

О. ДРОЗДОВ

адвокат, доцент кафедри кримінального процесу

(Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого),

Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної

комісії адвокатури,

Перший проректор Вищої школи адвокатури,

член Науково-консультативних рад при Верховному Суді

та Національній асоціації адвокатів України,

кандидат юридичних наук, доцент

Гарантії адвокатської діяльності

в контексті міжнародних стандартів або

«больові точки» сьогодення Адвокатури України

(тези доповіді на міжнародній конференції: «Адвокатура – інститут збереження демократії і гарантія прав людини», яка відбулася у м. Києві 30 серпня 2018 року)

Вступні зауваги. Під час конференції, організованої Національною асоціацією адвокатів України за участю уповноваженого представника управління спеціальних процедур офісу Верховного Комісара ООН з прав людини, який перебуває з візитом в Україні йшлося. Зростання тиску на адвокатуру загрожує погіршенням стану дотримання прав людини в Україні. Обидві тенденції мають бути оцінені міжнародними правозахисними організаціями, які мають необхідні інструменти для змін на державну політику в цій сфері (URL: <http://unba.org.ua/news/3499-tisk-na-advokaturu-zagrozhue-pogirshennyam-stanu-dotrimannya-prav-lyudini-v-ukraini.html>).

Крім того НААУ було опубліковано звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні. Документ є другим доповненим виданням і містить аналітику про порушення у період 2013-2018 років (URL:

<http://unba.org.ua/news/3498-naau-publikue-zvit-pro-porushennya-prav-advokativ-ta-garantij-advokats-koi-diyal-nosti-v-ukraini.html>)

Проте залишається актуальним питання пошуку подолання вище зазначених вкрай негативних тенденції загальнонаціонального масштабу. Саме на цьому хотілося би й зосередити свою увагу.

1. Вважаю за доцільне наголосити, що статтею 131-2 Конституції України встановлено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Також наведеною статтею Основного закону України гарантується незалежність адвокатури.

Натомість засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом. Проте суттєву питому вагу в забезпеченні гарантій адвокатської діяльності займають й міжнародні документи. Адже відомо, що у статті 9 Конституції зазначається, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Слід нагадати, що до основних міжнародних актів, що визначають засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності, можна віднести наступні: Основні принципи, що стосуються ролі юристів (прийняті восьмим Конгресом ООН з попередження злочинності та поведіння з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня - 7 вересня 1990 г.); Рекомендація R (2000) 21 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про свободу здійснення професії адвоката (прийнята Комітетом Міністрів 25 жовтня 2000 року на 727-му засіданні заступників міністрів); Європейська Хартія засадничих принципів юридичної професії (Прийнята на Пленарному засіданні Ради адвокатури та юридичних асоціацій Європейського Союзу 48, Брюссель, 24 листопада 2006 р.); Кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства (прийнятий Радою адвокатури та правничих асоціацій Європи, Страсбург, 28 жовтня 1988 р.); Міжнародні принципи поведінки правників у соціальних мережах (прийняті Міжнародною комісією юристів 24 травня 2014 м) та Міжнародний кодекс етики юриста (прийнятий Міжнародною комісією юристів у 1956 р.)

2. Крім того, відповідно до статті 32 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, зі змінами, внесеними Протоколом № 11 (далі - Конвенція), питання тлумачення й застосування цієї Конвенції та протоколів до

неї підпадають під юрисдикцію Європейського суду з прав людини. Обов'язковість цієї юрисдикції визнана Україною під час ратифікації Конвенції, що закріплено в Законі України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР "Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції". Крім того, Законом України від 22 лютого 2000 року № 1484-III "Про ратифікацію Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари" було ратифіковано відповідний Протокол № 6 до Конвенції, який набрав чинності для України 01 травня 2000 року; Законом України від 09 лютого 2006 року № 3435-IV "Про ратифікацію Протоколів № 12 та № 14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод" було ратифіковано згадані протоколи. При цьому Протокол № 14 змінює контрольну систему Конвенції і вносить до неї відповідні зміни і зазначені протоколи набрали чинності для України 01 липня 2006 року та 01 червня 2010 року відповідно.

Також згідно зі статтею 17 Закону України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" суди повинні застосовувати при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Враховуючи, що Україна визнає юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, то застосування судами цієї Конвенції має здійснюватись з обов'язковим урахуванням практики Європейського суду з прав людини не тільки щодо України, а й щодо інших держав.

Таким чином одним з факторів дотримання гарантій адвокатської діяльності є забезпечення відповідності положень національного законодавства з питань адвокатури та адвокатської діяльності вимогам міжнародних документів.

Наступним фактором дотримання гарантій адвокатської діяльності є врахування в адміністративній та перш за все судовій практиці наведених міжнародних документів та практики Європейського суду з прав людини.

3. Важливим є те, що, питання забезпечення єдності судової практики останнім часом постійно перебуває у фокусі уваги європейської правничої спільноти. Так Консультативна рада європейських суддів у своєму Висновку про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону від 10 листопада 2017 року зазначила, що однакове й уніфіковане застосування закону забезпечує

загальнообов'язковість, рівність перед законом та правову визначеність у державі, яка керується верховенством права. Єдине застосування законів поліпшує громадське сприйняття справедливості та правосуддя, а також довіру до відправлення правосуддя. Неодноразове ухвалення суперечливих судових рішень, особливо судами останньої інстанції, може спричинити порушення права на справедливий суд, закріпленого в п. 1 статті 6 ЄКПЛ (пункти b та c Розділу VIII Основні висновки та рекомендації).

Натомість забезпечення послідовного й єдиного застосування законів, а також заохочення розвитку права через судову практику є, у першу чергу, повноваженнями верховного суду (пункт e Розділу VIII Основні висновки та рекомендації).

У статті 14 (Верховенство права та повага до прав людини і основоположних свобод) Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони зазначається, що в рамках співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки Сторони надають особливого значення утвердженню верховенства права та укріпленню інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом та правоохоронних і судових органів зокрема. Співробітництво буде спрямоване, зокрема, на зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості та боротьбу з корупцією. Співробітництво у сфері юстиції, свободи та безпеки буде відбуватися на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод (URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011/paran130#n130).

А тому саме від позиції новоствореного в Україні Верховного Суду багато у чому буде залежати якість правозастосовної практики з питань дотримання гарантій адвокатської діяльності.

Проте вже маємо рішення Верховного Суду, який є речі є найвищим судом у системі судоустрою України, які викликають неабияку стурбованість в усієї адвокатської спільноти. Одним з останніх прикладів може слугувати нещодавнє рішення Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц, яке фактично поставило поза законом гонорар успіху адвоката. Щоб не повторюватися, лише зазначу, що автором цих рядків вже було проаналізовано світовий досвід і перспективи законодавчого врегулювання в Україні даного питання (URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2018/7/25/171358.htm>; <http://unba.org.ua/publication/s/3425-golova-vkdka-oleksandr-drozdov-suddi-stvoryuyut-nebezpechnu-praktiku-yaka-mozhe-vdariti-po-ihn-omu-avtoritetu-j-garantiyah.html>) та скеровано до Ради адвокатів України відповідне звернення.

Ще одним прикладом є намагання найвищого суду у системі судоустрою України обмежити повноваження ВКДКА встановлених нашим профільним законом. Тому доцільно нагадати що дисциплінарні органи адвокатури та провадження, які вони здійснюють, мають відповідати вимогам ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. А вона гарантує право на справедливий і публічний розгляд справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Крім того в рішеннях по справах «*Albert and Le Compte v. Belgium*» та «*Gautrin and Others v. France*» Європейський суд з прав людини висловив правову позицію з приводу того, що професійні дисциплінарні органи є квазісудовими. Тому з огляду на приписи закону українські суди, розглядаючи справи, пов'язані з перерозподілом дисциплінарних проваджень, зобов'язані застосовувати як джерело права і ст.6 конвенції, і практику ЄСПЛ, у тому числі в частині тлумачення та забезпечення безсторонності (URL: <http://unba.org.ua/publications/3425-golova-vkdka-oleksandr-droz dov-suddi-stvoryuyut-nebezpechnu-praktiku-yaka-mozhe-vdariti-po-ihnomu-avtoritetu-j-garantiyah.html>).

