

РОЗДІЛ 10 СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.965.1

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2024-3/122>

ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ З МЕТОЮ УДОСКОНАЛЕННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

APPLICATION OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN ORDER TO IMPROVE ADVOCACY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Берлач А.І., д.ю.н., професор,
завідувач кафедрою службового та медичного права

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Кучинська О.П., д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Циганюк Ю.В., д.ю.н., доцент,
професор кафедри кримінального права та процесу

Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

Стаття присвячена аналізу застосування практики Європейського суду з прав людини з метою удосконалення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні.

У статті визначено, що Європейський суд з прав людини є одним з найбільш визнаних на шанованих механізмів захисту прав людини у всьому світі. Протягом багатьох років його діяльність ефективна і стосується багатьох прав та обов'язків, які гарантовані чи забезпечені Європейською конвенцією з прав людини та Протоколами до неї. Не виключенням є також і комплекс гарантій, які стосуються адвокатської діяльності у кримінальному провадженні.

Проаналізовано положення норм Кримінального процесуального кодексу України з питань того, хто має обов'язок застосовувати практику Європейського суду з прав людини у кримінальному провадженні. Також у статті звернено увагу на ключові рішення Європейського суду з прав людини з метою удосконалення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні і які стосуються ролі адвоката у здійсненні правосуддя та обов'язків, які на адвоката покладаються у зв'язку із участю у здійсненні правосуддя, визначення орієнтовного переліку прав адвоката під час проведення у нього обшуку, окремих гарантій для адвокатської діяльності у кримінальному провадженні, з питань доказування та мотивування судових рішень, які були засновані на показаннях підозрюваного, які були отримані без адвоката, реалізації права на ефективний захист.

За результатами дослідження узагальнено висновок про те, що діяльність адвоката у кримінальному провадженні безпосередньо пов'язана із його роллю в суспільстві, яка визначається як окремий інститут громадянського суспільства, який надає професійну правничу допомогу, а гарантії його діяльності є непорушними. В той же час, Україна має вживати узгоджені засоби захисту для забезпечення більшої поваги до адвокатської діяльності у кримінальному провадженні та забезпечувати ефективні способи захисту порушених прав.

Ключові слова: адвокатура, адвокатська діяльність, кримінальне провадження, практика Європейського суду з прав людини, захисник, представник.

The article is devoted to the analysis of the application of the European Court of Human Rights case law with a view to improving the advocacy in criminal proceedings.

The article determines that the European Court of Human Rights is one of the most recognized and respected human rights protection mechanisms in the world. Over the years, its activities have been effective and address many of the rights and obligations guaranteed or ensured by the European Convention on Human Rights and its Protocols. The set of guarantees relating to advocacy in criminal proceedings is no exception.

The authors analyze the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine on who is obliged to apply the case law of the European Court of Human Rights in criminal proceedings. The article also draws attention to the key decisions of the European Court of Human Rights with a view to improving the advocacy in criminal proceedings and which relate to the role of an advocate in the administration of justice and the duties imposed on an advocate in connection with participation in the administration of justice, determination of an approximate list of the rights of an advocate during a search, certain guarantees for advocacy in criminal proceedings, on the issues of evidence and motivation of court decisions based on the testimony of a suspect obtained without a lawyer, and the right to effective defense.

Based on the results of the study, the author summarizes the conclusion that the activities of an advocate in criminal proceedings are directly related to his or her role in society, which is defined as a separate civil society institution providing professional legal aid, and the guarantees of his or her activities are unbreakable. At the same time, Ukraine should adopt coordinated remedies to ensure greater respect for the practice of advocacy in criminal proceedings and provide effective means of protecting violated rights.

Key words: bar, advocacy, criminal proceedings, case law of the European Court of Human Rights, defender, representative.

Постановка проблеми. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) є одним з найбільш визнаних на шанованих механізмів захисту прав людини у всьому світі. Протягом багатьох років його діяльність ефективна і стосується багатьох прав та обов'язків, які гарантовані чи забезпечені Європейською конвенцією з прав людини та Протоколами до неї. Не виключенням є також і комп-

лекс гарантій, які стосуються адвокатської діяльності у кримінальному провадженні.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі питання застосування практики ЄСПЛ з метою удосконалення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні дослідженні у працях О. Р. Балацької, А. М. Бірюкової, В. В. Гайворонської, О. М. Дроздова,

О. В. Дроздової, С. В. Оверчука, М. А. Погорецького, О. Г. Яновської та багатьох інших високоповажних колег.

