

**ПІДТРИМКА РЕФОРМИ
КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ В
УКРАЇНІ**

MINISTRY OF FOREIGN
AFFAIRS OF DENMARK



COUNCIL
OF EUROPE

CONSEIL
DE L'EUROPE

**КОМЕНТАРІ ДО ПРОЕКТУ ЗАКОНУ ПРО «ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ
ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

Підготовлено за сприяння

Джеремі Макбрайда та Еріка Сванідзе

20 листопада 2014 року

Вступ

1. Ці коментарі стосуються пропонуваніх змін до Кодексу адміністративного судочинства, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінально-виконавчого кодексу України, Кримінального кодексу та Кримінального процесуального кодексу, які вносяться *проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо адвокатської діяльності»* (запропоновані зміни), що підготовлений Кабінетом Міністрів для подання до Верховної Ради.
2. У цих коментарях надається огляд відповідності запропонованих змін європейським стандартам, зокрема Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ) та судовій практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).
3. Запропоновані зміни до Кримінального процесуального кодексу є найбільш суттєвими і розглядаються в першу чергу. За ними йдуть зміни, які стосуються Кримінального кодексу, Кримінально-виконавчого кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства та Кодексу України про адміністративні правопорушення. Документ завершується загальною оцінкою відповідності запропонованих змін європейським стандартам.
4. Коментарі надано на основі перекладу Закону¹ англійською мовою, підготовленого проектом Ради Європи «Зміцнення незалежності, ефективності та професіоналізму судової влади в Україні» та підготовлено в рамках діяльності проекту РЄ «Підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», який фінансується урядом Данії.

Кримінальний процесуальний кодекс

5. Найбільш суттєві зміни, які пропонуються для внесення до Кримінального процесуального кодексу, стосуються статті 45, також незначні зміни або доповнення стосуються статей 47, 58, 63, 66, 75, 115, 120, 216, 220, 223, 246, 262 та 482, деякі з яких доповнюють нову редакцію статті 45.
6. Запропоновані зміни не супроводжуються пояснювальною запискою. Незважаючи на це, можна припустити, що ті коментарі, які стосуються Кримінального процесуального кодексу, зокрема статті 45, передбачають відхід від існуючого сьогодні підходу, яким передбачено наявність у захисника

¹ Консультантам було надано оригінальний текст запропонованих змін, на основі якого здійснювались консультації щодо епізодів нечіткого перекладу англійською мовою або, коли були необхідні подальші роз'яснення.

(адвоката) «усіх процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює»², тобто у положеннях Кодексу для адвокатів вони окремо не прописані.

7. Існуючий підхід до процесуальних прав відповідає сутності статті 6 ЄКПЛ, яка трактує роль адвокатів та їхні права такими, що впливають із гарантій справедливого судового розгляду осіб, обвинувачених у вчиненні кримінального злочину. Тому застосований у роботі над проектом Кримінального процесуального кодексу підхід визнано таким, що відповідає позиції Ради Європи.
8. Запропонований перехід до моделі з окремим, але паралельним визначенням прав адвокатів не суперечить основам статті 6 ЄКПЛ і може вважатися таким, що підсилює їх. Однак, для цього необхідно забезпечити високий рівень узгодженості з визначенням прав підозрюваного, обвинуваченого та з іншими відповідними положеннями Кримінального процесуального кодексу. Безумовно, можна припустити, що будь-які значні розходження не сприятимуть досягненню мети і замість зміцнення прав захисту, найімовірніше, послаблюватимуть фактичне дотримання положень Кодексу через можливість маніпулювання утвореними невизначеностями і неузгодженостями. Крім того, така правова конструкція обов'язково ускладнюватиме структуру, мову та застосування Кримінального процесуального кодексу.
9. Отже, насамперед, коментарі стосуються відредагованої статті 45, а вже потім – змін до інших положень Кримінального процесуального кодексу.

Стаття 45

10. Перші дві частини редагованої статті 45 залишилися такими самими як у чинній статті, у яких передбачено, що адвокат є «захисником» у кримінальному³ провадженні, процедурі екстрадиції та у зв'язку з застосуванням примусових заходів медичного чи виховного характеру, а також передбачено вимоги щодо необхідності внесення інформації про адвоката до Єдиного реєстру адвокатів України та відсутності будь-якої інформації про зупинення або припинення права займатися адвокатською діяльністю. Отже, ці дві частини не викликають запитань.
11. В інших п'яти частинах, які має бути внесено, передбачено обов'язки певних осіб та установ щодо забезпечення прав адвоката і гарантій його/її діяльності, прав захисника в кримінальному судочинстві, здійснення деяких інших прав,

² Ч. 4 статті 46.

