

це згоди останнього. Окрім цього, в положеннях чинного КПК України, в п. 1 ч. 2 ст. 65 зазначено, що не можуть бути допитані як свідки захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника. Відповідно до ст. 45 КПК, захисником є тільки адвокат. Згідно з ч. 1 ст. 58, ч. 1 ст. 63 цього Кодексу, представником вказаних учасників кримінального провадження може бути також адвокат (Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] // Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від № 4651-VI. – 1304. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page>).

Слід звернути увагу, що у п. 1, 2 ч. 2 ст. 65 КПК України вказано про заборону допиту як свідка лише адвоката (Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] // Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від № 4651-VI. – 1304. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page>). Водночас, відповідно до ч. 3 ст. 22 Закону України «Про адвокатуру», обов'язок зберігати адвокатську таємницю поширюється і на помічника адвоката, стажиста, осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням (Закон України «Про адвокатуру» [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – 1912. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2887-12>). Тобто існує певна прогалина в законодавстві яку потрібно якомога швидше доповнити, щоб адвокатська таємниця залишалась недоторканою у повному обсязі.

Окрім прогалин в законодавстві існують певні механізми, які можуть призвести до зловживання правом юридичними особами. Змоделюємо ситуацію, коли проти певної юридичної особи може бути почато кримінальне провадження за фактом того чи іншого злочину – в такому випадку правоохоронні органи отримують право на обшук та тимчасовий доступ до речей та документів юридичної особи. Одним з законних, але спірно справедливих способів захисту прав підприємців від розголошення важливої для них інформації, передбачає передачу документів, які містять комерційну інформацію, адвокату для виконання певного доручення. Після передачі документів, вони набувають статусу адвокатської таємниці і захищаються положеннями Закону України «Про адвокатуру», а отже таким чином не можуть бути витребувані вповноваженими органами для вивчення. Таким чином, відбувається затягування кримінального провадження та втрачається можливість дослідження потенційно важливих доказів.

Аналізуючи даний матеріал, можна дійти висновку, що адвокатська таємниця, на сьогоднішній день в Україні гарантується та захищається на рівні нормативно-правових актів. Існуючі правові колізії та прогалини в законі важливо виправити, внівши відповідні поправки до галузевого законодавства. Це є необхідною умовою його гармонізації, усунення конфлікту правових норм, а на практиці дасть змогу зупини зловживання певними особами своїми суб'єктивними правами та позбавить можливості обходу закону з метою приховання вчинених ними правопорушень.

Зарічнюк Я.О.

*студентка 4-го курсу факультету адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»*

МЕДІАЦІЯ ЯК СИСТЕМА ПОЗАСУДОВИХ ПРОЦЕДУР У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

В умовах розвитку демократії, на шляху до європейських стандартів правової держави та громадянського суспільства національне законодавство потребує інноваційних підходів для подальшого ефективного розвитку та застосування.

Маємо за мету проаналізувати в даній статті рекомендацію № 19 Комітету міністрів Ради Європи «Про медіацію в кримінальних справах», що містить вихідні положення до основних етапів медіації. Медіація є позасудовою процедурою і ній виокремлюються етапи медіації в межах кримінального процесу (ініціювання проведення медіації, направлення медіатору інформації про обставини справи для проведення медіації, прийняття процесуального рішення

за результатами медіації) та етапи медіації поза межами кримінального процесу (проведення підготовчого засідання, процес переговорів, складання звіту медіатора за результатами проведеної медіації) (Рекомендація N R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам - членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах [Електронний ресурс]: Офіційний портал Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_828).

Медіація в сучасних кримінально-правових відносинах є досить новою формою конструктивної взаємодії сторін. Представляючи собою альтернативну процедуру врегулювання спорів і конфліктів, вона дає певні переваги учасникам цього процесу, а також розвантажує судову систему.

Термін «медіація» походить від лат. «mediare», що означає «бути посередником». У перекладі з англійської мови поняття «mediation» означає «посередництво, клопотання, заступництво» (Леко Б., Чуйко Г. Медіація: підручник /. – Чернівці: Книги – XXI, 2014. – С.45-46).

Медіація - це метод вирішення спорів із залученням медіатора(посередника), який допомагає сторонам спору налагодити процес комунікації і проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той варіант рішення, який буде відповідати їхнім інтересам і задовольнить їхні потреби. На відміну від формалізованого судового процесу, під час медіації сторони самостійно доходять згоди - медіатор не приймає рішення за них.

Як певній процедурі медіації характерні ознаки, серед яких можна виділити такі: наявність правового спору між сторонами, вирішення конфлікту та винесення рішення безпосередньо сторонами, обов'язкова наявність третьої особи – медіатора, який сприяє налагодженню комунікації між сторонами, однак не вирішує спір по суті, відсутність жорстокої правової регламентації процедури, наявність медіаційної угоди та неможливе примусове її виконання без звернення до компетентних органів.

Що стосується України, то інститут медіації не отримав нормативно-правового закріплення, хоча існує проект Закону України «Про медіацію» (№ 2480 від 27.03.2015р.). У ньому визначаються правове регулювання, наводяться основні терміни, сферу застосування, принципи(зокрема, добровільність участі, рівність сторін, активність, конфіденційність), статус медіатора, його права і обов'язки, винагороду, відповідальність тощо.

Комітет з питань правової політики та правосуддя правильно наголосив, що недоліком проекту є відсутність правової регламентації порядку доступу до професії медіатора та припинення його статусу. Крім того, неналежним чином вирішується питання правового статусу медіатора як суб'єкта підприємницької діяльності або ж незалежної професійної діяльності (за аналогією зі статусом адвоката, арбітражного керуючого, нотаріуса) (Висновок Комітету з питань правової політики та правосуддя від 02.09.2015 щодо проекту Закону України про медіацію від 27.03.2015 [Електронний ресурс]: Офіційний портал Верховної Ради України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54558). Проте у проекті вказано, що медіатором може бути лише фізична особа, яка пройшла спеціальну підготовку за відповідним напрямком в Україні або за її межами та отримала сертифікат або інший документ, що підтверджує проходження нею відповідної підготовки, та якій на момент укладення договору про проведення медіації виповнився двадцять один рік. Сторони та організації, що забезпечують проведення медіації, можуть встановлювати додаткові вимоги до медіаторів, зокрема щодо віку, освіти, досвіду, тощо.

Разом з тим виникає питання, представники яких спеціальностей і сфер діяльності складуть категорію професійних українських медіаторів. Саме в світлі даної обставини як теоретичний, так і практичний інтерес представляє здійснення діяльності медіатора на професійній основі адвокатом, тобто офіційно визнаним суб'єктом надання кваліфікованої юридичної допомоги. Оскільки медіатор діє в інтересах одночасно всіх сторін спору без шкоди інтересам будь-якої з них, то в діяльності адвоката-медіатора буде відсутній конфлікт інтересів. Однак для цього адвокат-медіатор повинен бути абсолютно нейтральним, тобто не пов'язаних з наданням юридичної чи якоїсь іншої допомоги одній з сторін або кожній з них окремо.

Оскільки адвокат є кваліфікованим юристом, він може аналізувати кожну окрему ситуацію і враховувати при цьому юридичні аспекти і не тільки. Поєднання комунікативних якостей адвоката з його знаннями у галузі права є перевагою, що відрізняє цю професію від інших і робить адвоката найбільш підготовленим до участі у конфлікті у якості медіатора. Адвокат не може бути медіатором у спорі, де він є представником однієї з сторін, але в будь-якому іншому спорі – може виступати медіатором.

Кримінальний процесуальний кодекс України прийнятий у 2012 році містить новели, серед яких і впровадження відновного правосуддя. Зокрема, у ч. 4 ст. 56 КПК вказується, що на всіх стадіях кримінального провадження потерпілому надається право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим і укласти угоду про примирення. Але на даному етапі вони мають деякі прогалини, на яку слід вказати.

По-перше, у ч.1 ст. 469 КПК України, у якій зазначається, що угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). На нашу думку, в такому випадку, для укладення угоди про примирення варто залучати медіатора, який зможе надати кваліфіковану допомогу сторонам у досягненні домовленостей. Але слід зазначити, що у КПК процесуальний статус медіатора не визначений. Не прописані його права та обов'язки, мета його діяльності та не визначена процедура даної угоди. Тому вважаємо за необхідне, звернути увагу на подальше вдосконалення законодавства з уточненням вимог до самих медіаторів як учасників провадження, а також порядку та підстав їх участі у провадженні.

Іншим проблемним моментом правозастосування є узгодження сторонами міри покарання за угодою. Ні у кримінальному, ні у кримінальному процесуальному законі не визначено окремі підстави та межі для зменшення покарання у зв'язку з укладенням угоди у провадженні. Зрозуміло, що у КПК України не визначено межі домовленостей щодо покарання між прокурором та підозрюваним (обвинуваченим), оскільки це - сфера матеріального, а не процесуального кримінального права. Проте, узгоджуючи міру покарання, прокурор повинен керуватися не правосвідомістю та власними переконаннями, а чіткими критеріями, визначеними не двозначними положеннями Кримінального кодексу України.

Дуже часто укладення угоди не є остаточним і в подальшому у сторін можуть виникати питання щодо оскарження як окремих пунктів, так і угоди в цілому. Тому доцільно зазначити, що залучення медіатора необхідне в процесі примирення, у складанні проекту угоди та при її затвердженні для уникнення таких ситуацій.

Проте головне зараз наголосити на важливості збереження підходу до врегулювання таких правовідносин, за якими законодавець звернув би увагу на необхідність надання можливості для розвитку медіації в суспільстві, щоб медіатори, маючи законні підстави змогли на практиці допомагати людям ефективно і дійсно вирішувати конфлікти, а не стали черговим інститутом запозиченим в інших країн, що буде діяти лише на паперах та в статистичних даних. Прийняття закону «Про медіацію» буде кроком України, який наблизить її до стандартів Європейського союзу, сприятиме розвитку громадянського суспільства та формування культури мирного цивілізованого вирішення конфліктів на засадах взаємних інтересів і згоди.

