УДК 347.965

Яковлев С.
адвокат

Надання адвокатами правової допомоги: сучасні аспекти

З 01 квітня 2010 року набувають чинності нові антикорупційні закони, прийняті ще влітку 2009 року, - "Про принципи запобігання й протидії корупції", "Про відповідальність юридичних осіб за здійснення корупційних правопорушень", і Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення". За задумом законодавців, вищевказані законодавчі акти повинні забезпечити ефективний захист держави й суспільства від корупційних проявів, а також подальше вдосконалення діяльності правоохоронних органів. Порівняно з чинним до останнього часу законодавством, нові закони істотно розширюють перелік суб`єктів відповідальності за корупційні дії. Так, за новим Законом "Про принципи запобігання й протидії корупції", до таких, окрім державних службовців, депутатів, посадовців місцевого самоврядування, відносяться також Президент, Голова Верховної Ради України, депутати, члени Кабінету Міністрів України, судді, працівники органів прокуратури, митної, податкової служби та ін. Закон виділяє окрему групу осіб, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування. Це - члени виборчих комісій, помічники-консультанти народних депутатів України, нотаріуси, аудитори, третейські судді, адвокати та інші.

Впровадження вищезазначених законів викликало досить неоднозначну реакцію в суспільстві, як серед фахівців, так і серед інших осіб, принаймні тих, діяльність яких підпадає під дію норм цих нормативно-правових актів. З трьох антикорупційних законів, вказаних вище, основоположним є Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» (далі — Закон), який визначає основні засади запобігання та протидії корупції в публічній і приватній сферах суспільних відносин, відшкодування завданої внаслідок учинення корупційних правопорушень шкоди, поновлення порушених прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав чи інтересів

юридичних осіб, інтересів держави. Спробуємо проаналізувати деякі його статті і розібратись, які обмеження вводяться ним щодо адвокатів. Стаття 1 Закону вказує, що корупція — це використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди, або прийняття обіцянки/ пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, або відповідно обіцянка/ пропозиція чи надання неправомірної вигоди такій особі, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей. Якщо проаналізувати поняття «корупція», наведене у Законі редакції 2009 р., то можна дійти висновку, що ознаками корупції є: 1) щодо осіб, наділених відповідними повноваженнями:– використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей; – вказані дії здійснюються з метою одержання «неправомірної вигоди» або прийняття обіцянки чи пропозиції надання такої вигоди для себе чи інших осіб; 2) щодо суб'єктів, які бажають схилити особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей: – обіцянка чи пропозиція надати неправомірну вигоду чи надання неправомірної вигоди уповноваженій особі, або на її вимогу, іншим фізичним чи юридичним особам; – вказані дії вчиняються з метою схилити уповноважену особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей; 3) використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей має бути протиправним.

Слід зазначити, що змістом корупції згідно із Законом є використання службових повноважень. Виникає питання, чи є повноваження адвоката службовими, і як вирішення цього питання може вплинути на застосування Закону. Питання, чи є адвокат, який займається адвокатською практикою, суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності, які передбачені розділом XVII Кримінального кодексу України, зокрема статтями 364–367, викликає безліч суперечок. Ми вважаємо, що адвокат при здійсненні адвокатської практики у розумінні кримінального закону — ст. ст. 364–367 Кримінального кодексу України — не є службовою особою. Оскільки Закон про кримінальну відповідальність пов'язує визнання особи службовою не за посадою, а за наявністю в неї відповідних (службових) повноважень, можна зробити логічний висновок, що служ-

бових повноважень адвокат не має. Водночас пп. «ґ» п. 2 ст. 2 Закону до числа суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення відносить адвокатів, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги. Останні цією ж статтею прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування. Оскільки, як уже було вказано, основною ознакою службової особи є наявність у неї відповідних повноважень, логічно зробити висновок, що саме за цією ознакою адвокати прирівнюються до вищевказаних осіб у межах чинного закону.