³ Захисник здійснює захист «підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого», але для стислості вживатиметься лише «підозрюваний та обвинувачений».

гарантії незалежності захисника, зобов'язання громадських організацій та приватних підприємців дотримуватися його/її законних вимог, а також право мати помічника.

12. У частині 3 передбачено необхідність забезпечення прав адвоката і гарантії його/її діяльності оперативним підрозділом, слідчим, керівником органу попереднього розслідування, прокурором, слідчим суддею і судом.
13. Слід зазначити, що, принаймні, в англійському тексті права, яких стосуються положення статті, описуються радше як права «адвоката», аніж «захисника» і у результаті встановлені зобов'язання не обмежено правами, викладеними в інших чотирьох частинах. Це може бути просто проблемою перекладу, хоча, здається, що справа не у цьому, беручи до уваги обережне використання терміну «адвокат» і «захисник» у різних частинах запропонованих змін).
14. Однак, незважаючи на потенційну можливість появи у результаті дії цього положення істотного зобов'язання, складається враження, що метою останнього є заходи виховного характеру щодо перелічених осіб і установ. Все таки, варто було б внести ясність щодо необхідності внесення цього положення до Кримінального процесуального кодексу, беручи до уваги дуже конкретні права, викладені в інших частинах нової статті 45 та інших частинах запропонованих змін, включаючи запропоноване положення про злочин, передбачений статтею 397 Кримінального кодексу, які спрямовано на уникнення будь-яких перешкод діяльності захисника, тощо⁴, а також у законодавстві, яке вже набрало чинності.
15. У запропонованій частині 4 викладено 19 прав, які стосуються всіх етапів та видів кримінального провадження.
16. Хоча посилання на всі «види» включатиме у зв'язку з цим і ті провадження, які пов'язані з екстрадицією і накладенням примусових заходів медичного чи виховного характеру, одне право у пункті 2 стосується їх найбільше, а саме, побачення з *підзахисними*. Однак, в будь-якому випадку, деякі інші права також можуть стосуватися таких видів провадження і, ймовірно, застосовуватимуться і до них.
17. Майже всі права відповідають тим, які вже мають підозрювані, обвинувачені в межах дії статті 42 та ряду інших положень Кримінального процесуального кодексу, а саме мати право на побачення за умов конфіденційності до першого допиту та право на наступні допити, право збирати і подавати докази, брати участь у процесуальних діях, ставити питання і подавати зауваження та заперечення щодо порядку проведення цих дій, застосовувати технічні засоби

⁴ Див. пункти 64-69.

при їх проведенні, заявляти клопотання, знайомитися із записами досудового розслідування, одержувати копії процесуальних документів та письмових повідомлень і оскаржувати рішення⁵, а також висловлювати свою думку щодо клопотань інших учасників і допиту свідків⁶ та ініціювати слідчі дії, мати доступ до певних документів та інформації, залучати спеціалістів та експертів, отримувати повідомлення про зустрічі, висловлювати думки та подавати заперечення під час судового розгляду, знайомитися з протоколами, оскаржувати процесуальні рішення та ініціювати їх перегляд⁷. У чинному Кримінальному процесуальному кодексі ці права є правами підозрюваного, обвинуваченого і, як уже зазначалося, можуть здійснюватися захисником у його/її статусі від його/її імені.

18. Залишається спірним питання про те, чи наділення будь-яким з цих прав, зокрема, захисника, насправді щось додасть до їх сьогоденної реалізації в рамках статті 6 (3) (с), за якою кожний обвинувачений у вчиненні кримінального злочину має право захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу. Проте, звичайно, існує можливість того, що наявність цих прав також у захисника полегшить на практиці їх захист, беручи до уваги той факт, що захисники на відміну від більшості осіб, які підпадають під категорію підозрюваного, обвинуваченого, знають систему кримінального правосуддя.

