



Страсбург, 27 жовтня 2009 р.
Висновок no. 539/2009

CDL-AD(2009)048
Or. Eng.

ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ «ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО»
(ВЕНЕЦІАНСЬКА КОМІСІЯ)

ВИСНОВОК
ЩОДО ПРОЕКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ»

**Затверджений на 79-ому пленарному засіданні Венеціанської
комісії**
(Венеція, 12-13 червня 2009 р.)

на основі коментарів
пана Джеймса Гамільтона, тимчасового члена комісії (Ірландія),
пані Ганни Сухоцької, члена комісії (Польща)

I. ВСТУП

1. В листі, датованому 18 травня 2009 р., міністр юстиції України М. Оніщук звернувся до Венеціанської комісії з проханням дослідити проект Закону України «Про прокуратуру», ухвалений Верховною Радою України в першому читанні 14 березня 2009 р. Комісія отримала переклад законопроекту англійською мовою (CDL(2009)085) 26 травня 2009 р.

2. На своєму 79-ому пленарному засіданні 12–13 червня 2009 р. Комісія почала розгляд законопроекту в присутності міністра Оніщука. Комісією були висловлені критичні зауваження щодо законопроекту. Міністр Оніщук підкреслив, що законопроект не підтримується ані Міністерством юстиції, ані Президентом, і попросив Комісію представити її висновок якомога скоріше, у зв'язку із подальшим розглядом законопроекту Верховною Радою. Доповідачами були призначені пан Гамільтон і пані Сухоцька; Комісія доручила доповідачам надіслати Попередній висновок українським органам до наступного засідання Комісії 9-10 жовтня 2009 р.

3. Цей Попередній висновок спирається на коментарі пана Гамільтона (CDL(2009)106) і пані Сухоцької (CDL(2009)107). Додаткові коментарі надійдуть від експерта Генеральної дирекції по правам людини та правовим питанням Ради Європи сера Генрі Брука.

II. ЗАГАЛЬНІ КОМЕНТАРІ

4. Венеціанська комісія вже кілька разів висловлювала свою думку щодо чинного Закону України «Про прокуратуру». Закон від 5 листопада 1991 р. і законопроект від 14 липня 2000 р. коментувалися двома доповідачами Комісії (CDL(2001)128 і 134). По ще одному законопроекту Комісія затвердила свій висновок 8-9 жовтня 2004 р. (CDL-AD(2004)038). Пропоновані поправки до Конституції стосовно органів прокуратури були досліджені у висновку Комісії, прийнятому 13-14 жовтня 2006 р. (CDL-AD(2006)029).

5. У своїх попередніх висновках Венеціанська комісія вельми критично висловлювалася щодо закону про органи прокуратури в Україні. Комісія зазначила, що закон передбачає прокуратуру як *«дуже потужний інститут, функції якого значно перевищують обсяг функцій, виконуваних прокурором у демократичній правовій державі»*. Цей інститут був названий прокуратурою радянського стибу (CDL-AD(2006)029. пп. 3 і 4). Слід відзначити, що при приєднанні до Ради Європи Україна взяла на себе зобов'язання, згідно з яким *«роль і функції прокуратури зміняться (зокрема щодо здійснення загального контролю за законністю), з перетворенням цього інституту на орган, який відповідатиме стандартам Ради Європи»*.

6. Це зобов'язання змушує Україну відійти від радянської моделі прокуратури. Система органів прокуратури в радянський період була описана таким чином: ^[1]:

«Обвинувачення в кримінальних справах у суді становило лише один аспект діяльності прокуратури; не менш важливу роль відігравала низка наглядових функцій. Коротко кажучи, прокуратура несла відповідальність за нагляд над законністю державного управління. Завдяки повноваженню «загального нагляду» прокуратура мала відстежувати продукування законів і підзаконних актів на нижчих рівнях урядування, розслідувати протиправні дії будь-яких державних органів або посадовців (і подавати відповідні протести) та отримувати і розглядати скарги громадян на подібні дії. Крім того, прокуратура наглядала за роботою поліції та тюрем і здійснювала нагляд на досудовому етапі кримінального провадження, приймаючи, зокрема, рішення по таких ключових питаннях, як досудове ув'язнення, обшук, арешт і прослуховування. Нарешті, від прокуратури очікувалося дослідження додержання законності в судовому провадженні. Нагляд за судовими слуханнями давав прокурорам на різних щаблях службової ієрархії право перегляду законності будь-якого судового вердикту, вироку чи рішення, яке

вже набуло законної сили (після розгляду в порядку касації), і право опротестувати таке рішення, що означало подальший перегляд справи судом. Ще більшим занепокоєнням було те, що функція нагляду за законністю судового процесу означала додатковий обов'язок помічника прокурора, який здійснював обвинувачення у кримінальній справі, стежити за поведінкою судді та подавати відповідні протести. Це повноваження ставило прокурора в залі суду і над захисником, і над суддею, - як у теорії, так і на практиці.»