Метою цієї статті є аналіз застосування практики Європейського суду з прав людини з метою удосконалення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) презюмує застосування практики ЄСПЛ. Чіткої вказівки у нормах КПК України на те, ким вона має бути застосована немає, але з комплексним використанням частини 1 ст. 9 та ч. 5 ст. 9 КПК України зрозуміло, що це стосується суду, слідчого судді, прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого, інших службових осіб органів державної влади. Таке застосування має подвійну складову: здійснюється вище перерахованими суб'єктами, а також може бути використана до вище перерахованих суб'єктів. Адже норми КПК України (ч. 2 ст. 8, ч. 5 ст. 9 КПК України) встановлюють загальну вказівку на застосування усіх норм кримінального процесуального законодавства із врахуванням практики ЄСПЛ. Таке твердження сформоване із розумінням поняття «застосування права». Так, С. В. Бобровник зазначила, що застосування норм права має певні особливості: це діяльність, яка здійснюється відповідними державними органами чи за їх делегуванням громадськими структурами; їй притаманний державно-владний характер (акти, що видаються в процесі правозастосування є юридичними, невиконання їх тягне застосування державного примусу); вона завжди має активний характер, спрямована на виникнення, зміну, припинення правовідносин; здійснюється в особливих процесуальних формах; завершується прийняттям правозастосовчих актів, де фіксуються індивідуально конкретні приписи [1, с. 453]. Усі вище викладені ознаки актів правозастосування мають процесуальні рішення у кримінальному провадженні під якими ч. 1 ст. 110 КПК України розуміє всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду [2]. А тому, застосування практики ЄСПЛ необхідно розглядати не як право, а як обов'язок визначених вище суб'єктів кримінальних процесуальних правовідносин, які саме здійснюють застосування як форму реалізації права у кримінальному провадженні.

Адвокати у кримінальному провадженні також часто використовують практику ЄСПЛ у своїх клопотаннях, запереченнях, скаргах, промовах тощо. Звісно, що це у переважній більшості стосується питань захисту, представництва чи надання інших видів правової допомоги їх клієнтам. Проте ЄСПЛ неодноразово звертав увагу і на порушення прав, гарантованих Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, які стосуються саме адвоката (захисника/представника) у кримінальному провадженні. Розглянемо витяги з окремих рішень ЄСПЛ.

У рішенні ЄСПЛ по справі «Намазов проти Азербайджану» викладено тлумачення ролі адвоката у здійсненні правосуддя та обов'язки, які на адвоката покладаються у зв'язку із участю у здійсненні правосуддя. Так, ЄСПЛ зазначив, що стосується регулювання юридичної професії, Суд також вважає за необхідне повторити, що належне функціонування судів було б неможливим без відносин, заснованих на довірі та взаємоповазі між різними учасниками правосуддя, на чолі яких є судді та адвокати (див. *Vono v. France*, № 29024/11, § 51, 15 грудня 2015, та *Ottan v. France*, № 41841/12, § 72, 19 квітня 2018). Особливий статус адвокатів надає їм центральне місце в здійсненні правосуддя як посередникам між суспільством та судами. Ця особлива роль адвокатів, як незалежних професіоналів, у здійсненні правосуддя тягне за собою низку обов'язків, особливо щодо поведінки адвокатів. Хоча на них поширюються обмеження щодо їхньої професійної поведінки: вони мають бути стриманими, чесними та гідними; вони також користуються ексклюзивними правами та приві-

леями, які можуть різнитися в залежності від юрисдикцій – серед них, як правило, певна свобода аргументації, що використовується в суді (див. *Morice v. France* [ВП], № 29369/10, §§ 132-33, ЄСПЛ 2015). Крім того, професійні асоціації адвокатів відіграють фундаментальну роль у забезпеченні захисту прав людини і тому повинні мати можливість діяти незалежно, а повага до колег по професії та саморегуляція юридичної професії мають першочергове значення (див. *Jankauskas v. Lithuania* (№ 2), № 50446/09, § 78, 27 червня 2017) [3].

Достатня кількість рішень ЄСПЛ присвячено визначенню прав адвоката під час проведення у нього обшуку. Так, у справі «Німітц проти Німеччини» викладено основоположні засади розуміння того, що адвокатська діяльність не обов'язково може здійснюватися лише у комерційних приміщеннях, а також у приватному помешканні адвокат може здійснювати свою діяльність:

«30. Стосовно слова «home», яке з'являється в англійському тексті статті 8 (ст. 8), Суд зауважує, що в деяких Договірних державах, зокрема в Німеччині, воно поширюється на комерційні (службові) приміщення. Таке тлумачення, крім того, повністю узгоджується з французьким текстом, оскільки слово «domicile» має ширше значення, ніж слово «home» і може поширюватися, наприклад, на діловий офіс.

У цьому контексті також не завжди можливо провести точні відмінності, оскільки діяльність, пов'язана з професією чи бізнесом, цілком може здійснюватися з приватного помешкання особи, а діяльність, яка не є настільки пов'язаною, цілком може здійснюватися в офісі, або комерційному приміщенні. Таким чином, вузьке тлумачення слів «home» і «domicile» може призвести до такого ж ризику нерівності, як і вузьке тлумачення поняття «приватне життя»» [4]. Схоже знаходимо і у рішенні у справі «Візер та Бікос Бетейлігунген ГмБХ проти Австрії» [5].

Ці рішення є корисними для застосування у тих випадках, коли обшуки проводять не за місцем здійснення адвокатської діяльності адвоката, яке зареєстроване у Єдиному реєстрі адвокатів України, а й за місце його проживання. Адже в Єдиний реєстр адвокатів України подаються відомості про основне місце здійснення адвокатської діяльності, а фактично їх може бути декілька, у тому числі і за місцем реєстрації, а під час відрядження матеріали, які містять адвокатську таємницю можуть перебувати і в готельному номері тощо.

У справі «Елсі та інші проти Турції» ЄСПЛ наголошує на якості проведення обшуку у адвоката і ще раз нагадав про захист конфіденційної інформації, яка знаходиться у адвоката:

«698. ...Однак обшук і виймка були масштабними, а конфіденційні професійні матеріали були вилучені без спеціального дозволу. Суд знову вражений відсутністю підзвітності чи будь-яким визнанням прямої відповідальності посадовими особами, причетними до подій цієї справи (пор. пункт 680 вище)» [6].

Для України знаковим стало рішення ЄСПЛ у справі «Головань проти України» у якій ЄСПЛ, окрім іншого, наголосив на особливостях професії адвоката та її роль і значення у суспільстві:

«53. Оскаржувані заходи завдали шкоди професійному життю першого заявника: вони мали наслідки для його репутації як адвоката та неодмінно мали вплинути на широке коло особистих зв'язків, набутих ним протягом його професійної діяльності. Відповідно, ці заходи серйозно вплинули на особисте життя першого заявника у сенсі Конвенції (див. *Özpinar v. Turkey*, no. 20999/04, §§ 45 та 46, 19 жовтня 2010, з подальшими посиланнями). Окрім того, оскаржувані заходи відбулися в офісі першого заявника, який підпадав під поняття «домівка» (див., наприклад, *Heino v. Finland*, no. 56720/09, § 33, 15 лютого 2011)...

62. Далі Суд повторює, що переслідування представників юридичної професії є ударом у серце системи Конвенції (див. *Elci and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 669, 13 November 2003). Зазначення на професійну таємницю може мати наслідки для належного здійснення правосуддя та, отже, завдати шкоди правам, гарантованим статтею 6 Конвенції (*Niemietz*, згад. раніше, § 37). Тому обшуки в приміщеннях адвокатів мають особливо суворо контролюватися. Відповідні гарантії, такі, як наявність та ефективна участь незалежних спостерігачів, завжди мають бути доступні під час обшуку в офісі адвоката задля впевненості в тому, що матеріали, які підпадають під законний професійний привілей, не буде вилучено (див. *André and Other*, згад. раніше, §§ 43 and 44, 24 July 2008; та *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, § 214, 22 December 2008)» [7].

У рішенні «Смірнов проти росії» був проведений обшук у приміщенні адвоката, який не був підозрюваним у жодному кримінальному провадженні і на це ЄСПЛ зреагував наступним чином:

«49. Підсумовуючи, Суд вважає, що обшук проведено без відповідних і достатніх підстав і за відсутності гарантій проти втручання в професійну таємницю в квартирі заявника, який не підозрювався у жодному кримінальному правопорушенні, але представляв інтереси обвинувачених у справі та й сама кримінальна справа не була «необхідною в демократичному суспільстві». Отже, мало місце порушення статті 8 Конвенції» [8].

У рішенні по справі «Андре та інші проти Франції» ЄСПЛ вчергове підтвердив роль адвоката у демократичному суспільстві, а також необхідність реалізації гарантій адвокатської діяльності під час проведення обшуку у адвоката, який є захисником у кримінальному провадженні:

«41. Суд вважає, що обшуки і виїмки в приміщеннях адвоката, безсумнівно, порушують професійну таємницю, яка є основою довірчих відносин, що існують між адвокатом і його клієнтом. Крім того, збереження професійної таємниці є, зокрема, наслідком права клієнта адвоката не свідчити проти себе, яке передбачає, що органи влади прагнуть довести свою правоту, не вдаючись до доказів, отриманих методами примусу або пригнічення всупереч волі «особи, який пред'явлено обвинувачення» (див. рішення у справі «J.B. проти Швейцарії» (*J.B. v. Switzerland*), no. 31827/96, § 64, ECHR 2001-III; див. також, серед інших джерел, рішення у справі «Функе проти Франції» (*Funke v. France*) від 25 лютого 1993 року, § 44, Series A № 256-A).

42. Відповідно, хоча національне законодавство може передбачати проведення обшуків адвокатської діяльності, важливо, щоб такі обшуки супроводжувалися особливими гарантіями. Так само Конвенція не забороняє покладати на адвокатів певні зобов'язання, які можуть стосуватися їхніх стосунків з клієнтами. Це стосується, зокрема, випадків, коли є достовірні докази участі адвоката в правопорушенні (пункт 15 вище), або у зв'язку із зусиллями, спрямованими на боротьбу з певними видами поведінки (пункти 17–18 вище). У зв'язку з цим, важливо забезпечити суворі рамки для таких заходів, оскільки адвокати займають життєво важливу позицію у відправленні правосуддя і, в силу своєї ролі посередника між учасниками судових процесів і судами, можуть бути охарактеризовані як служители Феміди» [9].

Діяльність адвоката у кримінальному провадженні також пов'язана і з наданням йому окремих гарантій для такої діяльності і які також, як показує практика ЄСПЛ обмежуються, або адвоката їх позбавляють взагалі. Гарантії конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом проаналізовано та викладено ЄСПЛ у справі «Лорен проти Франції»:

«36. Суд вважає, що аркуш паперу, складений навпіл, на якому адвокат написав повідомлення, переданий цим адвокатом своїм клієнтам, має розглядатися як захищена

кореспонденція у значенні статті 8 Конвенції. Отже, він вважає, що перехоплення поліцейським записок, написаних заявником та переданих його клієнтам, є втручанням у право на повагу до листування між адвокатом та його клієнтами...

44. Суд також визнав, що певний контроль за листуванням ув'язнених рекомендований Конвенцією і сам по собі не суперечить їй (*Campbell v. the United Kingdom*, 25 March 1992, § 45, Series A no. 233). Проте обмін між адвокатом та його затриманим клієнтом має привілейований статус відповідно до статті 8. У результаті, тюремне начальство не може відкрити лист від адвоката затриманому, лише якщо у нього є вагомі підстави вважати, що існує незаконний елемент, який не виявляється звичайними засобами виявлення. Необхідно забезпечити відповідні запобіжні заходи, щоб запобігти його читанню, наприклад, відкриваючи конверт у присутності ув'язненого. Що стосується читання пошти затриманого адвоката або від адвоката, це має бути дозволено лише у виняткових випадках, якщо влада має підстави вважати, що цим привілеєм зловживають, оскільки зміст листа загрожує безпеці установи або інших осіб або має інший кримінальний характер. «Вірогідність» мотивів залежатиме від усіх обставин, але вона передбачає факти чи інформацію, здатну перекопати об'єктивного спостерігача в тому, що привілейованим каналом зв'язку зловживають (там само, § 48)» [10].

З питань доказування та мотивування судових рішень, які були засновані на показаннях, що були отримані без адвоката ЄСПЛ виклав свою думку у рішенні «Харун Гюрбюз проти Туреччини»:

«86. З огляду на вищезазначене, Суд вважає, що обмеження доступу заявника до адвоката з 10 квітня 2007 року до 10:25 вечора 11 квітня 2007 року, завдало шкоди правам заявника на захист, оскільки національні суди поклалися на його свідчення поліції, отримані за відсутності адвоката (на відміну від згаданого вище рішення у справі *Simeonovi*, § 136), не піддаючи їх ретельному розгляду та не використовуючи передбачених законом гарантій» [11].