19. Незважаючи на те, що власне саме наділення цими правами, приміром, захисника, не викликає запитань і справді може бути на благо, важливо, щоби захисник при їх здійсненні не користувався ними як загальними правами без дотримання побажань підозрюваного, обвинуваченого, оскільки Європейський суд з прав людини підкреслив, що «здійснення захисту, по суті, це – *питання* обвинуваченого і його адвоката⁸». Насправді існують випадки, коли інтереси правосуддя можуть виправдати факт недотримання захисником побажань підозрюваного, обвинуваченого, але, безперечно, не за рахунок ефективності здійснення його/її захисту⁹ чи непоінформованості підозрюваного, обвинуваченого про хід судового розгляду його/її справи з вини захисника і про кроки, яких необхідно вжити для заявлення своїх прав¹⁰.

⁵ Так ці права у пп. 1, 2, 4, 5, 8, 9, 10, 12 та 13 частини 4 пропонованої нової статті 45 надаються у пп. 3, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15 та 16 частини 3 статті 42 Кримінального процесуального кодексу.

⁶ Ці права у пп. 3, 6, 7, 15, 16, 17, 18 та 19 частини 4 нової статті 45 надаються у ст.ст. 71, 93, 99, 101, 350 та 364 і главах 6, 11, 26 та 31 Кримінального процесуального кодексу.

⁷ Ці права у пп. 3, 6, 7, 15, 16, 17, 18 та 19 частини 4 нової статті 45 надаються у ст.ст. 71, 93, 99, 101, 350 та 364 і главах 6, 11, 26 та 31 Кримінального процесуального кодексу.

⁸ Справа «Дауд проти Португалії» (*Daud v. Portugal*), № 22600/93 від 21 квітня 1998 року, п. 38 (додовлено курсивом)

⁹ Див. справу «Морріс проти Сполученого Королівства» (*Morris v. United Kingdom*), № 38784/97 від 26 квітня 2002 року та справу «Санніно проти Італії» (*Sannino v. Italy*), № 30961/03 від 27 квітня 2006 року.

¹⁰ Див. справу «Гермі проти Італії» [ВП], № 18114/02 від 18 жовтня 2006.

20. Окрім того, особливо важливо вказати на факт неналежного опрацювання існуючого визначення прав захисників. Зокрема, вони не впливають із прав підозрюваного, обвинуваченого і не висвітлюють їх права повною мірою, а також не узгоджуються належним чином з іншими важливими положеннями Кримінального процесуального кодексу і його загальною структурою. Ті права, які викладено у наступних пунктах, є найбільш важливими у цьому відношенні, але не всі такі недоліки обговорено.
21. Приміром, між внесеним до частини 4 розширеним переліком прав правозахисників, які застосовуються від «моменту подання документів, передбачених статтею 50 цього Кодексу, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду» немає жодного зв'язку з внесеною зміною, яка логічно впливає з уже процитованого загального положення частини 4 статті 46 про наділення захисника всіма процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого.
22. Більше того, жодних змін не було внесено до частини 5 статті 45, у результаті чого вийшло дублювання з цим положенням, у якому вже визначено, що захисник має
- право брати участь у допитах та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту - такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості.
- Далі у цьому положенні передбачено можливість проведення такого побачення під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування.
23. Окрім цього дублювання, яке може стати джерелом плутанини і розбіжностей, слід також вказати на те, що у пункті 2 частини 4 запропонованої нової статті 45 не звертається увага на визначення права захисника мати після першого допиту відповідні побачення з обвинуваченим, підозрюваним» без будь-якого обмеження їх кількості та тривалості», що наразі передбачено у пункті 3 частини 3 статті 42 Кримінального процесуального кодексу.
24. Так само у частині 4 запропонованої нової статті 45 не береться до уваги право підозрюваного, обвинуваченого вимагати забезпечення захисту щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо», що передбачене в пункті 12 частини 3 статті 42 Кримінального процесуального кодексу.
25. Окрім того, при визначенні у пункті 4 частини 4 нової статті 45 права застосовувати технічні засоби, включаючи аудіо- та відеозаписи, при проведенні процесуальних дій, в яких захисник бере участь, не вказується про застосовність умови про обмеження, хоча її застосування передбачено у зв'язку з тим самим правом підозрюваного, обвинуваченого. Так, у пункті 11 частини 3 статті 42 Кримінального процесуального кодексу цілком обґрунтовано

передбачається, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосування технічних засобів при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження «з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи», про що виноситься вмотивована постанова.