7. В законопроекті зберігається характер прокуратури як органу, який слідує радянській моделі прокуратури. В новому законопроекті зовсім не враховані основні критичні зауваги, висловлені Венеціанською комісією в її попередніх висновках 2001, 2004 і 2006 рр. Відтак, автори цього висновку утрималися від детальних, постатейних коментарів до тексту законопроекту і зосередилися на ряді основних проблемних питань.

III. ФУНКЦІЇ ОРГАНІВ ПРОКУРАУРИ

8. Стаття 121 Конституції України, прийнятої в 1996 р., покладає на прокуратуру такі функції:

- a) підтримання державного обвинувачення в суді;
- b) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом;
- c) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство;
- d) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.»

9. Конституція 1996 р. також містила таке перехідне положення:

«Прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів та функцію попереднього слідства - до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів, та до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування.» (Глава XV, п. 9)

10. Отже, при затвердженні Конституції 1996 р. вважалося, що функції нагляду за додержанням і застосуванням закону та функція попереднього слідства зберігатимуться за прокуратурою протягом короткого часу. Оскільки перехідні положення зберігали існуючий порядок арешту, тримання під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також порядок проведення огляду та обшуку житла чи іншого володіння особи тільки на п'ять років (Глава XV, п.13), видається, що згадані вище повноваження мали би залишатися у органів прокуратури теж не більше 5 років.

11. В 2004 р. до Статті 121 було додане положення, яке поклало на прокуратуру п'яту функцію:

«нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами»

12. У своєму висновку від 2004 р. щодо відповідного положення закону про прокуратуру Венеціанська комісія зазначила наступне:

«12. Ця функція ..., є неприйнятною. Вона віддзеркалює пропозицію щодо внесення поправки до Конституції, яку було подано до Верховної Ради в 2003 р. і яка досі не збрала потрібної більшості голосів. У Висновку щодо проекту поправок до Конституції (CDL-AD(2003)19) Венеціанська комісія закликала Верховну Раду не приймати цю поправку, а Конституційний Суд України поставив під сумнів відповідність цієї ж пропонуваної поправки принципу розподілу владних повноважень. Тим не менш в законопроекті пропонується покласти цю функцію на прокуратуру. Якщо так станеться, це призведе до надання постійного характеру прокурорській функції, котра, відповідно до перехідних положень Конституції, замислювалася лише як тимчасова.

13. Більш того, хоча в перехідних положеннях передбачається, що генеральний прокурор надалі не здійснюватиме досудове слідство, а лише наглядатиме за ним, положення нового законопроекту передбачають такий контроль прокуратури над досудовим слідством, який іде значно далі, ніж звичайний нагляд. З тексту Статей 37-39 законопроекту зрозуміло, що генеральний прокурор може давати органам досудового слідства інструкції, які є обов'язковими для виконання.

14. Відтак, законопроект наділяє прокуратуру функціями, які перевищують функції, котрі передбачені Конституцією, і не може не розглядатись як спроба анулювати рішення зменшити повноваження прокуратури протягом п'ятирічного періоду, яке було прийняте з Конституцією 1996 р.».

13. В нещодавньому президентському проекті закону щодо внесення поправок до Конституції України пропонується виключити зі Статті 121 її п'ятий пункт, доданий у 2004 р. Венеціанська комісія схвально висловилася щодо такої поправки до Конституції у Висновку, затвердженому 12-13 червня 2009 р. (CDL-AD(2009)024). Венеціанська комісія, зокрема, зазначила (в п. 95):

“Особливо позитивною є пропозиція скасувати повноваження прокурора, яке завжди суворо критикувалося Венеціанською комісією, - повноваження здійснювати «нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами». Це положення є типовим прикладом, який нагадує стару систему радянської прокуратури. Отже, Комісія щиро вітає пропозиції щодо виключення цього положення з Конституції демократичної України і вважає таку пропозицію важливим кроком у напрямку виконання зобов'язання України перед Радою Європи, згідно з яким «роль і функції прокуратури зміняться (зокрема щодо здійснення загального контролю за законністю), з перетворенням цього інституту на орган, який відповідатиме стандартам Ради Європи»”.

14. Попри запропоновану поправку до Конституції, проект Закону «Про прокуратуру» повертає в інший бік і прагне зберегти згадану вище п'яту функцію органів прокуратури. Із проекту закону видно, що така функція замислюється як постійне повноваження прокуратури, без будь-яких ознак тимчасовості цього повноваження. Увесь законопроект справляє враження документу, який акцентує це повноваження. В якості прикладу можна привести першу статтю закону, де засадна функція прокуратури сформульована таким чином:

«Прокуратура України ... здійснює покладені на неї функції із захисту від неправомірних посягань прав і законних інтересів людини і громадянина та інтересів держави і суспільства.»

