

European Court of Human Rights
Council of Europe
F-67075 Strasbourg-Cedex
France

Заявники: Головань І.В. та Головань І.М.
АФ «Головань і Партнери»
Україна, 83003, м. Донецьк,
пр-т. Ілліча, 21-а
тел. +38050- 328-13-83
Igor.Golovan@golovan.com.ua

до Заяви №41716/06
Golovani v. Ukraine

04 грудня 2011 р.

м. Донецьк, Україна

ЗАПЕРЕЧЕННЯ **на зауваження Уряду України**

Заявники ретельно ознайомились з зауваженнями Уряду України та мають честь надіслати Європейському суду з прав людини свої заперечення щодо зауважень Уряду України у зв'язку з тим, що зауваження Уряду України не відповідають фактичним обставинам справи, законодавству та судової практиці України, а деякі міркування та додані до зауважень Уряду України документи, не відповідають дійсності та вводять Європейський суд з прав людини в оману.

1. Щодо додаткових фактів повідомлених Урядом України п.п.3-8.

Зазначені Урядом України факти є неповними та не відповідають фактичним обставинам справи.

З часу подання заяви до Європейського суду Заявники намагалися різними правовими шляхами визнати дії щодо проведення обшуку та вилучення документів незаконними та зобов'язати Прокурора порушити кримінальну справу.

Так 09.01.2007 р. Заявниками, у порядку адміністративного судочинства було пред'явлено позов щодо визнання дій співробітників податкової міліції Державної податкової адміністрації у Донецькій області щодо проведення обшуку та вилучення документів незаконними.

Ухвалою Київського районного суду м. Донецька від 13.07.2007 р. провадження по справі було закрито на підставі п.1 ч.1 ст.157 КАС України у зв'язку з неможливістю розгляду справи в порядку адміністративного судочинства. При цьому також було зазначено, що вимоги Заявників підлягають **розгляду у порядку кримінального судочинства.**

Ухвалою Донецького апеляційного адміністративного суду від 26.12.2007 р. апеляційна скарга Заявників була залишена без задоволення, а Ухвала Київського районного суду м. Донецька від 13.07.2007 р. без змін.

Ухвалою Вищого адміністративного суду України від 18.11.2010 р. касаційна скарга Заявників була залишена без задоволення, а вищезазначені судові рішення без змін.

Після набрання законної сили Ухвалою Донецького апеляційного адміністративного суду від 26.12.2007 р. Заявниками у порядку кримінального судочинства 12.01.2008 р. була подана скарга щодо визнання противоправними дій співробітників податкової міліції Державної податкової адміністрації у Донецькій області щодо проведення обшуку та вилучення документів.

Постановою Київського районного суду м. Донецька від 02.04.2008 р. в задоволені скарги на дії посадових осіб податкової міліції було відмовлено у зв'язку з відсутністю кримінальної справи по якій проводився обшук та вилучались документи, з посиланням на ст. 234 КПК України, відповідно до якої, суд розглядає скарги на дії слідчого при попередньому розгляді кримінальної справи чи при розгляді її по суті.

Тобто, у зв'язку з відсутністю провадження по кримінальній справі на час звернення до суду Заявників, суд відмовив в задоволені скарги.

Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 06.05.2008 р. апеляція Заявників була залишена без задоволення, а Постанова Київського районного суду м. Донецька від 02.04.2008 р. без змін. При цьому судом апеляційної інстанції було зазначено, що діючим КПК України не передбачена можливість самостійного оскарження дій слідчого, тобто за відсутністю на час оскарження кримінальної справи.

Ухвалою Верховного суду України від 12.11.2009 р. касаційна скарга Заявників була залишена без задоволення, а вищезазначені судові рішення без змін. При цьому було зазначено про те, що оскільки провадження по кримінальній справі закрито, то не має і предмета оскарження в суді.

