

лення правової системи України, неможливо залишити поза увагою важливу проблему, яка сьогодні активно продукується як вітчизняними, так і зарубіжними вченими стосовно визначення місця митного права України серед інших правових систем світу.

Список використаних джерел:

1. Історія митної системи / За ред. Шуліковського Г. Є. – К., 2004 – 215 с.
2. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.
3. Курило Т.В. Митне право України: [навч. посібник] / Т.В. Курило. – Львів, 2007. – 240 с.
4. Матеріали "Вісника митної служби". – 2002-2003 рр. – 321 с.
5. Митний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2012.
6. Музиченко П. Історія держави і права України / П. Музиченко. – К. : Знання, 2007. – 514 с.
7. Соціальне регулювання як проблема політичної системи, держави і громадянського суспільства в Україні // Матеріали VII міжнародної науково-практичної конференції «Дні науки – 2011». – Том 12. Право, Прага : Publishing House "Education and Science" s.r.o. – 112 stran.
8. Україна у складі Литви та Польщі (XIV – перша половина XVI ст.). – Вісник державної академії керівних кадрів культури і мистецтв: [наук. журнал.] – К. : Міленіум, 2010. – № 2. – 191 с.
9. Шевчук В.П. Історія української державності: курс лекцій / В.П. Шевчук, М.Г. Татаренко. – К. : Либідь, 2008 – 314 с.
10. Шульга М.Г. Митне право України : [навч. посіб.] / М.Г. Шульга. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 2005. – 100 с.

УДК 342.9

МАРКІН С.І.

**ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА,
ЯКЕ РЕГУЛУЄ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ В УКРАЇНІ**

У статті здійснюється дослідження проблемних моментів вітчизняного законодавства, яке стосується питань правових гарантій забезпечення адвокатської таємниці, відповідальності за порушення правового режиму її нерозголошення. Виокремлено ряд напрямків його вдосконалення, в тому числі шляхом внесення змін у Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Кримінальний процесуальний кодекс тощо.

Ключові слова: адвокатська таємниця, вдосконалення, законодавство, відповідальність, кримінально-процесуальні гарантії.

В статье проводится исследование проблемных моментов отечественного законодательства, касающегося вопросов правовых гарантий обеспечения адвокатской тайны, ответственности за нарушение правового режима ее неразглашения. Выделен ряд направлений его совершенствования, в том числе путем внесения изменений в Закон Украины „Об адвокатуре и адвокатской деятельности“, Уголовно-процессуальный кодекс и т.д.

Ключевые слова: адвокатская тайна, совершенствование, законодательство, ответственность, уголовно-процессуальные гарантии.

The article investigates the problem moments of the domestic legislation, concerning the issues of legal guarantees for securing the legal profession, responsibility for the violation of the legal regime for its non-disclosure. A number of directions for its improvement have been singled out, including by amending the Law of Ukraine „On Advocacy and Advocacy“, the Code of Criminal Procedure, etc.

Key words: advocate secrecy, improvement, legislation, responsibility, criminal procedural guarantees.

Вступ. Обравши демократичний вектор розвитку, наша держава найвищою соціальною цінністю визначає людину, її права та свободи, в тому числі щодо отримання належної юридичної допомоги. Інститут адвокатури як головна ланка механізму забезпечення реалізації цього права все ще перебуває в процесі становлення та розвитку, пошуку оптимальної моделі взаємодії із владою. Хоча в цілому законодавство, що регулює адвокатську діяльність, відповідає міжнародним стандартам незалежності адвокатури, збереження професійної таємниці захисниками та представниками, проте правові колізії, недосконалості юридичних формулювань нормативних актів зумовлюють численні протиріччя, дискусії, суперечки між адвокатами, адвокатськими асоціаціями та представниками влади (в основному працівниками правоохоронних органів) щодо дотримання на практиці принципу конфіденційності відносин з клієнтом.

Таким чином, удосконалення адміністративного законодавства, яке регулює забезпечення адвокатської таємниці в Україні, сприятиме не тільки зростанню інституційної незалежності адвокатури, реальному, повному виконанню покладених на неї завдань, пріоритетів діяльності, а й становленню самого громадянського суспільства, зростанню рівня правової культури серед населення.

