

Рамкова програма співробітництва
для Вірменії, Азербайджану, Грузії, Республіки Молдова, України й Білорусі

Programmatic Cooperation Framework for
Armenia, Azerbaijan, Georgia, Republic of Moldova, Ukraine and Belarus

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



Implemented
by the Council of Europe

Спільний проект Європейського Союзу та Ради Європи
«Посилення імплементації європейських стандартів прав людини
в Україні»

Подальша
підтримка реформи
кримінальної
юстиції в Україні



DGI (2016)20 (номер англ. оригіналу)¹

Страсбург, 18 листопада 2016 р.

ВИСНОВОК

ГЕНЕРАЛЬНОГО ДИРЕКТОРАТУ З ПРАВ ЛЮДИНИ І ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА РАДИ ЄВРОПИ

**про проект змін до законів, що стосуються функцій прокуратури,
у зв'язку з внесенням змін до Конституції України
(Проект Закону України № 5177)**

**Підготовлений на основі експертного дослідження
пана Джеремі МакБрайда, пана Еріка Сванідзе
та пана Лайоша Корони**

¹ Переклад виконано в межах проекту Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», фінансованого урядом Данії

А. ВСТУП

1. Цей Висновок розглядає запропоновані зміни до законів, що стосуються функцій прокуратури та передбачені проектом Закону України № 5177 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” (в частині забезпечення реалізації функцій прокуратури)» (далі – «проект Закону»).
2. Прийняття проекту Закону спричинить внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Закону України «Про боротьбу з тероризмом», Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», Закону України «Про судовий збір», Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України», Закону України «Про прокуратуру», Закону України «Про Службу безпеки України» та Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – «Закони»).
3. Як видно з його назви, підготовка проекту Закону була зумовлена внесенням низки змін до Конституції України (далі – «конституційні зміни»). Однак більшість запропонованих законодавчих поправок не обов'язково є наслідком конституційних змін.
4. У цьому коментарі проаналізовано відповідність запропонованих змін європейським стандартам, особливо Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – «Європейська конвенція»), практиці Європейського суду з прав людини (далі – «Європейський суд») і спільному висновку щодо проекту Закону України «Про прокуратуру» Венеціанської комісії та Директорату з прав людини (далі – «Спільний висновок»)². Крім того, вони розглядають концептуальну узгодженість запропонованих змін зі статтею 131¹ Конституції України, всією системою кримінального правосуддя та нещодавніми реформами в українській прокуратурі, а також застосовними антикорупційними стандартами та засадами.
5. Зауваження наводитимуться тільки щодо тих запропонованих змін до Законів, які розглядають як неналежні чи найбільш проблематичні.
6. *Усі рекомендації стосовно будь-яких дій, що можуть знадобитися для забезпечення відповідності європейським стандартам – як в частині внесення змін, так і перегляду чи видалення – виділені курсивом.*
7. У цьому коментарі спочатку розглянуто деякі загальні питання, що стосуються запропонованих змін, а потім, перш ніж перейти до аналізу інших законів, у які

² Ухвалений на пленарному засіданні Венеціанської комісії 11–12 жовтня 2013 р. (CDL(2013)039).

вносять зміни проектом Закону, розглянуто зміни, що впливають на Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про прокуратуру» та Кодекс адміністративного судочинства України.

8. Ці зауваження ґрунтуються на наданих секретаріатом Ради Європи перекладах на англійську мову проекту Закону та законів, до яких мають бути внесені поправки.
9. Висновок підготовлено на основі коментарів Джеремі МакБрайда³ та Еріка Сванідзе⁴ в рамках фінансованого урядом Данії проекту Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», а також коментарів Лайоша Корони⁵ в межах проекту Рамкової програми співпраці РЄ/ЄС «Боротьба з корупцією в Україні», який фінансується Європейським Союзом та реалізується Радою Європи.

Б. ЗАГАЛЬНІ ЗАУВАЖЕННЯ

10. Крім питань, потрібних для надання чинності конституційним змінам, запропоновані зміни стосуються широкого кола інших питань.
11. Деякі із запропонованих змін спричинять лише відповідне оновлення перехресних посилань на законодавство в положеннях кодексів та Законів з огляду на заміну Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» Законом «Про запобігання корупції».
12. Інші зумовляють удосконалення наявних положень, зокрема: запропоновані зміни до Кримінально-виконавчого кодексу України,⁶ що стосуються оскарження в судовому порядку рішень адміністрацій установ виконання покарань; уточнення про те, що повноваження щодо неповнолітніх осіб здійснюються лише ювенальними прокурорами⁷; зміцнення заходів щодо недопущення виникнення в прокурорів потенційного та реального конфлікту інтересів⁸; а також дозвіл Генеральній прокуратурі України бути «бенефіціаром, реципієнтом міжнародної технічної допомоги, головним розпорядником міжнародної допомоги від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій».⁹

³ Баристер фірми Monckton Chambers (Лондон) і запрошений професор Центральноєвропейського університету (Будапешт).

⁴ Міжнародний консультант Ради Європи, колишній прокурор в Грузії, заступник міністра юстиції, член/експерт Європейського комітету з питань запобігання катуванням, член групи консультантів Ради Європи із підтримки розробки й ухвалення нового КПК України, закону про прокуратуру (включно з відповідним висновком Венеціанської комісії), Національного антикорупційного бюро, Державного бюро розслідувань та інших нормативно-правових актів.

⁵ Прокурор Генеральної прокуратури в Будапешті, експерт Ради Європи в питаннях боротьби з відмиванням коштів, фінансуванню тероризму та протидії корупції.

⁶ Запропонована редакція ч. 11 ст. 154.

⁷ Запропонована поправка до ч. 2 ст. 301 Кримінального процесуального кодексу України.

⁸ Запропонована ст. 51–1 Закону України «Про прокуратуру».

⁹ Запропонована нова ч. 3 ст. 89 Закону України «Про прокуратуру».

13. З другого боку, низка запропонованих змін пов'язана з внесенням поправок радше технічного характеру до наявних положень.
14. Однак окремі запропоновані зміни мають зовсім інший напрям. Вони не тільки не зумовлені конституційними змінами, а іноді й суперечать їм. Так, деякі з них призведуть до надання прокуратурі неналежних повноважень; створення невідповідностей між роллю прокуратури та інших правоохоронних органів; а також до введення положень, які раніше в Спільному висновку були визнані несумісними з європейськими стандартами. До того ж окремі запропоновані зміни не стільки відповідають напрямку нещодавніх антикорупційних реформ в Україні, скільки ставлять за мету запровадити паралельні рішення.
15. У зв'язку з цим також важливо нагадати про занепокоєність щодо неупередженості та незалежності прокуратури, яка простежується в прецедентній практиці Європейського суду щодо України у зв'язку з порушеннями статей 2, 3, 5 та 18 Європейської конвенції¹⁰. Виконання рішень за всіма цими справами тепер перебуває під наглядом Комітету міністрів РЄ, тож є потреба в зміцненні незалежності всередині прокурорської служби, зокрема в тому, що стосується процесуальної самостійності прокурорів під час розгляду конкретних справ.¹¹
16. Унаслідок цього деякі суттєві аспекти запропонованих змін мають розглядатися як такі, що суперечать європейським стандартам, і про це йдеться в наступних розділах.

В. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

Стаття 3

17. Запропонована зміна формулювань пункту 3 ч. 1 включає застереження про те, що мета цього положення полягає не в «забезпеченні кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення», а в «забезпеченні невідворотності кримінального покарання винної у вчиненні кримінального правопорушення особи». Це формулювання не тільки незграбне, але й створює враження, що процедура, якої мають дотримуватися, практично визначена заздалегідь, що, таким чином, задає тон, який суперечить презумпції невинуватості. Воно також нагадує поняття, що містяться в Кримінально-процесуальному кодексі 1960 р., який не відповідав європейським стандартам.
18. Навряд чи це положення в новому формулюванні саме по собі вважатиметься таким, що порушує § 2 ст. 6 Європейської конвенції, але воно може мати

¹⁰ Див., наприклад, рішення у справах «Луценко проти України», № 6492/11, 3 липня 2012 р., «Тимошенко проти України», № 49872/11, 30 квітня 2013 р., «Космата проти України», № 10558/11, 15 січня 2015 р. і «Яременко проти України», № 32092/02, 12 червня 2008 р.

¹¹ Наприклад, запропоновані поправки до деяких положень ст. 36 та ст. 218 Кримінального процесуального кодексу.