Отже у разі припинення провадження по кримінальній справі дії слідчого, які він вчинив при провадженні по кримінальній справі не можуть бути оскаржені до суду, що на наш погляд є прямим порушенням ст.124 Конституції України, відповідно до якої юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

Крім того, 13.11.2007 р. Заявниками у порядку адміністративного судочинства було пред'явлено позов про визнання бездіяльності Прокурора незаконною та про зобов'язання прийняти певне рішення. Ухвалою Донецького окружного адміністративного суду від 16.11.2007 р. було відкрито адміністративне провадження, але пізніше Ухвалою Донецького окружного адміністративного суду від 04.03.2008 р. провадження по справі було закрито на підставі п.1 ч.1 ст.157 КАС України у зв'язку з неможливістю розгляду справи в порядку адміністративного судочинства.

Ухвалою Донецького апеляційного адміністративного суду від 03.06.2008 р. апеляційна скарга Заявника була залишена без задоволення, а Ухвала Донецького окружного адміністративного суду від 04.03.2008 р. без змін. При цьому було зазначено, що вимоги Заявника підлягають **розгляду у порядку кримінального судочинства.**

Ухвалою Вищого адміністративного суду України від 22.09.2010 р. касаційна скарга Заявника була залишена без задоволення, а вищезазначені судові рішення без змін.

- Щодо оскарження постанов про відмову в порушенні кримінальної справи.

Так, **Перша постанова** про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокуратурою м. Краматорська від 25.05.2005 р., яка скасована постановою прокуратури Донецької області від 16.06.2005 р.

Друга постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокуратурою м. Краматорська від 08.07.2005 р., яка скасована постановою Краматорського міського суду від 18.01.2006 р.

Третя постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 23.02.2006 р., яка скасована постановою прокуратури Донецької області від 22.03.2006 р.

Четверта постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 04.04.2006 р., яка скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 10.07.2006 р.

П'ята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 25.08.2006 р., яка скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 13.11.2006 р.

Шоста постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 23.03.2007 року, яка скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 16.05.2007 р.

Сьома постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 15.06.2007 року, яка скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 18.10.2007 р.

Апеляція прокурора від 24.10.2007 р. ухвалою апеляційного суду Донецької області від 04.12.2007 р. залишена без задоволення, а постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 18.10.2007 р. без змін.

Восьма постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 28.03.2008 року, яка була залишена в силі постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 15.07.2008 р.

Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 22.08.2008 р. постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 15.07.2008 р. та Постанова про відмову в порушенні кримінальної справи від 28.03.2008 року скасовані.

Дев'ята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена прокурором відділу нагляду прокуратури Донецької області від 05.09.2008 року, яка була скасована Постановою першого заступника прокурора Донецької області від 24.09.08 р.

Десята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена заступником начальника відділу прокуратури Донецької області від 03.10.2008 р, яка була скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 12.12.2008 р.

Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 25.12.2008 р. апеляція прокурора була залишена без задоволення, а постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 12.12.2008 р. без змін.

Одинадцята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена помічником прокурора Ворошиловського району м. Донецька від 20.04.2009 р., яка була скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 27.07.2009 р.

Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 21.12.2009 р. апеляція прокурора була залишена без задоволення, а постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 27.07.2009 р. без змін.

Дванадцята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена помічником прокурора Ворошиловського району м. Донецька від 19.03.2010 р. яка була скасована Постановою прокурора відділу нагляду слідчого управління прокуратури Донецької області від 25.03.10 р.

Тринадцята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена помічником прокурора Ворошиловського району м. Донецька від 09.04.2010 р. яка була скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 09.06.2010 р.

Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 13.07.2010 р. апеляція була залишена без задоволення, а постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 09.06.2010 р. без змін.

Чотирнадцята постанова про відмову в порушенні кримінальної справи була винесена помічником прокурора Ворошиловського району м. Донецька від 09.08.2010 р. яка була скасована постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 11.07.2011 р.

Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 08.09.2011 р. апеляція прокурора була залишена без задоволення, а постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 11.07.2011 р. без змін.

З огляду на тривалість оскарження **чотирнадцятої** Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи виглядає дуже дивним та сумнівним наявність **п'ятнадцятої** Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 04.03.2011 р.