15. Деякі представники України висувають аргумент, що такі широкі повноваження прокуратури виправдані слабкістю інших інститутів у захисті прав людини. Ця ситуація створює свого роду вакуум для тих осіб, які воліють захистити власні права. У Висновку № 3 (2008) Консультативної ради європейських прокурорів про «Роль органів прокуратури поза сферою кримінального права» не виключається можливість певної ролі прокуратури в царині прав людини. Зокрема, в цьому документі сказано, що *«роль органів прокуратури і обсяг їхніх повноважень, включаючи захист прав людини та інтересів суспільства, визначається внутрішнім законодавством Держав-учасниць. Наявність або відсутність і обсяг не карних функцій державних прокурорів глибоко коріняться в культурній спадщині, правових традиціях та конституційній історії націй.»*

16. Отже, Консультативна рада європейських прокурорів стоїть на позиції, що конституційна історія та правові традиції кожної конкретної країни можуть виправдати виконання прокурорами певних не карних функцій. Однак, ця аргументація може застосовуватися лише до демократичних правових традицій, сумісних із цінностями Ради Європи. В Україні ж єдиною існуючою історичною моделлю є радянська (і царистська) модель прокуратури. Ця модель віддзеркалює недемократичне минуле і не є сумісною з європейськими стандартами та цінностями Ради Європи. Саме з цієї причини Україна при вступі до Ради Європи мала взяти на себе зобов'язання щодо перетворення прокуратури на орган, який відповідатиме стандартам РЄ.

17. Відтак, Венеціанська комісія дотримується погляду, що роль прокурора в захисті прав і свобод людини і громадянина має обмежуватися конкретними та чітко й вузько визначеними випадками. У своєму Висновку щодо проекту Закону України Про внесення змін до Закону України Про прокуратуру (CDL (2004) 038, п. 17) Венеціанська комісія зазначила наступне: *«Рекомендується обмежити таке представництво випадками, коли зачеплені інтереси суспільства і коли не виникає конфлікт з основоположними правами і свободами конкретної людини. Така людина має сама визначати, просити її або не просити допомоги держави».* Аналогічне «попередження» можна знайти в Рекомендації ПАРЄ 1604 (2003) про роль органів прокуратури в демократичному суспільстві: *«відносно функцій поза межами карного законодавства важливо, щоби будь-яка роль прокурорів у загальному захисті прав людини не породжувала жодного конфлікту інтересів або не була стримуючим чинником для осіб, які прагнуть захисту своїх прав державою».* В цілому ж загальний захист прав людини не є належною сферою діяльності для органів прокуратури; краще, коли цим займається не прокуратура, а омбудсмен.^[2]

18. Відтак, уся Глава 13 законопроекту видається неприйнятною. Вона просто відбудовує стару систему наглядових функцій прокуратури з дуже широкими повноваженнями прокурорів. Згідно із Статтею 54, предметом нагляду є: *«1) відповідність актів, які видаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами, що стосуються прав і свобод людини і громадянина, вимогам Конституції та законів України; 2) додержання законів про недоторканність особи, соціально-економічні, політичні, трудові, особисті права та свободи людини і громадянина, захист їх честі і гідності.»* Такі функції прокурора є надто широкими.

IV. ІНШІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Роль прокуратури в системі державних органів

19. В Статті 1 законопроекту прокуратура визначена як незалежний державний орган, що становить єдину централізовану систему. Прокуратура більше не перебуває ані в судовій системі, ані у виконавчій владі. Здається, що в ній вбачатиметься щось на кшталт четвертої влади.

Ієрархія та статута органів прокуратури

20. Хоча Стаття 6 буцімто має гарантувати незалежність кожного конкретного прокурора, Стаття 19 законопроекту закладає відверто ієрархічну структуру, в якій Генеральний прокурор може видавати накази та інструкції й наділений повноваженнями призначати та звільняти прокурорів. За таких обставин важко уявити, як окремих прокурорів може вважатися справді незалежною фігурою. В Статті 23, яка присвячена призначенню й звільненню прокурорів, не передбачається ніякий незалежний перегляд відповідного рішення, котре приймається Генеральним прокурором на власний розсуд. Такі процедури не відповідають положенням Рекомендації РЄ 2000(19) про роль органів прокуратури в системі кримінальної юстиції. По суті, всі ці функції зосереджені в руках Генерального прокурора.