26. Визначення права доступу до необхідних документів та інших джерел інформації для цілей захисту і надання правової допомоги, збирання яких здійснюється державними органами, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями та об'єднаннями громадян, у пункті 6 відповідає забезпеченню можливості захисника «ознайомлюватися» з ними «без втручання», а також одержувати їх копії. Проте, його внесено без урахування положення частини 2 статті 93 Кримінального процесуального кодексу про право сторони захисту вимагати та отримувати «речі, копії документів, інформації, висновків експертів, звітів про аудити та інспекції». Окрім того, це право поширюється на «фізичних осіб» і не визначено як таке, що є винятком, у пункті 6 для документів, які містять секретну або конфіденційну інформацію.

27. Більше того, запропоноване в пункті 6 положення про право на ознайомлення так само жодним чином не пов'язане з іншим існуючим положенням, передбаченим у главі 15 Кримінального процесуального кодексу, а саме, про надання тимчасового доступу до речей і документів, які можуть мати суттєве значення «для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні». Така можливість відкрита для всіх учасників процесу, включаючи законного представника підозрюваного, обвинуваченого¹¹, але її здійснення можливе за умови позитивної ухвали слідчого судді на клопотання, поданого з цією метою.

28. Питання про взаємозв'язок цих трьох положень необхідно вирішити, але вирішення потребує також ще більш важливе питання, яке стосується запропонованого у пункті 6 права захисника, яке видається необґрунтовано більш обмеженим, ніж таке саме право сторони захисту, передбачене частиною 2 чинної статті 93.

29. У пункті 12 також йдеться про доступ до матеріалів, за умови, що захисник має право на

доступ до матеріалів кримінального провадження та одержувати належним чином завірені копії процесуальних документів та письмових повідомлень *на будь-якій стадії кримінального провадження*¹².

¹¹ Пункт 19 частини 1 статті 3 Кримінального процесуального кодексу.

¹² Додано курсив.

Окрім того, не внесено змін до статті 221 Кримінального процесуального кодексу, положення якої наділяють слідчі органи і прокурорів дискреційними повноваженнями, якими часто зловживають, щодо розкриття всіх матеріалів досудового розслідування до його завершення на підставі того, що це може завдати шкоди розслідуванню. У результаті, у Кримінальному процесуальному кодексі існуватиме дві потенційно колізійні норми, що, найімовірніше, шкодитиме захисту.

30. У зв'язку з цим, слід також зазначити, що відповідні права обвинуваченого, підозрюваного з цього питання в пункті 14 частини 3 статті 42 Кримінального процесуального кодексу, які містять посилання на статті 221 та 290, також залишено без змін.
31. Вирішенням питання про те, чи має бути право доступу до матеріалів кримінального провадження (зокрема, на стадії досудового розслідування) необмеженим, якщо це справді передбачено пунктом 12, має займатися українська влада. Проте, слід зазначити, що у більшості юрисдикцій немає такого вимогливого стандарту, а право доступу регулюється спеціальними правилами і певними обмеженнями, які підтримуються практикою ЄСПЛ¹³.
32. Існує також дублювання у положеннях частини 4 пропонованої нової статті 45. Це стосується, наприклад, загальної норми пункту 8 щодо участі у процесуальних діях та особливої, але, по суті повторюваної норми пункту 14 щодо участі в допиті свідків обвинувачення.
33. Абсолютно нові права, що покладаються на захисника частиною 4, містяться у частинах пп. 8 і 15.
34. Аспекти пп. 8 і 15, які, здається, поширюють дію повноважень або прав захисту на повідомлення про здійснення процесуальних дій, і коментують проведення таких дій, побачень або спілкування між суддями і прокурорами без участі захисника.
35. Так, у пункті 8 спочатку йдеться про право захисника «бути належним чином і в строки, встановлені цим Кодексом, повідомленим про дату, час і зміст *будь-якої процесуальної дії*¹⁴», право, яке не передбачено для підозрюваного, обвинуваченого. Рішення чи доречно вносити такий передовий стандарт, звичайно, повністю залежить від української влади. Проте, доцільність його реалізації на стадії досудового розслідування викликає сумніви і має бути ретельно зважено. У чинному Кримінальному процесуальному кодексі

¹³ Див., наприклад, справу «Мойсеев проти Росії» (*Moiseyev v. Russia*) № 62936/00 від 9 жовтня 2008 р.

¹⁴ Додано курсив.

передбачено, що підозрюваний, обвинувачений і його/її адвокати відповідно беруть участь або їх має бути повідомлено лише про конкретні категорії процесуальних та слідчих дій, які мають деяке безпосереднє відношення до змагальності процесуальних дій або можуть негативно вплинути на ефективність захисту їх прав і гарантій. Вихід за межі цієї вимоги може бути надмірним тягарем для проведення досудового розслідування без відповідної вигоди для здійснення захисту.

36. Друге доповнення пунктом 8 стосується надання захиснику права представляти «написані від руки» зауваження та заперечення щодо проведення процесуальних дій. Це доповнення не видається особливо важливим і, звичайно, не є проблемним.
37. Новий пункт 15 стосується необхідності відводу судді, якщо адвокату стане відомо про зустріч або спілкування прокурора з суддею, які відбулися в його/її відсутність, з питань, що стосуються кримінального провадження, в якому захисник бере участь.
38. Останнє є потенційно важливим засобом дисциплінування прокурорів і суддів, які не дотримуються принципу забезпечення рівності сторін, порушення якого відбувається у результаті проведення зустрічей, у яких не бере участь захисник¹⁵.
39. Однак, незважаючи на існування автоматичного відводу судді за фактом проведення таких зустрічей, відповідним наслідком проведення зустрічі або спілкування з питань конкретної справи, в якій бере участь захисник, мало би бути беззаперечне перенесення розгляду цієї судової справи. Це не суперечить вимозі про відвід, а підкреслює необхідність розвитку правової культури, яка поважає вимоги справедливого судового розгляду, передбаченого статтею 6 Конвенції, як цілком природного явища.
40. Проте, визначення цього положення, можливо, слід переглянути, оскільки норма про обов'язковий відвід застосовується за фактом проведення зустрічі без захисника, але у ній не вказується на факт неможливості присутності захисника після того, як він/вона отримає відповідне повідомлення про його проведення (що також вимагає пункт 15). Було б неправильно мати таку сувору норму, якщо захисник просто вирішив не приходити на зустріч, про яку йому/їй відомо, через те, оскільки це може зашкодити процесу розгляду справ.
41. Деякі із запропонованих прав не лише дублюються з положеннями чинного Кримінального процесуального кодексу, але нічого не додають для полегшення

¹⁵ Наприклад, *справа «Боргерс проти Бельгії» (Borgers v. Belgium)*, № 12005/86 від 30 жовтня 1991 року.

їх реалізації на практиці. Так, у пункті 7 частини 4 нової статті 45 передбачено право захисників залучати спеціалістів та експертів з питань, які потребують спеціальних знань, та для надання ними висновків, положення, яке вже передбачено частиною 2 статті 71 по відношенню до всіх учасників кримінального провадження. Окрім того, у пункті 7 далі немає положення щодо порядку покриття цих витрат.

42. Передбачене в частині 5 положення про те, що захисник також має інші права, встановлені Кримінальним процесуальним кодексом, а також Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», іншими законами України та міжнародними договорами України, «не має самостійного значення». Однак, його можна вважати простим нагадуванням про інші джерела прав захисника без надання будь-яких конкретних деталей. Безперечно, за відсутності будь-яких посилань на ці положення існуватиме деяка невизначеність щодо обсягу прав, особливо у зв'язку з відповідальністю за їх недотримання, передбаченою у запропонованій новій редакції статті 397 Кримінального кодексу, але, беручи до уваги, що права у цих положеннях визначено чітко і ясно, це доповнення не може вважатися проблемним з точки зору гарантії, передбаченої у статті 7 Конвенції, проти свавільного переслідування, засудження і покарання.

43. У пункті 6 слід підкреслити незалежність захисників, оскільки це є основоположним аспектом здійснення представництва для цілей статті 6 Конвенції¹⁶.

44. Більше того, передбачена цією гарантією незалежності умова щодо дотримання «органами державної влади, місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями, посадовими особами, приватними підприємцями» законних вимог захисників також не викликає запитань.

45. Проте, саме це положення не помічає того, що у частині 7 статті 46 Кримінального процесуального кодексу вже передбачено, що

органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника.

Незважаючи на існування останнього положення, немає жодної пропозиції щодо будь-яких відповідних змін до нього, за винятком коментарів щодо масштабів плутанини, які спричинять ці запропоновані зміни.

46. Однак, слід зазначити, що в англійському перекладі вказується на обов'язок, який більше стосується «приватних підприємців», аніж «підприємств», термін

¹⁶ Справа «Морріс проти Сполученого Королівства» (*Morris v. United Kingdom*), № 38784/97 від 26 лютого 2002 року.

можна знайти у пункті 6. Якщо це не просто проблема перекладу, варто забезпечити узгодженість термінології.

47. Передбачене в частині 7 право адвоката мати помічника, який може працювати з матеріалами справи та отримувати копії судових документів, а також подавати процесуальні документи по справі, є належним визнанням порядку функціонування адвокатської діяльності. Крім того, умова про необхідність внесення інформації про помічника до Єдиного реєстру адвокатів України є достатньою гарантією проти можливих зловживань повноваженнями, які надає це положення.

Стаття 50

48. Запропоновані зміни до цієї статті стосуються викладення частини 3 у такій редакції:

1. Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджується ордером.

Можливо, це просто помилка у перекладі, оскільки немає ніякої частини 3 і, видається, так, що текст стосується частини 1. Попри те, що це питання потребує уточнення, використання ордера для підтвердження повноважень на участь, можливо, дещо просте у порівнянні з визначенням частини 1 чинної статті 50¹⁷ і могло би допомогти уникнути дискусій щодо повноважень представляти підозрюваного, обвинуваченого.

Статті 58, 63 та 66

49. Усі запропоновані зміни до цих положень мають таку саму мету, і передбачають, що адвокати, які представляють потерпілого, цивільного позивача і свідків у кримінальному провадженні, «мають такі самі гарантії і процесуальні права, що й адвокат-захисник, за винятком процесуальних прав, реалізація яких безпосередньо здійснюється» цією категорією осіб. Передбачені у положенні гарантії і процесуальні права адвокатів сприятимуть ефективному представленню цих осіб і, тому, є доцільними.

Стаття 75

50. Запропоноване доповнення частини 1 пунктом 6 розширює обставини, за яких слідчий суддя, суддя або присяжний засідатель не може брати участь у кримінальному провадженні, тими обставинами, коли він/вона мали зустрічі або спілкування зі стороною обвинувачення з питань, які стосуються кримінального провадження, яке відбувалося за відсутності захисника, що бере участь у провадженні. Це доповнення відповідає положенню пункту 15 частини 1 нової

¹⁷ Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються: 1) свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю в Україні; 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги».

статті 45 про автоматичний відвід за умови зустрічі або спілкування і полегшує його реалізацію. Це положення не викликає запитань.

Стаття 115

51. Запропоноване доповнення статті частинами 8 і 9 стосується обчислення строків у зв'язку з «проведенням невідкладної дії або прийняттям рішення» і «своєчасністю проведення дії». Перше стосується положень статей 53, 223, 233 і 250 Кримінального процесуального кодексу, друге – статті 40.

52. Метою цих додаткових частин є чітке визначення строків, які часто є предметом дискусій, а передбачені у них положення щодо закінчення строків через 12 і 24 годин, не викликають запитань.

Стаття 120

53. Запропоноване доповнення до частини 2 передбачає здійснення вирішення питання про відшкодування витрат, пов'язаних з оплатою допомоги представника потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, який надає правову допомогу за договором, «судом у формі винесення рішення у кримінальному провадженні відповідно до норм Цивільного процесуального кодексу України». Такий підхід до вирішення даного питання не вважається невідповідним.

Стаття 216

54. Метою внесення змін до частини 4 цієї статті є покладення відповідальності за здійснення досудового розслідування злочинів, можливо, вчинені адвокатами, на слідчих органів Державного бюро розслідувань України. Ця зміна, яка стосується усунення питань розслідувань правопорушень адвокатів з переліку питань, які охоплюються повноваженнями звичайних слідчих, може бути додатковою гарантією від неправомірного тиску на адвокатів і, таким чином, зміцнюватиме їхню незалежність. Тому це положення, в принципі, не викликає запитань, але все ще належить з'ясувати, як на практиці функціонує новий орган, тому переконливого висновку щодо значення цієї зміни зробити неможливо.

Стаття 220

55. Частину 1 має бути викладено таким чином:

Клопотання сторони захисту, потерпілого і його/її представника чи законного представника про виконання будь-яких процесуальних дій, бездіяльність та процесуальні рішення слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання; останній має задовольнити їх за наявності відповідних підстав.

