**2. Реформування правового статусу захисника відповідно до міжнародних стандартів**

Одним із пріоритетних напрямів удосконалення законодавства про адвокатуру є його приведення у відповідність до міжнародних стандартів, визначених у міжнародних нормативно-правових актах з питань регулювання адвокатської діяльності, зокрема «Основних положеннях про роль адвокатів», прийнятих у 1990 році VIII Конгресом ООН щодо запобігання злочинам, «Стандартах незалеж­ності юридичної професії», прийнятих у вересні 1990 р. Міжнародною асоціацією юристів, Резолюції 78 (8) Комітету міністрів Ради Європи про юридичну допомогу і консультації від 2 березня 1978 р., Рекомендації И (81) 7 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно шляхів полегшення доступу до правосуддя від 14 травня 1981 р., Рекомендації И (84) 5 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи від 28 лютого 1984р.; Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятому у жовтні 1988 р.; Рекомендаціях И (2000) 21 Комітету міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов’язків від 25 жовтня 2000 р.

Водночас, відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13–рп/2000 у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституцій України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) до участі у кримінальному та адміністративному процесі допущено «фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи».

Серед фахівців виникла дискусія щодо юридичної обґрунтованості цього Рішення. Висловлювалися думки як на підтримку, так і проти Рішення.

Так, прибічники Рішення Конституційного Суду України про вільний вибір захисника звертають увагу на таке. По-перше, виходячи з проголошених Конституцією України прав людини та громадянина, особа (у тому числі особа, яка притягується до кримінальної відповідальності) має право самостійно вирішити питання про те, хто буде захищати її інтереси в суді чи іншій інстанції – адвокат або інший спеціаліст у галузі права. По-друге, кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури стали сьогодні не кваліфікаційним бар’єром, який визначає рівень знань адвокатів, а майновим бар’єром, де знання вже не мають вагомого першочергового значення. По-третє, участь у кримінальному процесі поряд з адвокатами інших захисників дасть змогу усунути монопольне становище адвокатури в питаннях надання правової допомоги населенню.

Рішення Конституційного Суду України від 16листопада 2000 р. у справі про право вільного вибору захисника, яке прийняте для приведення українського законодавства у відповідність до світових стандартів і в якому є посилання на міжнародні документи, у тому числі на «Основні положення про роль адвокатів», багато в чому цим Положенням суперечить. Розтлумачивши зміст статті 59 Конституції України, як право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного для захисту від обвинувачення вибирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, і визнавши неконституційним положення чинної на той час частини першої статті 44 КПК України (1960 р.), Конституційний Суд України знехтував переважною більшістю зазначених вище міжнародних принципів, якими керуються адвокати. Так, тепер не є необхідною перевірка професійних знань адвокатів, фактично, втрачають свою силу Правила адвокатської етики, не потрібне дисциплінарне провадження щодо адвокатів, які належним чином не виконують свої обов’язки.

Положення статті 59 Конституції України про те, що для забезпечення права на захист від обвинувачення діє адвокатура, Конституційний Суд тлумачить, посилаючись на Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., пункт 2 якого встановлює, що держава має гарантувати ефективний засіб правового захисту і таке право має встановлюватися судовим або іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави. Спілка адвокатів України у своїй заяві з приводу розглядуваного рішення Конституційного Суду зазначає, що згідно зі статтею 59 Конституції України саме таким органом і проголошується адвокатура. Крім того, Резолюція Комітету міністрів Ради Європи И (2000) 21 від 25 жовтня 2000 р. наполягає на дотриманні наведених вище загальних принципів участі захисників у кримінальних справах.

Конституційний Суд України у своєму Рішенні зазначив, що «Конвенція про захист прав людини і основних свобод... передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захисника, вибраного ним на власний розсуд».

Проте в цьому випадку йдеться про право обвинуваченого самому вибирати захисника, а не про право кожного бути захисником. І ці положення потрібно чітко розмежовувати.

Спираючись на «Основні положення про роль юристів», Конституційний Суд робить висновок про те, що захисниками у кримінальних справах можуть бути не лише адвокати, а й інші «фахівці у галузі права»: «кожна людина має право звернутися за захистом своїх прав до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання своїх прав та захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства» (принцип 1) «жодний суд чи адміністративний орган, у якому визнається право на адвоката, не відмовляється визнавати права юриста відстоювати в суді інтереси свого клієнта, за винятком тих випадків, коли юристу було відмовлено у праві виконувати свої професійні обов’язки відповідно до національного права і практики та цих Принципів» (принцип 19). Таким чином, наведені міжнародно-правові акти передбачають право кожного захищати себе особисто або через вільно вибраного ним на власний розсуд захисника з-поміж юристів, які можуть надати ефективний правовий захист».