У світлі викладеного все ж таки висловлю сподівання на конструктивну взаємодію між адвокатами та суддями щодо формування належної судової практики у сфері адвокатури та адвокатської діяльності. Адже надермно у постанові від 30 травня по справі №466/1367/16-а, Верховний Суд зазначив, що із системного, сутнісного та цільового підходу до розуміння зазначених конституційних положень та положень профільного (базового) законодавчого акта, який визначає статус, мету, завдання та функції адвокатури, убачається, що адвокатура як інституція та її діяльність в аспекті забезпечення реалізації конституційного права особи на правову допомогу набуває певних особливих властивостей суб'єкта публічних відносин. Ця властивість адвокатури увиразнюється (посилюється) метою її служіння суспільному інтересу шляхом надання своєчасної і належної правової допомоги у поєднанні з виконанням делегованих їй державою окремих владних повноважень. У контексті сказаного має значення й особливий характер адвокатської професії, представники якої є учасниками творення правосуддя, у зв'язку з чим користуються, зокрема, правом участі у суді як захисники чи представники та імунітетом від судового переслідування за свої виступи в залі суду (стаття 23 Закону № 5076-VI).

Останнім часом викликають занепокоєння й випадок в Одесі щодо намагання окремих суддів здійснювати допит у судових процесах адвокатів щодо питань адвокатського самоврядування в аспекті здійснення дисциплінарного провадження КДКА та ВКДКА. Втім Рада адвокатів України доволі швидко відреагувала на зазначений виклик та 2 червня 2018 року розглянувши звернення Голови Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури Одеської області Рудницької Н.А. та врахувавши мої пропозиції прийняла Рішення № 86 (URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2018-06-02-r-shennya-rau->

[86_5b449fa008a68.pdf](#)), яким внесла відповідні зміни до низки актів. Так, зокрема, пункт 3.44. Розділу III «Підготовка і проведення засідань ВКДКА» Регламенту Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури було викладено у новій редакції наступного змісту: «3.44. Рішення ВКДКА приймається відкритим голосуванням. Рішення ВКДКА приймається таємним голосуванням за пропозицією не менш ніж семи членів ВКДКА. Під час прийняття рішення ВКДКА ніхто не має права перебувати в приміщенні, у якому приймається таке рішення («нарадча кімната»), крім складу ВКДКА, який приймає таке рішення, та працівників Секретаріату ВКДКА.

Члени ВКДКА та працівники Секретаріату ВКДКА не мають права розголошувати хід обговорення та прийняття рішення в приміщенні, у якому ухвалювалося таке рішення («таємниця нарадчої кімнати»). Виключенням з правила, встановленого цим абзацом п. 3.44 Регламенту, становить необхідність захисту Головою та членами ВКДКА, працівниками Секретаріату ВКДКА своїх прав та інтересів.»

До речі саме для побудови таких конструктивних відносин і безпосередньо під час судових процесів є відповідна практика ЄСПЛ. Узяти хоча б рішення цього Суду від 26.07.2018 року у справі «**Бартая проти Грузії**». Принагідно зауважимо, що слухання справи пана Бартая відбулося 28 січня 2004 року. Його адвокат не міг брати участь тому, що він був залучений в інше слухання в той самий час. Адвокат незадовго до слухання поінформував суд його про відсутність і подав запит про відкладення слухання. Він не отримав відповіді і, отже, пан Бартая взяв участь у слуханні самостійно. Він також вимагав відкладення відмовляючись брати участь у слуханні без його адвоката. Суд дійшов висновку, що його відмова брати участь відповідає його відсутності і ухвалив заочне рішення про відхилення його справи. Адвокат пана Бартая подав заяву про скасування цього рішення, але безуспішно. Зокрема, у травні та вересні 2005 року апеляційні та касаційні суди дійшли висновку, що відповідно до національного законодавства не існувало обґрунтування відмови від участі у слуханні, а також те, що участь адвоката в іншому слуханні не була вагомою підставою для скасування рішення, прийнятого *in absentia*. Крім того, вони виявили, що пан Бартая був попереджений суддею першої інстанції про наслідки його відмови від участі у слуханні. Посилаючись на статтю 6 Конвенції він стверджував, що провадження у справі було несправедливим. Він стверджував, зокрема, що коли було прийняте заочне рішення проти нього, він не мав можливості брати участь у провадженні на рівних засадах зі супротивною стороною, яка була представлена адвокатом, а також те, що йому згодом не була надана можливість отримати нового розгляду його справи. В кінцевому рахунку ЄСПЛ констатував порушення статті 6§1 та визначив справедливую сатисфакцію у розмірі 1500 євро (моральна шкода) та 1000 євро (видатки та витрати). ([URL: https://www.echr.com.ua/translation/sprava-bartaya-proti-gruzi%D1%97-pres-reliz/](https://www.echr.com.ua/translation/sprava-bartaya-proti-gruzi%D1%97-pres-reliz/)).

Також навряд чи цілком логічне пояснення можна надати й випадкам фактичного втручання законодавчого органу в питання фінансового забезпечення органів адвокатського самоврядування. Наприклад, Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році», прийнятим від 20.12.2016 року було внесено низку змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо затвердження граничних розмірів внеску на проходження стажування та плати за складання кваліфікаційного іспиту (URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1791-19#n390>).

Цим законодавчим кроком, на мою думку, фактично було доволі обмежено право органів адвокатського самоврядування в аспекті фінансування власної діяльності. Аналіз порядку проходження наведених змін надає підстави ставити під сумнів дотримання встановленої конституційної процедури розгляду і ухвалення цього Закону. Оскільки відомо, що саме нещодавно Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму рішенні від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018 у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про всеукраїнський референдум" дійшов висновку, що ВРУ не дотримала встановленої конституційної процедури розгляду і ухвалення Закону № 5475, про що свідчить те, що Законопроект № 6278 не було розглянуто на засіданні відповідного комітету Верховної Ради України, а також те, що частиною народних депутатів України було порушено вимогу щодо особистого голосування (п. 13 мотивувальної частини рішення) (URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_r_2018.pdf).

Орган конституційної юрисдикції, окрім іншого, врахував і власну сучасну практику. Так у своєму рішенні від 28.02.2018 р. № 2-р/2018 КСУ висловив юридичну позицію щодо необхідності дотримання конституційної процедури розгляду й ухвалення закону України. КСУ вважав, що системний, грубий характер порушення конституційної процедури розгляду й ухвалення нормативного акта, а також істотний вплив цього порушення на остаточний результат його ухвалення є підставою для визнання цього акта неконституційним.

4. Далі перейдемо й до практики ЄСПЛ, яка безпосередньо впливає на формування засад організації та діяльності адвокатури. Як авторитетно зазначається у *Копенгагенській декларації*, яка була ухвалена під час зустрічі на Конференції на високому рівні у м. Копенгагені 12 і 13 квітня 2018 року за ініціативою головування Данії у Комітеті міністрів Ради Європи, саме ЄСПЛ забезпечує захист від порушень, які не були виправлені на національному рівні, та авторитетно тлумачить Конвенцію згідно з відповідними нормами та

принципами міжнародного публічного права та, зокрема, у світлі Віденської конвенції про право міжнародних договорів, з урахуванням сучасних умов. Якість і, зокрема, чіткість і послідовність рішень Суду є важливими для авторитету та ефективності системи Конвенції. Вони створюють основу для національних органів влади для ефективного застосування та виконання стандартів Конвенції на національному рівні (пункти 26-27) ([URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/555174cd103632f8b66f_file.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/555174cd103632f8b66f_file.pdf)).

В свою чергу спираючись на власні дослідження та дослідження інших науковців ([URL: www.ilpp.ru/netcat_files/userfiles/Анонсы/Praktika%20ESPCh%20po%20zaschite%20prav%20advokatorov_dlya%20razmescheniya%20na%20sayte.pdf](http://www.ilpp.ru/netcat_files/userfiles/Анонсы/Praktika%20ESPCh%20po%20zaschite%20prav%20advokatorov_dlya%20razmescheniya%20na%20sayte.pdf)) аналіз практики ЄСПЛ з наведеної проблематики дає можливість класифікувати її наступним чином.

