**До Офісу Ради Європи у м. Києві**

**Експерту РЄ Дж. Голдсміту**

**Пропозиції та зауваження до Рекомендацій щодо дотримання гарантій адвокатської діяльності в Україні у світлі стандартів Ради Європи, представлені експертом Ради Європи Дж. Голдсмітом для обговорення під час круглого столу 31.01.2020 р. у м. Києві**

**І.** 31.01.2020 року шановним експертом Ради Європи паном Дж. Голдсмітом для обговорення під час круглого столу у м. Києві були представлені Рекомендації щодо дотримання гарантій адвокатської діяльності в Україні у світлі стандартів Ради Європи (далі – Рекомендації).

По-перше, вітаємо ініціативу РЄ спрямовану на розширення та посилення гарантій адвокатської діяльності та сподіваємося на подальшу плідну співпрацю.

По друге, як відомо, цей проєкт доповіді ґрунтується на двох окремих заходах: на аналізі чинного національного законодавства щодо процесуальних гарантій для адвокатів в Україні з урахуванням стандартів, рекомендацій та найкращих практик Ради Європи; і на зустрічах, що відбулися 9 грудня 2019 року в Києві, зокрема, з представниками Національної асоціації адвокатів України. Натомість НААУ і надалі розраховує на залучення до проведення аналітичної роботи з боку РЄ та її експертів стосовно посилення професійних спроможностей інститут адвокатури в Україні та врахування її фахової думки.

Підкреслюємо, що Робоча група з питань розвитку законодавства про організацію судової влади та здійснення правосуддя Комісії з питань правової реформи при Президентові України під час обговорення проекту Концепції удосконалення законодавства про судоустрій, статус суддів, судочинство та суміжні правові інститути також наполягає на розширенні засад незалежності адвокатури у взаєминах з органами влади; посиленні гарантій адвокатської діяльності, її видів і професійних прав адвокатів.

Дійсно найбільш значущою темою, яка постала під час дискусії з представниками НААУ, стосувалася того, що, незалежно від сильних сторін законів та кодексів України, органи влади часто безкарно нехтували ними, і передусім потрібно вирішити саме цю проблему. А тому цілком логічним виглядає, що пропонований проект аналізу та рекомендацій розділено на дві частини: можливі зміни до Конституції України, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і/або Кримінального процесуального кодексу щодо прав адвокатів, з огляду на результати аналізу та зустрічі, та обговорення рекомендацій щодо поточного стану відповідальності державних органів за порушення процесуальних гарантій адвокатів.

Натомість звертаємо увагу на те, що сучасні тенденції вдосконалення того чи іншого виду адвокатської діяльності відрізняються непослідовністю і доволі часто прямо протилежними за смислом “пропозиціями”, що висловлюються представниками різних гілок влади. На жаль, такі «пропозиції» потрапляють не тільки в окремі законодавчі акти, а й без широкого конструктивного обговорення, перш за все з так би мовити основним стейкхолдером – адвокатурою, мають усі шанси бути закріпленими в Основному Законі України. При цьому автори цих пропозицій, на нашу думку, навіть не намагються прораховуюти ті наслідки, які можуть настати в першу чергу для громадян України в результаті таких змін, зіставляти позитивні і негативні результати впровадження їх ініціатив у найближчій та подальшій перспективі тощо.

Так ЧАСТИНА l проекту звіту присвячена, на думку експерта, можливим змінам до Конституції України, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та/або Кримінального процесуального кодексу

У першій частині цього першого розділу йдеться про наявний аналіз можливих змін до Конституції України, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Кримінального процесуального кодексу.

У другій частині цього розділу розглянуті висновки, сформовані за результатами зустрічей з організаціями правників у Києві 9 грудня 2019 року.

Відправною точкою для обговорення став аналіз можливих змін для внесення до Конституції України, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та/або Кримінального процесуального кодексу – окрема група статей, наведених нижче:

* Конституція України (стаття 131-2);
* Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (стаття 23); і
* Кримінальний процесуальний кодекс (статті 45–54).

У зв’язку з цим зауважимо, що задля підвищення якості аналізу наведених положень законів та зважаючи на те, що гарантії адвокатської діяльності в кінцевому рахунку спрямовані за забезпечення прав людини та основоположних свобод доцільно значно розширити коло досліджуваних статей Конституції України, відповідних кодексів та законів і практики їх застосування.

Звертаємо Вашу увагу, що у Конституції України передбачено, що Україна є, зокрема, демократичною, правовою державою (стаття 1); права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; держава відповідає перед людиною за свою діяльність; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави (частина друга статті 3). Також в Україні визнається і діє принцип верховенства права; Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (частини перша, друга статті 8 Основного Закону України). А як відомо, адвокатура була і залишається інститутом, який найбільш адекватно відображає ступінь демократичності будь-якої держави, захищеності прав і свобод її громадян та успіхи у просуванні до розвинутої правової держави і громадянського суспільства (Вільчик Т., Бакаянова Н., Святоцька В. Інститут адвокатури у національній правовій доктрині. *Право України*. 2019. № 12. с. 12.)

**ІІ.** Висловлюємо наступні міркування щодо наведених у проекті звіту підсумкових рекомендацій.

1. Щодо Конституції України

У рекомендаціях зазначається, що вступне речення статті 131-2 не відображає належної позиції. Експерт висловлює думку, що роль адвокатури не полягає в наданні професійної правничої допомоги. Або слово «адвокатура» варто замінити на «адвокати», або, якщо все ж таки залишити слово «адвокатура», потрібно замість наявного формулювання надати формулювання, аналогічне наведеному в Рекомендації Rec(2000)21 Комітету міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів[[1]](#footnote-1) (далі - Рекомендація 2000).

Перш за все слід задля наочності наведемо текст відповідного речення: «Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура». Також звертаємо увагу, що текст статті 131-2 Основного закону України присвячено не діяльності окремого адвоката, а визначенню конституційних засад інституту адвокатури в Україні. Разом з тим поміщення статті 131-2 до Розділу VIII (Правосуддя) Конституції свідчить про те, що адвокатура є іманентною складовою правосуддя в Україні. Про це свідчать й інші нормативно правові акти, наприклад Указ Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015, яким схвалено «Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки».

Таким чином не вбачаємо підстав для запропонованих змін.

2. Щодо Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»

*2.1.* На думку експерта пункт 1 частини першої статті 23 – речення, у якому зазначено, що «забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності», є положенням, що невластиве текстам законів. У кожному разі тут мають бути винятки, як-от позбавлення волі або банкрутство, а тому краще, якщо в кінці речення буде додано фразу, на кшталт «окрім випадків, передбачених законом».

Однак аналіз поточного законодавства, на нашу думку, дозволяє дійти інших висновків. А саме терміни «адвокатська діяльність», «заборона», «втручання» та «перешкода» доволі широко використовуються у національному законодавстві, як-от Закон України «Про адвокатуру» (наприклад, див. ст. ст. 1, 16, 19, 20, 21, 23, 27, 43, 44) Кримінальний процесуальний кодекс (зокрема, див. ст. ст. 14, 40, 45, 132, 258) Кримінальний кодекс (наприклад, див. ст. ст. 343, 344, 376, 397).

Певні зауваження викликає й пропозиція шановного експерта щоб в кінці наведеного речення було додано фразу, на кшталт «окрім випадків, передбачених законом». Адже зрештою суть таких «випадків, передбачених законом» може призвести до обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод. Задля більш глибокого розуміння наведеного зазначимо, що згідно з юридичною позицією Конституційного Суду України обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов’язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права (абзац третій підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини рішення від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016).

Конституційний Суд України також зазначив, що під правомірним обмеженням конституційних прав і свобод людини і громадянина слід розуміти передбачену Конституцією України можливість втручання держави за допомогою юридичних засобів у зміст та обсяг конституційних прав і свобод людини і громадянина, яке відповідає вимогам верховенства права, потрібності, доцільності та пропорційності у демократичному суспільстві; метою такого обмеження є охорона основоположних цінностей у суспільстві, до яких належать, зокрема, життя, свобода та гідність людини, здоров’я і моральність населення, національна безпека, громадський порядок (абзац другий пункту 6 мотивувальної частини рішення від 12 липня 2019 року № 5-р(І)/2019).

*2.2.* В своїх Рекомендаціях експерт зазначає, що пункт 4 частини першої статті 23 (забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов’язаних із здійсненням адвокатської діяльності) – є загальною забороною можливих винятків щодо питань адвокатської таємниці є прийнятною відповідно до стандартів Ради Європи, але чи мається тут на увазі саме це? Якщо документи, на які не поширюється адвокатська таємниця, можуть бути розкриті або вилучені, скажімо, в тому разі, якщо ці документи не стосуються клієнтів, то такий виняток потрібно передбачити в редакції цього пункту.

Водночас звертаємо увагу, що питання розкриття або вилучення документів адвоката може відбуватися в межах відповідних процедур з обов’язковим урахуванням, зокрема. гарантій адвокатської діяльності. Наприклад,, статтею 2 (Завдання кримінального провадження) КПК встановлено, що до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. І зазначені процедури передбачені КПК. Отже встановлення можливих винятків з вище наведеного правила є предметом регулювання інших відповідних законів (кодексів).

До речі, говорячи про належну правову процедуру зокрема та гарантії адвокатської діяльності загалом, виходячи з принципу верховенства права і зважаючи на пануючий в правоохоронному середовищі поділ на «адвокатські» закони та інші закони, які підлягають застосуванню у конкретній правовій ситуації, необхідно не лише у профільному законі про адвокатуру та адвокатську діяльність закріплювати відповідні процедури, гарантії та професійні права, а обов’язково відображати їх у відповідних спеціальних законах з запровадженням у цих законах механізмів реалізації таких гарантій та прав. Особливої актуальності це питання набуває в розрізі реалізації такої засади кримінального провадження як змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (стаття 22 КПК)

*2.3.* Пункт 6 частини першої статті 23 (життя, здоров’я, честь і гідність адвоката та членів його сім’ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом), на думку експерта виходить далеко за межі того, що зазвичай охоплюють міжнародні стандарти, і доцільно, напевне, поміркувати про те, чи відповідає він своїй меті. Іншими словами, чи варто очікувати на те, що держава захищатиме життя, здоров'я, честь і гідність адвокатів та членів їхніх сімей, а також їхнє майно за будь-яких обставин, навіть у тому випадку, якщо загрози у зв'язку з цими аспектам виникатимуть не внаслідок ведення адвокатської діяльності?

На це питання, на нашу думку, слід дати ствердну відповідь. І ось чому. Стаття 3 Конституції України закріпила, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Таким чином, Конституція України закріпила принцип відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, який проявляється передусім у конституційному визначенні обов'язків держави (статті 3, 16, 22). Така відповідальність не зводиться лише до політичної чи моральної відповідальності публічної влади перед суспільством, а має певні ознаки юридичної відповідальності як застосування заходів публічно-правового (в даному випадку - конституційно-правового або міжнародно-правового) характеру до держави та її органів за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків (абзац четвертий пункту 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 30.05.2001 [№ 7-рп/2001](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/7-rp/2001.doc)). Вочевидь, що людина (а отже й адвокат) її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є конституційними цінностями, що покладають юридичну відповідальності за їх дотримання на державу.

Крім того, як вже зазначалося, адвокатура є невід’ємною складовою правосуддя в Україні, що окрім іншого включає необхідність й запобігання ризикам та загрозам, які можуть виникати навіть, на перший погляд, не у зв’язку із здійсненням ним адвокатської діяльності, наприклад, з наявністю у особи правового статусу адвоката. Проте, задля того щоб з’ясувати це повинна бути запроваджена належна правова процедура, яка є предметом регулювання інших законів, зокрема, Кримінального кодексу.

3. Щодо Кримінального процесуального кодексу

*3.1.* Частина четверта статті 46 КПК, на думку експерта, по-перше, суперечить як пункту 5 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», так і, що значно важливіше, статті 6 ЄКПЛ, відтак частину четверту статті 46 належить змінити та узгодити з обома положеннями. Звісно, що така рекомендація заслуговує на підтримку. Водночас, запроваджений законодавцем у частині 4 статті 46 КПК створює законодавче підгрунття для ототожнення адвоката з його клієнтом, що заборонено як на міжнародному так і на національному рівнях.

По-друге, продовжує експерт, визначення часу, коли починаються процесуальні права адвоката, повинно відображати рішення, ухвалені ЄСПЛ згідно зі статтею 6 ЄКПЛ, відтак воно починається з моменту, коли виникають права підозрюваного чи обвинуваченого, а не з моменту подання документів відповідно до статті 50. Вважаємо наведене міркування експерта недоліком перекладу тексту наведеної норми закону. А саме, стаття 50 КПК регулює підтвердження повноважень захисника на участь у кримінальному провадженні. Тобто підтвердження повноважень захисника так би мовити перед третіми особами, а не встановлює момент з якого починаються процесуальні права адвоката. Адже адвокат саме клієнтові надає відповідну професійну правничу допомогу у різних формах. Річ у тому, що правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати. Право на правову допомогу - це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права (підпункт 3.2. пункту 3 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України 30 вересня 2009 року N 23-рп/2009).

*3.2.* Слід погодитися й з наступною рекомендацією експерта. Так, частина п'ята статті 46 – по-перше, з метою забезпечити відповідність статті 6 ЄКПЛ не повинно бути обмежень (якщо такі існують) щодо кількості консультацій адвокатів із клієнтами, які можуть відбутися до першого допиту. По-друге, право на візуальний контроль за допитом з тієї ж самої причини має бути обмеженим та обґрунтованим.

*3.3.* В результаті аналізу положень частини 7 статті 46 КПК експерт дійшов вивновку, що слово «законні» не є визначеним, а отже, цей пункт може порушувати статтю 6 ЄКПЛ. Його варто визначити або замінити, щоб адвокатові було дозволено висувати вимоги до державних чи місцевих органів влади, особливо щодо доказів, які підпадають під тлумачення статті 6, як це пояснено.

Навряд чи можна погодитися з цим. Вочевидь, що під терміном «законний» слід розуміти «той що заснований на законі», «грунтується на законі», що аж ніяк не може призвести до порушення статті 6 Конвенції. Водночас, на нашу думку, слід, навпаки, не змінювати цей термін, а з урахуванням викладеного запровадити, наприклад, у процесуальних кодексах належний механізм реалізації таких законних вимог адвоката з визначенням кореспондуючих обов’язків з боку органів влади та їх представників. У зв’язку з цим зазначимо, що потребує розширення сфери застосування та удосконалення механізму реалізації і такий інститут кримінального провадження як протест (ст. ст. 352, 354 КПК).

*3.4.* Стосовно частини четвертої статті 47 КПК – також погоджуємося з позицією експерта, що потрібно поміркувати над тим, чи це положення не занадто сильно обмежує право адвоката відмовитися від справи.

*3.5.* Стосовно частини другої статті 48, статті 49, статті 52, статті 53 та частини третьої статті 54 – право захищати себе особисто та право на адвоката за власним вибором захищені статтею 6 Конвенції і її судовою практикою. Цілком імовірно, що виконання цих пунктів може, залежно від випадку, суперечити таким правам, навіть якщо держава має чітко та вузько визначене право їх порушувати. Важко рекомендувати зміни в такому формулюванні без обговорення того, чому та в який спосіб ці пункти застосовують на практиці.

**ІІІ**. Щодо інших додаткових рекоменацій та висновків

*4.* Конфіденційність

*4.1.* У першій ї додатковій рекомендації експерт пропонує встановити вимогу більш чіткого визначити переліку захищених документів, до яких застосовується захист відповідно до принципу конфіденційності чи заборони на розголошення таємниці клієнта з боку його адвоката, включно з обставинами, за яких такі документи потрапили у володіння адвоката. Цей перелік варто розширити описом електронної інформації, що підлягає під принцип конфіденційності, крім того, дію захисту потрібно чітко поширити на надання безоплатної правової допомоги.

Загалом підтримуючий такий підхід зауважимо, що будь-яка конкретизація є суть обмеження. Думається, що слід узагальнюючи вказати, що захищеною адвокатською таємницею є перш за все інформація, яка відображена та задокументована будь-якими засобами та на будь-яких носіях, що була отримана або створена під час здійснення адвокатської діяльності або яка знаходиться у володінні адвоката, адвокатського бюро або об’єднання, помічника адвоката, стажиста адвоката, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом.

*4.2.* Цілком слушно, що експерт акцентує увагу на «відмові» в збереження адвокатської таємниці – остання фраза положення, яка містить виняток для відмови клієнта, викликає проблеми в Україні: «*... крім випадків, якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила цих осіб від обов’язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом*».

На перший погляд, із цим винятком усе гаразд – резюмує експерт. Інші європейські країни дозволяють клієнтові відмовитися від конфіденційності, а сама собою відмова клієнтів за таких обставин повністю відповідає стандартам Ради Європи. Але в Україні ситуація інакша (і такого не відбувається в інших країнах, які передбачають таку відмову): різниця полягає в тому, що існують вагомі докази того, що влада використовує відмову для тиску на клієнта шляхом надання правової допомоги або використання інших механізмів із метою знищення конфіденційності та отримання доступу до доказів. Органи влади не можуть розглядати відмову як запрошення чинити тиск на клієнта задля отримання зазначеного вище результату. Додамо, що у зв’язку з такою відмовою може чинитися тиск і на адвоката.

Тому, на думку експерта, **друга додаткова рекомендація** полягає в скасуванні винятку, який дозволяє відмову, задля кращого захисту права клієнта на справедливий судовий розгляд його справи. Водночас додамо, що у разі залишення незмінним наведеного положення слід розуміти, що така відмова клієнта на може слугувати обов’язком для адвоката розголошувати таку таємницю, оскільки таке розголошення може негативним чином вплинути на самого адвоката.

*4.3.* Документи, вилучені з порушенням принципу конфіденційності, – наразі не існує механізму вирішення суперечок щодо того, чи порушила та чи інша подія обов'язок адвоката щодо конфіденційності. Було висунуто пропозицію заздалегідь повідомляти Національну асоціацію адвокатів України (НААУ) про всі заходи, які застосовують проти адвокатів, включно з обшуками їхніх приміщень (будинок чи офіс), з гарантуванням права бути присутнім під час обшуку, а на подальших відповідних судових засіданнях надавати пояснення щодо того, чи є документ конфіденційним та чи підлягає він забороні на розголошення таємниці клієнта з боку його адвоката.

Отже, **третя додаткова рекомендація** експерта полягає в тому, щоб НААУ було надано офіційний обов'язок щодо попереднього повідомлення про всі заходи, які застосовують проти адвокатів, включно з обшуком їхніх приміщень (будинок чи офіс), із гарантуванням права бути присутнім під час обшуку, а на подальших відповідних судових засіданнях надавати пояснення щодо того, чи є документ конфіденційним та чи підлягає він забороні на розголошення таємниці клієнта з боку його адвоката.

В цілому погоджуючись з такою рекомендацією, слід зазначити, що в законі повинні бути закріплені положення якими визначено процесуальний статус представників органів адвокатського самоврядування, які виконуватимуть у провадженні функцію забезпечення незалежності адвокатів та захисту від втручання у здійснення адвокатської діяльності. В свою чергу, докази отримані з порушенням цих процесуальних прав повинні визнаватися недопустимими доказами з усіма наслідками інституту «плодів отруєного дерева».

5. Еквівалентність прав на захист: процесуальна рівність

*5.1.* Серед адвокатів існує обгрунтоване переконання у тому, що між слідством та обвинуваченням (органи влади), з одного боку, та стороною захисту, з іншого боку, відсутня процесуальна рівність.

У пункті 5 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначено таке: *адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками провадження, дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості;*

Ця норма, цілком обгрунтовано стверджує експерт, формує процесуальну рівність між усіма учасниками провадження, проте в Кримінальному процесуальному кодексі в пункті 4 частини першої статті 46 міститься положення, що надає адвокатам права, які за суттю є аналогічними правам підозрюваного чи обвинуваченого: *захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених статтею 50 цього Кодексу, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду.*

Таке виразне враження, яке мають українські адвокати, зумовлене тим, що їхні права відповідають лише правам підозрюваного чи обвинуваченого, тоді як у Європейській конвенції з прав людини (ЄКПЛ) та її тлумаченні чітко зазначено, що процесуальна рівність між сторонами обвинувачення та захисту є важливою складовою принципу справедливого судового розгляду у розумінні статті 6 ЄКПЛ (незалежно від цивільного чи кримінального характеру справи)[[2]](#footnote-2).

Відтак дійсно цю ситуацію потрібно уточнити в Кримінальному процесуальному кодексі, гарантуючи права адвокатів, які прирівняні до прав сторони обвинувачення та пов'язані не лише з такими питаннями, як доступ до доказів і клієнта (звісно, що особливо це стосується моменту тримання під вартою), а також і проблем поводження з адвокатами (див. інші розділи про те, що адвокатів ототожнюють з інтересами їхніх клієнтів, тому адвокати зазнають атак (і гірших збиткувань) за законне та обґрунтоване обстоювання інтересів їхніх клієнтів). Найкращим рішенням було б викладення цього положення в новій та окремій статті Кримінального кодексу України.

Отже, **четверта додаткова рекомендація** експерта полягає у внесенні змін до Кримінального процесуального кодексу шляхом долучення нової статті, що гарантуватиме очевидно рівні права стороні захисту порівняно з тими, якими користуються слідчі органи та органи прокуратури.

Вважаємо за необхідне дещо конкретизувати цю рекомендацію. А саме в КПК, як і в інших процесуальних кодексах, а також відповідних законах необхідно з метою розвитку та розширення професійних прав адвокатів, які закріплені у профільному законі, з урахуванням специфіки правовідносин, які регулюються такими нормативно-правовими актами, визначати в окремих статтях перелік прав адвоката. У кримінальному провадженні слід визначити так би мовити каталог прав адвоката, зокрема, адвоката-представника та адвоката-захисника (з урахуванням принципу favor defensionis) та встановити кореспондуючі обов’язки відповідних органів влади та їх представників)

6. Ототожнення адвокатів з інтересами своїх клієнтів

6.1. У пункті 16 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» уже зазначено, що адвокатів не потрібно ототожнювати з інтересами їхніх клієнтів: *забороняється ототожнення адвоката з клієнтом;*

Це відповідає принципам, викладеним в Основних положеннях ООН про роль адвокатів, у яких зазначено таке: *18. Адвокати не повинні ідентифікуватися з клієнтами та їх справами у зв'язку з виконанням професійних обов'язків.*

А проте, багато правників стверджує, що адвокатів продовжують агресивно та зі шкідливими наслідками ототожнювати з інтересами їхніх клієнтів. Оскільки формулювання Закону про адвокатуру вже є зрозумілим, рішення полягає в застосуванні чинного закону.