Оскільки це основні аргументи Конституційного Суду, слід зупинитися на них детальніше.

Перш за все треба зазначити, що як українською, так і російською мовами назву документа, прийнятого VIII Конгресом ООН щодо запобігання злочинам, що відбувся у Нью-Йорку в серпні 1990 р., майже завжди перекладають як «Основні положення про роль адвокатів» («Основные положения о роли адвокатов»). В оригіналі цей документ називається «UN’s Basic Principles on the Role of Lawyers».

Термін «lawyer», залежно від контексту, справді, перекладають і як «юрист», і як «адвокат». Енциклопедія «Британіка» так тлумачить термін «lawyer»: «особа, яка має підготовку і ліцензію для ведення, здійснення переслідування або захисту в судовому процесі як агент іншої особи і яка також дає поради з правових питань, що можуть бути пов’язані або не пов’язані з судовим процесом». У захід­них, передусім англомовних країнах, у поняття «lawyer» вкладають дещо інше значення, ніж у поняття «юрист» в Україні. Наприклад, у США «lawyer» (або «attorney», «attorney-at-law», «counselor») – це аж ніяк не той, хто просто закінчив юридичний факультет («Law school»), хоча туди приймають лише за наявності вищої освіти (ступеня бакалавра – «bachelor»), і, як правило, з юридичного факультету виходять з докторським ступенем. Але особа, яка лише має диплом юридичного факультету, може називатися максимум «paralegal», що не перекладають як «юрист». Натомість горде ім’я «counsellor» (або менш горде, але значуще «lawyer» чи інше з наведених) мають ті, хто «passed the bar exam» (склав адвокатський екзамен) і має «bar admission», тобто перепустку за «бар» (стійку, що відділяє публіку від суду). Для американців поняття «юрист» і «адвокат» нероздільні. Подальша кар’єра юриста, у тому числі на посаді судді, прокурора, можлива лише для осіб з «bar admission».

В Європі прийнято такий документ, як Резолюція Комітету міністрів Ради Європи від 2 березня 1978 р. № (78) 8 «Про юридичну допомогу і консультації», в якому зазначено: «Юридична допомога завжди має здійснюватися осо­бою, яка має право практикувати як адвокат («professionally qualified to practise law», що буквально означає: «має професійну кваліфікацію для юридичної практики») відповідно до юридичних норм певної держави як у випадках, коли система юридичної допомоги передбачає участь захисника, так і у випадках, коли:

а) сторони повинні бути представлені такою особою в судовому органі певної держави згідно із законом цієї держави;

б) орган, правомочний розглядати прохання про надання юридичної допомоги, констатує, що послуги адвоката необхідні у зв’язку з конкретними обставинами справи».

Отже, за ретельнішого перекладу з англійської міжнародних документів, на які посилався Суд, теза «...наведені міжнародно-правові акти передбачають право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або через вільно вибраного ним на власний розсуд захисника з-поміж юристів» мала б звучати як «...захисника з-поміж адвокатів».

Крім того, якщо надати право на здійснення захисту зазначеним «фахівцям», в Україні також не дотримуватимуться пункту 20 «Основних положень про роль адвокатів»: «Адвокати повинні користуватися цивільно-правовим і кримінальним імунітетом щодо відповідних заяв, зроблених сумлінно у вигляді письмових подань в суд або усних виступів у суді, або під час виконання ними своїх професійних обов’язків у суді, трибуналі чи іншому юридичному або адміністративному органі». В Україні такий імунітет передбачений для адвокатів згідно Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Однак він не поширюється на решту осіб, які можуть здійснювати захист відповідно до рішення Конституційного Суду України.

Слід зазначити, що експерти Європейського Союзу, які проводили експертизу рішення Конституційного Суду України про вільний вибір захисника, дійшли висновку, що це рішення суперечить усім міжнародним нормам. Так, Район Мюллер і Джон Фіш наголосили, що надання правової допомоги особі (а тим більше – її захист у кримінальному процесі) може вважатися автентичним лише в разі, якщо воно здійснюється представниками:

- незалежної професії;

- чия найвища кваліфікація, а також моральні якості перевірені в об’єктивний спосіб незалежними органами;

- пов’язаними специфічним для професійного правозахисту кодексом (правилами етики);

- які, відповідно, несуть дисциплінарну відповідальність за порушення цих правил.

Цим вимогам відповідає лише адвокатура. На думку експертів Євросоюзу, зазначене рішення Конституційного Суду України грубо суперечить принципам правової держави; Суд неправильно зрозумів та інтерпретував міжнародні документи, що і призвело до прийняття помилкового рішення.