4.1. По-перше, право адвоката на свободу вираження поглядів знайшло своє відображення у наступних рішеннях ЄСПЛ по справах: від 23 квітня 2015 року з справи *Moric (Morice) проти Франції*, скарга № 29369/10, § 132, від 24 липня 2008 року у справі *André and Another проти Франції*, скарга № 18603/03, від 28 жовтня 2003 року по справі *Стеур (Steur) проти Нідерландів*, скарга № 39657/98, § 38; від 24 січня 2008 року у справі *Coutant проти Франції*, скарга № 17155/03, від 22 березня 2007 року по справі *Сіаловска (Sialkowska) проти Польщі*, скарга № 8932/05, § 111; від 21 березня 2003 року по справі *Вінгертер (Wingarter) проти Німеччини*, скарга № 43718/98, від 13 грудня 2007 року по справі *Фогля (Foglia) проти Швейцарії*, скарга № 35865/04, § 85. від 21 березня 2002 року по справі *Нікула (Nikula) проти Фінляндії*, скарга № 31611/96, § 55; від 15 грудня 2005 року по справі *Кіпріану (Kyprianou) проти Кіпру*, скарга № 73797/01, § 174, від 26 квітня 1991 року по справі *Езелін (Ezelin) проти Франції*, скарга № 11800/85, §§ 5253, від 15 липня 2007 року по справі *Роланд Думас (Roland Dumas) проти Франції*, скарга № 34875/07, § 48, від 27 січня 2015 року з справі *Кінсес (Kincses) проти Угорщини*, скарга № 66232/10, § 39 -40, від 15 грудня 2011 року по справі *Мор (Mor) проти Франції*, скарга № 28198/09, § 59, від 20 квітня 2004 року по справі *Аміхалакоаїє (Amihalachioaie) проти Молдови*, скарга № 60115/0, § 37, від 20 жовтня 2012 року у справі *Карпетас (Karpetas) проти Греції*, скарга № 6086/10, § 78, від 8 січня 2004 р справі *А. (А.) проти Фінляндії*, скарга № 44998/98. 19 Рішення від 24 січня 2008 року у справі *Кутан (Coutant) проти Франції*, скарга № 17155/03, від 29 березня 2011 року за справі *Гувейя Гоміш*

Фернандіш і Фрейташ-е-Коста (Gouveia Gomes Fernandes and Freitas e Costa) проти Португалії, скарга № 1529/08, § 48, від 17 липня 2007 року по справі *Ормані (Ormanni) проти Італії*, скарга № 30278/04, § 73, від 12 липня 2001 року по справі *Фелдека (Feldek) проти Словаччини*, скарга № 29032/95, § 86.

4.2. Наступний блок становить практика ЄСПЛ щодо права на здійснення адвокатської діяльності: від 28 жовтня 1987 року по справі *Н. проти Бельгії*, скарга № 8950/80, § 47; від 24 травня 2005 року по справі *Бузеску (Buzescu) проти Румунії*, скарга № 61302/00, §§ 8182, від 5 липня 2005 року по справі *Турчанік (Turczanik) проти Польщі*, скарга № 38064/97, §§ 50-52; від 23 червня 1994 року по справі *Де Моор (De Moor) проти Франції*, скарга № 16997/90.

4.3. Значну питому вагу складає у згадуваній класифікації складає практика ЄСПЛ щодо адвокатської таємниці. У світлі вказаного слід навести відповідні положення Основного Закону України. А саме, статтею 30 кожному гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку. В свою чергу статтею 31 Конституції України встановлено, що кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Наведені конституційні норм корелюють з положеннями статті 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції, яка передбачає, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

До речі і понад двохсотрічний заокеанський досвід також для нас є доволі повчальним. Так у Четвертій поправці до Конституції США, яку було ратифіковано ще 15 грудня 1791 року, йдеться про те, що право народу на охорону

особи, житла, паперів та майна від необгрунтованих обшуків та арештів не має порушуватися. Жоден ордер не повинен видаватися інакше, як за наявності достатніх підстав, підтверджених присягою або урочистою заявою; при цьому ордер повинен містити докладний опис місця, що підлягає обшукові, осіб або предметів, які підлягають арешту (більш детально про Четверту поправку до Конституції США та відповідну судову практику див.: Палант Б. Біль про права (практика застосування). – Харків: Право, 2018. – С. 79-119). Важливо, що зміст цієї поправки доволі розгорнуто викладено у рішеннях по справах:

- *«Сеймена»*;

- *«Вілекса проти Вуда»* (щодо неприпустимості так званих «загальних» ордерів, навіть без ідентифікації особи);

- *«Ентіка проти Каррінгтона»* (1765 рік, щодо перевищення повноважень на видачу ордера на обшук);

- *«Вікса проти США»* (1914 рік, про «правило виключення» або концепція про «отруйні плоди отруєного дерева»);

- *«Вонг Сунь проти США»* (1963 рік, концепція про «отруйні плоди отруєного дерева» набула розвитку як необхідний елемент належної правової процедури, а саме в аспекті того, що героїн знайдений завдяки інформації отриманій в результаті порушення Четвертої поправки підлягає виключенню й не може подаватися на розгляд суду. Тут доречно буде згадати пункти 36-43 рішення ЄСПЛ у справі *«Праде проти Німеччини»* від 3.03.2016 року, у якому Страсбурзький суд, оцінивши низку факторів, констатував відсутність порушення статті 6 (Право на справедливий суд) Конвенції при виявленні та вилученні наркотичних засобів під час обшуку у кримінальному провадженні щодо продажу підробних годинників та комп'ютерних програм);

- *«Кац проти США»* (1967 рік, щодо заборони безпідставного прослуховування розмов у телефонній будці, оскільки за влучним висловлюванням судді ВС США Поттера Стюарта: «Четверта поправка захищає людину, а не місце»);

- *«США проти Джоунса»* (2012 рік, щодо закріплення до днища авто особи, яка підозрювалася у нелегальній наркоторгівлі, приладу навігаційного стеження без належного ордеру порушує Четверту поправку. До схожих висновків дійшов і ЄСПЛ ухваливши своє рішення 8.02. 2018 року по справі *«Бен*

Файза проти Франції». Дана справа стосувалася заходів спостереження, здійснених стосовно Мохамеда Бен Файза (геолокаційне установлення місцезнаходження його транспортного засобу та судовий наказ про доступ до записів телефонного оператора) у кримінальному розслідуванні щодо його участі у злочинах, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів. Одразу зазначимо, що у рішенні Палати у справі Бен Файза проти Франції (заява № 31446/12) 1 ЄСПЛ одноголосно постановив, що було: порушення статті 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції щодо геолокації пана Бен Файза в реальному часі за допомогою пристрою GPS 3 червня 2010 року; і не було порушення статті 8 КЗПЛ щодо наказу суду, виданого оператору мобільного зв'язку 24 липня 2009 року, для отримання переліку стільникових вишок, прив'язаних до телефону пана Бен Файза для подальшого відстеження його пересувань. Суд встановив, по-перше, що у сфері геолокаційних заходів в режимі реального часу французьке право на той час, до прийняття Закону від 28 березня 2014 року, не вказувало достатньо чітко, в якій мірі та яким чином влада мала право використовувати свої дискреційні повноваження. По-друге, судовий наказ, виданий телефонному оператору, є втручанням у приватне життя пана Бен Файза, але відповідав закону та був спрямований на досягнення законної мети (запобігання заворушенням або злочину тощо). Крім того, ці заходи були необхідними в демократичному суспільстві, оскільки вони були спрямовані на перешкоджання масштабній оборудці з торгівлі наркотиками. Крім того, отримана інформація була використана під час розслідування у кримінальному провадженні, в ході якого пану Бен Файза було гарантовано ефективний розгляд, який відповідає верховенству права (URL: <http://unba.org.ua/publications/3016-espl-prijnyav-rishennya-u-spravi-ben-fajza-proti-francii.html>).