7. Обшуки

7.1. Питання обшуку приміщень, які належать адвокатам (їхні офіси чи будинки), тісно пов'язане зі згаданими вище двома темами конфіденційності та процесуальної рівності. Якби існували належні засоби захисту конфіденційності та процесуальної рівності, переконаний експерт, багато проблем, пов'язаних з обшуками, перестало б існувати.

Тому **п'ята додаткова рекомендація** на думку експерта полягає в тому, що критерії для проведення обшуку в приміщеннях адвокатів, порядок щодо затвердження обшуку та перелік документів, які можна вилучити під час обшуку, належить чітко викласти в нових статтях Закону про адвокатуру та Кримінального процесуального кодексу.

Така конкретизація повинна перш все спиратися на положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод з урахуванням відповідної практики Європейського суду з прав людини. Разом з тим з метою розширення права на судовий захист доцільно в законі встановити право на апеляційне оскарження судових рішень, якими було дозволено втручання в адвокатську діяльність. Наприклад, наділити правом на апеляційне оскарження адвоката, права якого було порушено (обмежено) під час проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

8. Вільний вибір адвоката

*8.1.* Низка положень Кримінального процесуального кодексу (частина друга статті 48, стаття 49, стаття 52, стаття 53 та частина третя статті 54) порушує право підозрюваного або відповідача на вільний вибір адвокатів – див. вище Рекомендацію та коментар до неї.

Українські правники стверджує експерт, часто згадують про випадки, коли адвокатів для підозрюваних чи підсудних надає держава, а це є потенційним порушенням статті 6 ЄКПЛ та її судової практики. Твердження також полягає в тому, що влада надає перевагу адвокатові, обраному державою, аніж тому, хто має приватні контракти з тією чи іншою особою-клієнтом. Окрім того, критерії відбору адвокатів для надання правової допомоги та процедура відбору повинні бути максимально прозорими.

Отже, **шоста додаткова рекомендація** експерта полягає в тому, що підстави, за якими підозрюваному чи відповідачеві можуть призначити адвоката, повинні бути викладені в Кримінальному процесуальному кодексі більш точно, відповідно до ЄКПЛ, та з чітким означенням покарань за порушення владою таких суворих правил.

Загалом підтримуючи наведену рекомендацію вважаємо за доцільне не лише визначити покарання за такі дії на рівні кримінального закону, але й встановити кримінальну процесуальну відповідальність за порушення конституційного права вибору особою адвоката - захисника її прав з урахуванням наслідків застосування інституту «плодів отруєного дерева». Так слід у статті 87 КПК зазначити, що суд зобов’язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, порушення права особи на вільний вибір адвоката. При цьому на виконання конституційної вимоги, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав в законі слід закріпити забезпечення під час надання безоплатної правової допомоги безперешкодної реалізації право особи вибору адвоката – захисника її прав.

9. Безкарність за порушення гарантій адвокатської діяльності.

У доповіді Комісара з прав людини за 2011 рік «Відправлення правосуддя та захист прав людини в системі правосуддя в Україні»[[3]](#footnote-3) загалом, наголошує експерт, зазначено таке: *«Влада повинна вжити невідкладних заходів для того, аби посилити усвідомлення «нульової толерантності» до жорстокого поводження з боку працівників правоохоронних органів та продемонструвати однозначну прихильність до боротьби з безкарністю за такі дії. Варто докласти всіх зусиль для усунення наявних перешкод, що існують на шляху притягнення до відповідальності посадових осіб правоохоронних органів і забезпечення ефективного розслідування будь-яких кримінальних вчинків компетентними органами відповідно до критеріїв, встановлених ЄСПЛ. Потрібно покращити механізми забезпечення демократичного нагляду за правоохоронними структурами та структурами служб безпеки. Важливі подальші зусилля для того, щоб особи, які мають право подати обґрунтовану скаргу на ці установи, могли звернутися з позовом до незалежного органу»*.