56. Хоча це, схоже, суттєво відрізняється від чинного положення¹⁸, посилення на «бездіяльність» і «процесуальні рішення» на додаток до «процесуальних дій» має бути корисним, оскільки розширює і визначає сфери питань, які можна оскаржувати.

Стаття 223

57. Зміни до положення цієї статті обмежуватимуть проведення негласних або інших слідчих дій щодо приміщень, які перебувають у власності адвокатів або використовуються ними. Так, заборонено проникати у житлові приміщення, місця роботи (вдома чи деінде), транспортні засоби для проведення огляду, обшуку чи іншої слідчої дії, а також прослуховувати їхні телефонні розмови. Існує також заборона на проведення особистого огляду адвокатів, обшуку і виїмки та копіювання їхньої кореспонденції, документів та зняття інформації з електронних носіїв, які використовуються для надання правової допомоги, а також на здійснення контролю за їхніми інформаційними системами. Крім того, є положення, яке передбачає, що проведення обшуку або огляду місця проживання адвоката або приміщення, в якому він/вона працює, проникнення до якого вимагалось би всупереч зазначеним заборонам, має проводитися тільки за наявності представника регіональної ради адвокатів та, у разі відсутності такого, будь-які отримані докази мають бути визнані неприйнятними.

58. Проте, слід зазначити, що запропоновані зміни не супроводжується будь-якими змінами до положення частини 6 чинної статті 46 про те, що «документи, пов'язані з виконанням захисником його обов'язків, без його згоди не підлягають огляду, вилученню чи розголошенню слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом».

59. Проте, передбачений змінами розширений захист є не тільки більш вимогливим у порівнянні з вимогами ЄСПЛ щодо заходів, які застосовуються щодо адвокатів (і навіть суворішим у порівнянні з положеннями частини 3 статті 482 Кримінального процесуального кодексу, які регулюють їх застосування щодо депутатів Верховної Ради), але й містить вимоги щодо присутності представника регіональної ради адвокатів, що є важливою гарантією того, що ці заходи не порушуватимуть конфіденційність спілкування між адвокатами і їхніми клієнтами¹⁹. Як результат, очікуваний від цих змін ефект, як мінімум,

¹⁸ Так, положення чинної частини 1 передбачає: «Слідчий, прокурор зобов'язані розглянути клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника про проведення будь-яких процесуальних дій в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав».

¹⁹ Див., наприклад справу «Візер і компанія Бікос Бетейлигунген ГмбХ проти Австрії» (*Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*), № 74336/01 від 16 жовтня 2007 р., «Андре та інші проти Франції» (*André and Others v. France*), № 18603/03 від 24 липня 2008 р., «Робатін проти Австрії» (*Robathin v. Austria*), № 30457/06 від 3 липня 2012 року та «Мішо проти Франції» (*Michaud v. France*), № 12323/11 від 6 грудня 2012 року.

стосується надання дієвості статтям 6 і 8 Конвенції, але, ймовірно, перевершує їх дію через дуже широкий захист, що забезпечується адвокатам. Останнього, однак, можна досягти за рахунок ефективного розслідування кримінальних злочинів. Звичайно, юристи не стоять вище закону, навіть, якщо їх особлива роль у здійсненні правосуддя вимагає особливої уваги під час розгляду заяв про вчинення ними злочинів.

Стаття 246

60. Зміни до положення цієї статті підтверджують абсолютну заборону на проведення будь-яких негласних слідчих (розшукових) дій по відношенню до адвокатів, включаючи їхні будинки та інше майно. Як уже зазначалося, це виходить за межі вимог, передбачених статтями 6 і 8 Конвенції, та може суперечити інтересам здійснення правосуддя і захисту прав інших осіб. Варто було б дозволити такі дії за дуже суворих умов, наприклад, після затвердження старшими суддями.

Стаття 262

61. Зміни до цієї статті передбачають подальшу заборону на проведення огляду, обшуку і виїмки, а також копіювання кореспонденції, документів та електронних носіїв, які використовуються для надання правової допомоги. Знову вимагається присутність представника регіональної ради адвокатів під час обшуку чи огляду помешкання адвоката, іншого майна або приміщень, де він/вона займається адвокатською діяльністю. Ці зміни спрямовано на захист конфіденційності спілкування між адвокатами і їхніми клієнтами і не викликають запитань.

Стаття 482

62. Зміни до цієї статті передбачають здійснення кримінального провадження щодо адвокатів у відповідності до Кримінального процесуального кодексу і Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Це не викликає запитань.