Так, відповідно до ч.2 та ч.4 ст.97 КПК України: - «По заяві або повідомленню про злочин прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані **не пізніше триденного строку** прийняти одне з таких рішень:

- 1) порушити кримінальну справу;
- 2) відмовити в порушенні кримінальної справи;**
- 3) направити заяву або повідомлення за належністю...».

Відповідно до ст.99 КПК України: - «При відсутності підстав до порушення кримінальної справи **прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя своєю постановою відмовляють у порушенні кримінальної справи**, про що повідомляють заінтересованих осіб і підприємства, установи, організації»

Відповідно до ч.1 п.11 ст.6 КПК України: - «Кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю:

11) якщо про відмову в порушенні справи по тому ж факту є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора;...».

Отже, на дату винесення **п'ятнадцятої** Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 04.03.2011 р. не була скасована **чотирнадцята постанова** про відмову в порушенні кримінальної справи від 09.08.2010 р.

А як було зазначено вище, **чотирнадцята постанова** про відмову в порушенні кримінальної справи від 09.08.2010 р. була скасована Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 08.09.2011 р. відповідно до якої, апеляція прокурора була залишена без задоволення, а постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 11.07.2011 р. без змін.

Щоб прийняти **п'ятнадцяту** Постанову про відмову в порушенні кримінальної справи від 04.03.2011 р. прокурор повинен був провести додаткову перевірку заяви про злочин тільки у разі скасування попередньої Постанови.

З тексту **п'ятнадцятої** Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 04.03.2011 р. слідує, що прокурор начебто проводив додаткову

перевірку заяви про злочин у зв'язку з скасуванням 24.09.2008 р. першим заступником прокурора Донецької області Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 05.09.2008 р., але це не може відповідати дійсності з огляду на той факт, що після скасування Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 05.09.2008 р. (яка за черговістю є **дев'ятою**) прокурором приймалися **десята** від 03.10.2008 р, **одинадцята** від 20.04.2009 р., **дванадцята** від 19.03.2010 р., **тринадцята** від 09.04.2010 р. та **чотирнадцята** від 09.08.2010 р.

Дивним, також є наданий до матеріалів справи Урядом України лист №31 від 04.03.2011 р. про повідомлення Заявників про винесення **п'ятнадцятої** Постанови про відмову в порушенні кримінальної справи від 04.03.2011 р. начебто направлений Голові АК «Правіс» за адресою: вул. Университетська, 10, м. Донецьк.

Але, ще у 2007 р. АК «Правіс» змінило назву на **Адвокатську фірму «ГОЛОВАНЬ І ПАРТНЕРИ»**, та з початку 2008 р. змінило місце постійної адреси: **пр-т. Ілліча, 21-а, м. Донецьк, 83003** де і знаходиться на даний час.

Таким чином, вже чотири роки листування між органами прокуратури та Заявниками здійснюється за адресою **Адвокатської фірми «ГОЛОВАНЬ І ПАРТНЕРИ» пр-т. Ілліча, 21-а, м. Донецьк, 83003**, а чомусь саме лист №31 від 04.03.2011 р. начебто відправлено за старою адресою АК «Правіс», при цьому Урядом України не надано жодного доказу про направлення цього листа Заявникам.

2. Щодо використання заявниками всіх доступних національних засобів захисту

Як було зазначено у Заяві №41716/06 права Заявників, які були порушені діями, що мають ознаки складу злочинів захищені Кримінальним Кодексом України, завданням якого є правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань.

Порядок притягнення до кримінальної відповідальності регламентовано Кримінально-процесуальним Кодексом України відповідно до якого, в нашому випадку, на органи прокуратури покладений обов'язок **в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину.**

Заявники бажають отримати справедливую сатисфакцію за порушені права, шляхом притягнення осіб, які вчинили дії, що мають ознаки складу злочинів до кримінальної відповідальності. Таким чином, іншого способу захисту прав заявників, які би мали наслідок притягнення винних осіб до відповідальності не існує.

