

АДВОКАТСЬКИЙ ЗАПИТ ЯК ІНСТРУМЕНТ ПІЗНАВАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СТРУКТУРІ АДВОКАТСЬКОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

LAWYER'S INQUIRY AS A TOOL OF COGNITIVE ACTIVITY IN THE STRUCTURE OF LAWYER'S INVESTIGATION

Кухарук І.М., адвокат, аспірант кафедри криміналістики, детективної
та оперативно-розшукової діяльності,
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті проаналізовані окремі проблемні питання щодо реалізації адвокатами своїх професійних прав крізь призму здійснення адвокатського розслідування. Основний акцент зроблено на аналізі галузевого законодавства, зокрема визначення сутності та функціональної спрямованості професійних прав адвоката. Основна увага акцентована на аналізі теоретичних та прикладних аспектів використання адвокатського запиту як інструмента пізнавальної діяльності та засобу отримання інформації адвокатом у межах своєї професійної діяльності. Сформульована сутність адвокатського запиту, а також структуровані обмеження щодо можливості отримання окремих видів інформації у межах адвокатського запиту. Проаналізовані погляди вчених та аналітиків щодо систематизації відповідного комплексу проблемних питань, які виникають під час використання адвокатом такого інструментарію. Окрема увага приділена аналізу проблематики щодо отримання за адвокатським запитом інформації з обмеженим доступом. Зважаючи на це, досліджений правовий режим функціонування різних типів інформації з обмеженим доступом. Акцентована увага на безпідставних систематичних відмовах у наданні інформації в умовах воєнного стану із посиланням на те, що вона характеризується обмеженим доступом. Надана характеристика відповідної моделі тестування віднесення конкретної інформації до відповідної класифікаційної групи. Виокремлені окремі види інформації з обмеженим доступом, яка не може бути отриманою у межах адвокатського запиту. Запропоновані зміни до чинного законодавства з метою оптимізації процедури та створення правових передумов для отримання адвокатами окремих різновидів такої інформації.

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, адвокатське розслідування, адвокатський запит, пізнання, кримінальне провадження, інформація, докази.

The article analyses individual problematic issues regarding the exercise of lawyers' professional rights through the prism of conducting a lawyer's investigation. The main emphasis is placed on the analysis of industry legislation, in particular, determining the essence and functional orientation of a lawyer's professional rights. The main attention is focused on the analysis of theoretical and applied aspects of using a lawyer's request as a tool of cognitive activity and a means of obtaining information by a lawyer within the framework of his professional activity. The essence of a lawyer's request is formulated, as well as structured restrictions on the possibility of obtaining certain types of information within a lawyer's request. The views of scientists and analysts on the systematization of the relevant complex of problematic issues that arise when a lawyer uses such tools are analysed. Special attention is paid to the analysis of the issues of obtaining information with limited access upon a lawyer's request. In view of this, the legal regime of the functioning of various types of information with limited access is studied. The emphasis is placed on groundless systematic refusals to provide information under martial law with reference to the fact that it is characterized by limited access. The article provides a description of the relevant testing model for assigning specific information to the relevant classification group. Separate types of information with limited access that cannot be obtained within the framework of a lawyer's request are identified. Amendments to the current legislation are proposed in order to optimize the procedure and create legal prerequisites for lawyers to obtain certain types of such information.

Key words: lawyer, legal activity, lawyer's investigation, lawyer's request, knowledge, criminal proceedings, information, evidence.

Постановка проблеми. Розпочинаючи аналіз, необхідно наголосити, що як організаційна, так і тактична складова адвокатської діяльності повинна ґрунтуватись на нормах чинного законодавства, а окремі форми дискреції адвоката у межах кримінального провадження не мають суперечити засадничим правовим принципам, а також засадам кримінального провадження. У контексті цього, самостійного аналізу вимагає чинне наразі законодавство України, котре спрямоване на регулювання здійснення захисту у кримінальному провадженні на предмет: *по-перше*, аналізу існуючих правових приписів, які формують передумови для здійснення адвокатського розслідування; *по-друге*, формування пропозицій, які доповнюють існуючі законодавчі норми можуть забезпечити запровадження у практику адвокатського розслідування як узгодженої системної діяльності, яка реалізується у межах здійснення захисту у кримінальному судочинстві.