Даний висновок може бути підданий критиці, але, на наш погляд, саме цим шляхом піде правозастосовна практика. Для ілюстрації такої перспективи корисно навести обґрунтування в науково-практичному коментарі до КК України віднесення до суб'єктів службових злочинів таких осіб, які виконують суто професійні (адвокат, лікар, педагог тощо), виробничі (водій, провідник вагона тощо) або технічні (вантажник, сторож тощо) функції і не є службовими особами. Так, Верховний Суд України не визнав винним в одержанні хабара завідуючого хірургічним відділенням районної лікарні С., який хоча й одержував незаконну винагороду від хворих, але не у зв'язку з виконанням обов'язків завідуючого, а як лікар-хірург за якісне проведення операцій, тобто за виконання своїх суто професійних обов'язків. Але, як зазначив Пленум Верховного Суду України в Постанові від 26.04.2002 р. «Про судову практику в справах про хабарництво» (п. 1), якщо поряд з професійними (виробничими, технічними) працівник виконує й організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки і вчиняє злочин у зв'язку з їх здійсненням, то він може бути визнаний службовою особою і відповідно нести відповідальність за службовий злочин. Судова практика поділяє цю позицію і, наприклад, якщо лікар одержує незаконну винагороду за зловживання при наданні листків тимчасової непрацездатності або викладач — за виставлення позитивних оцінок на іспитах, цілком справедливо визнає таких осіб суб'єктами службових злочинів. При цьому висновок про наявність у вказаних осіб повноважень організаційно-розпорядчого характеру пов'язується вчиненням ними професійних дій, які тягнуть за собою певні правові наслідки, що можуть мати значення для прийняття в подальшому певних рішень, укладення правочинів

тощо. З урахуванням того, що здійснення адвокатської практики, тягне за собою правові наслідки, слід очікувати аналогічних тенденцій при тлумаченні і застосуванні антикорупційного законодавства.

Вважаємо, що для констатації факту вчинення корупційного правопорушення не є необхідним реальне отримання неправомірної вигоди. Достатньо здійснення відповідних зловживань з метою її отримання, або навіть з метою прийняття обіцянки чи пропозиції надання в майбутньому такої вигоди. Згідно з аналізованим Законом корупційне правопорушення — це умисне діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною в ч. 1 ст. 2 цього Закону, за яке законом установлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність. Тобто корупційним правопорушенням може бути визнане тільки умисне діяння — діяння, вчинене з прямим або непрямим умислом. На нашу думку, будь-яка вигода, яку отримує особа, котра є адвокатом, може визнаватись неправомірною лише за сукупності таких умов: по-перше, умовою визнання вигоди, отриманою без законних на те підстав, ураховуючи, що послуги адвоката є платними, а також виходячи із сутності адвокатської діяльності і характеру повноважень адвоката, є факт протиправного використання ним своїх повноважень або пов'язаних із цим можливостей, який може проявлятись у порушенні вимог законодавства щодо порядку здійснення адвокатської практики; по-друге, вигода має надаватися саме у зв'язку з виконанням адвокатом своїх повноважень, тобто як своєрідної оплати за вчинене зловживання ними. Будь-які вигоди, отримані особою в контексті інших відносин, не пов'язаних з адвокатською діяльністю, не можуть розглядатись як неправомірні. До такого висновку прямо підводить визначення понять «корупція» і «корупційне правопорушення» у Законі «Про засади запобігання та протидії корупції». Таким чином, отримання адвокатом винагороди у вигляді оплати за здійснення адвокатських дій, якщо вони вчинені відповідно до законодавства, не може бути підставою для притягнення до юридичної відповідальності. Отримання будь-яких вигод без відношення до професійної діяльності також саме по собі не утворює складу злочину. Обов'язковими ознаками складу правопорушення є вчинення адвокатських дій з порушенням законодавства, поєднане з метою отримання неправомірної вигоди. Слід акцентувати увагу на тому, що тут мається на увазі не вигода від самого ре-

зультату адвокатської дії, а вигоди, які надаються, або надання яких очікується суб'єктом злочину від інших осіб, на користь яких здійснено зловживання своїми повноваженнями. Навіть у випадку, коли адвокат учиняє порушення закону, але не має при цьому на меті отримати від когось неправомірну вигоду за це, таке діяння не може бути може бути кваліфіковане як корупційне правопорушення.

Таким чином, потрібні рішучі кроки для виправлення цієї неймовірно небезпечної ситуації з боку законодавця, пам'ятаючи, що питання функціонування адвокатури, як правозахисного інституту – це насамперед питання захисту прав людини як неодмінної умови існування правової держави.