Окремі проблемні аспекти, напрямки вдосконалення законодавства, яке регулює забезпечення адвокатської таємниці в Україні, розглядалися в роботах таких вчених та адвокатів, як: Т.В. Варфоломєєва, В.В. Заборовський, І.П. Костін, М.В. Лотоцький, А.Ф. Молдован, О.Д. Святоцький, Л.В. Тацій, Д.П. Фіолевський, С.Я. Фурса, В.М. Хабібুলлін, В.К. Шкарупа, О.Г. Яновська та ін. Водночас відсутність комплексності, системності досліджень проблемних питань кримінально-процесуальних гарантій забезпечення адвокатської таємниці, відповідальності за порушення правового режиму її нерозголошення зумовлює актуальність даної статті та потребу подальшого вивчення даного питання.

Постановка завдання. Мета статті – дослідження суперечних моментів вітчизняного законодавства, яке стосується питань кримінально-процесуальних гарантій забезпечення адвокатської таємниці, виокремлення напрямків його вдосконалення, в тому числі шляхом внесення змін в діюче законодавство.

Результати дослідження. Однією з найважливіших представницьких функцій адвоката є виконання обов'язків захисника в кримінальному провадженні. Законодавство надає право підозрюваному, обвинуваченому на побачення із захисником без обмеження їх кількості та тривалості, створення перепон у реалізації цього права заборонено. Водночас правозастосування демонструє дещо інші реалії. Згідно з пунктом 2.3 розділу 7 Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, побачення надаються у вільний від виконання слідчих дій чи участі в судових засіданнях час, у години, визначені розпорядком дня СІЗО. Якщо ув'язнений або засуджений перебуває в закладі охорони здоров'я, побачення надаються з письмового дозволу начальника СІЗО або його заступника. Начальник варті з охорони ув'язненого у закладі охорони здоров'я на підставі письмового дозволу начальника СІЗО або його заступника допускає захисника на побачення з ув'язненим або засудженим з урахуванням розпорядку дня закладу охорони здоров'я та висновку лікаря цього закладу на письмовій заяві захисника [1]. Таким чином, практично виключається можливість захисника побачитися з клієнтом у вихідні та святкові дні; присутня дозвільна процедура побачення, якщо особа перебуває в закладі охорони здоров'я.

Звичайно, місця ув'язнення є специфічними структурами, які потребують особливого порядку доступу третіх осіб на їх територію. Відповідно до статті 7 закону України «Про попереднє ув'язнення», особи, які заходять на територію слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, гауптвахти Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, ізоляторів тимчасового тримання або виходять з них, підлягають огляду; недотримання цього правила виключає можливість потрапляння до установи [2]. Враховуючи правовий статус адвокатів, їм дозволяється проносити матеріали та документи, що стосуються провадження за кримінальними справами, проте знову ж таки виключно за умови обов'язкового їх огляду на контрольно-пропускному пункті СІЗО на наявність заборонених предметів. Обсяг і межі такого огляду визначаються на розсуд працівника установи; отже до відомостей, що становлять адвокатську таємницю, може отримати доступ третя особа. Розуміючи неможливість уникнення огляду при відвідуванні адвокатом місць попереднього ув'язнення, вважаємо за доцільне запровадження заборони огляду паперових носіїв інформації. Саме на цих носіях, як правило, зберігаються конфіденційні відомості, відповідно їх огляд створює загрозу несанкціонованого розголошення.

Відповідно до статті 50 Кримінального процесуального кодексу України повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються: 1) свідоцтвом про право

на зайняття адвокатською діяльністю; 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги [3]. Подібна законодавча конструкція правової норми передбачає можливість вимагати представниками правоохоронних органів пред'явлення договору про надання правової допомоги, залучення його копії до матеріалів справи, що, на нашу думку, є неприпустимим. Положення договору між захисником та клієнтом містять конфіденційну інформацію про взаємовідносини сторін, відповідно не можуть бути розкриті третім особам; в протилежному випадку матимемо справу з фактом розголошення адвокатської таємниці. Отже вважаємо за потрібне внести зміни в цитовану нами вище статтю кодексу, видалити згадування договору із захисником як підстави підтвердження повноважень адвоката в кримінальному провадженні.