Конституційний Суд Російської Федерації, слухаючи аналогічну справу, у Постанові у справі про перевірку конституційності частини четвертої статті 47 КПК РРФСР у зв’язку зі скаргами громадян Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса та С.В.Абрамова від 27 січня 1997 р. № 2-П прийняв протилежне рішення.

Проаналізувавши ситуацію, яка склалася в кримінальному процесі Російської Федерації у зв’язку з участю у кримінальних справах захисників-неадвокатів, O.A. Леві, М.В. Ігнатьєва та О.І. Капіца дійшли висновку, що участь у кримінальному судочинстві непрофесійного захисника не підсилює, а навпаки, порушує право особи на забезпечення кваліфікованим захистом у кримінальній справі.

Один з провідних російських юристів М.Ю. Барщевський обстоює необхідність розуміти відмінність між захисниками – адвокатами та неадвокатами (які іноді взагалі не є юристами), наголошуючи на спеціальних вимогах, яким відповідають перші. Для отримання організаціями ліцензій потрібно лише мати в штаті певну кількість юристів, які згідно з «Положенням про ліцензування» будуть виконувати «безпосереднє здійснення платних юри­дичних послуг» без будь-якого контролю за ними. Якщо формально держава і здійснювала якийсь контроль у ліцензуванні, то фактично ніякого контролю не було. Більше того, восени 1998 р. ліцензування юридичної діяльності взагалі було визнано непотрібним і скасовано.

Аналогічна ситуація склалася і в Україні: ліцензування юридичної практики, передбачене статтею 4 Закону України «Про підприємництво», було скасовано.

Рішення Конституційного Суду про участь у кримінальних справах як захисників «фахівців у галузі права» дає можливість слідчим і судовим органам залучати як захисників осіб, не пов’язаних нормами адвокатської етики, без належних гарантій конфіденційності та професіоналізму. Водночас уможливлюється тиск з боку слідства на таких осіб, оскільки слідчий, прокурор чи суд у будь-я кий момент може відсторонити такого захисника від участі у справі, мотивуючи тим, що він «як виявилося, не є фахівцем у галузі права».

Рішення про допуск захисника до участі у справі приймають відповідно слідчий, прокурор, суд. Отже, за такого становища визначати, чи є юрист «фахівцем у галузі права», будуть саме вони. Жодної процедури спростування рі­шення щодо невизнання особи «фахівцем у галузі права» не передбачено. На практиці це може спричинити істотні порушення права підозрюваного або обвинуваченого на захист і правову допомогу.

Суддя Конституційного Суду України В.Д. Вознюк у листі до Спілки адвокатів України від 25 вересня 2001 р. № 301-16/813 зазначив, що «Конституційний Суд не мав на меті допустити до здійснення такого захисту будь-якого юриста, а навпаки, виходячи з конституційних гарантій, вказав, що це повинна бути особа, яка є фахівцем у галузі права і яка за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи». Закріпивши в Конституції України право кожного на одержання правової допомоги і вільний вибір захисника, держава відповідним чином гарантує при цьому належну кваліфікацію юристів, які можуть надавати правову допомогу. Критерії, що свідчать про належний рівень професійної кваліфікації особи, яка допускається до такого захисту, повинна визначати Верховна Рада України як єдиний законодавчий орган.

Таким чином, формулювання «інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги» є класичним прикладом бланкетної диспозиції, тобто такої, яка містить у собі посилання на норму того чи іншого нормативного акта, не конкретизуючи його.

Спираючись на це, у листі Спілки адвокатів України до Голови Верховного Суду України від 28 травня 2002 р. № 078 зазначається, що «оскільки Конституційний Суд у своєму рішенні назвав обов’язкову умову щодо допуску «фахівців у галузі права» до надання правової допомоги – існування спеціального закону, яким їм має бути надане таке право, та відповідні умови його реалізації, а закону такого до цього часу не існує, то нині допуск цих осіб як захисників є порушенням чинного законодавства, бо в процесі беруть участь неналежні особи». У названому листі Спілка адвокатів України просить Голову Верховного Суду України звернути увагу суддів на неприпустимість допуску «фахівців у галузі права» як захисників до прийняття Верховною Радою України спеціального закону.

Верховний Суд України дав свої роз’яснення з приводу застосування норм КПК України, оновлених відповідно до Рішення Конституційного Суду у справі про право вільного вибору захисника. Згідно з пунктом 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві», вирішуючи питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі, слід з’ясовувати, яким саме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як захисникам. Верховний Суд України визнав правильною практику тих судів, які за відсутності спеціального закону не допускають таких фахівців до здійснення захисту у кримінальних справах.

В новому Кримінальному процесуальному кодексі в ст. 45 чітко передбачено, що захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю.

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.

Встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред’явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається.