

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО АДВОКАТА: ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ
ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

**CRIMINAL PROCEEDINGS REGARDING A LAWYER: GENERAL PROVISIONS
OF APPLICATION OF THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS**

В статті обґрунтовується твердження про вплив практики Європейського суду з прав людини на процес формування кримінальних процесуальних відносин щодо окремої категорії осіб – адвоката. Зв'язки між іншими країнами та нашою державою мають органічний характер і є джерелом становлення світогляду щодо захисту прав людини, відображення її вкоріненості. Аналізується окреме рішення Європейського суду з прав людини на процес формування кримінальних процесуальних відносин. З'ясовано, що верховенство права всіх без виключення має спрямованість на підпорядкування одному й тому ж закону. Водночас, якщо мова йде про окрему категорію осіб, яка є уособленням публічного «портрету» нації, то, вочевидь, є необхідність впровадження гарантій, що могли б стати на заваді незаконному втручанням в їх професійну діяльність. Кримінальний процес, по своїй суті, є надчутливим в плані істотного обмеження прав і свобод, а тому, набуває нових проявів в умовах сьогодення щодо окремої категорії таких осіб як адвокати. Наголошено, що в тих складних умовах, в яких наразі перебуває держава, головне завдання сучасного кримінального процесу – розкрити конкретний дієвий механізм впровадження індивідуального в межі соціальної реальності. Це стає необхідним, якщо ми хочемо зрозуміти результат взаємопроникнення соціальних складних умов надії особи. Але складність полягає в тому, що такий результат не може бути розгнученим таким чином, що спочатку існує протиправна, несоціальна поведінка, а потім на нього покладається дещо соціальне. Неможливо вивчити особу з притаманними їй особливостями статусу окремої категорії та лише після цього вивчати систему взаємодії, систему процесуальних зв'язків. Сама особа, що підпадає під категорію «окрема», з одного боку, вже є результатом цих зв'язків. Взаємозв'язок особи та системи процесуальних зв'язків не є взаємодією двох окремих ізованих самостійних сутностей, що відокремлені між собою. Дослідження особи з окремої категорії завжди представлятиме дослідження кримінальних процесуальних відносин. Якщо так, то доцільно з самого початку розглянути представника окремої категорії як особу (на прикладі адвоката) в загальній системі кримінальних процесуальних відносин, яку представляє суспільство, тобто в процесуальному контексті.

Ключові слова: кримінальне провадження, диференціація, окрема категорія осіб, адвокат, Європейський суд з прав людини.

The article substantiates the statement about the influence of the practice of the European Court of Human Rights on the process of forming criminal procedural relations regarding a separate category of persons – the lawyer. Relations between other countries and our state have an organic nature and are a source of formation of the worldview regarding the protection of human rights, a reflection of its rootedness. A separate decision of the European Court of Human Rights on the process of forming criminal procedural relations is analyzed. It was found that the supremacy of the law of all, without exception, is aimed at subordination to the same law. At the same time, if

we are talking about a separate category of persons who are the personification of the public "portrait" of the nation, then, obviously, there is a need to implement guarantees that could stand in the way of illegal interference in their professional activities. The criminal process, in its essence, is extremely sensitive in terms of significant restriction of rights and freedoms, and therefore, acquires new manifestations in today's conditions regarding a separate category of such persons as lawyers. It is emphasized that in the difficult conditions in which the state currently finds itself, the main task of the modern criminal process is to reveal a specific and effective mechanism for the introduction of the individual within the limits of social reality. This becomes necessary if we want to understand the result of the interpenetration of complex social conditions on the actions of a person. But the difficulty is that such a result cannot be interpreted in such a way that there is illegal, antisocial behavior first, and then something social is superimposed on it. It is impossible to study a person with his inherent peculiarities of the status of a separate category and only after that study the system of interaction, the system of procedural relations. The very person who falls under the category of "individual", on the one hand, is already the result of these connections. The relationship between a person and a system of procedural relationships is not the interaction of two separate isolated independent entities separated from each other. The study of a person from a separate category will always represent a study of criminal procedural relations. If so, then from the very beginning it is advisable to consider a representative of a separate category as a person (for example, a lawyer) in the general system of criminal procedural relations represented by society, that is, in the procedural context.

Key words: *criminal proceedings, differentiation, separate category of persons, lawyer, European Court of Human Rights.*

«Філогенетичні» закономірності становлення певної кримінальної процесуальної культури в умовах сьогоднішніх надскладних реалій мають беззаперечний характер. Відповідно до тлумачного словника термін «філогенез» означає «історичний розвиток як окремих видів та більших систематичних груп організмів, так і органічного світу в цілому» [2, с. 659].

«Філогенез» кримінального процесуального менталітету – це зміни тих мисленнєвих особливостей, які відбулися під час розвитку під впливом умов життя світової спільноти. Саме сьогодні, так би мовити, «на наших очах», відбувається зміна кримінальної процесуальної парадигми, не обійшло це і диференційовані (особливі) порядки кримінального провадження.

Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб регламентовано главою 37 Кримінального процесуального кодексу [5]. Само по собі таке поєднання слів вказує на специфічне місце, що займають особливі порядки кримінального провадження в системі кримінального процесу. Маючи витоки з нього, даний вид особливого порядку кримінального провадження досі зберігає свій особливий статус, що призводить до того, що кожна з так би мовити «батьківських» дисциплін включає в себе його основи в якості складової частини. Неоднозначність кримінальних процесуальних положень має багато причин. Рушійною же силою є розуміння того, що об'єктивне існування особливих порядків як фактів суспільного життя можливо дослідити виключно за допомогою аналізу норм кримінального процесуального законодавства.

З одного боку, окремий порядок представляє собою суспільні закономірності, що мають прояв у вигляді дій осіб, які, в свою чергу, наділені свідомістю та волею. З іншого боку, в ситуація життєдіяльності людей виникають специфічні типи зв'язків між ними, спілкування та взаємодія. Аналіз цих відносин, якщо вони зачіпляють права інших осіб, неможливий за межами системи кримінальних процесуальних знань.

Разом з тим, верховенство права всіх без виключення має спрямованість на підпорядкування одному й тому ж закону. Водночас, якщо мова йде про окрему категорію осіб, яка є уособленням публічного «портрету» нації, то, вочевидь, є необхідність впровадження гарантій, що могли б стати на заваді незаконному втручанням в їх професійну діяльність. Кримінальний процес, по своїй суті, є надчутливим в плані істотного обмеження прав і свобод, а тому, набуває нових проявів в умовах сьогодення щодо окремої категорії таких осіб як адвокати. Враховуючи чисельні зміни до Кримінального процесуального кодексу назріла необхідність встановлення ефективного порядку кримінального провадження щодо такої окремої категорії, що супроводжується розумінням поєднання незаконного втручання, що пов'язане з їх безпосередньою активною діяльністю.

Ми цілком погоджуємося з думкою Д.П. Письменного, що «правова держава для виконання своїх функцій – захисту та охорони прав і свобод громадян – повинна бути забезпечена системою процедур, механізмів, інститутів, які гарантують суб'єктивні права на підставі об'єктивної діяльності, що ґрунтується на праві, і які не є незмінними, а знаходяться в динаміці, вдосконалюються, пристосовуються до умов життя суспільства» [7, с. 356]

Актуальність роботи лише підтверджує те, що видатні вчені займалися цієї проблематикою, що стало предметом їх наукового пошуку, зокрема, серед них: С.Є. Абламський, І.В. Гловюк, В.Г. Дрозд, Л.М. Лобойко, О.С. Старенький, М.А. Погорєцький, Л.Д. Удалова, В.І. Фаринник, О.Г. Яновська та інші.

Під час оприлюднених дисертаційних робіт розглянуту тематику висвітлювали: І.В. Бабій, Т.М. Доросінська, О.М. Посвистак, С.В. Свириденко.

Разом з тим, багато проблемних питань з приводу кримінального провадження щодо адвоката залишаються невирішеними, а упорядкування кримінального процесуального законодавства в цій частині пошуків відповідно до практики ЄСПЛ є малодосліджуваною.

Маючи на меті провести аналіз окремого порядку кримінального провадження щодо адвоката, який по природі своєї професійної діяльності, завжди «веде боротьбу» зі стороною обвинувачення, а зараз може сам опинитися «на лаві» тих, кого нещодавно захищав, не зайвим буде згадати такі постулати.

Як зазначають вчені, під час кримінального процесуального доказування повинні бути встановлені як ті обставини, що свідчать про вину особи, так і ті, що свідчать про невинуватість, але при цьому варто мати на увазі особливості їх з'ясування. Вони обумовлені презумпцією невинуватості та полягають у тому, що невинуватість презюмується, тобто для висновку про невинуватість особи не обов'язково повинні бути встановлені докази цього. Але, разом з тим, як антипод, – висновок про вину особи повинен походити лише на підставі доказів [3, с. 192].

При цьому вкрай важливим є реалізація загальної засади рівності перед законом і судом, а додаткові гарантії окремої категорії осіб, в тому числі, адвокатів, «не є особистим привілеєм, а має публічно-правовий характер» [9], в тому числі, йдеться про деякі «спеціальні умови» [9].

Однією з умов правильного здійснення кримінального провадження щодо адвоката є необхідність у встановленні обставин, що свідчать про «окрему категорію осіб», оскільки, наприклад, наслідком повідомлення про підозру не уповноваженою особою є не притягнення її до кримінальної відповідальності та не набуття нею статусу підозрюваного. В даному випадку грубе порушення загальних засад кримінального провадження буде означати невідповідність завданням кримінального процесуального закону. Отже, відповідно до ч. 2 ст. 9 КПК саме на сторону обвинувачення покладається справедливий обов'язок дослідити обставини, що характеризують особу. В даному випадку в мережі Інтернет доволі багато ресурсів для встановлення особи, наприклад, Єдиний реєстр адвокатів та ін.

На нашу думку, початок дії кримінального процесуального імунітету повинен діяти на дії особи, що були вчинені після складення присяги або призначення на посаду. Разом з тим, особливий порядок кримінального провадження щодо адвоката не може бути застосовано, якщо на момент внесення відомостей до ЄРДР щодо початку досудового розслідування його діяльність припинено на передбачених законом підставах.

Про цей особливий характер та умови, що регулюють особливості кримінального провадження щодо окремої категорії осіб вперше в кодифікованому вигляді було згадано в Статуті кримінального судочинства 1864 р. [10]. Треба визнати, що обвинувачення щодо окремої категорії осіб в ті часи було пов'язане з їх посадою або виконуваною ними діяльністю.

Вважаємо, що І.В. Гловюк справедливо зазначає про те, що з огляду на наявність спеціального статусу окремих категорій осіб у зв'язку з виконанням ними суспільно значущих функцій як виняток допускається створення особливих охоронних механізмів, що полягають в ускладненні порядку провадження окремих процесуальних дій з метою притягнення особи до кримінальної відповідальності порівняно з процедурами, передбаченими для інших осіб, які таким спеціальним статусом не наділені. Водночас принциповим є забезпечення оптимального балансу законних прав та інтересів таких категорій осіб з урахуванням функціонального призначення в суспільстві, їх професійної та службової діяльності й необхідності існування додаткових гарантій можливості її здійснення, з одного боку, та вирішення завдань кримінального провадження, за якими кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до кримінальної відповідальності в міру своєї вини, з іншого [4, с. 299].

На наше переконання, в тих складних умовах, в яких наразі перебуває держава, головне завдання сучасного кримінального процесу – розкрити конкретний дієвий механізм

впровадження індивідуального в межі соціальної реальності. Це стає необхідним, якщо ми хочемо зрозуміти результат взаємопроникнення соціальних складних умов на дії особи. Але складність полягає в тому, що такий результат не може бути розтлумачений таким чином, що спочатку існує протиправна, несоціальна поведінка, а потім на нього покладається дещо соціальне. Неможливо вивчити особу з притаманними їй особливостями статусу окремої категорії та лише після цього вивчати систему взаємодії, систему процесуальних зв'язків. Сама особа, що підпадає під категорію «окрема», з одного боку, вже є результат цих зв'язків, а з іншого – їх активний творець. Взаємозв'язок особи та системи процесуальних зв'язків не є взаємодією двох окремих ізольованих самостійних сутностей, що відокремлені між собою. Дослідження особи з окремої категорії завжди представлятиме дослідження кримінальних процесуальних відносин. Якщо так, то доцільно з самого початку розглянути представника окремої категорії як особу (наприкладі адвоката) в загальній системі кримінальних процесуальних відносин, яку представляє суспільство, тобто в процесуальному контексті. Даний контекст представлений системою реальних відносин особи з зовнішнім світом. В свою чергу, зміст та рівень цих відносин може бути представлений різними особливостями, в тому числі, регіону чи специфіки його зростання в умовах конфлікту та при звичайних умовах.

В сьогоденних реаліях вирішення кримінальних процесуальних проблем можливе не лише власними зусиллями українського законодавця. Як зазначають О.В. Мельник та М.В. Попович «синергетичний підхід під час вирішення кримінальних процесуальних проблем досягається шляхом «впливу» зовнішніх факторів не лише на кримінальну процесуальну діяльність, а й на ситуацію, що породжує самі кримінальні правовідносини. В цьому аспекті основні зусилля всіх об'єднаних в єдине ціле організацій повинно приділятися превенції, що має привалювати над розслідуванням кримінальних правопорушень»[6, с. 135].

Як таке поняття «взаємодія» є головним для реалізації завдань кримінального провадження. Рівень філогенетичного розвитку особи адвоката (у випадку кримінального провадження щодо нього) має прояв в тому, наскільки багатий його індивідуальний досвід. Тож, як стає зрозумілим, цей досвід найбільш вагомий. Звідти і специфіка початку досудового розслідування та особливості всього кримінального провадження щодо адвоката.

Цінним, на наш погляд, є ознайомлення з узагальненням Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 року судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотання про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи.

Відповідно до ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [8] слідчі дії, що можуть проводитись винятково з дозволу суду, здійснюються стосовно адвоката на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора АРК, області, міста Києва та міста Севастополя. Як бачимо, якщо суб'єкт клопотання буде не мати зазначеного статусу, то слідчі судді повинні відмовляти у задоволенні клопотання про обшук адвоката. Водночас обов'язковим відповідно до ст. 1, 6 цього ж закону є віднесення фізичної особи до числа адвокатів, про що свідчить свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. В свою чергу, слідчий суддя, суд у своєму рішенні про проведення обшуку або огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює свою професійну діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката обов'язково зазначає перелік тих документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити.

Так званим «гарним тоном» як при розгляді справ національними судами, так і під час досудового провадження є посилання на практику Європейського суду з прав людини. В практичних підрозділах вже тривалий час впевнено використовуються рішення ЄСПЛ як такі, що спроможні суттєво посилити позицію сторони у провадженні, хоча за своєю сутністю вони є прецедентами, які не мають в Україні сили джерела права. Водночас фактично все ж таки мають суттєвий вплив на хід та результати кримінального провадження.

В ст. 9 Конституції України визначено, що чинні міжнародні договори, згода на яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства. В свою чергу, Європейська Конвенція з прав людини була ратифікована Україною 17.07.1997 року (№ 475/97-ВР). Так, положення Конвенції підлягають застосуванню, зокрема, в кримінальному процесуальному аспекті. Разом з тим, значення рішень ЄСПЛ настільки має значущість, що в судовій практиці для визначення питання допустимості доказів мають пріоритет ті з них, якими констатовано порушення прав людини. Тобто рішення ЄСПЛ у поєднанні з нормами Конвенції національними судами застосовуються саме як джерело права, це підтверджується і положеннями Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», а саме ст. 17.

Важливо акцентувати увагу на том, що серед рішень ЄСПЛ найбільш важливими є ті, що встановлюють системний характер порушень. Саме такі рішення вважаються джерелом правової позиції під час вирішення схожих справ. Так, вони є дороговказом під час розв'язання системної проблеми чи усталеного тлумачення конкретної ситуації в державі. Цей характер і є визначальним під час застосування практики ЄСПЛ, оскільки для врахування рішень ЄСПЛ неважливо по якій саме державі воно було прийнято. Враховуючи це, варто констатувати, що недосконала система правосуддя національних судів може бути виявлена завдяки зверненням до Європейського Суду. Окрім цього, будь-яка держава має бути зорієнтована на дотримання стандартів прав людини. А якщо ця людина є адвокатом і добре розуміється в своїх правах, то, можливо, необхідно не допускати порушень?