Однією з гарантій адвокатської діяльності є нормативне закріплення положення, яке забороняє огляд, вилучення чи розголошення слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом документів, пов'язаних з виконанням захисником його обов'язків, без його згоди. Попри важливість цієї гарантії, формалізована вона не зовсім коректно, що дещо видозмінює її сутність. Повністю погоджуємося з М.В. Лотоцьким, який акцентує увагу на тому, що адвокат не може дати на це згоди, так як документи містять конфіденційну інформацію, щодо змісту якої адвокат не вправі самостійно приймати рішення про розкриття чи збереження в таємниці [4, с. 14]. Дійсно, власне волевиявлення адвоката при розголошенні таємних відомостей має значення лише при необхідності захисту від претензій, вимог клієнта з питань надання професійної юридичної допомоги або надання інформації уповноваженим органам у сфері фінансового моніторингу. В усіх інших випадках обов'язок збереження конфіденційності носить абсолютний характер та може бути відмінений чи змінений тільки за письмовою заявою клієнта.

Формуючи правові підстави захисту прав адвоката під час проведення оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, законодавець обмежився приписом, що у випадку їх проведення виключно з дозволу суду, встановлюється спеціальний суб'єкт подання відповідного клопотання. В зв'язку з наявністю значної кількості оперативно – розшукових та слідчих дій, які не потребують дозволу суду (слідчого судді), зменшується контроль за доцільністю і законністю їх проведення по відношенню до адвокатів. Отже, вважаємо за необхідне внести зміни в закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [5] шляхом викладення пункту 3 частини 1 статті 23 в наступній редакції: «3) проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя». Це дасть змогу знизити ризик суб'єктивного трактування правоохоронними органами потреби проведення процесуальних дій та заходів.

Недоліки законодавчої конструкції правової норми можуть значно знизити ефективність її застосування, навіть більше – дозволять її не застосовувати з посиланням на формальні причини. Наприклад, стаття 161 Кримінального процесуального кодексу України встановлює, що речами і документами, до яких заборонено доступ, є листування або інші форми обміну інформацією між захисником та його клієнтом або будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги; об'єкти, які додані до такого листування або інших форм обміну інформацією. Зі стилістичної точки зору, стаття знаходиться в главі 15 «Тимчасовий доступ до речей та майна»; отже слідчі правоохоронних органів мають можливість доводити, що подібний професійний привілей адвокатів може мати місце лише при проведенні зазначеного заходу забезпечення кримінального провадження. Ситуацій же інших слідчих (розшукових) дій він не стосується.

Варто відмітити, що подібний підхід знаходить свою підтримку навіть в рішеннях Конституційного суду України. Як приклад можна привести рішення від 09 лютого 1999 р. (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів). Формуючи свій висновок, суд, насамперед, виходив з того, що в Конституції України стаття 58 міститься у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», подібна норма стосується лише фізичної особи, та не стосується юридичних осіб [6]. Тому у правоохоронних органів є формальний привід застосовувати аналогію права та використовувати структуру кодексу в обґрунтування віднесення гарантії адвокатської таємниці до тієї чи іншої процесуальної дії.

З метою подолання даного недоліку законодавчої конструкції, пропонуємо доповнити статтю 161 Кримінального процесуального кодексу України частиною 2 наступного змісту: «2. Доступ до речей та документів, зазначених в частині першій цієї статті заборонений під час

здійснення всіх заходів забезпечення кримінального провадження, слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій». Таким чином, втрачається можливість подвійного трактування правового припису, який нормативно закріплює гарантію адвокатської діяльності.

Чи не найбільше нарікань в адвокатській спільноті викликає застосування на практиці таких слідчих дій як обшук, огляд житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність. З огляду на це, адвокат І. Костін пропонує закріпити в законодавстві положення, що перелік речей та документів, які планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії або застосування заходу забезпечення кримінального провадження не може бути сформований за узагальненими видовими ознаками. Він повинен містити назву, характерні риси речі, документу, які потрібно відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії або застосування заходу забезпечення кримінального провадження [7]. В цілому, підтримуючи прагнення вдосконалити механізм проведення слідчих та інших процесуальних дій щодо адвоката, не можемо повністю підтримати цю пропозицію. Здійснюючи досудове розслідування, слідчий фізично не завжди здатний заздалегідь ідентифікувати об'єкт пошуку, отже така новація суттєво ускладнить слідство, в тому числі притягнення до відповідальності адвокатів, які дійсно порушили закон.