Вочевидь, що є й винятки з вимог Четвертої поправки і у цій доповіді лише обмежуся їх назвою: обшук, який супроводжує законний арешт, автомобільний виняток, згода на обшук, доктрина відкритого виду, надзвичайні обставини переслідування по п'ятах, затримання і поверховий обшук. Практично кожен із наведених винятків має так би мовити свій аналог у наших українських реаліях (законодавчих та правозастосовних, перш за все у національній судовій практиці). Проте це сподіваюсь у подальшому стане окремою темою нашої розмови.

У продовження доцільно нагадати читачеві, що я вже мав нагоду бути співавтором перекладу на українську мову виданої ЄСПЛ у січні поточного року інформаційно-тематичної збірки щодо привілеїв юридичної професії (URL: <http://unba.org.ua/publications/3007-analitichnij-oglyad-praktiki-espl-privilei-yuridichnoi-profesii.html>). Оскільки наведений текст є у відкритому доступі, тому є сенс нагадати лише про, так би мовити, ключові рішення Суду з означених питань:

- *Бріту Ферріні Бешіга Вілла-Нова проти Португалії* (щодо розкриття відомостей про банківські рахунки в рамках кримінального процесу);

- *Копп проти Швейцарії (Kopp v. Switzerland), Версінї-Кампінкі і Краснянський проти Франції (Versini-Campinchi and Crasnianski v. France) та Прутеану проти Румунії (Pruteanu v. Romania)* щодо перехоплення повідомлень, прослуховування телефону і приховане спостереження. До речі таємниця листування та поштових відправлень вже неодноразово ставала предметом ретельного аналізу у Конституційному Суді Німеччини (див. рішення про судовий наказ щодо надання даних телекомунікаційного зв'язку під час кримінального переслідування від 12.03.2003 року, рішенням від 27.07.2005 року про норми Закону Нижньої Саксонії про поліцію, що стосується здійснення нею превентивного контролю телефонних розмов визнано нікчемними, рішенням від 2.03.2010 року конкретне юридичне оформлення резервного зберігання даних користувачів визнано неконституційним);

- *Клас та інші проти Німеччини (Klass and Others v. Germany) та Центр справедливості проти Швеції (заява № 35252/08) (Centrum För Rättvisa v. Sweden (application no. 35252/08))* щодо прихованого спостереження.

Є сенс коротко проаналізувати справу *Центру справедливості*. Заявник є шведською некомерційною організацією, яка представляє клієнтів у судовому процесі проти держави та інших осіб, які стверджують, що їх права та свободи відповідно до Конвенції та відповідно до законодавства Швеції були порушені. Через характер своєї функції в якості неурядової організації, яка перевіряє діяльність державних суб'єктів заявник вважає що існує ризик того, що його спілкування за допомогою мобільних телефонів і мобільного ширококутного доступу був або буде перехоплений і розглянутий за допомогою розвідки сигналів.

Право. Стаття 8 КЗПЛ. Оскаржене законодавство про розвідку сигналів створило систему прихованого спостереження, яка потенційно впливала на всіх користувачів мобільного телефонного зв'язку та Інтернету без їх повідомлення про спостереження. Жодний національний засіб судового захисту не надав докладних підстав у відповідь позивач, який підозрював, що його або її спілкування перехоплювалося. Таким чином, саме існування оскарженого законодавства складало втручання в здійснення прав заявника згідно зі статтею 8 КЗПЛ. Відповідне законодавство було переглянуте в його тогочасному вигляді під час розгляду Судом. Заходи, дозволені законодавством Швеції, переслідували законні цілі в інтересах національної безпеки підтримуючи зовнішню політику Швеції, політику оборони та безпеки. Незважаючи на те, держави користуються

широкими межами розсуду під час прийняття рішення, який типу режиму перехоплення є необхідним для захисту національної безпеки, ці межі розсуду, надані їм під час здійснення режиму перехоплення, були обов'язково вужчими. У справі Роман Захаров проти Росії [ВП]¹ Суд визначив мінімальні гарантії, які повинні створити основний режим перехоплення і інші режими перехоплення для того, щоб бути в достатньому обсязі передбачуваними для зведення до мінімуму ризику зловживання повноваженнями. Адаптуючи ті мінімальні гарантії, якщо це необхідно для відображення режиму масового перехоплення, який стосується виключно питань національної безпеки, Суд оцінив оскаржене втручання з точки зору наступних критеріїв:

(i) Доступність національного законодавства. Усі законодавчі положення, які стосуються сигналів розвідки, були офіційно опубліковані і були доступні для громадськості.

(ii) Сфера застосування розвідки сигналів. Вісім цілей, для яких можливо було проводити розвідку сигналів, було задовільно вказані в Законі про розвідку сигналів. Розвідка сигналів, яка проводиться на волоконно-оптичних кабелях, могла стосуватися лише спілкування, яке перетинає кордон Швеції на кабелях, якими володіє постачальник послуг зв'язку. Спілкування між відправником і приймачем у Швеції не може бути перехоплене незалежно від того, чи є джерело повітряним або кабельним. Радіостанція з національної оборони FRA також може перехоплювати сигнали як частину своєї діяльності з розвитку, яка, як здається, здебільшого стосується збору даних про спілкування. Проте, діяльність з розвитку має важливе значення для належного функціонування іноземної розвідки, і отримана інформація може бути використана в регулярній іноземній розвідці лише в тому випадку, якщо це використання відповідає цілям, встановленим законом та застосовними директивами із завданнями. Адміністрація із захисту даних не знайшла жодних доказів того, що особисті дані були зібрані для інших цілей, окрім тих, які є передбаченими для діяльності з розвідки сигналів. Положення, яке застосовується до регулярної іноземної розвідки, також є доречними для діяльності з розвитку та будь-якого перехоплення даних спілкування, в тому числі вимога отримання дозволу, виданого Судом зі справ іноземної розвідки. В той час як поліція була уповноважена видавати докладні директиви з завданнями для розвідки сигналів, Закон про іноземну розвідку чітко виключає використання іноземної розвідки для вирішення завдань у сфері правопорядку або попередження злочинності. Як підсумок, закон вказував сферу повноважень та виконання розвідки сигналів, наданих компетентним органам влади, а також спосіб її здійснення з достатньою чіткістю.

¹ О. Дроздов, О. Дроздова. ОГЛЯД СПРАВ ЩОДО ІНОЗЕМНИХ КРАЇН, РОЗГЛЯНУТИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ СІЧНЯ 2016 РОКУ. Вісник Національної асоціації адвокатів України. 2016. № 4. С. 47-48.

(iii) Тривалість заходів прихованого спостереження. Закон про розвідку сигналів чітко регулював максимальну тривалість дії дозволу і умови, за яких термін дії дозволу може бути продовжений. Проте, будь-який дозвіл є дійсний максимум шість місяців, а також продовження вимагає перевірки того, чи умови все ще виконуються. Крім того, незважаючи на те, що завданням Інспекції з зовнішньої розвідки не є перевірка дозволу на кожен розвідку сигналів, вона може прийняти рішення стосовно того, що розвідувальне перехоплення припиняється, якщо під час перевірки є очевидним, що перехоплення не відповідає дозволу. Дозволи стосуються збору розвідувальної інформації, пов'язаного із загрозами для національної безпеки, і не спрямованого на осіб, підозрюваних у кримінальній поведінці. FRA постійно перевіряє, чи є особливі особисті дані, які вона перехоплює, все ще необхідними для діяльності з розвідки сигналів. За цих обставин існують гарантії, які належним чином регулюють тривалість, поновлення та скасування заходів перехоплення .

(iv) Процедура надання дозволів на застосування заходів прихованого спостереження. В той час як представник захисту конфіденційності не може оскаржити рішення Суду зі справ іноземної розвідки або повідомляти про будь-які передбачувані порушення наглядових органів, присутність представника на судових перевірках компенсує, в обмеженому обсязі, відсутність прозорості провадження в суді і рішень. Крім того, розвідка сигналів FRA підпорядковується попередньому отриманню дозволу, при якому FRA повинен подати для незалежної експертизи заяву на отримання дозволу на проведення спостереження щодо кожної місії збору розвідувальної інформації. Завдання вивчення сумісності місії з застосовним законодавством, а також питання стосовно того, чи збір розвідувальної інформації є пропорційним втручанням в особисту недоторканність було доручене органу, головуєчому члени якого є або були суддями. Крім того, нагляд Суду зі справ іноземної розвідки є широким, оскільки FRA у своїх заявах повинен зазначити не лише запит про місію, про яку йде мова і необхідність розвідки, яка вимагається, але й носії сигналів, до яких необхідний доступ, а також пошукові терміни - або, принаймні, категорії пошукових термінів, які будуть використовуватися. Судовий нагляд, який здійснюється Судом зі справ іноземної розвідки має вирішальне значення тому, що воно обмежує межі розсуду FRA для тлумачення обсягу завдання та здійснення розвідки сигналів. Наприкінці, FRA може приймати рішення про видачу дозволу, якщо існує побоювання, що застосування дозволу Служби з іноземної розвідки може викликати затримку або інші незручності, які мають істотно важливе значення для однієї із зазначених цілей розвідки сигналів. Проте, після такого рішення повинне негайно слідувати повідомлення про це та наступний швидкий перегляд Судом з питань іноземної розвідки, під час якої дозвіл може бути змінений або скасований. Тому положення та процедури, які стосуються системи попереднього отримання дозволу суду загалом забезпечують важливі гарантії від зловживань.

(v) Процедури, яких необхідно дотримуватися для зберігання, доступу, вивчення, використання та знищення перехоплених даних. Персонал FRA, який обробляє особисті дані, має допуск до секретних матеріалів, якщо конфіденційність застосовується до особистих даних, підпорядковується конфіденційності. Вони зобов'язані обробляти особисті дані у безпечний спосіб. Крім того, вони можуть зіткнутися з кримінальними санкціями, якщо завдання, пов'язані з обробкою особистих даних, неправильно виконуються. Крім того, FRA повинен гарантувати, щоб особисті дані збиралися лише для певних чітко визначених і обґрунтованих цілей, визначених напрямком іноземної розвідувальної діяльності в директиві з завданнями. Оброблені особисті дані також повинні бути відповідними та доречними меті обробки. Не повинні оброблятися більше особистих даних, ніж ті, які є необхідними для цієї мети. Необхідно докласти всіх обґрунтованих зусиль для виправлення, блокування та знищення особистих даних, які є невірними або неповними щодо цілей. Декілька положень регулюють ситуації, коли перехоплені дані повинні бути знищені. Незважаючи на те, що FRA може зберігати початковий матеріал до того, як він зможе бути обробленим вручну, Суд наголошує на важливості видалення таких даних відразу ж як стає очевидним, що він не є доречним для завдання розвідки сигналів. Як підсумок, законодавство забезпечувало відповідні гарантії від зловживання обробкою особистих даних і, таким чином, слугувало для захисту особистої недоторканності

(vi) Умови передачі перехоплених даних іншим сторонам. Законодавство не зазначало, що повинна розглядатися можлива шкода для зацікавленої особи, лише в дуже широких термінах зазначало, що дані можуть бути передані «іншим державам або міжнародним організаціям»; не існувало положення, яке вимагало від отримувача захищати дані з такими самими або подібними гарантіями, які застосовуються відповідно до законодавства Швеції. Також ситуація, в якій можуть бути передані дані - коли це необхідно для "міжнародної співпраці у сфері оборони та безпеки", - відкривало досить широке коло дискреційних повноважень. В той час, як ці фактори надавали підставу для занепокоєння щодо можливого зловживання правами фізичних осіб, вони були достатньому обсязі врівноважені наглядовими елементами.

(vii) Нагляд за виконанням заходів прихованого спостереження. Суд не знайшов жодних підстав для сумнівів в незалежності Інспекції з іноземної розвідки. Нагляд Інспекції з іноземної розвідки був ефективним, відкритим для громадськості і мав особливе значення для забезпечення того, щоб розвідка сигналів здійснювалася в такий спосіб, який пропонував відповідні гарантії від зловживань. Крім того, якщо Адміністрація з захисту даних виявляла, що особисті дані були або могли бути оброблені незаконно, вона усувала недоліки шляхом зауважень FRA і могла також подати заяву до адміністративного суду з проханням знищити незаконно оброблені особисті дані. Наглядові елементи,

надані Інспекцією з іноземної розвідки і Адміністрацією з захисту даних, відповідали вимогам нагляду взагалі. Крім того, омбудсмени Парламенту та Канцлер юстиції мали загальні наглядові повноваження щодо FRA.

(viii) *Повідомлення про заходи прихованого спостереження та доступні засоби судового захисту.* Незважаючи на те, що вимога повідомляти суб'єкт заходів прихованого спостереження стосувалася фізичної особи і не була застосовною до заявника і, в будь-якому випадку, була позбавлена практичного значення, Суд вважав доречним розглянути питання про повідомлення разом з засобами судового захисту, доступних в Швеції.

Засоби судового захисту щодо скарг, пов'язаних з прихованим спостереженням, не містять звернення до суду, за винятком апеляції проти рішень FRA про розкриття інформації та виправні заходи - засоби судового захисту, які виявилися неефективними. Крім того, не існує можливості інформування особи про те, чи його або її спілкування фактично перехоплювалися, або, взагалі, надання обґрунтованих рішень. Незважаючи на це, існує декілька засобів судового захисту, за допомогою яких особа може розпочати перевірку законності заходів, вжитих під час роботи системи розвідки сигналів, зокрема, за допомогою подання запитів до Інспекції з іноземної розвідки, Омбудсменів Парламенту та Канцлера юстиції. На думку Суду, незважаючи на те, що сукупність засобів судового захисту не забезпечує повну і публічну відповідь на заперечення позивача, їх необхідно вважати достатніми в цьому контексті, який містить абстрактне оскарження розвідки сигналів і не стосується скарги на певний захід розвідки. Дійшовши цього висновку Європейський Суд надав важливе значення більш раннім етапам режиму нагляду, в тому числі докладного судового розгляду Судом зі справ іноземної розвідки суд у зв'язку з запитами FRA для видачі дозволів на проведення розвідки сигналів, а також великий і частково публічний нагляд декількох органів, зокрема Інспекції з іноземної розвідки.

Як підсумок, незважаючи на те, що існували можливості для покращення в деяких сферах, в системі розвідки сигналів Швеції, розглянуті in abstracto, не було виявлено будь-яких суттєвих недоліків у структурі і функціонуванні, які були пропорційні переслідуючій меті, а також вона надавала відповідні і достатні гарантії від свавілля та ризику зловживань. Такий висновок не перешкодив перегляду відповідальності держави відповідно до Конвенції, коли, наприклад, заявник був поінформований про фактичне перехоплення.

Висновок : відсутність порушення (одногосно).

Актуальними в контексті наведеної справи є також і рішення Страсбурзького суду у справах *Кеннеді проти Сполученого Королівства* (заява № 26839/05, 18 травня

2010 року) та *Роман Захаров проти Росії* [ВП] (заява №47143/06, 4 грудня 2015 року)

Проте у справі *Кеннеді проти Сполученого Королівства* заявник був звинувачений у вбивстві людини і засуджений до позбавлення волі. Дана справа була суперечливою, оскільки деякі докази в ній були відсутні, а деякі суперечили один одному. Після звільнення з в'язниці в 1996 року заявник почав свій бізнес. У нього виникли підозри, що телефонні дзвінки в його адресу до нього не доходили, а замість цього він отримував безліч помилкових телефонних викликів, на які він витрачав час. Заявник також запідозрив, що його ділова пошта та електронні листи проглядаються, а телефонні переговори прослуховуються через резонанс, який отримала його справа, і його подальша участі в кампанії проти порушень правосуддя. Заявник подав скаргу до Слідчого трибуналу. Він вимагав заборонити втручання в його листування і переговори з боку розвідувальних органів і «знищити результати такого втручання». Заявник також вимагав окремих вказівок для забезпечення справедливості судочинства в Слідчому трибуналі, включаючи публічне слухання, взаємну перевірку показань свідків і доказів обох сторін. Слідчий трибунал продовжив розгляд особливих вимог заявника в приватному порядку. У 2005 р трибунал ухвалив, що його вимоги не будуть задоволені. Це означало, що яке втручання не мало місце, або, якщо воно мало місце, то було законним.