Досвід країн, які вже використовують медіацію підтверджує, що понад 90% укладених договорів за результатами медіації були виконані, а близько 80% правопорушників, які брали участь відновних процедурах не вчиняли нових злочинів (Жмудь В. Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України // Юридичний журнал : аналітичні матеріали, коментарі, судова практика / МОН України; НПУ ім. Драгоманова; Ін-т політології та ін. – 2007. – № 11. – С. 167).

Інститут медіації просто надає правопорушнику можливість бути звільненим від кримінальної відповідальності на основі певної позитивної поведінки, а обов'язково стимулює його до такої поведінки в процесі правозастосування, а потерпілій стороні створює умови для матеріальної реституції та повернення до психологічної рівноваги. Подальше поглиблення диспозитивних начал у кримінальному праві та процесі є позитивним проявом їхньої еволюції.

Вважаємо, що зарубіжний досвід розвитку інституту медіації цілком прийнятний для нашої країни та створить належні умови для більш ефективного досягнення завдань кримінального законодавства, чим сприятиме наближенню українського судочинства до європейських стандартів демократії.

Кравцова Л.Ю.

*студентка 5-го курсу Інституту кримінальної юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»*

FAVORDEFENSIONIS АБО «СПРИЯННЯ ЗАХИСТУ» В КОНТЕКСТІ ДОПУСКУ АДВОКАТА ДО УЧАСТІ В ПРОВЕДЕННІ ОБШУКІВ

З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі – КПК України) було значно розширено повноваження сторони захисту як на стадії досудового розслідування, так і в судовому провадженні. Це можна обґрунтувати тим, що така необхідність балансування публічних і приватних інтересів виникає, адже сторона обвинувачення наділена владними повноваженнями щодо проведення слідчих, негласних слідчих (розшукових) дій з метою встановлення фактичних обставин справи, на відміну сторони захисту, яка таких повноважень не має. Тому, в теорії процесу виділяють інститут як *favordefensionis* (сприяння захисту), що означає в наданні стороні захисту низки процесуально-правових переваг. Однак, виникає питання, чи у випадках передбачених КПК України діє даний принцип, чи він має декларативний характер, що унеможливило б здійснення функції захисту адвокатом в процесі проведення такої слідчої дії як обшук.

Існують непоодинокі випадки відмови слідчого (прокурора) до допуску захисника в проведенні обшуку, аргументуючи це тим, що за ч.1 ст.236 КПК України, щодля участі в проведенні такої дії може бути запрошений захисник, що є правом, а не обов'язком для суб'єктів владних повноважень. Нерідко адвокати не можуть потрапити на місце, де проводиться обшук через недопущення працівниками правоохоронних органів, які забезпечують охорону місця проведення слідчої дії. Дані особи пояснюють це тим, що слідчий, який був зайнятий проведенням слідчої дії не надав дозволу.

Проблемним є також те, що не передбачено процесуальної можливості оскарження рішення слідчого, прокурора про недопущення адвоката до проведення обшуку. В ст.303 КПК України («Рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, та право на оскарження») відсутня така норма.

Тому задля вирішення цього питання 17 вересня 2015 року Консультативною радою при Генеральній прокуратурі України було прийнято рішення № 10-2015, яким визнано, що не відповідає принципам розумності, добросовісності та справедливості, існуючу практику органів, які здійснюють досудове розслідування, щодо недопуску до участі в проведенні обшуків (оглядів) адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла (іншого володіння). (Лист ГПУ №10-2015 від 17.09.2015 року // [Електронний ресурс]: <http://radako.com.ua/sites/default/files/images/%D0%B3%D0%BF%D1%83.jpg>).

Адже за українським законодавством, підозрюваному, обвинуваченому гарантується право на захист, користуватися правовою допомогою захисника, реалізовувати свої процесуальні права. Зокрема, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд **зобов'язані забезпечити їм реалізацію права на кваліфіковану правову допомогу** з боку обраного ними або призначеного захисника, який відповідно до ч. 4, ч. 5 ст. 46 Кодексу має право брати участь в проведенні процесуальних дій, що проводяться за участю підозрюваного.

Але як бути тим особам, які не відносяться до учасників кримінального провадження, так як вони не мають відповідного статусу і не можуть користуватися процесуальними правами, закріпленими КПК України.

Справа в тому, що в більшості випадків обшук проводиться на початкових етапах розслідування, коли процесуальний статус осіб, в яких здійснюється обшук, ще не визначений і участь захисника в слідчій дії прямо не передбачена. Тоді причина відмови допуску адвоката проста - така особа не має жодного статусу, а прямої процесуальної норми, яка б надавала такій