Кримінальний кодекс

63. Зміни до Кримінального кодексу пов'язані зі злочином, передбаченим чинною статтею 397 щодо втручання у законну діяльність захисника чи представника. Положення про цей злочин пропонується замінити новим: «створення будь-яких перешкод діяльності захисника, адвоката чи представника особи під час надання правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їхнього статусу, будь-яких форм порушення адвокатської таємниці або будь-якої іншої конфіденційної інформації, що охороняється законом».
64. Так само як і чинна стаття, доповнена стаття містить положення про суворіше покарання, якщо злочин вчинено особою з використанням свого службового становища.

65. Шкала штрафів залишається такою самою, а саме: штраф до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (500 у випадку посадової особи), обмеження волі на строк до трьох років та (лише для посадових осіб) позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.
66. Не викликає сумнівів необхідність захищати здатність захисників виконувати свої обов'язки. Не зрозуміло, які проблеми виникнуть при застосуванні цього положення, яке надзвичайно ясно і чітко забороняє втручатись у їхню законну діяльність.
67. Проте, запропоновані зміни досить нечіткі у посиланні на «будь-які перешкоди», «порушення гарантій їхнього статусу» і «будь-які форми порушення адвокатської таємниці». І, звичайно, здається, що у чинному законі немає загального відповідного положення з визначенням «правомірної діяльності», хоча є деякі корисні доповнення в інших аспектах запропонованих змін. Запропоноване наразі визначення правопорушення суперечить необхідності передбачуваності у кримінальному праві, оскільки використана термінологія здатна призвести до розширеного тлумачення окремих положень і як результат викликати ризик порушення статті 7 Конвенції.
68. Таким чином, варто було б розглянути необхідність редагування статті 397 і забезпечення більш точних визначень.

Кримінально-виконавчий кодекс України

69. Пропоновані зміни до частини 2 статті 8 передбачають, що засудженому гарантується право на правову допомогу, а отже – право користуватися послугами адвокатів.
70. Таке положення здатне забезпечити доступ цих осіб до правосуддя, як того вимагає стаття 6 Конвенції.
71. Проте, не зрозуміло, на якій підставі можна отримати право на правову допомогу. Принаймні, у деяких випадках може виникнути потреба у покритті витрат за таку допомогу за рахунок держави²⁰. Тому неможливо оцінити чи матиме це доповнення практичне значення, хоча, звичайно, це – справа принципу.

²⁰Див. справу «Езех і Коннорс проти Сполученого Королівства» (*Ezeh and Connors v. United Kingdom*) [ВП], № 39665/98 від 9 жовтня 2003 року.

Кодекс адміністративного судочинства/Кодекс України про адміністративні правопорушення

72. Запропоновані зміни до частини 2 ст.ст. 16 і 56 Кодексу адміністративного судочинства передбачають відповідно надання адвокатами правової допомоги та представництва у справах, які регулюються цим кодексом.
73. Запропоновані зміни до частини 5 статті 58 Кодексу адміністративного судочинства, а також запропонована редакція статті 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачають порядок підтвердження повноважень адвоката та його/її право залучати помічника.
74. Не беручи до уваги той факт, що у положенні про порядок підтвердження повноважень дивним чином використовуються визначення, аналогічні тим, які змінено запропонованими доповненнями до статті 50 Кримінального процесуального кодексу, ці зміни є важливим кроком у напрямку приведення судового провадження, які регулюються цими кодексами, у відповідність до тих, які регулюються Кримінальним процесуальним кодексом, а, отже, запобігає порушенню статті 6 Конвенції.

Висновок

75. Загальною метою запропонованих змін є розвиток і зміцнення правової бази і діяльності адвокатури та правників, а також ефективності послуг, які надаються окремими адвокатами, що можна вітати. Проте, запропоновані зміни до Кримінального процесуального кодексу слід переглянути для забезпечення більшої узгодженості між визначенням запропонованих прав захисників і прав підозрюваних, обвинувачених, а також іншими відповідними положеннями. Більше того, подальшого висвітлення потребує питання доцільності внесення положення щодо необмеженого доступу до матеріалів кримінального провадження, зобов'язання повідомляти про проведення всіх процесуальних дій на стадії досудового розслідування, а також щодо масштабів і рівня імунітету адвокатів, та пов'язані з цим запропоновані процесуальні обмеження.