Відповідно до ч.2 та ч.4 ст.97 КПК України : - «По заяві або повідомленню про злочин прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані **не пізніше триденного строку** прийняти одне з таких рішень:

- 1) порушити кримінальну справу;
- 2) відмовити в порушенні кримінальної справи;
- 3) направити заяву або повідомлення за належністю...

Коли необхідно перевірити заяву або повідомлення про злочин до порушення справи, така перевірка здійснюється прокурором, слідчим або органом дізнання в **строк не більше десяти днів** шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів».

Відповідно до ст.98 КПК України : - «**При наявності приводів і підстав**, зазначених у статті 94 цього Кодексу, **прокурор**, слідчий, орган дізнання або суддя

зобов'язані винести постанову про порушення кримінальної справи, вказавши приводи і підстави до порушення справи, статтю кримінального закону, за ознаками якої порушується справа, а також даліше її спрямування.

Якщо на момент порушення кримінальної справи встановлено особу, яка вчинила злочин, кримінальну справу повинно бути порушено щодо цієї особи.

Справи, зазначені в частині 1 статті 27 цього Кодексу, порушуються народним суддею, а у випадках, передбачених частиною 3 статті 27 цього Кодексу, - прокурором.

Після порушення справи:

1) прокурор направляє справу для провадження досудового слідства або дізнання;

2) слідчий починає досудове слідство, а орган дізнання починає дізнання;

3) суд справу про злочин, зазначений у частині першій статті 27 цього Кодексу, призначає до розгляду».

Таким чином, суд може порушити кримінальні справи тільки ті, які зазначені у ч.1 ст.27 КПК України, тобто так звані справи «приватного обвинувачення».

Відповідно до ст.99 КПК України : - «При відсутності підстав до порушення кримінальної справи прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя своєю постановою відмовляють у порушенні кримінальної справи, про що повідомляють заінтересованих осіб і підприємства, установи, організації.

Відповідно до ст.99¹ КПК України : - «**Постанову** слідчого і органу дізнання **про відмову в порушенні кримінальної справи** може бути оскаржено відповідному прокуророві, а якщо таку постанову **винесено прокурором - вищестоящому прокуророві**. Скарга подається особою, інтересів якої вона стосується, або її представником протягом семи днів з дня одержання **копії постанови**.

Постанову прокурора, слідчого і органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи може бути оскаржено особою, інтересів якої вона стосується, або її представником **до суду в порядку, передбаченому статтею 236¹ цього Кодексу**.

Статтею 112 КПК України передбачено, що у справах про злочини, передбачені статтями 162, 397, Кримінального кодексу України, а також у всіх справах про злочини, вчинені службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, відповідно до частини першої статті 9 Закону України "Про державну службу" та особами, посади яких віднесено до 1 - 3 категорії посад, працівниками правоохоронних органів досудове слідство провадиться **слідчими прокуратури**.

Відповідно до ст.236¹ КПК України : - «Скарга на постанову органу дізнання, слідчого, прокурора про відмову в порушенні кримінальної справи подається особою, інтересів якої вона стосується, або її представником до районного (міського) суду за місцезнаходженням органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову, протягом семи днів з **дня отримання копії постанови** чи повідомлення прокурора про відмову в скасуванні постанови».

Відповідно до ст.236² КПК України : - «**Скарга на постанову прокурора, слідчого, органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи** розглядається суддею одноособово не пізніше десяти днів з дня її надходження до суду.

Суддя витребує матеріали, на підставі яких було відмовлено в порушенні справи, знайомиться з ними і повідомляє прокурора та особу, яка подала скаргу, про час її розгляду. В разі необхідності суддя заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу. При розгляді скарги ведеться протокол судового засідання.

Розглянувши скаргу, суддя залежно від того, чи були при відмові у порушенні справи виконані вимоги статті 99 цього Кодексу, приймає одне з таких рішень:

1) скасовує постанову про відмову в порушенні справи і повертає матеріали для проведення додаткової перевірки;

2) залишає скаргу без задоволення.