Безумовно, що правове регулювання будь-якої сфери суспільних відносин передбачає відповідні рівні, які корелюють із юридичною силою нормативно-правових актів, яка згідно із ч.1. ст.19 Закону України «Про правотворчу діяльність» є властивістю нормативно-правових актів та встановлених ними норм права, та є основою для визначення співвідношення їх взаємної ієрархічної підпорядкованості у системі нормативно-правових актів, зумовленою сукупністю ознак, що виникають із: а) засад конституційного ладу в Україні; б) компетенції та територіальної юрисдикції суб'єкта правотворчої діяльності, визначених

Конституцією України та (або) законом; в) інших особливостей визначених Конституцією України та (або) законом.

У той же час, зважаючи на предмет нашого дослідження, вважаємо за необхідним проаналізувати ключові положення нормативно-правових актів щодо системи та особливостей реалізації адвокатами своїх професійних прав, зокрема закріплених у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адже незважаючи на деталізацію компетенцій та повноважень адвокатів у межах відповідних галузевих кодексів, положення цього закону є засадничими та вихідними для подальшої конкретизації відповідних функціональних прав захисника.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Звернімо увагу, що проблематика щодо сутності, структури та характеристики функціональних професійних прав адвоката була предметом наукової уваги значної кількості дослідників, зокрема: Н.М. Бакаянова, Ж.В. Беленюк, Т.Б. Вільчик, В.Я. Горшко, А.М. Долгополов, А.М. Заборовський, М.Р. Іванців, О.В. Крушніцька, І.В. Міщук, Т.С. Фечук та інші науковці.

У той же час, на шпальтах наукових видань тривають жваві дискусії щодо особливостей прикладної реалізації окремих із цих прав, зокрема й особливостей використання адвокатського запиту як форми отримання інформації, зокрема й у межах адвокатського розслідування.

Метою статті є виокремлення прикладних проблем отримання інформації у межах адвокатського запиту

та формування рекомендацій щодо удосконалення законодавства за цим напрямом.

Викладення основного матеріалу. Організаційно-тактична складова діяльності адвоката у межах кримінального провадження прямо корелює із системою його повноважень та компетенцій, які прямо визначені чинним законодавством, саме тому подальше формування організаційних і тактичних моделей здійснення адвокатського розслідування вимагає аналізу положень спеціалізованого законодавства, котре визначає особливості системи та реалізації адвокатом своїх професійних прав. Зважаючи на це, необхідно приділити детальну вагу аналізу окремих положень Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Необхідно звернути увагу, що законодавець особливу увагу приділив такому інструменту отримання інформації під час здійснення адвокатом своєї професійної діяльності як адвокатський запит. Так, відповідно до положень ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адвокатський запит – це письмове звернення адвоката до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правничої допомоги клієнту. До адвокатського запиту додаються посвідчені адвокатом копії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, ордера або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги. Вимагати від адвоката подання разом з адвокатським запитом інших документів забороняється. Адвокатський запит не може стосуватися надання консультацій і роз'яснень положень законодавства. Надання адвокату інформації та копій документів, отриманих під час здійснення кримінального провадження, здійснюється в порядку, встановленому кримінальним процесуальним законом. Крім того, з метою забезпечення належного реагування відповідних суб'єктів на адвокатські запити законодавець доволі чітко визначив: *по-перше*, види інформації, яка не може бути надана адвокату; *по-друге*, чіткі строки надання такої інформації залежно від її обсягу, структури та складності підготовки; *по-третє*, встановлення юридичної відповідальності за відмову у наданні чи надання не повної інформації на адвокатський запит.

Відзначимо, що аналіз як практичної діяльності адвокатів, так і теоретичних напрацювань щодо використання такого інструменту збирання інформації, свідчить що його праксеологічна реалізація не позбавлена значної кількості проблемних питань. Так, А.М. Долгополов відзначає: «На жаль, нині слід констатувати негативну динаміку щодо розгляду та задоволення адвокатських запитів, оскільки практика показує, що першопричиною цього явища є недотримання особами, яким направляються адвокатські запити, вимог Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у частині зобов'язань щодо надання інформації або документів, які необхідні адвокату для належного захисту інтересів клієнтів. Звісно, є способи вирішення цієї проблеми, зокрема, шляхом внесення відповідних змін до законодавства в частині посилення відповідальності за незаконне залишення адвокатських запитів без належного розгляду»[1]. Крім того, автор відзначає, що «останнім часом трапляються непоодинокі випадки відмови в розгляді адвокатських запитів через відсутність у них конкретизації посади, прізвища, ім'я, по-батькові керівника органу (підприємства, організації, установи), якому адресовано адвокатський запит. Аналіз приписів закону дає підстави вважати, що останній не містить норми щодо обов'язку адвоката при подачі адвокатського запиту вказувати прізвище, ім'я, по батькові керівника органу (підприємства, організації, установи), якому адресовано запит»[1].