Право. Стаття 8 КЗПЛ.

(а) *Наявність «втручання».* Для оцінки, в рамках конкретної справи, чи може фізична особа заявляти про наявність втручання на основі самого факту існування закону, що дозволяє застосовувати заходи прихованого спостереження, суд повинен був розглянути наявність засобів захисту прав на національному рівні, а також ризик застосування заходів прихованого спостереження, застосованого щодо заявника. І оскільки можливості оскаржити передбачуване застосування заходів прихованого спостереження на внутрішньодержавному рівні немає, не можна назвати необгрунтованими широко поширені підозру і занепокоєння серед широкої громадськості про зловживання прихованим спостереження. У таких справах, навіть якщо фактична ймовірність наявності спостереження низька, від суду вимагається уважне вивчення усіх обставин. Заявник не зміг довести обгрунтовану ймовірність фактичного втручання в межах його справи. Однак, у світлі його заяв про те, що втручання в його листування і переговори здійснювалося без законних підстав з метою залякування, не можна було виключити можливість застосування до нього заходів прихованого спостереження, а також те, що у відповідний час існував можливий ризик застосування до нього даних заходів.

(б) *Обгрунтування втручання.* Розглядуване втручання мало законні цілі захисту національної безпеки, економічного добробуту країни та запобігання злочину.

Крім того, воно здійснювалося відповідно до Закону про слідчі органи від 2000 р. (Закон), доповненим процесуальним кодексом з перехоплення повідомлень. Від суду було потрібно розглянути відповідність в застосуванні самого закону про слідчі органи, а також застосування засобів забезпечення безпеки, вбудованих в систему, які дозволяють проводити приховане спостереження. За даних обставин, законність втручання була тісно пов'язана з питанням про те, чи були дотримані умови «необхідності» втручання відповідно до закону про слідчі органи. Таким чином, суд розглянув положення закону про слідчі органи на предмет забезпечення засобів захисту і гарантій відсутності зловживань, як ті, що були виявлені в справі «Вебер і Саравія проти Німеччини» (заява № 54934/00, рішення від 29 червня 2006 р.) і, де це можливо, на предмет висновків, зроблених судом щодо попереднього законодавства з питання у справі «Ліберті і ін. проти Великобританії» (заява № 58243/00, рішення від 1 липня 2008 р.).

(i) *Характер правопорушень.* Законом про слідчі органи передбачено, що втручання може мати місце тільки, якщо Держсекретар вважає, що це необхідно в інтересах національної безпеки, для цілей запобігання або виявлення серйозного злочину або для цілей забезпечення захисту економічного добробуту Великобританії. Суд порохував це положення досить яким, враховуючи, що умова передбачуваності не вимагає від держави вказівки вичерпного переліку конкретних правопорушень, які дозволяють здійснювати втручання в приватні комунікації.

(ii) *Категорії осіб, чий інтереси були порушені.* На відміну від справи «Ліберті і ін. проти Великобританії» дана справа стосується внутрішніх контактів. Відповідно до закону про слідчі органи, переговори і листування будь-якої особи у Великобританії могли бути прослухані і переглянуті. Але в ордері мало бути чітко вказано, що буде предметом прослуховування або перегляду. Перехоплювати великі обсяги повідомлень без розбору не допускалось. При цьому вказівки на категорії осіб, чий повідомлення підлягають перехоплення, не було потрібно.

(iii) *Тривалість прослуховування телефонних переговорів.* У законі про слідчі органи чітко вказується термін, після якого дія ордеру припиняється, а також умови, за яких дію ордеру може бути відновлено. Поновлення і скасування ордерів на прослуховування переговорів здійснювалося під систематичним наглядом Держсекретаря. Загальний термін застосування заходів по прослуховуванню переговорів залежав від складності та тривалості проведеного розслідування і, за умови наявності відповідних заходів щодо захисту інтересів, не можна було необгрунтовано залишити дане питання на розсуд внутрішньодержавних органів влади. Суд порохував відповідні внутрішньодержавні положення досить чітко сформульованими.

(iv) *Процедура розгляду, використання і зберігання даних.* Ордери на прослуховування і перегляд повідомлень могли бути спрямовані тільки на одну особу або один комплекс приміщень, обмежуючи, таким чином, свободу дій органів влади з перехоплення і прослуховування приватних повідомлень. Більш того, будь-які отримані дані, які виявлялися непотрібними для передбачених дозволених цілей, повинні були бути знищені.

(v) *Обробка і передача перехопленого матеріалу.* Внутрішньодержавним законодавством було суворо обмежено кількість осіб, яким перехоплений матеріал міг бути розкритий, з накладенням зобов'язання забезпечення відповідного рівня захисту матеріалів, а також зобов'язання по розкриттю того обсягу матеріалів, які необхідно знати цій особі, зокрема, при достатності могло бути розкрито тільки резюме даних. Необхідно було забезпечити безпечне використання і зберігання перехопленого матеріалу, а також його копій і резюме, і їх недоступність для осіб, що не володіють необхідним допуском. Передбачалася сувора процедура перевірки благонадійності. Таким чином, суд був задоволений тим, що положення законодавства передбачали необхідний рівень і гарантії захисту отриманих даних.

(vi) *Знищення перехопленого матеріалу.* Отриманий матеріал підлягав знищенню відразу, як тільки припиняли існувати підстави для його збереження. А необхідність збереження матеріалів підлягала перегляду з певною періодичністю.

(vii) *Контроль дотримання положень закону про слідчі органи.* Крім періодичного перегляду дії ордерів і використання матеріалів агентствами, що здійснюють прослуховування і перехоплення повідомлень, а також, де це можливо, Держсекретарем, Уповноважений з питань втручання в приватні переговори і листування, передбачений за законом про слідчі органи, зобов'язаний здійснювати контроль за загальним виконанням правил нагляду і в певних випадках давати дозвіл на видачу ордера. Уповноважений був особою, незалежною від виконавчих і законодавчих органів, які мали вищу судову посаду. Зобов'язання агентств, які здійснюють перехоплення повідомлень, по збереженню записів, означало наявність у Уповноваженого дійсного доступу до інформації при проведенні наглядових дій. Крім того, будь-яка особа, що має підозру, що його повідомлення перебували або перебувають під наглядом, могла направити скаргу до суду слідчих органів, що був незалежним і неупередженим органом. Здійснення юрисдикції трибуналом не залежало від повідомлення об'єкта втручання про те, що ведеться перехоплення його повідомлень. При прийнятті судом рішення на користь заявника, суд міг скасувати будь-який ордер на втручання, а також вимагати знищення отриманих матеріалів і виплати компенсації. Опублікування ухвал трибуналу ще більше посилювало ретельний контроль за діяльністю з таємного спостереження в Великобританії. У підсумку, в звітах Уповноваженого виявлялися помилки, що мали місце в дії законодавства.

У звітах не було вказано доказів навмисного зловживаннями повноваженнями по втручанню.

Внутрішньодержавне законодавство про перехоплення внутрішніх повідомлень, поряд з публікацією Процесуального кодексу про перехоплення повідомлень, що вніс роз'яснення в положення законодавства, з достатньою ясністю представили процедури для видачі і оформлення ордерів на перехоплення повідомлень, а також обробки, передачі і знищення зібраного в результаті втручання матеріалу. Таким чином, оспорювані заходи спостереження в тій мірі, в якій вони могли бути застосовані щодо заявника, з урахуванням заходів забезпечення захисту від зловживання при виконанні процедур спостереження і більш загальних гарантій захисту, забезпечених контролем з боку Уповноваженого та розглядом справи судом слідчих органів, були обґрунтовані відповідно до § 2 статті 8 Конвенції.

Висновок: порушень допущено не було (прийнято одноголосно).