На постанову судді прокурором, особою, яка подала скаргу, протягом семи діб з дня її винесення може бути **подана апеляція до апеляційного суду.**

Копія постанови судді надсилається особі, яка винесла постанову, що була оскаржена, прокуророві та особі, яка подавала скаргу».

Як слідує з матеріалів справи Прокурором неодноразово подавались апеляції до апеляційного суду, які були залишені апеляційним судом без задоволення.

Відповідно до ст.383 КПК України: - «У касаційному порядку можуть бути перевірені вироки і постанови апеляційного суду, постановлені ним в апеляційному порядку.

У касаційному порядку також можуть бути перевірені вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, **інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі**, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, а також ухвали апеляційного суду, постановлені ним в апеляційному порядку щодо видачі особи (екстрадиції)».

Отже, у зв'язку з тим, що Постанови суду першої інстанції про скасування постанов про відмову в порушенні кримінальної справи та Ухвали апеляційного суду, які були винесені щодо Постанов суду першої інстанції не перешкоджали подальшому провадженню, то оскаржити їх у касаційному порядку не можливо.

Слід зазначити, що практично всі судові рішення суду першої інстанції приймалися на користь Заявників, то не було сенсу оскаржувати їх в апеляційному порядку.

Але, оскаржуючи постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, заявники 05.05.2010 р. до вимоги скарги про скасування постанови про відмову в порушенні кримінальної справи заявили вимогу про зобов'язання прокурора порушити кримінальну справу. Постановою Ворошиловського районного суду м. Донецька від 09.06.2010 р. (яка є в матеріалах справи Європейського суду) заявникам було відмовлено в задоволенні вимоги про зобов'язання прокурора порушити кримінальну справу на підставі того що така дія суду не передбачена законодавством. Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 13.07.2010 р. Постанова Ворошиловського районного суду м. Донецька від 09.06.2010 р. була залишена без змін, а Постановою Верховного суду України від 25.11.2010 р. було відмовлено у відкритті касаційного провадження на підставі ч.2 ст.383 КПК України, у зв'язку з тим, що попередні судові рішення не перешкоджають подальшому провадженню у справі.

Таким чином, відповідно до національного законодавства при розгляді скарги на постанову про відмову у порушенні кримінальної справи суд вправі лише скасувати постанову та направити матеріали для проведення додаткової перевірки.

Отже кримінально-процесуальним законодавством України не передбачена можливість суду самостійно порушувати кримінальні справи за ознаками складу злочинів, передбачених ст.ст.162, 397 КК України, а також

відсутня можливість суду зобов'язати органи прокуратури порушити кримінальну справу.

З вище викладеного виходить, що органи прокуратури в порушення ст. ст. 4, 98 КПК України мають нескінченну можливість відмовляти у порушенні кримінальної справи, а суди не мають можливості ефективно вплинути на незаконні рішення прокуратури, за виключенням можливості тільки скасування цих рішень.

Таким чином, заявники не можуть бути визнані потерпілими та цивільними позивачами, не можуть скористатися правами передбаченими ст.ст. 49,50 КПК України, отже не мають можливості відшкодувати завдану їм моральну (немайнову) шкоду, яка завдана вчиненням незаконних дій, щодо приватного майна та які спрямовані на зниження престижу та підриву довіри щодо діяльності адвоката.

Отже, не має ефективного засобу захисту прав, які порушені, у відповідному національному органі, що є порушенням ст. 13 Конвенції про захист прав і основних свобод людини.

При таких умовах що склалися остаточного рішення бути не може.

Що стосується доступності для Заявників інших цивільних засобів захисту слід зазначити, що відповідно до ч.6 ст.1176 ЦК України: - «Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, **відшкодовується на загальних підставах**».

Відповідно до ст.1167 ЦК України: - «1. Моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, **відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини**, крім випадків, встановлених частиною другою цієї статті.

2. Моральна шкода відшкодовується незалежно від вини органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, фізичної або юридичної особи, яка її завдала:

1) якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки;

2) якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт;

3) в інших випадках, встановлених законом».