Водночас перелік гарантій адвокатської діяльності у кримінальному провадженні не здатен допомогти у реалізації права на ефективний захист за тієї умови коли адвокат його не зможе забезпечити. Щодо необхідної якості надання професійної правничої допомоги ЄСПЛ звернув увагу у рішенні «Чутура проти Хорватії»:

«49. Однак просте призначення адвоката без надання ним або нею фактичної правової допомоги в провадженні не може задовольнити вимоги щодо необхідної «правової допомоги» для осіб, ув'язнених за критерієм «психічно хворий» згідно зі статтею 5 § 1 (е) Конвенції. Це пов'язано з тим, що ефективність правового представництва осіб з психічними розладами вимагає посиленого обов'язку нагляду з боку компетентних національних судів (і *bid.*, § 154)...

56. За таких обставин Суд вважає, що адвокат Т.Ж. діяв, по суті, як пасивний спостерігач за процесом. Незважаючи на те, що національні суди добре усвідомлювали її пасивну позицію під час провадження, вони не відреагували, не вживши належних заходів для забезпечення ефективного юридичного представництва заявниці (порівняйте *MS* (№ 2), згадане вище, § 156). У зв'язку з цим варто повторити, що ефективне юридичне представництво осіб з інвалідністю вимагає посиленого обов'язку нагляду з боку компетентних національних судів за ефективністю їхнього юридичного представництва. (див. пункт 49 вище). У цій справі Суд не переконався, що окружний суд виконав цей обов'язок» [12].

У рішенні по справі «Яременко проти України» ЄСПЛ зазначив, що «Суд зауважує: той факт, що кожен із двох інших захисників, які представляли заявника, бачив його лише один раз і тільки під час допиту і що до допиту ніхто

з них із заявником не бачився, найімовірніше свідчить про символічний характер їхніх послуг» [13].

Висновки. Звісно, що викладені рішення ЄСПЛ не є лише єдиними, які розкривають особливості здійснення адвокатської діяльності у кримінальному провадженні та у яких виявлені порушення Судом норм Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а вони є лише частиною практики ЄСПЛ з цього питання. Втім із вище наведеного можна сформулювати висновок про те, що

діяльність адвоката у кримінальному провадженні безпосередньо пов'язана із його роллю в суспільстві, яка визнається як окремий інститут громадянського суспільства, який надає професійну правничу допомогу, а гарантії його діяльності є непорушними. В той же час, Україна має вживати узгоджені засоби захисту для забезпечення більшої поваги до адвокатської діяльності у кримінальному провадженні та забезпечувати ефективні способи захисту порушених прав.

ЛІТЕРАТУРА

1. Зайчук О. В. та ін. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник. За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 685 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
3. Справа «Намазов проти Азербайджану». (Заява № 74354/13). Рішення від 30 січня 2020. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-namazov-proti-azerbajdzhanu/>
4. Case of Niemietz v. Germany. (Applications 13710/88). Judgment 16 December 1992/ URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>
5. Справа Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria (Заява № 74336/01). Рішення від 16 жовтня 2007 року. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117700>
6. Case of Elçi and Others v. Turkey. (Applications nos. 23145/93 and 25091/94). Judgment 13 November 2003. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61442>
7. Case of Golovan v. Ukraine. (Application no. 41716/06). Judgment 5 July 2012. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112021> URL: <https://privacy.khpg.org/1604922488>
8. Case of Smirnov v. russia. (Application no. 71362/01). Judgment 7 June 2007. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-80953>
9. Case of André and another v. France (Application no. 18603/03). Judgment 24 July 2008. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87938>
10. Cas de Affaire Laurent c. France. (Requête no 28798/13). Arrêt 24 mai 2018. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183129>
11. Case of Harun Gürbüz v. Turkey. (Application no. 68556/10). Judgment 30 July 2019. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-194858>
12. Case of Čutura v. Croatia. (Application no. 55942/15). Judgment 10 January 2019. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-188996>
13. Справа «Яременко проти України» (Заява N 32092/02). Рішення від 12 червня 2008. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text