Крім того, у контексті реалізації такого структурного елемента професійних прав адвоката, необхідно відзначити й інші концептуальні проблеми, на які уже зверталась увага у наукових джерелах, а також робились окремі спроби їх вирішення під час розроблення проєктів нормативно-правових актів. Так, необхідно звернути увагу, що законодавець встановлює доволі чіткі обмеження щодо можливості отримання із використанням такого інструментарію інформації з обмеженим доступом у будь-якій формі, що, фактично, за певних обставин значно обмежує можливості адвоката щодо належного виконання своїх професійних обов'язків, зокрема в умовах воєнного стану, коли значна кількість інформації, яка раніше була доступною для ознайомлення та опрацювання, наразі, отримала статус інформації з обмеженим доступом, або помилково трактується як така, окремими суб'єктами владних повноважень. Цікавими у контексті цього є окремі викладки сформовані аналітиками, котрі відзначають, що «із введенням в Україні воєнного стану правила обмеження доступу до публічної інформації не змінилися, однак змінилися обставини, за яких їх мали б застосовувати. Це збиває з пантелику багатьох розпорядників: чому так і що тут робити? Хоча, напевно, жоден з розробників Закону не міг і уявити, що колись його будуть виконувати в умовах воєнного стану, «трискладовий тест» є доволі гнучкою конструкцією, яка власне і розрахована на екстраординарні випадки. До слова, українські правила не є чимось новим і небаченим, це міжнародний стандарт обмеження доступу до інформації. На жаль, на практиці, до застосування «трискладового тесту» (читайте: правомірному обмеженню доступу) доходить нечасто, а от фактично інформацію не надають. Для цього вигадують різноманітні приводи: і ті, що передбачені Законом, і що в голову прийде. Замість того, щоб виконувати Закон, окремі розпорядники втягують запитувачів у доколаправові дискусії: а чи можна, а чи варто? Частина запитувачів, аби відновити своє право на інформацію, звертаються до суду. Ми проаналізували 50 рішень адміністративних судів, винесених після повномасштабного вторгнення. Усі вони стосуються ненадання інформації у час війни (більшість – тією чи іншою мірою обмеження доступу). На жаль, тільки в одній справі розпорядник бодай спробував застосувати трискладовий тест. І це при тому, що більшість розпорядників запевняли, що запитувана інформація належить до інформації з обмеженим доступом. І на превеликий жаль, у п'яти справах суди визнали такі дії правомірними»[3].

Наголосимо, що з одного боку така позиція законодавця видається логічною та послідовною, оскільки окремі види інформації потребують застосування особливих порядків охорони, зокрема й надання відповідного грифу секретності. У той же час, пряма заборона на ознайомлення із такою інформацією певним чином має дискримінаційний характер, оскільки, фактично констатує, що з позиції держави адвокат є недостатньо надійним суб'єктом для отримання таких даних, що, фактично принижує соціальний статус та роль професії у порівнянні з іншими видами правничої діяльності, зокрема й виконання функції обвинувачення у кримінальному провадженні, а в окремих випадках перешкоджає адвокату реалізовувати свої професійні права на належному професійному рівні. Зважаючи на це, вважаємо слушним зупинитись на формуванні відповідної правової моделі, яка частково може усунути вказану проблему.

Так, відповідно до ст.21 Закону України «Про інформацію» інформацією з обмеженим доступом є конфіденційна, таємна та службова інформація. Відповідно у ч.2 цієї ж статті визначено, що конфіденційною є інформація про фізичну особу, інформація доступ до якої обмежений фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень, а також інформація визнана такою на підставі закону. Конфіденційна інформація може поширюватись за бажанням (згодою) відповідної особи