У зв'язку з тим, що моральна шкода, яка була завдана Заявникам діями, які відповідно до національного законодавства є злочинами, то без встановлення вини осіб, які вчинили злочин, не можливо відшкодувати завдану Заявникам моральну шкоду. Винність осіб у вчиненні злочину відповідно до національного законодавства може бути встановлена тільки обвинуваченим вироком суду, який виноситься у порядку кримінального судочинства.

Відповідно до ст.28 КПК України: - «Особа, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, вправі при провадженні в кримінальній справі пред'явити до обвинуваченого або до осіб, що несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого, цивільний позов, який розглядається судом разом з кримінальною справою».

У зв'язку з відмовою Держави Україна від кримінального переслідування осіб, дії яких на час вчинення становили кримінальний злочин, тобто

відмови у порушенні кримінальної справи, що унеможливляє судовий розгляд та покарання винних осіб, Заявники не можуть скористатися правами передбаченими ст.ст. 28,49,50 КПК України, отже не мають можливості відшкодувати завдану їм моральну (немайнову) шкоду, яка завдана вчиненням незаконних дій, щодо приватного майна та які спрямовані на зниження престижу та підризу довіри щодо діяльності адвоката.

- Щодо зауважень Уряду України про той факт, що начебто Заявники не звертались до вищестоящих органів прокуратури

З моменту вчинення незаконних дій щодо прав Заявників, Заявники неодноразово звертались до органів прокуратури у тому числі до Генерального прокурора України.

Відповідно до діючого законодавства України вищестоящий прокурор розглядає скарги тільки після вирішення їх нижчестоящим прокурором. Тобто, щоб скарга потрапила на розгляд Генеральному прокурору, потрібно мати відповідь прокурора районна, прокурора міста, прокурора області і тільки після цього скарга повинна бути розглянута Генеральним прокурором.

В аспекті даної справи, вважаємо за доречно привести один приклад. Маючи на руках відповіді нижчестоящих прокурорів Заявники звернулись з скаргою №400/104 від 28.11.2006 р. до Прокурора Донецької області. 11.01.2007 р. Заявниками була отримана відповідь Прокурора Донецької області №4/5-9-12-1-05 від 03.01.2007 р. про відсутність підстав для порушення кримінальної справи.

12.01.2007 р. Заявники звернулись з скаргою №06/104 до Генерального прокурора України та листом Генеральної прокуратури України №04/5/1-4483-05 від 28.02.2007 р. були повідомлені про надання доручення Прокуратурі Донецької області провести додаткові перевірки. Тобто, у порушення діючого законодавства України, замість прийняття рішення по скарзі Генеральна прокуратура повертає її на розгляд нижчестоящий прокуратури.

Слід зазначити, що з точки зору **Європейського суду з прав людини** (Справа "Меріт проти України") звернення до прокурора, не надає обґрунтованого сподівання на успіх, оскільки воно не було "ефективним" та заявник не зобов'язаний користуватися цим засобом захисту. За таких обставин Судом було встановлено порушення статті 13 Конвенції.

Далі, слід зазначити що Заявники вже на наступний день після проведення обшуку та вилучення документів звернулись до органів прокуратури та до Президента України, як гаранта Конституції України про порушення їх конституційних прав (лист №104/104 від 06.05.2005 р.) Але, на цей лист була отримана відповідь №2391 від 08.06.2005 р. від прокурора м. Краматорська про прийняття рішення про відмову в порушенні кримінальної справи.

20.07.2005 р. Заявники вдруге звернулись до Президента України (лист №182/104 від 20.07.2005 р.) нащо отримали відповідь №04/4-9-12-1-05 від 05.12.2005 р. від Прокуратури Донецької області про рух справи у суді.

Також, Заявники неодноразово звертались до Уповноваженого Верховної Ради з прав людини (листи №189/104 від 26.07.2005 р., №207/104 від 22.08.2005 р., №227/104 від 07.09.2005 р.), які одночасно направлялися до органів прокуратури, або пересилалися до органів прокуратури безпосередньо Уповноваженим Верховної Ради з прав людини, що підтверджується відповідними

відповідями Уповноваженого Верховної Ради з прав людини (копії листів та відповідей додаються до заперечень).