21. В Статті 17 і далі пропонується побудова системи прокуратури. Стаття 17 не лише зберігає сукупність органів військової прокуратури, але й відбиває структуру державного врядування в цілому. Це є типовим підходом радянським часів, коли органи прокуратури передовсім опікувалися відстеженням дій адміністративних органів держави.

Повноваження органів прокуратури

22. В законопроекті за прокуратурою зберігаються всі ті широкі повноваження, які дозволяють діяти без санкції суду і які були піддані критиці в попередніх висновках Венеціанської комісії. Наприклад, відповідно до Статті 9 вимоги прокурора є обов'язковими для всіх державних органів, а громадяни зобов'язані з'явитись до прокурора за його викликом і дати пояснення з обставин, що з'ясовуються. В разі ухилення від явки без поважних причин посадова особа або громадянин за постановою прокурора можуть бути доставлені до нього примусово органами міліції. Посадові особи та громадяни за ухилення від виконання законних вимог прокурора несуть передбачену законом відповідальність.

23. Стаття 56 дає прокуророві право входити у приміщення органів державної влади та органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності, мати доступ до документів і матеріалів та вимагати їхнього подання. Прокурор наділяється правом вимагати для перевірки рішення, розпорядження, інструкції, накази та інші акти і документи, одержувати інформацію про стан законності і заходи щодо її забезпечення. Ці повноваження можуть застосовуватися при здійсненні прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів. З огляду на всебічний характер повноваження здійснювати нагляд за додержанням законів перелічені вище права є справді надто далекосяжними.

Прокуратура і суди

24. Згідно зі Статтею 39 представництво інтересів громадянина в суді залишається функцією прокурора. В минулому Венеціанська комісія вже відмічала, що ця функція може покладатися на прокурорів у випадках, коли громадяни самі не можуть відстоювати власні інтереси через неспроможність або інші подібні причини, і що ніколи не можна наділяти прокурорів такою функцією з унеможливленням права людини безпосередньо звернутися до суду.

25. Прокурори наділяються вельми широкими повноваженнями щодо судової системи. Наприклад, за Статтею 41 прокурор може оскаржувати судові рішення навіть тоді, коли він не брав участь у розгляді справи. За Статтею 36 прокурор має право витребувати матеріали справ із суду. В разі виявлення порушень прав громадян під час розгляду справи в суді прокурор має право вжити заходів для поновлення порушених прав. Це скоріш мало би бути функцією суду, а не прокурора.

Досудове слідство

26. Хоча за Конституцією прокурор має наглядати за діями з обшуку і слідства, по суті прокурор вестиме слідство, а не просто здійснюватиме нагляд за ним. Статті 48 і 49 наділяють слідчими повноваженнями Генерального прокурора.

Законотворчі аспекти

27. Пропонований законопроект не може бути прийнятий навіть із суто технічної точки зору. Статті 87 і 89 (аж три сторінки) є надто деталізованими для законодавчого акту.

ВИСНОВКИ

28. Підбиваючи підсумки, варто зазначити, що нинішній законопроект, який не підтримується ані міністром юстиції, ані Президентом країни, не має за мету реформування існуючої системи прокуратури, котру Україна успадкувала з радянських часів. Цей законопроект радше є спробою зберегти status quo і покласти край реформаторським діям, вчиненим на основі Конституції України 1996 року.

29. При розробці законопроекту не було взято до уваги жодної з основних критичних зауваг, висловлених Венеціанською комісією в її висновках від 2001, 2004 і 2006 рр. Законопроект зберігає ті риси, проти яких Венеціанська комісія заперечувала в своїх попередніх висновках. В разі прийняття закону прокуратура залишиться дуже потужним і надмірно централізованим інститутом, функції якого будуть значно ширшими за функції прокурорів у демократичному суспільстві. Законопроект не наближає Україну до виконання її зобов'язання перед РЄ, згідно з яким *«роль і функції прокуратури зміняться (зокрема щодо здійснення загального контролю за законністю), з перетворенням цього інституту на орган, який відповідатиме стандартам Ради Європи»*. Відтак, законопроект треба відкликати.

30. Повноцінна реформа у відповідності із зобов'язанням України перед Радою Європи передовсім вимагатиме внесення до Конституції поправок на кшталт нещодавніх пропозицій Президента України, з подальшим прийняттям нового закону, абсолютно відмінного від проаналізованого законопроекту.

^[1] Див. Solomon and Folksong *The Procuracy and the Courts in Russia: A New Relationship?* («Прокуратура і суди в Росії: Нові взаємини?») в періодичному виданні *East European Constitutional Review*, Vol 9, No 4, 2000; цитата наведена в документі CDL-AD(2005)014, п. 5.

^[2] Також див. доповідь Varga (Варга) щодо ролі органів прокуратури поза сферою кримінальної юстиції, IV.3 (CCPE-Bu (2008)4 rev.)