У зв'язку з цим, цікавим є рішення ЄСПЛ від 05 липня 2012 року у справі «Головань проти України»^[1] щодо незаконного обшуку в офісі адвоката, в якому встановлено порушення ст. 8 Конвенції та доведено, що дії державних органів становили втручання не лише у професійну діяльність, а й у право заявника на повагу до його приватного життя та житла.

Як результат, Суд постановив, що держава-відповідач має сплатити заявнику 10000 (десять тисяч) євро відшкодування моральної шкоди разом з будь-якими податками, які можуть нараховуватись, ця сума має бути конвертована в національну валюту держави-відповідача за курсом на день здійснення платежу.

Найчастішими недоопрацюваннями на практиці в кримінальних провадженнях щодо адвоката є: недотримання порядку, що встановлений в ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а саме – подання клопотань так званими «не суб'єктами», а також неоднозначність серед слідчих суддів розуміння як реагувати на відсутність при розгляді клопотання прокурора, який уповноважений звертатись із клопотанням про обшук стосовно адвоката (за присутності прокурора нижчого рівня).

Окремої уваги заслуговують вирішення питання про рішення слідчого судді за результатами клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження щодо адвоката. Законодавство України не містить чітких відповідей. Виходить, що відповідно до ст. 480 КПК та ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» таке клопотання відповідати вимогам не буде і, відповідно, слідчий суддя повинен повернути своєю ухвалою ініціатору без розгляду. В цій ситуації ч. 6 ст. 9 КПК встановлює таку лінію поведінки: «У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 цього Кодексу». Тож, мова йде про повернення клопотання без розгляду з подальшим роз'ясненням ініціатору клопотання про необхідність виправити виявлений недолік. Річ у тому, що розгляд цього клопотання по суті та відмова у його задоволенні з процесуальних питань може унеможливити застосування заходів забезпечення кримінального провадження навіть при наявності підстав, що визначені законом.

Таким чином, філогенетичні закономірності становлення системи гарантій для адвоката активно пов'язані з застосуванням державними органами однієї узгодженої позиції, в яку будуть «вплетені» елементи практики ЄСПЛ та однакового правозастосування норм кримінального процесуального законодавства з урахуванням тенденції реалізації прав людини.

Список використаних джерел:

1. Справа «Головань проти України»: рішення від 05.07.2012 р. (заява № 41716/06). URL: <https://precedent.in.ua/2016/02/25golovan-protyv-ukrayny/>
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2007. 1736 с.
3. Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж : Издательство Воронежского университета, 1978. 303 с.
4. Гловюк І. В. Законне затримання та затримання уповноваженою службовою особою: питання теорії та практики. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* : зб. наук. праць / ред. кол.: С.В. Ківалов, Ю.П. Аленін ; МОН України, НУ «ОЮА». Одеса : Юрид. л-ра, 2014. Т. 14. С. 299–310.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України з постатейними матеріалами практики Конституційного Суду України, Верховного Суду України та Верховного Суду, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Станом на 20 березня 2020р. : наук.-практ. посіб. / уклад. : А. В. Столітній, С. В. Шмаленя, М. С. Туркот, М. І. Снігар ; за заг. ред.

д.ю.н., проф. А.В. Столітнього ; друге видання. К. : Норма права, 2020. 1504 с.

6. Мельник О. В., Попович М. В. Синергія та її вплив на відносини, що виникають під час допиту неповнолітнього потерпілого у кримінальному провадженні України. *KLEM*. 2020. № 3. С. 134–139. (Республіка Польща).

7. Письменний Д.П. Функції обвинувачення та захисту за новим КПК України. *Право і суспільство*. 2013. № 6. С. 353–358.

8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012, № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>

9. Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України від 27 жовтня 1999 р., № 9-рп/1999. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-99#Text>

10. Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. URL.: <https://constitution.garant/histiry/act1600-1918/3137/>