недоречний вплив на підхід прокурорів, що призводитиме до порушення такого положення. Отже, запропонована зміна не може розглядатися як така, що відповідає підходу до кримінального правосуддя, котрого вимагає Європейська конвенція або Висновок № 9 Консультативної ради європейських прокурорів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо європейських норм і принципів стосовно прокурорів. Останній конкретно передбачає, що «прокурори сприяють забезпеченню гарантій верховенства права, особливо *справедливим, неупередженим* та ефективним відправленням правосуддя в усіх справах і на всіх стадіях розгляду в межах своєї компетенції» і що «Виконуючи свої завдання, прокурори мають поважати презумпцію невинуватості».¹²

19. Це також суперечить вимозі ч. 2 ст. 9 кодексу про те, що

Прокурор... зобов'язаний всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.

20. *Таким чином, цей аспект пропонованої зміни до пункту 3 ч. 1 потрібно переглянути та переформулювати.*

21. Запропоноване доповнення до пункту 6 ч. 1 передбачає введення двох додаткових положень з наміром роз'яснити поняття «організація досудового розслідування» і «процесуальне керівництво».

22. Процесуальна складова функцій прокуратури відповідає загальній концепції та підходу, характерним кодексу. Однак надання прокуратурі надмірних повноважень і функцій може легко поставити під загрозу структуру слідчих та розшукових органів і призвести до неналежного втручання в їх організаційне управління та до його підміни. Питання боротьби зі злочинністю, організаційні та інші аспекти політики можуть вирішуватися через використання координаційної структури, вже передбаченої ч. 2 ст. 25 Закону України «Про прокуратуру».

23. *Таким чином, виникає потреба в розмежуванні організаційної функції прокуратури та в уникненні її надмірного поширення на адміністративні, інституційні та інші відповідні аспекти функціонування слідчих і розшукових органів. Крім того, організаційний аспект має обмежуватися формуванням слідчих (розшукових) груп, наявністю кадрових та інших ресурсів для ведення конкретних розслідувань у рамках окремих зареєстрованих досудових процедур або оперативно-розшукової діяльності (з огляду на належну практику в інших юрисдикціях).*

¹² Висновок КРЕП № 9 (2014); статті I та VIII (курсив наш).

24. Запропоноване доповнення у вигляді повністю нового пункту 7–1 ч. 1 пов'язане з введенням визначення для терміна «заява, повідомлення про кримінальне правопорушення». Воно уточнюється як «усне чи письмове звернення» з боку широкого кола осіб, яке містить фактичні дані, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення. Якщо тільки воно не спрямоване на відновлення стадії дізнання, таке доповнення не суттєве з огляду на поточне формулювання в пункті 5 ч. 1 і в ст. 214 («повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення»). Проте вводячи в пункті 7–1 ч. 1 – а також у ст. 41 і ст. 60 – положення про заяву й повідомлення про кримінальне правопорушення, проект Закону тим самим намагається знову впровадити «дізнання», що передувало етапу офіційного кримінального (досудового) розслідування й було обґрунтовано відкинута з прийняттям кодексу. У зв'язку з цим слід нагадати, що колишнє «дізнання» становило порядок, який призводив до поширеної практики зловживань і – за окремими повідомленнями – корупції, а також був пов'язаний з порушеннями прав людини, які відбилися, зокрема, в низці рішень Європейського суду стосовно України.¹³
25. Отже, цей крок поставив би під загрозу принцип негайної реєстрації початку кримінального судочинства в Єдиному реєстрі досудових розслідувань, згідно з яким усі фактичні кримінально-процесуальні дії та дійові особи, використання відповідних серйозних заходів із розслідування, втручання та примусу здійснюється в чітко визначених рамках з наданням належних гарантій і засобів захисту, під судовим контролем та з відповідним залученням підозрюваних і потерпілих. До того ж, він поширив би засади змагального судочинства та гарантії справедливого судового розгляду на всі фактичні стадії кримінального судочинства, зокрема через упровадження формальної заборони на прийнятність доказів, отриманих поза рамками кодексу. У цьому напрямі він справедливо виключив будь-яке несанкціоноване втручання з боку членів «оперативних підрозділів» у кримінальне судочинство. Слід зазначити, що дані як вітчизняного, так і міжнародного моніторингу чітко вказують на те, що кодекс спричинив відповідні позитивні зміни, зокрема в плані зменшення випадків жорстокого поводження та інших серйозних порушень прав людини.¹⁴

¹³ Зокрема воно піддавалося критиці за правові обмеження, які накладало на слідчого під час розгляду скарг на жорстоке поводження, що взагалі унеможливило деякі слідчі дії на етапі досудового провадження; див., наприклад, рішення в справі «Давидов та інші проти України», № 17674/02, 1 липня 2010 р., де Європейський суд зазначив: «Суд зазначає, що перевірки скарг про жорстоке поводження відповідно до статті 97 Кримінально-процесуального кодексу мають на меті лише визначення того, наскільки обґрунтованими є клопотання про порушення кримінальної справи або чи мають такі клопотання стосунок до згаданого злочину. Отже, перевірка обмежується переважно з'ясуванням наявності формальних підстав для порушення кримінальної справи, тобто з'ясуванням того, чи містить скарга «достатні докази» для порушення кримінальної справи. Слідчий орган, керуючись статтею 97 Кримінально-процесуального кодексу, міг лише вимагати від осіб і посадових осіб певних пояснень та надання йому відповідних документів для перевірки (див. пункти 112–113 вище). Як виняток, перед порушенням кримінальної справи слідчий орган міг оглянути місце злочину, але не міг вчинити будь-які інші дії (див. пункт 112–113 вище). Таким чином, попередня перевірка, яку проводив слідчий орган, не могла включати слідчих дій, проведення яких необхідне для ефективного та ретельного розслідування за статтею 13 Конвенції і які передбачали б оцінку достовірних медичних доказів і допит свідків (§ 312). Див. також рішення у справах «Бочаров проти України», № 21037/05, 17 березня 2011 р., «Тесленко проти України», № 55528/08, 20 грудня 2011 р. та ін.

¹⁴ Див, серед іншого, Звіт до українського уряду за підсумками візиту в Україну, здійсненого Європейським комітетом з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (КЗК) 9–21 жовтня 2013 р. (CPT/Inf (2014) 15., Звіт щодо оцінки

26. Крім того, навіть із законодавчого погляду є перекриття і немає чіткої відмінності між запропонованою концепцією заяви, повідомленням про кримінальне правопорушення і формулюванням ст. 214.
27. *Запропонована поправка призведе до суттєвого й принципово неприйняттого недоліку, і, таким чином, її не слід зберігати.*
28. Запропонована поправка до пункту 10 ч. 1 переглядає визначення «кримінальне провадження» так, щоб воно охоплювало виконання судових рішень у кримінальних справах. Проте, як передбачено конституційними змінами, функція нагляду за виконанням судових рішень у кримінальних справах не належить до функцій прокуратури.
29. Навпаки, конституційні зміни вимагають, щоб з кодексу були вилучені будь-які посилання на цю функцію. Наявні положення, що містять посилання на неї, були впроваджені відповідно до Конституції України, яка діяла на момент розробки й ухвалення кодексу.
30. *Для внесення цих поправок до визначення немає жодних підстав, і, таким чином, запропоновану зміну не слід зберігати.*

Стаття 36

31. Запропонована поправка до пункту 2 ч. 2 розширює права прокурорів, надаючи їм доступ до «державних реєстрів та баз даних державних органів та органів правопорядку».
32. Це доповнення стосується реєстрів і баз даних будь-яких державних установ, незалежно від їх зв'язку з будь-якою досудовою, правоохоронною, оперативно-розшуковою діяльністю і, таким чином, призведе до розширення функцій прокуратури, передбачених конституційними змінами. Більш того, воно поставить під загрозу судові та інші гарантії проти зловживань доступом до будь-яких даних, реєстрів і процесуальних можливостей, передбачених кодексом (наприклад, тільки у зв'язку з конкретною розслідувальною діяльністю).
33. *Таким чином, запропоновану зміну або не слід зберігати, або потрібно зазначити чіткий зв'язок між доступом до реєстрів тощо й проведенням досудового розслідування (і відповідними гарантіями).*
34. Запропоноване доповнення до пункту 12 ч. 2 змінює наявне положення про пред'явлення цивільних позовів, але не відображає обмеженої ролі, передбаченої для них конституційними змінами.

35. *Запропоновану поправку потрібно узгодити з принципами та основами, а також із формулюванням участі у представленні інтересів держави в загальноцивільних чи інших процесуальних діях*¹⁵. *Окрім цього, така участь не має бути автоматичною, як видається з формулювання запропонованої поправки до ч. 3 ст. 128 кодексу.*
36. Нарешті, до цього положення додається цілком новий пункт 7, який надає широкого кола повноважень керівникам органів прокуратури та прокурорам прокуратур вищого рівня. Ці повноваження стосуватимуться: повноважень вимагати для перевірки документи тощо про вчинені кримінальні правопорушення, хід досудового розслідування, встановлення осіб, які вчинили злочини; скасування незаконних та необґрунтованих постанов слідчих та прокурорів; повноважень вимагати пояснення від громадян, службових осіб та організацій «незалежно від форм власності» з питань «отриманих заяв та повідомлень, виявлених фактів порушень закону, учасників кримінального провадження»; ініціювання «за наявності підстав» питання про початок дисциплінарного провадження щодо слідчого та прокурора й інших працівників органів правопорядку; перевірки «виконання вимог закону про приймання, реєстрацію і вирішення заяв та повідомлень про вчинені або ті, що готуються, злочини».
37. Однак запропоновані поправки (особливо ті, що містяться в підпунктах 3–5) небажані, оскільки вони, відповідно, нехтують рамками та суттю кодексу, а також принципами, на яких він ґрунтується.¹⁶ Будь-які пояснення, що прокурор матиме право вимагати від посадовців, юридичних і фізичних осіб, а також ініціювання дисциплінарного провадження щодо посадових осіб дорозслідувальних та оперативно-розшукових органів виходять за рамки кодексу і не мають жодного процесуального значення або релевантності для конкретних слідчих дій чи загалом для кримінального провадження. У частині, де їх вважають потрібними, ці положення було б доречніше включити до Закону України «Про прокуратуру».
38. До того ж слід зазначити, що коли ненадання фізичними особами запитаних пояснень буде пов'язано з будь-якими наслідками, виникає ризик порушення заборони на самообмову згідно з § 1 ст. 6 Європейської конвенції.
39. *Таким чином, ці положення не слід зберігати.*
40. Інші повноваження, запропоновані новим пунктом 7, поширюють повноваження керівників органів прокуратури, прокурорів прокуратур вищого рівня щодо слідчих, прокурорів та інших працівників органів правопорядку.

¹⁵ Див. §§ 70–79 і 132–135 нижче.

¹⁶ Див. також зауваження щодо процесуальної самостійності, наведені в розділі «Загальні зауваження» вище.

41. *Можливо, це вважається за необхідне для забезпечення належного функціонування системи кримінального правосуддя, але таке розширення може відбуватися на шкоду оперативній незалежності окремих прокурорів (тоді як їхню процесуальну самостійність насправді потрібно захищати), і, вочевидь, потребує подальших роз'яснень щодо того, як це буде здійснюватися.*

Стаття 39

42. Запропонована поправка до ч. 2 призведе до надання керівникові органу досудового розслідування необмежених повноважень передавати розслідування іншому слідчому поза будь-яким визначеним процесуальним форматом. Ухвалення запропонованої поправки поставить під загрозу мінімальну процесуальну самостійність та надійність призначення слідчих. Чинне положення більш доцільне, оскільки передбачає здійснення будь-якого відсторонення за наявності «вмотивованої постанови» або «підстав». Якщо є потреба забезпечити можливість відсторонення без негативного підтексту (наприклад, через надмірну завантаженість), це можна було б зазначити, доповнивши наявне положення.

43. *Запропоновану поправку не слід зберігати, але наявне положення можна відповідним чином переглянути.*

Стаття 41

44. Запропонована поправка до ч. 1 додає до переліку функцій оперативних підрозділів «перевірку відомостей, вказаних у заяві, повідомленні про вчинення кримінального правопорушення» та «інші процесуальні дії». Надані вище коментарі до запропонованого нового пункту 7–1 ч. 1 ст. 3¹⁷ однаковою мірою застосовні й до цієї запропонованої поправки.

45. *Таким чином, запропоновану поправку не слід зберігати.*

Стаття 60

46. Запропонована поправка до пункту 1 ч. 2 додає до права заявника отримувати від органу, до якого він подав заяву про кримінальне правопорушення, «рішення за результатами перевірки відомостей, вказаних у заяві, повідомленні про вчинення кримінального правопорушення». Надані вище коментарі до запропонованого нового пункту 7–1 ч. 1 ст. 3¹⁸ також однаковою мірою застосовні й до цієї запропонованої поправки.

47. *Таким чином, запропоновану поправку не слід зберігати.*

Стаття 93

48. Запропонована поправка до ч. 2 вимагає, щоб будь-яке витребування майна, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій здійснювалися «на підставі

¹⁷ Див. §§ 25–28 вище.

¹⁸ Там само.

результатів розшукової діяльності органів правопорядку». По суті це – повтор, оскільки вже згадується в цьому положенні. Крім того, оскільки кодекс вже надає засоби для відображення результатів оперативно-розшукової діяльності в будь-яких здійснених заходах, кожне непотрібне посилання на них підвищує імовірність підризу правил доказовості й формальної заборони на допустимість доказів, отриманих поза рамками його положень.

49. *Таким чином, запропоновану поправку не слід зберігати.*

Стаття 128

50. Надані коментарі до ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» стосовно обґрунтування підстав для представництва в цивільному процесі¹⁹ однаковою мірою застосовні й до посилання на це положення в запропонованій поправці.

51. *Запропоновану поправку слід зберегти, тільки якщо ст. 23 буде належним чином переформульована.*

Стаття 218

52. Запропонована поправка до ч. 5 передбачає, що спір про підслідність у кримінальному провадженні, яке може належати до підслідності Національного антикорупційного бюро України, вирішує Генеральний прокурор або виконувач обов'язків Генерального прокурора, а не заступник Генерального прокурора.

53. Загалом у законодавстві має бути ясність, яка б виключала можливість конфлікту, з огляду на те, що одною з основних вимог до правової визначеності та підпорядкованості є обізнаність громадськості в тому, хто саме здійснює керівництво або є відповідальним. Тому було б краще, якби підслідність була чітко розмежована, замість того, щоб обговорювати, хто відповідатиме за вирішення конфлікту.

54. Водночас запропоноване виключення заступників Генерального прокурора не задовольнить заявлену чи можливу потребу сприяти вирішенню можливих спорів про підслідність або невизначеностей. Тією мірою, наскільки це потрібно, Генеральний прокурор вже наділений повноваженнями ухвалювати рішення та скасовувати рішення своїх заступників. До того ж збереження без поправок наявного положення має перевагу, оскільки дає змогу вирішувати можливі спори про підсудність керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури – органу, що тісно співпрацює з Національним антикорупційним бюро, який, таким чином, достатньо обізнаний, щоб оцінювати відповідні питання.

55. *За цих умов видається набагато доречнішим встановити, що спори про підсудність мають вирішуватися на спеціально визначеній основі.*

¹⁹ Див. § 76 нижче.

56. У той час як Рада Європи працювала над аналізом цього проекту Закону, в українському парламенті був зареєстрований проект Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань визначення підслідності для забезпечення оперативності та ефективності кримінального провадження» (проект Закону № 5212). Проект Закону № 5212 передбачає ті самі поправки до ст. 218 КПК, коментарі до яких наведено вище, а також ширше коло змін, зокрема й можливість для Генерального прокурора доручити у виняткових випадках, з метою «забезпечення оперативності та ефективності», здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення органу, якому це правопорушення не підслідне, але який розпочав щодо нього досудове розслідування. Поправки, запропоновані проектом Закону № 5212, не є предметом розгляду в цьому висновку й потребують окремої оцінки. З другого боку, варто зазначити, що окремі аспекти проекту Закону № 5212 викликають побоювання, зокрема щодо зміни загального правила, за яким Національне антикорупційне бюро має одноосібні повноваження вести розслідування деяких категорій правопорушень.

Стаття 249

57. Запропонована поправка дасть змогу керівництву прокуратури вищого рівня приймати рішення про відсутність потреби в негласних слідчих діях, що не є неналежним. Однак відповідний суд чи слідчий суддя мають бути про це поінформовані, і дозвіл також має офіційно втратити чинність.

58. *До цього положення слід внести відповідні зміни.*

Стаття 301

59. Запропонована поправка до ч. 2 пов'язана з вилученням слова «проект» перед рішенням про закриття кримінального провадження та клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності, які слідчий зобов'язаний подати на затвердження прокурору. Може здаватися, що ця зміна надає слідчому більше самостійності в прийнятті таких рішень і підготовці таких клопотань, але фактично вони все одно потребують затвердження прокурором, тож вилучення слова «проект» насправді усуває те, що, напевно, вже непотрібне і як таке не викликати проблем.

60. *Однак може виявитися настільки ж доцільним внести поправки до ч. 3, щоб він також посилався на кінцевий термін для затвердження прокурором відповідного рішення або подання клопотання до суду.*

Стаття 314

61. Запропонована поправка до пункту 3 ч. 3 вилучає слова «обвинувальний акт» з переліку рішень про повернення, які суд може ухвалити в підготовчому судовому засіданні. Це означатиме, що будь-яке рішення по суті обвинувачення прийматиметься тільки під час судового розгляду. Така поправка не буде недоречна, тільки якщо немає невинуватих затримок з початком судового розгляду.

62. Однак слід зазначити, що ч. 4, як і раніше, посилається на «ухвалу про повернення обвинувального акта», і до цього положення має бути внесено поправки у разі збереження змін до пункту 3 ч. 3.

Стаття 394

63. Запропоновані поправки до пункту 3 ч. 3 та пункту 2 ч. 4 додають «неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність» до підстав, з яких прокурор може оскаржувати, відповідно, угоду про примирення та угоду про визнання винуватості.

64. Це доповнення не є необхідним, оскільки наявне положення вже дозволяє оскарження з посиланням на підстави, на яких угода не може бути укладена. Доповнення не тільки справляє враження, що прокурор узурпує роль судді у визначенні того, чи можливе притягнення до кримінальної відповідальності у відповідній справі, але й допускає можливість відмови від угоди через те, що звинуваченому слід було висунути суворіше обвинувачення. Це спотворило б усю ідею процедури визнання винуватості та надало б прокурорам додаткову можливість використовувати свою перевагу в процедурі визнання вини, що несумісне з підходом Європейського суду.²⁰

65. Таким чином, запропоновану поправку не слід зберігати.

Г. ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ»

Стаття 2

66. Запропоновані поправки до пунктів ч. 1 спричинять вилучення функцій представництва інтересів громадянина та нагляду за додержанням законів, зосереджуючись на функції прокуратури в питаннях, пов'язаних із системою кримінального правосуддя, водночас зберігаючи здійснення функції з представництва інтересів держави, хоча й у виключних випадках. Це відповідає конституційним змінам і не буде проблематичним як таке.

67. Однак слід звертати увагу на вже висловлені коментарі до організаційного аспекту функцій прокуратури згідно з пунктами 2 і 3 ч. 1 статті 131¹ Конституції України²¹.

Стаття 21

68. Запропонована поправка додає до цієї статті вимогу про затвердження Кабінетом Міністрів положення про службове посвідчення прокурорів та його зразок. Така вимога ігноруватиме важливість забезпечення того, щоб прокурорів розглядали як незалежних від виконавчої влади.

²⁰Рішення у справі «Нацелішвілі й Тогонідзе проти Грузії», № 9043/05, 29 квітня 2014 р.

²¹Див. §§ 22–24 вище.

69. Таким чином, цю запропоновану зміну не слід зберігати.

Стаття 23

70. Запропонована поправка до цієї статті становить її суттєве переформулювання, тож далі вона передбачатиме не представництво інтересів громадянина і держави в суді, а лише представництво інтересів останньої.
71. Однак запропонована редакція цього положення буде принципово проблематична з низки міркувань.
72. Так, як буде зазначено нижче,²² внаслідок розширення підстав і видалення певного процесуального порогу прокуратури для участі в представництві держави в судах, запропоновані зміни суперечать як Спільному висновку, так і введеному в пункті 3 ч. 1 статті 131¹ Конституції України акценту на виключному характері представництва прокуратурою інтересів держави в судах.
73. Зокрема, спірне розширення цієї функції виявляється у збільшенні частки інтересів, які має захищати прокуратура, через додання надзвичайно неясного поняття «охоронюваного державою суспільного, публічного інтересу», включно з інтересами, що пов'язані з міжнародними договорами та зобов'язаннями. У зв'язку з цим слід мати на увазі акцент, зроблений у Спільному висновку щодо того, щоб відповідні інтереси мали лише «законний» характер, а також щодо потреби уникати їх широкого тлумачення.²³
74. Крім того, перелік умов для участі прокуратури розширюється через упровадження можливості для цього внаслідок «здійснення адвокатом представництва неналежним чином», не передбачаючи жодних критеріїв чи формату для оцінювання неналежності та не потребуючи попередньої згоди з боку відповідного органу (державної установи).
75. До того ж, з погляду процесуальних «фільтрів» для участі прокуратури у представництві інтересів держави, запропонована редакція ігнорує суть конституційних змін і рекомендації Спільного висновку – які задовольняє наявне положення – стосовно того, що прокурору слід дозволяти брати на себе представництво інтересів держави від інших державних органів *тільки після підтвердження судом*²⁴. Зокрема запропоновані поправки призведуть до видалення наявної конкретної вимоги²⁵ в п. 4 ч. 2 стосовно того, що прокурор

²² Див. §§ 131–134 нижче.

²³ Див. § 88 Спільного висновку.

²⁴ Див. § 87 Спільного висновку.

²⁵ Чинні загальні норми цивільного та іншого процесуального законодавства, що вимагають підтвердження судом заміни сторони в справі або її представника, а також повноважень представника позивача, який подає позов, або відповідача, недостатні для того, щоб прокуратура могла виконати цю функцію, у зв'язку з потребою в окремому судовому контролі.

здійснює представництво інтересів держави в суді «виключно після підтвердження судом підстав для представництва».²⁶

76. Крім того, запропоновані поправки розширяють повноваження встановлювати підстави для такого представництва через надання неясного права «збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази». Ця можливість, як зазначено у Спільному висновку, «нагадує ті, якими користуються під час дізнання в кримінально-процесуальному контексті та в рамках функції загального нагляду»²⁷. Складається враження, що проект Закону ставить за мету виправити дисбаланс між правами, якими наділяє адвокатів Закон «Про адвокатуру» та якими вони користуються, виступаючи від імені іншої сторони в судовому процесі. Однак запропоноване формулювання поправок не повною мірою відповідає формулюванню останнього. До того ж, через заявлену потребу у недопущенні будь-якого грубого втручання з боку прокуратури, це також має перебувати під судовим контролем або зумовлюватися виключно рішенням Генерального прокурора або його заступника.
77. Також не збережено в наявній частині 3 заборону на здійснення прокурором представництва інтересів держави в особі державних компаній, попри те, що це суперечило б рекомендації у Спільному висновку щодо виключення в прямій формі «будь-якої можливості представляти інтереси державних компаній».²⁸
78. Нарешті, запропоноване формулювання п. 8 ч. 4 не передбачає обмеження будь-якої участі прокурора у виконавчому провадженні під час виконання рішень у справі лише тими справами, в яких він фактично представляв інтереси громадянина або держави в суді.
79. *Таким чином, є потреба в суттєвому перегляді пропонованої редакції цього положення, щоб його зміст цілком відповідав як конституційним змінам, так і рекомендаціям, що містяться в Спільному висновку.*

Стаття 25

80. Запропоновані поправки до частин 1 та 2 цієї статті положення зумовлять деяку перебудову в їх структурі та уточнення згідно зі змінами, також запропонованими для Кримінального процесуального кодексу. Надані коментарі до запропонованих змін²⁹, таким чином, однаковою мірою застосовні й до запропонованих поправок.
81. *Отже, запропоновані поправки слід аналогічно переглянути.*
82. Крім того, що стосується запропонованої можливості для прокурорів давати вказівки органам правопорядку, *слід уточнити, що такі вказівки мають обмежуватися рамками повноважень, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 131¹ Конституції України.*

²⁶ Див. також занепокоєння Європейського суду, виражене в рішенні у справі «Агрокомплекс проти України», № 23465/03, 6 жовтня 2011 р., щодо відсутності контролю за участю прокурорів у цивільному провадженні.

²⁷ Див. § 91 Спільного висновку.

²⁸ Див. § 89 Спільного висновку.

²⁹ Див. §§ 22–24 вище.

Стаття 26

83. Приведення обсягу повноважень у відповідність до конституційних змін, запропоноване цим положенням, не виключає з компетенції прокурорів сфери виконання судових рішень у кримінальних справах – попри видалення в наявному тексті посилань на відповідні установи, а також на засуджених та осіб, які відбувають кримінальні покарання – та не забезпечує послідовного обмеження повноважень прокурорів конкретною кримінально-процесуальною та пов'язаною з нею оперативно-розшуковою й правоохоронною діяльністю.³⁰

84. *Таким чином, це положення слід переглянути з огляду на зазначені питання.*

Стаття 33

85. Запропонована поправка до ч. 1 вилучає посилання на «один рік» як на тривалість підготовки в Національній академії прокуратури України.

86. *Це не обов'язково буде недоречним, але є потреба встановити, який строк навчання тепер передбачатиметься і чи дійсно він може вважатися достатнім.*

Стаття 40

87. Запропонована поправка до ч. 2 продовжує строк повноважень Генерального прокурора України з 5 до 6 років і змінює заборону на призначення більше ніж на один строк заборону обіймати посаду два строки поспіль.

88. Перша зміна відповідатиме наданій у Спільному висновку рекомендації щодо продовження мандата особи, призначеної Генеральним прокурором, з нинішніх п'яти років, але це може виявитися несумісним з іншою рекомендацією про виключення повторного призначення задля захисту від політичного впливу³¹, оскільки перерва між обійманням посади не надає гарантій, що цього не станеться. Однак ця норма – попри те, що вона видається проблематичною – відповідає положенням конституційних змін, які регулюють строк повноважень Генерального прокурора України.

Стаття 43

89. Формулюванню запропонованого п. 2 ч. 1 – в якому до підстав для притягнення до дисциплінарної відповідальності додано «допущення прокурором недоброчесної поведінки» – бракує чіткого визначення, що відкриває можливості для свавілля.

90. *Запропонована поправка, таким чином, має бути переглянута, щоб чіткіше визначити, яку саме поведінку охоплює така підстава.*

³⁰ Див. §§ 29–31 вище.

³¹ Див. § 117 Спільного висновку.

Стаття 50–1

91. Запропонована поправка передбачає введення цілком нового положення про те, що «прокурори заохочуються за сумлінне виконання службових обов'язків у порядку, затвердженому Генеральним прокурором».

92. Однак, як зазначалося в Спільному висновку,

Можливість встановлення премій в індивідуальному порядку... може призвести до корупції або поставити під загрозу незалежність прокурора, оскільки розподіл або призначення цих пільг включатиме елемент розсуду. Уникнути цієї проблеми можна, лише якщо для заохочень визначені цілком об'єктивні критерії.³²

93. *Запропонована поправка, якщо її буде збережено, має передбачати, що заохочення ґрунтуються на об'єктивних критеріях.*

Стаття 51–1

94. Запропонована поправка вводить цілком нове положення, що реалізує окреме правило для запобігання та усунення реальних або потенційних конфліктів інтересів в органах прокуратури. Однак є численні подібності й збіги між запропонованим положенням і змістом ст. 28 Закону «Про запобігання корупції».

95. Так, положення Закону «Про запобігання корупції» в п. 1 ч. 1 ст. 3 у прямій формі посилаються та поширюються на Генерального прокурора України, а також на посадових осіб і працівників прокуратури. Крім того, запропоноване нове положення просто повторює багато з того, що вже передбачено Законом «Про запобігання корупції». Зокрема:

- ч. 1 майже ідентична п. 1 ч. 1 ст. 28 Закону «Про запобігання корупції», на який вона в прямій формі посилається;
- вимога про повідомлення, що міститься в ч. 2, у загальних рисах відповідає вимозі п. 2 ч. 1 ст. 28, за винятком деяких незначних відмінностей, розглянутих далі;
- частини 3 обох статей майже ідентичні;
- ч. 5 повністю ідентична п. 3 ч. 1 ст. 28 Закону «Про запобігання корупції».

96. Запропоноване нове положення вводить лише два елементи, які відсутні в ст. 28 Закону «Про запобігання корупції» та обидва з яких проблемні.

97. По-перше, Закон «Про запобігання корупції» розрізняє осіб, які мають безпосереднього керівника, та інших осіб, зокрема тих, хто не має безпосереднього керівника, й осіб, які перебувають на посаді в колегіальному органі. Тоді як особи з першої категорія сповіщають своїх безпосередніх керівників, остання категорія («члени колегіального органу») мають сповіщати Національне агентство з питань запобігання корупції (НАЗК) або інший орган, або відповідний колегіальний орган, якщо так визначено законом. Відповідно до проекту ст. 51-1, прокурори під час виконання повноважень у колегіальному органі повідомляють колегіальний орган, до якого вони належать, але не НАЗК.

³² Див. § 179 Спільного висновку.

Як результат, виникає явна суперечність між двома законами, оскільки за Законом «Про запобігання корупції» прокурори в цій ситуації зобов'язані повідомляти НАЗК, що неможливо згідно з нинішнім проектом Закону. Цю суперечність між нормами слід усунути.

98. Слід також звернути увагу на недостатню узгодженість між частинами 2 і 3 запропонованої поправки стосовно зобов'язань із надання повідомлень прокурорами, які здійснюють свої повноваження у колегіальному органі, оскільки, згідно з ч. 2, повідомлення мають надаватися тому самому колегіальному органу, але відповідне рішення ухвалюється, згідно з ч. 3, «органом, до повноважень якого належить звільнення/ініціювання звільнення з посади». Органами прокуратури з такими повноваженнями в Україні є Рада прокурорів України³³, Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів і Вища рада юстиції³⁴. Отже, може статися, що орган, який отримав повідомлення, може відрізнятись від того, який має діяти за цим повідомленням, що може призвести до проблем на практиці.
99. По-друге, ч. 4 запропонованої поправки – єдина, яка не відображає наявних положень Закону «Про запобігання корупції», хоча вона здається такою, що походить із нього, однак її цінність сумнівна. За цим положенням, у разі існування у безпосереднього керівника прокурора, який повідомив про потенційний бо реальний конфлікт інтересів, або у керівника органу, до повноважень якого належить звільнення/ініціювання звільнення з посади, «сумнівів щодо порядку запобігання або врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів, він у письмовій формі звертається до Ради прокурорів України, яка надає письмові рекомендації щодо шляхів запобігання та врегулювання конфлікту інтересів».
100. Схоже, але багато в чому відмінне рішення можна знайти в Законі «Про запобігання корупції». Так, ч. 3 ст. 28 встановлює, що НАЗК у випадку одержання від особи повідомлення про наявність у неї реального чи потенційного конфлікту інтересів упродовж семи робочих днів роз'яснює такій особі порядок її дій щодо врегулювання конфлікту інтересів. Таким чином, це положення посилається на ситуацію, коли особа прямо повідомляє не свого безпосереднього керівника, а НАЗК, яке потім буде давати цій особі вказівки щодо порядку дій для врегулювання конфлікту. Аналогічно ч. 5 ст. 28 посилається на випадки, коли особа в разі сумнівів щодо наявності в неї конфлікту інтересів, може звернутися за роз'ясненнями до територіального органу НАЗК.
101. У контексті Закону «Про запобігання корупції» не очікується, що безпосередній керівник або керівник органу, до повноважень якого належить звільнення/ініціювання звільнення з посади, матиме «сумніви» з цього питання, через що потребуватиме зовнішньої допомоги. Тому не зрозуміло, чому виникнення такої ситуації вважається більш імовірним в органах прокуратури, потребуючи, відповідно, окремої правової норми для цього. Крім того, запропоноване рішення дивне, оскільки застосовується до ситуацій, коли у

³³ Відповідно до ст. 71 Закону України «Про прокуратуру».

³⁴ Відповідно до ст. 62 Закону України «Про прокуратуру».

безпосередніх керівників виникають сумніви, пов'язані з порядком запобігання або врегулювання відповідного конфлікту, а не із суттю самого питання (як у ч. 5. ст. 28 Закону «Про запобігання корупції»). Можна було б очікувати, що керівники, з огляду на їх відповідні посади, будуть у змозі визначити відповідний порядок без сторонньої допомоги. Підхід, що спостерігається в запропонованій поправці, не тільки відхиляється від суті Закону «Про запобігання корупції», але й надмірно розмиває правову відповідальність у таких питаннях безпосередніх керівників або керівників органів, до повноважень яких належить звільнення/ініціювання звільнення з посади.

102. До того ж, запропонований підхід стає дедалі більш сумнівним у світлі вибору установи, яка б дала змогу усунути всі сумніви щодо порядку, котрого потрібно дотримуватися. Так, вибір Ради прокурорів України на цю роль – не обов'язково найкращий з двох причин. По-перше, Рада прокурорів України – це орган, в чій повноваження, як передбачено п. 1 ч. 9 ст. 71 Закону «Про прокуратуру», входить ініціювання звільнення. Фактично це означає, що орган прокуратури, який має право отримувати повідомлення згідно з рішенням, передбаченим ч. 3 ст. 51–1, та інстанція, яка, відповідно до ч. 4 ст. 51–1, має право надавати рекомендації органу, що отримує повідомлення, – це один і той самий орган. По-друге, передбачається, що Рада прокурорів України – це вищий орган прокурорського самоврядування, до повноважень якого належать такі питання, як звільнення або ініціювання звільнення, а також ключові питання функціонування прокурорської служби. Як така, вона не призначена для щоденного розгляду конфліктів інтересів, і від неї не можна очікувати поглибленої спеціалізації в цій сфері.

103. *Таким чином, запропоновану поправку або не слід зберігати, або її положення слід переглянути, щоб уникнути непотрібного дублювання і необґрунтованих відхилень від норм, встановлених Законом «Про запобігання корупції».*

Стаття 69

104. З ч. 2 видалено положення про проведення «таємного голосування» для обрання делегатів на всеукраїнську конференцію працівників прокуратури. Це ставить під загрозу здатність прокурорів самостійно обирати делегатів.

105. *Таким чином, вимогу про проведення таємного голосування не слід видаляти.*

Стаття 83

106. Запропонована поправка передбачає, що порядок користування прокурором та членами його сім'ї безоплатними медичними послугами встановлюється Кабінетом Міністрів України, а не «законом». Така зміна ігноруватиме важливість забезпечення незалежності прокурорів від виконавчої влади.

107. *Таким чином, цю запропоновану зміну не слід зберігати.*

Розділ XIII. Перехідні положення

108. Запропоновані поправки передбачають введення нової частини 1–5, в рамках якої військові прокурори – в умовах особливого періоду, введення надзвичайного стану або проведення антитерористичної операції, з метою забезпечення додержання прав і свобод людини і громадянина, захисту інтересів держави у сфері обороноздатності – матимуть право витребувати за письмовим запитом «інформацію, ознайомлюватися та безоплатно отримувати копії документів і матеріалів від суб'єктів владних повноважень та господарюючих суб'єктів державного сектору економіки з питань обороноздатності держави, створення та зберігання матеріальних цінностей державного мобілізаційного резерву, підготовки та призову громадян на військову службу».
109. Крім того, ч. 2 значно перероблена і вже стосується не розташування військових прокуратур, а лише різноманітних способів ухвалення рішень з метою відрядження особового складу таких прокуратур до «місцевості з особливим правовим режимом», тобто «у місцевість, де запроваджено надзвичайний, воєнний стан або проводиться антитерористична операція».
110. У цих положеннях Законів не уточнюється, як саме мають запроваджуватися «умови особливого періоду, введення надзвичайного стану або проведення антитерористичної операції». В результаті цього неможливо з'ясувати фактичний статус таких режимів, порядку їх введення та уповноважених на це органів.
111. Водночас потрібно враховувати зазначені у статті 15 Європейської конвенції вимоги, що регламентують надзвичайні ситуації, а також подальший розвиток цих вимог у прецедентній практиці Європейського суду.
112. *Є потреба в уточненні матеріально-правового характеру цих положень, передбачивши конкретний причинно-наслідковий зв'язок із відповідним законодавством, яке стосується оголошення надзвичайного стану або проведення антитерористичної операції.*
113. Нарешті, частина 5–1 доповнюється пунктом (г) щодо призначення прокурорів до місцевих прокуратур. Він передбачає, що таке призначення прокурорів, які працюють у місцевих і регіональних прокуратурах (на правах місцевих і регіональних), в Генеральній прокуратурі України здійснюється «за умови успішного проходження ними тестування». Однак залишається неясним, чи це означає, що всі прокурори, які на цей момент працюють у місцевих або регіональних прокуратурах, повинні пройти тестування.
114. *Отже є потреба в уточненні сфери дії запропонованої поправки.*

Г. КОДЕКС УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

115. Коментарі до запропонованих поправок до цього Кодексу ґрунтуються на розумінні, що адміністративні правопорушення та застосовна до них нормативна база підпадають під кримінальний аспект статті 6 Європейської конвенції³⁵. Крім того, характер нормативної бази щодо адміністративних правопорушень в українській та деяких інших аналогічних системах кримінальної юстиції дає підстави припускати, що їх слід розглядати як сегмент незначних чи дрібних злочинів не тільки з загальним верховенством права і правозахисних стандартів, а також із застосовними до нього загальними принципами, інституційними та іншими відповідними підходами.

Стаття 7

116. Запропонована поправка передбачає нове формулювання частини цієї статті, що стосується ролі прокурора по відношенню до адміністративних правопорушень, з видаленням положення про те, що вона пов'язана з наглядом за додержанням законів, і встановленням натомість, що вона «забезпечує захист інтересів держави, її представництво в суді». Ця зміна відображає умови ч. 3 ст. 131–1 Конституції України, тоді як більш належною роллю прокуратури по відношенню до адміністративних правопорушень була б та, яку викладено в частинах 1 і 2 цієї статті, а саме підтримання публічного обвинувачення в суді та організація й процесуальне керівництво досудовим розслідуванням.

117. У зв'язку з цим важливо зазначити, що проект Закону головним чином коригує роль прокуратури з метою охопити пов'язані з адміністративними правопорушеннями процедури, щоб включити до них ті, що передують процедурам, які стосуються судового розгляду.

118. В результаті від переглянутого формулювання цього положення складається враження, що прокуратурі начебто дозволяється брати участь у судовому провадженні на її власний розсуд, тоді як такий підхід для будь-якого органу прокуратури – і це чітко дав зрозуміти Європейський суд³⁶ – суперечить

³⁵ Див. у зв'язку з цим § 42 нещодавнього рішення Європейського суду в справі «Карелін проти Росії», № 926/08, 20 вересня 2016 р.

³⁶ Небажаний характер пропонованої ролі прокуратури та інші недоліки аналогічних систем покарання за адміністративні правопорушення очевидні в рішенні у справі Кареліна: «61. ... Суд також зазначає, що КпАП РФ надає прокурорам широкі дискреційні повноваження ініціювати провадження у справах про адміністративні правопорушення, а в разі такого провадження брати в ньому участь. Інакше кажучи, КпАП РФ не вимагає від прокурора брати участь у судовому засіданні та не визначає жодних конкретних наслідків його відсутності на такому засіданні. Суд відхиляє аргумент уряду про те, що ч. 4 ст. 29 КпАП надає суду першої інстанції можливість вимагати присутності прокурора. Це положення містить вичерпний перелік осіб, присутність яких може знадобитися (див. § 33 вище), а на той час прокурор був у ньому відсутній. Оскільки прокурор жодним чином не брав участі у цій справі, суд не вважає за потрібне робити які-небудь подальші висновки стосовно ролі прокурора. 62. По-друге, наголошується, що роль поліції полягала в складанні «протоколу про адміністративне правопорушення» та передачі його до суду. Неможливо стверджувати, що на цій стадії судочинства поліція діяла як «судова установа», яка переходила до «пред'явлення обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення». 63. Сторонами не стверджувалось, і Суд не вважає, що процедура, в результаті котрої був складений протокол про адміністративне правопорушення, містила змагальну складову, яка б давала змогу брати до уваги заперечення чи позицію сторони захисту. 64. Крім того, не можна сказати, що співробітник поліції, який відповідав за складання протоколу про адміністративне правопорушення або

вимогам статті 6 Європейської конвенції через наслідки, що може мати відсутність представників прокуратури на судових слуханнях для неупередженої ролі суддів.