у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, якщо це не встановлено законом. Аналогічні види інформації з обмеженим доступом визначає й Закон України «Про доступ до публічної інформації». Аналіз ч.2. ст.6 цього закону свідчить, що державою встановлюється відповідна сукупність вимог, які необхідні для обмеження доступу до інформації: *по-перше*, виключно в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету та неупередженості правосуддя; *по-друге*, розголошення такої інформації може завдати істотної шкоди цим інтересам; *по-третє*, шкода від оприлюднення такої інформації переважає суспільний інтерес в її отриманні. Фактично, вказані положення є основою для подальшого застосування «трискладового тесту». Як відзначається у спеціалізованій літературі «трискладовий тест» є юридичною конструкцією – засобом для перевірки наявності необхідних умов для обмеження доступу до інформації. Це ті умови, виконання яких є обов'язковим для того, щоб виняток з відкритості інформації був правомірним. Іншими словами – обмеження доступу до публічної інформації без застосування трискладового тесту є незаконним і порушує право особи на інформацію. Будь-якому обмеженню доступу до інформації з боку розпорядника повинно передувати застосування «трискладового тесту». «Трискладовий тест» не є винаходом українського законодавця. Він уже тривалий час вважається належним стандартом для розв'язання конфлікту між різними правами чи інтересами – у цьому випадку між правом на доступ до інформації та іншими правами або інтересами, що можуть вимагати обмеження доступу. Саме формулювання тесту може значно відрізнятись у різних міжнародних документах та національних законах[2].

Продовжуючи звернімо увагу, що у межах вказаного закону сформульовано і визначення таємної інформації із акцентуванням уваги, що таємною визнається інформація, яка містить державну, професійну, банківську, розвідувальну таємницю, таємницю досудового розслідування та іншу передбачену законом таємницю. Зважаючи на ст.1 Закону України «Про державну таємницю», окремим видом таємної інформації є державна таємниця – вид таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнанні у порядку встановленому законом державною таємницею і підлягають охороні державою. У аналізованому нами вище законі визначений і перелік інформації, яка може бути віднесена до службової інформації, зокрема інформація: 1) що міститься у документах суб'єктів владних повноважень, які становлять внутрішню службову кореспонденцію, доповідні записки, якщо вони пов'язані з розробкою напряму діяльності установи або здійснення контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та (або) прийняттю рішень; 2) зібрана у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності у сфері оборони країни, яку не віднесено до державної таємниці.

Крім того, необхідно звернути увагу, визначаючи вказані терміни законодавець лише окреслив своєрідні контури меж інформації з обмеженим доступом, оскільки окремі суб'єкти можуть доволі розширено тлумачити межі таких відомостей у відповідних відомчих наказах. Системний погляд на проблему свідчить, що фактично до інформації з обмеженим доступом може бути віднесено широкий спектр даних, які під час здійснення захисту

у кримінальних провадженнях щодо злочинів окремих категорій, зокрема економічної, корупційної, професійної спрямованості можуть мати вагоме значення для формування адвокатом відповідної стратегії захисту, а також вибору конкретних тактичних прийомів його здійснення.

Зважаючи на викладені законодавчі норми, практику адвокатської діяльності та сутності ефективної реалізації функції захисту у кримінальному провадженні видається, що абсолютне обмеження можливості доступу адвоката до інформації з обмеженим доступом у широкому трактуванні цієї категорії видається необґрунтованим, оскільки охорона такої інформації, включає доволі виважену систему правових норм та інституційних механізмів, котрі забезпечують різні види юридичної відповідальності, зокрема й кримінальної у разі її розголошення. Саме тому, на нашу думку, у контексті діяльності адвоката, на теоретичному рівні, слушно запропонувати відповідну типологізацію такої інформації з урахуванням можливості доступу до неї адвоката із визначенням відповідних форм такого доступу та подальшого використання, зокрема:

по-перше, інформація з обмеженим доступом, яка не може бути отримана адвокатом у межах реалізації професійного права на адвокатський запит. На нашу думку, до такої інформації необхідно віднести: *по-перше*, інформацію, яка сформована у межах кримінального провадження у якому адвокат здійснює функцію захисту, а саме: а) інформація, викладена у документах, які сформовані за результатами здійснення оперативно-розшукової діяльності, оскільки розголошення таких даних може призвести до ідентифікації та розшифрування осіб, які здійснюють конфіденційне співробітництво із уповноваженими суб'єктами; б) інформація, яка становить таємницю досудового розслідування і порядок відкриття якої іншій стороні кримінального провадження чітко визначений кримінальним процесуальним законодавством; *по-друге*, будь-яка інформація з обмеженим доступом, яка за об'єктивними критеріями не є релевантною для пізнання події відповідного кримінального правопорушення та забезпечення ефективної реалізації функції захисту у кримінальному провадженні;