Слідчі (розшукові дії) проводяться, насамперед, з метою отримання фактичних даних та предметів, що можуть бути використані як докази в кримінальному провадженні. В нинішніх умовах порушення правового режиму адвокатської таємниці може вплинути на допустимість доказів на розсуд суду, тобто можливі ситуації, коли подібні процесуальні джерела доказів будуть визнані допустимими та, відповідно, використовуватимуться при ухваленні судового рішення. У зв'язку з цим пропонуємо главу 37 «Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб» Кримінального процесуального кодексу України, доповнити статтею 483-1 такого змісту: «Показання, речові докази, документи, отримані з порушенням професійної таємниці адвоката, не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень, на них не може посилається суд при ухваленні судового рішення».

До суб'єктів збереження адвокатської таємниці відносяться не тільки адвокати, а й помічники, стажери адвокатів, обслуговуючий персонал, особи, стосовно яких прийнято рішення про припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Натомість привілей не свідчити по справі щодо відомостей, які становлять адвокатську таємницю, має лише адвокат, інші суб'єкти такої можливості позбавлені. Отже, розширення свідоцького імунітету на цих осіб має як логічне обґрунтування (вони так само контактують з клієнтами, мають доступ до конфіденційного листування, адвокатського дос'є), так і практичну цінність (знижується ризик розголошення адвокатської таємниці).

Український законодавець, встановлюючи систему гарантій адвокатської діяльності (в тому числі режим професійної таємниці), криміналізує діяння по їх порушенню третіми особами, досить лояльно відноситься до юридичної відповідальності самих адвокатів, інших суб'єктів збереження адвокатської таємниці за недотримання цього обов'язку збереження. А шкода клієнту може бути навіть більшою, ніж у ситуації з несанкціонованим доступом до конфіденційних відомостей сторонніми особами.

Фактично регулювання, моніторинг даної сфери делеговано органам суддівського самоврядування, зокрема обраним ними кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури – у разі підтвердження факту порушення винний адвокат притягається до дисциплінарної відповідальності. Водночас відкритим залишається питання персонального покарання допоміжного персоналу (за їх дії відповідає сам адвокат), покарання особи, щодо якої прийнято рішення про припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (відсутній взагалі якийсь механізм впливу на її поведінку). В таких умовах вважаємо за потрібне запровадити адміністративну та кримінальну відповідальність за розголошення відомостей, які становлять адвокатську таємницю.

Підставою адміністративної відповідальності є умисне чи необережне розголошення конфіденційних відомостей помічником адвоката, стажистом, особою, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом. Підставою кримінальної відповідальності є розголошення адвокатської таємниці, незабезпечення умов, що унеможливають доступ сторонніх осіб до адвокатської таємниці; спеціальним суб'єктом вчинення цих діянь є адвокат, а також особа, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю. Звичайно, розмір санкції, суб'єктивний склад правопорушення, звільнення від відповідальності в деяких випадках, процедура виявлення та ідентифікації факту правопорушення можуть бути предметом додаткової дискусії. Проте запровадження механізму адміністративної та кримінальної відповідальності в середньо-

строковій перспективі однозначно позитивно відобразиться на забезпеченні схоронності таємної інформації про клієнта.

Висновки. Проведене нами дослідження засвідчило наявність цілої низки законодавчих колізій, неузгодженостей, суперечностей в площині правового регулювання гарантування адвокатської таємниці в Україні. Відповідно можна виділити такі напрямки вдосконалення законодавства у цій сфері як: 1) сфера здійснення оперативно-розшукової діяльності, кримінального провадження щодо адвокатської таємниці; 2) запровадження адміністративної та кримінальної відповідальності суб'єктів збереження адвокатської таємниці. Кожна з цих сфер характеризується власним набором змін та новацій. У будь-якому випадку, лише системне, комплексне, органічно поєднане їх застосування здатне принести позитивний результат, підняти на новий, якісно вищий рівень механізм забезпечення адвокатської таємниці.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України: Наказ Міністерства юстиції України від 18.03.2013р. № 460/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0445-13/page>
2. Про попереднє ув'язнення: Закон України від 30.06.1993р. № 3352-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3352-12>
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page>
4. Лотоцький М.В. Адвокатура як суб'єкт запобігання злочинам : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / М.В. Лотоцький. – Запоріжжя, 2012. – 20 с.
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>
6. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів): Рішення від 09.02.1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99>
7. Костін І. Адвокатаська таємниця. Трагедія у 4 частинах. Деякі підсумки роботи комітету захисту прав адвокатів Ради адвокатів Київської області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/advokatska-taemnicya-tragediya-u-4-chastinah.html>