Отже зауваження Уряду України з цього питання є безпідставним.

3. Щодо зауважень Уряду України про відсутність у другого Заявника статусу жертви, порушення щодо нього ст.13 Конвенції та до тверджень першого заявника про порушення його прав.

Відповідно до ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод людини: - «Кожна людина має право на повагу до її особистого і сімейного життя, житла і таємниці листування.

Держава не може втручатись у здійснення цього права інакше ніж згідно із законом та у випадках, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної і громадської безпеки або економічному добробуту країни, з метою запобігання заворушенням і злочинам, для захисту здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших людей».

Відповідно до ст. 9 Конституції України: - «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України».

Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року була ратифікована Законом України № 475/97-ВР від 17 липня 1997 року та набула чинності 11.09.1997 р., тобто ця Конвенція є частиною національного законодавства України.

Відповідно до **Постанови пленуму Верховного суду України №2 від 28.03.2008 р.** «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» обшук та огляд житла чи іншого володіння особи **допускається лише за вмотивованим рішенням суду.** Крім того, у вищезазначеній Постанові пленуму Верховного суду України дане тлумачення термінів «житло» та «Інше володіння». А також зазначено, що згідно з вимогами ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» судам слід врахувати, що відповідно до практики Європейського суду з прав людини поняття «житло» у п.1. ст.8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод охоплює не лише житло фізичних осіб. Воно може поширюватися на офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій та інші приміщення.

З точки зору Європейського суду з прав людини проведення обшуку в офісі адвоката є порушенням прав людини.

Згідно з позицією Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), **захист, забезпечений статтею 8 Конвенції про захист прав і основних свобод людини для житла поширюється і на офіси адвокатів.**

Так, у справі «Німітц проти Німеччини» (Niemietz v. Germany, №13710/88, 16.12.1992) ЄСПЛ наголошував, що обшук у приміщенні адвокатського офісу поставив під загрозу професійну таємницю. Суд зазначив, що «там, де задіяний адвокат, посягання на професійну таємницю може поставити під загрозу належне відправлення правосуддя, а отже права, гарантовані статтею 6 Конвенції».

Аналогічну позицію виражено Європейським судом з прав людини у справах «Ювіг проти Франції» (Huvig v. France, 24.04.1990) та «Чеппел проти Сполученого Королівства» (Chappel v. United Kingdom, 30.03.1989).

Також, показовою є позиція Європейського суду з прав людини у справі «Пантелеєнко проти України» (Panteleyenko v. Ukraine, 29.06.2006), що до законності обшуку офісного приміщення приватного нотаріуса.

Відповідно до ст.30 Конституції України та ст. 177 Кримінально-процесуального кодексу України не допускається **проникнення до житла чи до іншого володіння особи**, проведення в них огляду чи обшуку інакше як **за вмотивованим рішенням суду**.

05 травня 2005 р. у приміщенні, що розташоване за адресою 83055, Україна, м. Донецьк, вул. Університетська, буд.10, кв.11, яке належало на праві приватної власності Головань І.В. та Головань І.М., та яке Головань І.В. використовував для здійснення незалежної адвокатської діяльності співробітниками податкової міліції був проведений обшук та вилучення документів, пов'язаних з виконанням адвокатом доручення.

Окремо слід зазначити, що приміщення за адресою 83055, м. Донецьк, вул. Університетська, 10 належало:

- 230 кв.м. Відкритому акціонерному товариству «Юридична фірма «Правіс»;
- 43,3 кв.м фізичній особі – Головань Ірині Миколаївні, дружині адвоката Головань І.В.

Адвокатська контора «Правіс» орендувала частину приміщення, що належало Відкритому акціонерному товариству «Юридична фірма «Правіс». Схема орендованих Адвокатською конторою «Правіс» приміщень та копія технічного паспорта на приміщення, яке належало Головань Ірині Миколаївні є в матеріалах справи Європейського суду та в розпорядженні Уряду України.