Проте в цій же доповіді Комісар згадав, зокрема, випадки цькування та залякування адвокатів сторони захисту і зазначив: «*(...) Необхідні активні зусилля для того, аби забезпечити дотримання гарантій справедливого судового розгляду, а також принципу процесуальної рівності відповідно до статті 6 Європейської конвенції з прав людини. Комісар стурбований повідомленнями про зловмисне переслідування, домагання та інші форми тиску на адвокатів. Такий тиск значним чином нівелює право на захист і заважає юристам ефективно служити на благо правосуддя (...)».*

Бюро демократичних інститутів та прав людини Організації з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) у 2017 році опублікувало доповідь на тему «Верховенство права в Україні: права людини в кримінальному провадженні»[[4]](#footnote-4). У цій доповіді було згадано про часті випадки порушення права людини на захист через відсутність захисника під час затримання або ненадання обраного стороною захисту захисника. Вона містила рекомендацію посилити відповідальність правоохоронних та судових органів за неналежний рівень забезпечення права підозрюваного чи обвинуваченого на захист, зокрема шляхом виключення обраного захисника з процесу.

У доповіді ОБСЄ висвітлено практику судів та прокурорів заміщувати обраного стороною захисту адвоката іншим адвокатом (про це згадувалося в частині 1): «*існують випадки, коли для усунення адвоката, який діяв у справі на підставі договору про правову допомогу, слідчий, прокурор, суддя намагалися усунути такого адвоката, призначивши адвоката через центр надання безоплатної вторинної правової допомоги»*.

Поточний стан справ щодо кримінальної відповідальності за втручання у процесуальні права адвокатів можна спостерігати за статтями 397–400 Кримінального кодексу України.

Спочатку положення містить загальну норму про відповідальність за вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правочинної діяльності захисника чи представника особи, яка полягає в наданні правової допомоги, або за порушення встановлених законом гарантій їхньої діяльності й професійної таємниці. Далі міститься положення, яке спеціально охоплює ті самі дії, які вчиняє службова особа з використанням свого службового становища. Фінансове покарання виражено в кратних розмірах неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, окрім того, можливими є терміни обмеження волі.

За ними йдуть положення, які охоплюють погрози або насильство чи замах на вбивство захисника або представника (або ж таки їхнє вбивство), а також положення про шкоду, заподіяну майну: як покарання вони передбачають терміни ув'язнення та штрафи за заподіяну майну шкоду.

Однак статистика свідчить про те, що, порівняно з кількістю справ, порушених за цими різними кримінальними статтями, кількість справ, що завершується обвинувальними актами, резюмує експерт, є надзвичайно низькою.

Враховуючи викладене експерт пропонує наступне рішення. З огляду на те, що проблеми безкарності влади, яка порушує процесуальні права адвокатів, відомі вже давно, постає питання щодо їхнього вирішення. Наразі існує система штрафів та тюремних покарань для тих, хто порушує такі положення, але штрафи, ймовірно, є занадто низькими, а кількість справ, які фактично передають до суду, є також незначною. Очевидною є відсутність причин для недопущення неповаги до процесуальних гарантій адвокатів, і такий стан речей беззаперечно належить усунути шляхом запровадження відповідних суворих санкцій, які й виступатимуть такою причиною.

Проте вважаємо, що самим лише посиленням покарання ситуація не буде покращена. Вирішення цієї проблеми потребує комплексного підходу починаючи, зокрема, із змін до законодавства, перш за все, в аспекті реалізації конвенційних вимог щодо забезпечення ефективного розслідування цих категорій злочинів та завершуючи формуванням належної практики, в першу чергу судової, застосування відповідних законодавчих положень.

**Голова Національної асоціації адвокатів України,**

**Ради адвокатів України Ізовітова Л.П.**

**Голова Комітету Національної асоціації адвокатів України**

**з питань безоплатної правової допомоги Дроздов О.М.**

1. <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804d0fc8> [↑](#footnote-ref-1)
2. <https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
3. <https://rm.coe.int/09000016806db707> [↑](#footnote-ref-3)
4. <https://www.osce.org/odihr/346176?download=true> [↑](#footnote-ref-4)