119. *Отже, пропонуване нове формулювання цього положення слід змінити, зазначивши належну роль прокурора по відношенню до адміністративних правопорушень.*

Стаття 250

120. На відміну від аналогічної запропонованої зміни до ст. 7 стосовно формулювання ролі прокурора, це положення означає введення поняття, за яким він матиме право *«ініціювати»* провадження в справі про адміністративне правопорушення», тоді як ініціювання такого провадження не передбачено кодексом. Ба більше, це означатиме відновлення повноважень проводити розслідування та досудові процедури, суперечитиме конституційним змінам і бажаним заходам із позбавлення прокуратури її безпосередньої ролі в проведенні зазначених процедур.

121. *Таким чином, є потреба в уточненні терміна «ініціювати» і введенні формулювання, яке відповідало б непрямій ролі прокуратури (аналогічній процесуальному керівництву).*

Стаття 252

122. Серед змін до цього положення – введення поняття «збір доказів», яке відсутнє в поточній редакції кодексу.

123. Крім того, результатом цих змін стане те, що компетентним органам нададуть повноваження ознайомлюватися з документами та інформацією, отримувати копії, доступ до реєстрів, зокрема з обмеженим доступом, письмові пояснення та висновки експертизи. Побіжний характер розмежування пропонуваних повноважень із втручання та інших процесуальних повноважень призведе до створення можливостей зловживання ними. Це підкріплюється відсутністю будь-яких норм, що встановлюють гарантії та заходи захисту (з судовим контролем включно), зіставних з аналогічними повноваженнями, які надає Кримінальний процесуальний кодекс України. Крім того, запропоноване право отримувати пояснення за запитами буде пов'язане з проблемами, якщо відсутність відповіді на такі запити здатна спричинити наслідки, оскільки це викликає ризик порушення заборони на самообмову згідно з § 1 ст. 6 Європейської конвенції.

пов'язаних із цим протоколів (наприклад, протоколу затримання), розглядався як сторона у справі. Ззначається, що відповідний співробітник поліції не міг подавати проміжну апеляцію до суду першої інстанції, що становить неодмінну ознаку справедливого судового розгляду; співробітник поліції також не міг оскаржувати винесене судом рішення. Однак він міг бути викликаний до суду для дачі роз'яснень. 65. Таким чином, Суд вважає, що відповідний співробітник поліції не був «прокурором» чи «стороною обвинувачення» у сенсі державної посадової особи, призначеної для опонування відповідачеві у справі, порушеній за КпАП РФ, та для відстоювання в суді звинувачення від імені держави. Отже, Суд доходить висновку, що в справі, порушеній за КпАП, сторона обвинувачення дійсно була відсутня».

124. *Таким чином, є потреба в уточненні формулювання запропонованих повноважень і наданні належних гарантій відповідно до вимог Європейської конвенції.*

Стаття 253

125. *Запропонована поправка встановлює строк у три робочі дні для передачі органом (посадовою особою) матеріалів прокурору або органу досудового розслідування в разі отримання висновку про наявність кримінального правопорушення.*

126. *Для того, щоб виключити будь-які подальші затримки з передачею таких матеріалів до компетентних органів (наприклад, унаслідок використання звичайних поштових служб), потрібно ввести замість слова «передача» чіткіше формулювання, яке б однозначно вимагало надання таких матеріалів компетентному слідчому органу у встановлений строк.*

Стаття 254

127. *Запропонована поправка до цього положення, що передбачає складання протоколу про адміністративне правопорушення не пізніше трьох робочих днів після його виявлення, вочевидь не відповідає запропонованому формулюванню ст. 38, згідно з яким «днем виявлення правопорушення, крім випадків, коли протокол про адміністративне правопорушення не складається, вважати день встановлення ознак адміністративного правопорушення, про що складається протокол про адміністративне правопорушення». Крім того, не передбачено жодних гарантій для ознайомлення ймовірного правопорушника з протоколом, надання пояснення й отримання роз'яснень щодо своїх прав.*

128. *Таким чином, це положення слід переробити з огляду на зазначені питання.*

Стаття 255

129. *Запропонована поправка до цього положення тягне за собою наділення прокуратури повноваженням безпосередньо здійснювати адміністративні процедури, зокрема складати протоколи про адміністративні правопорушення, і є спірною як з теоретичного, так і з конституційного погляду. Слід зазначити, що це повноваження рівнозначне тому, що прокуратура проводила б слідчі та підготовчі дії, можливості проводити які вона інакше позбавлена.³⁷*

130. *Таким чином, пропозицію щодо наділення прокуратури зазначеними повноваженнями не слід зберігати.*

³⁷ Див. коментарі до поправок до ст. 250 того самого кодексу.

Д. ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

131. Запропоновані поправки до цього кодексу становитимуть внесення посилань на ст. 23 Закону України «Про прокуратуру». Такі посилання є методично доцільні у зв'язку з прийняттям цього Закону.
132. Однак їх упровадження буде проблематичним через те, що вони тим самим мають на увазі розширення підстав і зниження процесуального порогу для участі прокуратури в адміністративних процедурах, тобто розширення її функцій за межі сфери кримінального правосуддя, що було визнане за неналежне в Спільному висновку³⁸, а також вважається пов'язаним із проблемами в забезпеченні додержання вимог Європейської конвенції в низці випадків.³⁹
133. Крім того, ці посилання суперечитимуть уведеному в частині 3 ст. 131⁴ Конституції України акценту на виключному характері представництва прокуратурою інтересів держави в судах.
134. *Таким чином, запропоновані поправки слід переглянути, щоб виключити можливе розширення ролі прокуратури.*

Е. КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

135. Проект Закону з незрозумілих причин не вносить поправок до ст. 22 та інших положень кодексу стосовно нинішньої ролі прокуратури в плані виконання нею функцій, виключених зі сфери її компетенції згідно з конституційними змінами.
136. *Тому було б доцільно відкоригувати належним чином відповідні положення через внесення до них поправок з посиланням на перехідні положення.*

Є. ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ТА КОДЕКС АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

137. Коментарі в §§ 132–135 щодо Господарського процесуального кодексу України однаковою мірою застосовні до цих кодексів.

³⁸ Див. § 197 Спільного висновку.

³⁹ Див., наприклад, звіт «Роль прокурора поза сферою кримінального права в прецедентній практиці Європейського суду з прав людини», підготовлений Дослідним відділом Суду (http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_prosecutor_ENG.pdf)

138. *Таким чином, запропоновані поправки до цих кодексів слід аналогічно переглянути, щоб виключити будь-яке можливе розширення ролі прокуратури в зазначений спосіб.*

Ж. ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ»

139. Запропоновані поправки до цього Закону відповідають наведеному обґрунтуванню конституційних змін і законній моделі посилення залученості (нагляду) прокуратури до негласних, слідчих та оперативно-розшукових дій органів правопорядку. Однак слід звертати увагу на вже висловлені коментарі до організаційного аспекту функцій прокуратури згідно з пунктами 2 і 3 ч. 1 статті 131¹ Конституції України⁴⁰.
140. Крім того, слід зазначити, що проект Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» нещодавно був предметом експертизи з боку Ради Європи.
141. *Таким чином, є потреба в забезпеченні узгодженості між запропонованими поправками та цим проектом Закону в разі їх ухвалення.*

3. ВИСНОВКИ ТА УЗАГАЛЬНЕННЯ РЕКОМЕНДАЦІЙ

142. Деякі із запропонованих проектом Закону поправок спричинять лише відповідне оновлення перехресних посилань на законодавчі акти в положеннях кодексів та Законів і, таким чином, не створюють проблем. Це однаково справедливо і для інших поправок, що поліпшують наявні положення або лише тягнуть за собою зміни радше технічного характеру до наявних положень.
143. Однак очевидно, що багато із запропонованих змін мають зовсім інший напрям. Вони не тільки не зумовлені конституційними змінами, а іноді їм суперечать їм. Зокрема, деякі з них призведуть до надання прокуратурі неналежних повноважень; створення невідповідностей між роллю прокуратури та інших правоохоронних органів; а також до введення положень, які раніше в Спільному висновку були визнані несумісними з європейськими стандартами. До того ж окремі запропоновані зміни не стільки відповідають напряму нещодавніх антикорупційних реформ в Україні, скільки ставлять за мету запровадити альтернативні рішення.
144. В результаті, до проекту Закону потрібно буде внести значну кількість поправок для забезпечення його відповідності європейським стандартам.
145. Конкретні рекомендації, що містяться в тексті висновку, наведені нижче:

Кримінальний процесуальний кодекс

⁴⁰Див. §§ 22–24 вище.