по-друге, інформація з обмеженим доступом, яка може бути отримана адвокатом у межах реалізації права на адвокатський запит за умови дотримання відповідного комплексу умов. Аналізуючи вказані умови, на нашу думку, необхідно виокремити ключові з них: а) інформація прямо корелює із кримінально-релевантною подією; б) ознайомлення із такою інформацією суттєво впливає на можливість реалізації адвокатом функції захисту у кримінальному провадженні; в) адвокатський запит щодо отримання такої інформації є вмотивованим і містить мету її отримання та визначає можливість подальшого алгоритму її використання; г) адвокатський запит містить вказівку на форму ознайомлення із відповідною інформацією. Необхідно відзначити, що робота захисника у межах кримінального провадження, а саме здійснення адвокатського розслідування концентровано спрямовується на отримання фактичних даних, які можуть бути використанні як докази у межах конкретного кримінального провадження. Водночас, формування такого переліку фактичних даних вимагає системної пізнавальної діяльності та аналітичного осмислення і оцінки великих обсягів інформації, зокрема й з метою формування чіткої стратегічної моделі забезпечення доказування. У контексті цього, в окремих ситуаціях адвокатський запит, який стосується інформації з обмеженим доступом може бути спрямованих на ознайомлення із такими даними без виготовлення копій чи отримання інших форм матеріальних носіїв такої інформації, оскільки навіть безпосереднє ознайомлення із інформацією на умовах визначених її утримувачем може сформувати уявлення щодо структури та моделі подальшого здійснення адвокатського розслідування чи форму-

вання відповідної моделі захисту у межах кримінального провадження.

Окремо, необхідно звернути увагу й на те, що своєрідним виключенням є інформація, яка становить державну таємницю, оскільки вимагає від суб'єкта наявності відповідної форми допуску до секретності, а аналіз особливостей адвокатської діяльності в Україні свідчить, що: *по-перше*, адвокати, які здійснюють захист у межах кримінального провадження не мають відповідного допуску до державної таємниці, оскільки виконання таких обов'язків не надає їм права на його отримання; *по-друге*, окремі категорії адвокатів, мають допуск до державної таємниці, у зв'язку із виконанням функцій чи зайняттям посад, які не пов'язані із здійсненням адвокатської діяльності, наприклад, проведення відповідних наукових досліджень, що також фактично нівелює можливість отримання доступу до інформації, яка становить державну таємницю.

Зважаючи на викладене, на нашу думку, ч.2 ст.24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» слушно викласти у такій редакції:

«Орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи, керівники підприємств установ та організацій, громадських об'єднань, яким направлено адвокатський запит, зобов'язані не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання запиту надати адвокату інформацію, копії документів, або забезпечити

можливість ознайомлення із такими документами у місці їх фактичного зберігання.

У разі отримання адвокатського запиту щодо ознайомлення з інформацією з обмеженим доступом, яка не є державною таємницею, власник або утримувач такої інформації протягом десяти робочих днів, зобов'язаний поінформувати адвоката щодо порядку надання доступу до такої інформації, а також меж ознайомлення з нею.

У разі відмови у наданні доступу до інформації з обмеженим доступом така відмова письмово надсилається адвокату із розгорнутим обґрунтуванням її причини.

Адвокатський запит щодо ознайомлення з інформацією з обмеженим доступом, крім встановлених цим законом вимог, має містити обґрунтування необхідності та мету отримання такої інформації, а також зобов'язання щодо узгодження порядку її подальшого використання із власником чи володільцем».

Висновки. Підсумовуючи викладене, необхідно звернути увагу, що функціональні професійні права адвоката, які визначені у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» є засадничими для їх конкретизації у галузевому процесуальному законодавстві та використання як вихідних положень для розроблення окремих організаційних і тактичних засад здійснення адвокатського розслідування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Долгополов А.М. Адвокатський запит як важлива форма реалізації права адвоката на отримання інформації. *Юридичний науковий електронний журнал*. №8. 2021. С. 220-222.
2. Доступ до публічної інформації: посібник із застосування «трискладового тесту» / Роман Головенко, Дмитро Котляр, Дар'я Слизьконіс; за заг. ред. Д.М.Котляра. К.:ЦПСА. 2014.152 с.
3. Обмеження доступу до публічної інформації під час війни: про що говорить судова практика. URL: <https://cedem.org.ua/analytics/dostupu-sudova-praktyka/>