Параграф 1 статті 6 КЗПЛ. Обмеження в процедурі розгляду справи в трибуналі не порушували права заявника на справедливе судочинство. При винесенні даного рішення Суд підкреслив широту права доступу до розгляду справи в трибуналі слідчих органів, яке мають заявники, які бажають подати скаргу на втручання в їх переговори і листування, у Великобританії, а також наголосив на відсутності будь-яких очевидних обтяжень, які можуть бути перешкодою при подачі скарги до суду. З метою забезпечення ефективності застосування заходів прихованого спостереження і з огляду на важливість таких заходів для боротьби з тероризмом і серйозними злочинами, Суд постановив, що обмеження прав заявника в контексті процедур правосуддя в трибуналі слідчих органів, були необхідні і відповідні і не порушували по суті прав заявника, передбачених статтею 6 КЗПЛ.

Висновок: порушень допущено не було (прийнято одноголосно).

- *Мішо проти Франції (Michaud v. France)* щодо обов'язку адвоката повідомляти про свої підозри про, можливо, здійснюваної їх клієнтами з метою відмивання грошей.

- *М проти Нідерландів (№ 2156/10) (M. v. The Netherlands (no. 2156/10))* щодо обмеження розголошення секретної інформації захиснику і право на справедливий судовий розгляд

- *Німіц проти Німеччини (Niemietz v. Germany), Петрі Салліна та інші проти Фінляндії (Petri Sallinen and Others v. Finland), Хейно проти Фінляндії (Heino v. Finland), Смірнов проти Росії (Smirnov v. Russia), Алексанян проти Росії (Aleksanyan v. Russia), Колесніченко проти Росії (Kolesnichenko v. Russia), Юдицька та інші проти Росії (Yuditskaya and Others v. Russia), Візер і Бікос*

Bemäiligungen GmbH проти Австрії (Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria), Ілля Стефанов проти Болгарії (Iliya Stefanov v. Bulgaria), Головань проти України (Golovan v. Ukraine), Андре та інші проти Франції (André and Another v. France), Ксав'є Так Сільвейра проти Франції (Xavier Da Silveira v. France), Робатін проти Австрії (Robathin v. Austria), Вінчі Конструксьєн і ЖМТ Жені Сівілом і Сервіс проти Франції (Vinci Construction and GMT Génie Civil and Services v. France), Сервулло і Асоціадос - Суспільство адвокатів, РЛ проти Португалії (Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL v. Portugal), Ліндстранд Партнери Адвокатське бюро АБ проти Швеції (Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden) щодо обшуків і виїмок в офісі або будинку адвоката.

У зв'язку з вище викладеним цікаво буде знати, що Конституційним Судом Німеччини від 5.05.2008 року була розглянута конституційна скарга щодо кримінального процесуального обшуку у приміщеннях адвоката, який був захисником у справі. Конституційний Суд у цій справі звернув увагу на те що обшук в конторі та житлі адвоката не був необхідним, щоб підтвердити підозру у вчиненні злочину, а оспорювані рішення не дозволяють зрозуміти, що судді здійснювали зважування вторгнення в основні права адвоката та тяжкість обвинувачення у вчиненні злочину.

Крім того не вдаючись в деталі зазначу, що справа Адвокатської контори *Сервулло* та партнери демонструє доволі конструктивне вирішення питання подолання сприйняття окремими національними правоохоронцями дозвіл суду на проведення обшуку адвокатського приміщення як певну «індульгенцію». А тому на законодавчому рівні в Україні слід встановити не лише попередній судовий контроль, але й наступний також. Що повинно забезпечити ефективний розгляд скарг на незаконного рішення про обшук і, як наслідок, визнання вилученого у такий незаконний спосіб недопустимими доказами ще під час досудового розслідування.

У світлі викладеного, можна зробити супутній висновок й про розширення сфери судового контролю за так би мовити утаємниченими діями прокурора, а саме права останнього знищувати матеріали НСРД, які начебто, на його особисту думку не мають значення для кримінального провадження. З урахування позиції викладеної у рішенні ЄСПЛ по справі «*Матановіч проти Хорватії*» ([URL: http://unba.org.ua/publications/2532-rishennya-evropejs-kogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravi-matanovich-proti-horvatii-vid-4-kvitnya-2017-roku.html](http://unba.org.ua/publications/2532-rishennya-evropejs-kogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravi-matanovich-proti-horvatii-vid-4-kvitnya-2017-roku.html)) необхідно у

Кримінальному процесуальному кодексі України встановити, що така діяльність прокурора повинна бути забезпечена судовим контролем з дотриманням мінімальних гарантій вже неодноразово згадуваної статті 6 Конвенції.

Вважаю корисним з точки зору формування правозахисної практики суду є й нещодавнє рішення ЄСПЛ у справі *Гафа проти Мальти* (URL: <http://unba.org.ua/publications/3328-espl-vstanoviv-porushennya-konvencii-u-spravi-gafa-proti-mal-ti-shodo-nadmirnoi-zastavi.html>). Адже зазвичай щоб обґрунтувати «захмарні» розміри застави підозрюваному або обвинуваченому окремі судді посилаються на рішення ЄСПЛ у справі *Мангурас проти Іспанії*. Натомість відповідно до прецедентного права ЄСПЛ вказав, що гарантія, передбачена статтею 5§3 Конвенції покликана забезпечити явку обвинуваченого у судовому засіданні. Тому розмір застави повинен бути встановлений з огляду на особу підсудного, належну йому власність, його стосунки з поручителями, іншими словами, з огляду на впевненість у тому, що перспектива втрати застави або заходів проти його поручителів у випадку його неявки до суду буде достатньою для того, щоб стримати його від втечі. Оскільки питання, яке розглядається, є основним правом на свободу, гарантованим статтею 5, органи влади повинні докладати максимум зусиль як для встановлення належного розміру застави, так під час вирішення питання про необхідність продовження тримання під вартою. Крім того, розмір застави, має бути належним чином обґрунтовано у рішенні про визначення застави і повинна враховувати майновий стан обвинуваченого. Нездатність національних судів оцінити здатність заявника сплатити необхідну суму може викликати виявлення Судом порушення. Проте обвинувачений, якого судові органи готові звільнити під заставу, повинні вірно подати достатню інформацію, яку можливо перевірити, якщо це буде необхідно, щодо суми застави, яку необхідно встановити.

Суд зазначив, що в цій справі заявникові було надане звільнення під заставу, зокрема, після виконання фінансових вимог 22 серпня 2012 року. Він подав чотири заяви з проханням про зменшення суми внеску, які були відхилені до його п'ятої заяви – майже через рік - коли рішенням від 2 серпня 2013 року національний суд задовольнив його клопотання стосовно того, щоб його мати була поручителем.

Суд вказав, що тривалість утримання під вартою, про яке йде мова, після надання звільнення під заставу, може викликати питання відповідно до Конвенції. Дійсно, той факт, що заявник залишався під вартою протягом майже дванадцяти місяців після ухвалення рішення звільнення під заставу, свідчить про те, що національні суди не вжили необхідних заходів для визначення належного розміру застави.

Зрештою Суд дійшов висновку, що у цій справі стаття 5 §3 Конвенції була порушена.

Важливим для обговорення є й нещодавній випадок, який мав місце в одному з районних судів міста Полтави висвітлив й ще одну проблему, яка потребує свого на скільки це можливо негайного законодавчого вирішення. Адже систематичне ігнорування без поважних причин або за надуманими обставинами стороною обвинувачення викликів суду задля участі у судовому процесі, за відсутності ефективних саме кримінальних процесуальних механізмів забезпечення явки таких прокурорів у судове засідання, повинно на рівні закону оцінюватися судом як відмова від підтримання обвинувачення.

4.4. Роль органів адвокатського самоврядування у дотриманні професійних правил етики також не оминув своєю увагою ЄСПЛ та присвятим цим питанням наступні рішення: від 24 травня 2005 року по справі *Бузеску (Buzescu) проти Румунії*, § 78, від 24 лютого 1994 року по справі *Косадо Кока (Casado Coca) проти Іспанії* (скарга 15450/89), § 55.