146. Таким чином, деякі із запропонованих поправок до Кримінального процесуального кодексу не слід зберігати, а саме, ті, що включають:
- цілком новий пункт 7–1 ч. 1 ст. 3 (§§ 25–28);
 - зміну визначення, наведеного в п. 10 ч. 1 ст. 3 (§§ 28–30);
 - цілком нові пункти 3–5 ч. 7 ст. 36 (§§ 36–39);
 - зміну до ч. 1 ст. 41 (§§ 44–45);
 - зміну до п. 1 ч. 2 ст. 60 (§§ 46–47);
 - зміну до ч. 2 ст. 93 (§§ 48–49); і
 - зміну до п. 3 ч. 3 та п. 2 ч. 4 ст. 394 (§§ 63–65).
147. До того ж, запропоновану зміну до п. 2 ч. 2 ст. 36 або не слід зберігати, або потрібно визначити чіткий зв'язок між доступом до реєстрів тощо й проведенням досудового розслідування (і відповідними гарантіями) (§§ 31–33).
148. Аналогічно, хоча запропоновану поправку до ч. 2 ст. 39 не слід зберігати, проте наявне положення можна переглянути, щоб забезпечити можливість передачі розслідування до іншого слідчого на підставах, що не мають негативного підтексту (§§ 42–43).
149. Запропоновану поправку до ст. 128 також слід зберегти тільки в разі здійснення рекомендованого переформулювання ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» (§§ 50–51).
150. До того ж, хоча запропоновану поправку до ч. 2 ст. 39 не слід зберігати, проте наявне положення можна переглянути, щоб забезпечити можливість передачі розслідування до іншого слідчого на підставах, що не мають негативного підтексту (§§ 42–43).
151. Крім того, такі поправки теж потребують деякого редагування:
- пункт 3 ч. 1 ст. 3, щоб не складалося враження, нібито він суперечить презумпції невинуватості та обов'язку прокурорів сприяти забезпеченню справедливого, неупередженого та ефективного відправлення правосуддя (§§ 17–20);
 - пункт 6 ч. 1 ст. 3, для забезпечення того, щоб організаційна функція прокурорів не спричиняла надмірного поширення на інституційні та інші відповідні аспекти функціонування слідчих і розшукових органів і щоб ця функція обмежувалася формуванням слідчих та оперативних (розшукових) груп, наявністю кадрових та інших ресурсів для ведення конкретних розслідувань у рамках окремих зареєстрованих досудових процедур або оперативно-розшукової діяльності (§§ 21–23);
 - пункт 12 ч. 2 ст. 36, для узгодження з принципами та підставами, а також формулюванням участі прокурорів у представленні інтересів держави в загальноцивільних чи інших процесуальних діях і для уточнення, що така участь не має бути автоматичною (§§ 34–35);
 - стаття 249 для вимоги, щоб відповідний суд чи слідчий суддя мали бути поінформовані, коли керівництво прокуратури вищого рівня приймає

рішення про відсутність потреби в негласних слідчих діях, внаслідок чого дозвіл також має втратити чинність (§§ 57–58);

- частина 3 ст. 301, щоб вона посилалася на кінцевий термін для затвердження прокурором відповідного рішення або подання клопотання до суду (§§ 59–60).

152. Потрібно також уточнити, як саме додані пунктами 1–2 ч. 7 ст. 36 повноваження будуть здійснюватися (§§ 40–41), і частину 4 ст. 314 слід змінити, щоб видалити посилання на «ухвалу про повернення обвинувального акта» у разі збереження змін до п. 3 ч. 3 (§§ 61–62).

153. Нарешті, якщо в ст. 218 не буде збережений чинний порядок вирішення спорів про підслідність у кримінальному провадженні, це положення має встановлювати спеціально визначену основу для вирішення таких спорів (§§ 53–56).

Закон України «Про прокуратуру»

154. Наступні запропоновані поправки до Закону України «Про прокуратуру» також слід переглянути, зокрема:

- до пунктів 1 і 2 ст. 25, як стосовно обсягу організаційних функцій прокуратури, так і обмеження рамками повноважень, передбачених п. 2 ст. 131¹ Конституції України, запропонованої можливості для прокурорів давати вказівки органам правопорядку (§§ 80–82);
- до ст. 26, щоб вилучити з компетенції прокурорів сферу виконання судових рішень у кримінальних справах та забезпечити послідовне обмеження повноважень прокурорів конкретною кримінально-процесуальною та пов'язаною з нею оперативно-розшуковою й правоохоронною діяльністю (§§ 83–84);
- до п. 12 ч. 1 ст. 43, щоб уточнити, яка саме поведінка може становити додаткову підставу для притягнення до дисциплінарної відповідальності (§§ 89–90).

155. Крім того, слід суттєво переглянути запропоновану редакцію ст. 23, щоб її зміст цілком відповідав як конституційним змінам, так і рекомендаціям, що містяться в Спільному висновку (§§ 70–79).

156. До того ж, запропонована нова ч. 1 ст. 50, якщо її буде збережено, має передбачати, що заохочення ґрунтуються на об'єктивних критеріях (§§ 91–93).

157. Аналогічно запропоновану нову ч. 1 ст. 51 або не слід зберігати, або її положення слід переглянути, щоб уникнути непотрібного дублювання і необґрунтованих відхилень від норм, встановлених Законом «Про запобігання корупції» (§§ 94–103).

158. Запропоновані поправки до статей 21 і 83 не слід зберігати (§§ 68–69 і 106–107, відповідно).

159. Крім того, положення про проведення «таємного голосування» для обрання делегатів на всеукраїнську конференцію працівників прокуратури не слід видаляти з ч. 2 ст. 69 (§§ 104–105).
160. Також, з огляду на запропоновану поправку до ст. 33, слід уточнити строк потрібного навчання, передбаченого для прокурорів, разом із підставами, на яких він вважається належним (§§ 85–86).
161. Є потреба в уточненні матеріально-правового характеру положень, внесених до Розділу XIII Перехідних положень новими частинами 1–5, зумовивши їх конкретним посиланням на відповідне законодавство, яке стосується оголошення надзвичайного стану або проведення антитерористичної операції (§§ 108–112).
162. Крім того, потрібно уточнити сферу застосування пункту (г), що вводить в частину 5–1 Розділу XIII Перехідних положень (§§ 113–114).

Кодекс України про адміністративні правопорушення

163. Запропоновану поправку до ст. 255 не слід зберігати (§§ 130–131).
164. Крім того, слід переглянути поправки, запропоновані до таких положень:
- ст. 7, щоб визначити належну роль прокурора по відношенню до адміністративних правопорушень (§§ 110–119);
 - ст. 253, де потрібно ввести замість слова «передача» чіткіше формулювання, яке б однозначно вимагало надання матеріалів компетентному слідчому органу у встановлений строк (§§ 125–126);
 - ст. 254 для приведення її у відповідність з новою редакцією, запропонованою для ст. 38, і передбачення гарантій для того, щоб імовірний правопорушник міг ознайомитися з протоколом, надати пояснення й отримати роз'яснення його прав (§§ 127–128).
165. Крім того, є потреба в уточненні терміна «ініціювати», що пропонується ввести в ст. 250, й у введенні формулювання, яке відповідало б непрямій ролі прокуратури (аналогічній процесуальному керівництву) (§§ 120–121).
166. Далі слід уточнити формулювання запропонованих у ст. 252 повноважень ознайомлюватися з документами та інформацією та отримувати копії, доступ до реєстрів, і ввести до цієї статті належні гарантії відповідно до вимог Європейської конвенції (§§ 122–124).

Інші Закони

167. Запропоновані поправки до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства, пов'язані з посиланнями на ст. 23 Закону України «Про прокуратуру», слід переглянути, щоб запобігти будь-якому

можливого поширенню ролі прокуратури на адміністративні процедури поза межами сфери кримінального правосуддя та уникнути суперечностей з виключним характером представництва інтересів держави в судах (§§ 131–134 і 137–138).

168. Крім того, до ст. 22 та інших положень Кримінально-виконавчого кодексу України, що передбачають виконання прокуратурою функцій, виключених зі сфери її компетенції згідно з конституційними змінами, слід внести поправки для відображення цих змін, з посиланнями на Перехідні положення (§§ 135–136).

169. Нарешті, потрібно забезпечити узгодженість між запропонованими поправками до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» в рамках цього проекту Закону і проектом Закону «Про оперативно-розшукову діяльність», який нещодавно був предметом експертизи з боку Ради Європи (§§ 139–141).