засоби захисник може застосовувати саме з дозволу особи, яка провадить дізнання, слідчого, слідчого судді, суду. Адже дивною буде ситуація, коли, наприклад, суд для фіксації ходу судового процесу застосовує штатні технічні засоби, а захисник на свій розсуд встановив в залі судового засідання свою технічну апаратуру, принцип роботи і технічні характеристики якої відомі і зрозумілі тільки захиснику.

4. Частина 6 ст. 48 проекту, на відміну від ч. 6 ст. 48 чинного КПК, не відповідає суті і змісту самої ст. 48. Адже ця стаття в КПК має назву «Обов'язки і права захисника». Але всупереч цьому ч. 6 проекту встановлює певний обов'язок для органу дізнання і слідчого, а не відповідні обов'язки і права захисника. Отже, вказана норма є неприйнятною.

Незрозумілі підстави повної зміни ч. 6 ст. 48 чинного КПК, яка дійсно є актуальною і природною в контексті обов'язків захисника щодо здійснення правової допомоги в рамках процесуального закону.

5. Пункти 2 і 3 частини 7 ст. 48 є неприйнятними.

По-перше, положення п. 2 про те, що якщо вказані особи не погоджуються із способом захисту, який обрав захисник (наприклад, заслухати в суді підставних свідків, які дадуть неправдиві покази), то захисник має право відмовитись від виконання своїх обов'язків, є юридично некоректним, воно не буде сприяти встановленню істини по справі і обмежить права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист.

По-друге, положення п. 3 суперечать ст. 47 КПК. Адже ст. 47 КПК визначає порядок запрошення і призначення захисника, а не умови і порядок укладання договору підозрюваним, обвинуваченим тощо із захисником. До того ж порядок укладення, умови, виконання договору між адвокатом та його клієнтом взагалі не є предметом кримінального процесу.

По-третє, за своєю суттю п. 3 не відрізняється від п. 2 і ці норми апріорі ставлять підозрюваного, обвинуваченого, підсудного в повну залежність від захисника.

6. В частині 8 ст. 48 проекту слово «клієнта» доцільно замінити іншим словосполученням, оскільки в КПК відсутнє таке поняття як «клієнт».

До змін до статті 61 КПК

В п. 3 ч. 1 ст. 61 проекту доцільно виключити слово «близьким». Адже положення про те, що захисником не може бути людина, яка є близьким родичем особи, що провадить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого із складу суду тощо, по-перше, не узгоджується із ст. ст. 54, 58, 60, 62, 63 чинного КПК, за якими відведенню підлягають не близькі родичі, а просто родичі певних осіб, і, по-друге, є помилковим за своєю суттю. Адже якщо, наприклад, захисник є племінником судді або його правнуком (тобто, родичем), то хіба можна стверджувати, що вказані особи не зацікавлені в результатах справи?

До статті 61-1 КПК

В ч. ч. 2 і 3 цієї статті проекту потрібно передбачити право потерпілого і його представника на внесення апеляції на постанову судді про відвід захисника чи про відмову в цьому.

Адже вказані особи мають право написати заяву про відвід захисника, але права на оскарження прийнятого по їх заяві рішення, на відміну від інших учасників кримінального судочинства, чомусь на мають.

До змін до статті 63 КПК

1. В ч. ч. 4 і 5 цієї статті в словосполученнях «постанову про відвід захисника» і «ухвалу суду про відвід захисника» слово «захисника» потрібно замінити словом «представника». Адже в цій нормі йдеться про відвід представника, а не захисника.

2. Положення другого речення ч. 5 незрозумілі навіть тоді, коли слово «захисника» замінити словом «представника».

Адже якщо суддя чи суд відвів представника потерпілого чи цивільного позивача, то в першу чергу право на оскарження цього

рішення має саме потерпілий чи позивач, а не засуджений, клопотання якого (засудженого) про відвід задовольнив суддя (суд). Проектом же чомусь не всім учасникам судового розгляду надається право на внесення апеляції на рішення про відвід представника.

До змін до статті 167 КПК

Сумнівною видається участь адвоката під час допиту свідка. Обов'язком адвоката відповідно до статті 59 Конституції України є забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах. Свідок не потребує такої допомоги, оскільки не притягується до відповідальності, а допитується про відомі йому обставини, які відносяться і підлягають встановленню по справі. Дача показів свідком є його обов'язком.

До статті 128-2 КПК

На наш погляд, доповнення Кодексу цією статтею є зайвим. По-перше, незрозумілим є процесуальний статус представника органу адвокатського самоврядування. Оскільки ця особа не є учасником процесу (зокрема, відповідних змін до КПК з цього приводу не передбачено), то стають неурегульованими дуже багато питань, зокрема: яким чином вона допускається до участі в проведенні процесуальних дій, якими є її права та обов'язки, повноваження, відповідальність та інше. По-друге, якщо слідчі дії щодо адвоката провадяться з приводу подій, в яких він не виступав як адвокат, який виконує свій професійний обов'язок і надає клієнту правову допомогу, (наприклад, він став свідком, або навіть учасником дорожньо-транспортної пригоди), то адвокат виступає у них звичайним свідком. В такому випадку участь представника органу адвокатського самоврядування при проведенні слідчих дій стає абсурдною.

По-третє, стаття 69 Кримінально-процесуального кодексу України забороняє допит адвокатів з приводу того, що їм довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості. Виконання слідчих дій щодо адвоката в такому випадку є злочином, а участь представника органу адвокатського самоврядування можна розцінювати як співучасть у цьому. Нарешті, адвокат є достатньо обізнаною в сфері права особою, щоб обійтись (за виключенням випадків притягнення до кримінальної відповідальності) без подібної участі представника органу адвокатського самоврядування.

До підпункту 24 пункту 10

1. Ст. 137 КВК має тільки 7 частин, а проект передбачає зміну до частини 15. Запропонована проектом зміна до ч. 15 за своїм змістом не відповідає суті ст. 137 КВК.

2. Очевидно, у змінах до ч. 15 ст. 137 КВК насправді мало йтися про ч. 15 ст. 134 КВК. Але зазначені в проекті зміни до ч. 15 ст. 134 КВК

є неприйнятними на підставі міркувань, викладених у загальних зауваженнях щодо внесення змін до окремих законів.

Узагальнюючий висновок: з урахуванням кількості та характеру висловлених зауважень і пропозицій за результатами розгляду в першому читанні законопроект доцільно повернути суб'єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання.

Керівник Головного управління

В.І. Борденюк

Вик.: Ю.П. Матєров, тел. 235-79-22