4.5. Порухення права на кваліфіковано правову допомогу на жаль також стало одним з постійних «трендів» у практиці Старсбурзького суду: рішення від 12 червня 2008 року у справі *Яременко проти України* (скарга № 32092/02), § 85, від 13 лютого 2001 року по справі *Кромбах (Krombach) проти Франції* (скарга № 29731/96), § 89, від 27 листопада 2008 року у справі *Салдуз (Salduz) проти Туреччини* (скарга № 3639102), від 8 лютого 1996 року по справі *Джон Мюррей (John Murray) проти Сполученого Королівства* (скарга № 18731/91), § 63, від 20 травня 2010 р справі *Ларін проти Росії* (скарга № 15034/02), § 34, від 23 листопада 1993 р справі *Поїтрімол (Poitrimol) проти Франції* (скарга № 14032/88), § 34-35; від 12 червня 2008 року у справі *Яременко проти України* (скарга № 32092/02), від 11 грудня 2008 року у справі *Пановіц (Panovits) проти Кіпру* (скарга № 4268/04) та вже згадуване рішення Великої палати від 15 грудня 2005 року по справі *Кіпріану (Kyrianiou) проти Кіпру* (скарга № 73797/01).

5. Слід констатувати доволі успішні намагання здійснення конструктивної взаємодії між Координаційним центром з надання правової допомоги та НААУ. Проте Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання» від 3 липня 2018 року № 2475-VIII було внесено низку змін до Закону України "Про безоплатну правову допомогу" (URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/2475-19#n397>). Якщо коротко, то суть цих змін полягає у тому, що визначено категорію справ, представляти інтереси в яких, крім адвокатів, можуть працівники центрів з надання безоплатної вторинної

правової допомоги (БВПД), доповнено перелік підстав та уточнено порядок заміни адвокатів або працівників центрів з надання БВПД, деталізовано підстави для припинення надання БВПД. Також згідно зі змінами, вторинна допомога окремим суб'єктам права надаватиметься не більше 6 разів протягом бюджетного року та не більше, ніж за шістьма дорученнями/наказами, виданими центрами БВПД, одночасно. Не заглиблюючись наразі у деталі зазначу, що постає низка питань щодо відповідності наведених положень, перш за все, нормам Основного Закону України. Адже повертаючись до конституційних основ адвокатури та адвокатської діяльності слід зазначити, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена (ст. 131-2). Разом з тим, у зв'язку з прийняттям наведеного закону виникає потреба широкого обговорення, у тому числі й з адвокатською спільнотою, необхідних змін і до процесуальних кодексів.

Ураховуючи викладене зауважу, що вже давно назріло питання доповнення закріплення на законодавчому рівні вимоги з'ясування думки НААУ під час розгляду й прийняття законопроектів щодо адвокатури та адвокатської діяльності.

6. На завершення не міг не оминати увагою, що з 1 серпня 2018 року набув чинності Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, учинений 2 жовтня 2013 року у м. Страсбурзі, який було ратифіковано Законом України «Про ратифікацію Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» від 5 жовтня 2017 року № 2156-VIII (далі – Протокол № 16). А саме, статтею 1 Протоколу № 16 встановлено, що вищі судові установи Високої Договірної Сторони, як визначено відповідно до статті 10 Протоколу № 16, можуть звертатися до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо надання консультативних висновків з принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї.

Також Законом України «Про ратифікацію Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» від 5 жовтня 2017 року № 2156-VIII (далі – Закон № 2156-VIII) встановлено, що відповідно до статті 10 Протоколу № 16 Україна заявляє, що найвищим судом, визначеним для цілей пункту 1 статті 1 цього Протоколу, є Верховний Суд.

Зі свого боку законодавець також відреагував та на виконання Протоколу № 16 було розроблено 2 законопроекти:

1. «Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із ратифікацією Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» (номер, дата реєстрації: 8535 від 27.06.2018; ініціатор законопроекту: народний депутат України Луценко Ірина Степанівна; URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64318);

2. «Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із ратифікацією Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» (номер, дата реєстрації: 8535-1 від 06.07.2018; ініціатор законопроекту: народний депутат України Сидорович Руслан Михайлович; URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64375);

Текст окремих положень цих законопроектів стисло проаналізую далі.

Отже ці та низка інших питань стали предметом фахового обговорення серед правників. Так на думку к.ю.н., судді Верховного Суду, доцента кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ ім. Івана Франка Д. Гудими, з набранням чинності Протоколом № 16 за рахунок консультативних висновків Суду його прецедентна практика може суттєво розширитися. Останні хоч і не будуть обов'язковими для держав, суди яких зверталися за їх отриманням (ст. 5 Протоколу № 16), однак створюватимуть «незаперечні юридичні наслідки» (п. 11 Попереднього висновку щодо цього Протоколу Комісії ПАРЄ) та матимуть зобов'язуючу силу для самого Суду. Вони стануть частиною його прецедентного права поряд з ухвалами щодо прийнятності (decisions) та рішеннями щодо суті (judgements) заяв: «Тлумачення Конвенції та протоколів до неї, які містяться у таких консультативних висновках, буде аналогічним за своєю дією з правотлумачними положеннями, встановленими Судом в його рішеннях і ухвалах» (п. 27 Коментаря № 16). Відтак, обсяг поняття, позначеного терміном «практика Суду» у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», потребуватиме відповідного корегування – віднесення до нього також і консультативних висновків Суду (URL: http://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/novely-protokolu-16-do-konventsiiyi-pro-zakhyst-prav-lyudyny-i-osnovopolozhnykh-svobod/).

Також на прикладі Франції науковець Анатолій Коструба дійшов висновку, що національне процесуальне законодавство в контексті конвенціональних зобов'язань України, закріплених у Протоколі № 16 до Конвенції потребує свого вдосконалення. На сьогодні доцільним є впровадження у правову систему України інституту преюдиціального запиту як способу формування єдиної судової практики (А. Коструба, «Преюдиціальний запит як інститут похідної юрисдикції у процесуальному праві Франції: питання національної рецепції» (2018) 3 Право України. с. 155).

Спробую зробити й власний внесок в дискусію з наведених питань.

Так автор цих рядків брав участь у перекладі Керівних принципів щодо впровадження процедури надання консультативного висновку ЄСПЛ (URL: <http://unba.org.ua/publications/3443-kerivni-principi-shodo-vprovadzhennya-proceduri-nadannya-konsul-tativnogo-visnovku-espl.html>). Адже, на мою думку, зміст саме цього документу слід брати до уваги при розробці відповідних змін до процесуального законодавства. Натомість пропоную проаналізувати в згадуваному контексті лише сферу кримінального провадження.

Так у «Проекті Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із ратифікацією Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод», який зареєстрований 27.06.2018 за № 8535 (далі - законопроект № 8535) у Кримінальному процесуальному кодексі України (діл - КПК): статтю 335 (Зупинення судового провадження) доповнити частиною другою такого змісту:

«2. У разі звернення Великої Палати до Європейського суду з прав людини із запитом про надання консультативного висновку з принципових питань, що стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод або протоколами до неї, Велика Палата зупиняє судове провадження у справі до одержання відповіді Європейського суду з прав людини на такий запит»;

Дещо інакшу редакцію частини 2 статті 335 КПК запропоновано у «Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із ратифікацією Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод», зареєстрованого 06.07.2018 за № 8535-1 (далі - законопроект № 8535-1):

«2. Постановляючи ухвалу про звернення до Європейського суду з прав людини щодо надання консультативного висновку, суд зупиняє судове провадження на час розгляду ухвали Європейським судом з прав людини.»

Проте наведені положення законопроектів наводять на наступні роздуми.

Так слід підтримати пропозицію викладену в обох законопроектах, що правом на звернення до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) слід наділити саме такий постійно діючий колегіальний орган Верховного Суду як Велику Палату. Проте такий підхід думаю обумовлює потребу у доповненні частини 2 статті 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» пунктом 5 наступного змісту:

«5) у визначених законом випадках звертається до Європейського суду з прав людини щодо надання консультативних висновків з принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї;».

Загалом виходячи з системного тлумачення положень статті 110 та частини 2 статті 441 КПК слід зазначити, що з даного питання Велика Палата повинна постановляти ухвалу в порядку, визначеному цим Кодексом для постановлення ухвал суду першої інстанції з урахуванням особливостей, передбачених Главою 32 (Проведення в суді касаційної інстанції) КПК.

Більш розгорнутий аналіз даних законопроектів та відповідні пропозиції Раді адвокатів України долучитися до такої роботи мною будуть підготовлені та скеровані найближчим часом.