Але, маючи зазначені вище документи, Уряд України голослівно стверджує, що начебто АК «Правіс» (використовує) орендує у Головань Ірині Миколаївні приміщення, яке належало їй на праві приватної власності.

АК «Правіс» ніколи не орендувало зазначене приміщення та не використовувало його у своїй діяльності. Зазначене приміщення використовувалось особисто Головань І.В., який є співвласником даного приміщення.

Обшук та вилучення документів було проведено на підставі Постанови про проведення обшуку, винесеною начальником слідчого відділу податкової міліції Слов'янської ОДПІ Шведею А.М. від 19.04.2006 р. санкціонованої прокурором м. Краматорська по кримінальній справі №140-45964.

Слід зазначити, що Постанова про порушення кримінальної справи №140-45964 від 04.04.2005 р. у подальшому була скасована Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 02.08.2005 р. на підставі винесення її **не уповноваженою особою** та винесення її без достатніх підстав.

Існування проблеми порушення прав адвокатів в Україні було офіційно визнано в п.7 Указу Президента України «Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури» № 1240/99 від 30.09.1999 р. – «Зажадати від органів, які проводять попереднє слідство, суворого додержання ними законодавства про гарантії адвокатської діяльності, усунення порушень професійних прав адвокатів, втручання в їх діяльність, фактів тиску на них, порушень конституційного права кожного на вільний вибір захисника своїх прав».

Таким чином, стосовно заявників, Державою Україна, в порушення національного законодавства та норм міжнародного права було здійснено втручання у право на недоторканність житла, а саме проведено обшук приватного приміщення та вилучення документів, пов'язаних з виконанням

адвокатом доручення, що є порушенням ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод людини.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (Суд) у справі «Німітц проти Німеччини» (Niemitz v. Germany, №13710/88, 16.12.1992). Суд надав чіткого роз'яснення питання про те, що концепція приватного життя включає й зовнішні стосунки особи (зокрема, пов'язані з професійною діяльністю). Особливий наголос було зроблено на **невід'ємності від професійної діяльності представників ліберальної професії** їхнього приватного життя.

Суд визначив, що «повага до приватного життя має включати до певної міри також право встановлювати та розвивати відносини з іншими людьми. Більше того, немає принципових підстав чи причин, з яких інтерпретація поняття «приватне життя» має будуватися таким чином, щоб виключати діяльність професійного чи бізнесового характеру, оскільки врешті-решт саме в процесі професійної діяльності більшість людей дістає важливу, якщо не найбільшу змогу розвитку стосовно зовнішнього світу».

«Не завжди можливо чітко розмежувати, які з дій відносяться до професійної діяльності, а які ні», особливо коли особа є представником ліберальної професії, її робота в цьому контексті «може становити невід'ємну частину її життя такою мірою, що стає неможливим визначити, в якій ролі вона діє в той чи інший момент часу».

Надалі, Суд зазначив, що громадський розголос міг негативно вплинути на **професійну репутацію заявника** в очах як його існуючих клієнтів, так і громадськості взагалі.

Суд також особливо наголосив на обставинах справи, котрі свідчили, що обшук проводився у приміщенні адвокатського офісу, а це своєю чергою **поставило під загрозу професійну таємницю** до меж, що видалися диспропорційними за наведених обставин.

Судом звернуто увагу на те, що «там, де задіяний адвокат, посягання на професійну таємницю може поставити під загрозу належне відправлення правосуддя, а отже, права, гарантовані статтею 6 Конвенції».

Отже, під сумуючи вищезазначене можливо зробити висновок, що було здійснено незаконне втручання в особисте життя Заявників, в розумінні статті 8 частина 1 Конвенції та яке, не було необхідним відповідно до статті 8 частини 2 Конвенції.

Відповідно до ст.30 Конституції України та ст. 177 Кримінально-процесуального кодексу України не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше **як за вмотивованим рішенням суду.**

Відповідно до статті 10 Закону України «Про адвокатуру» **документи, пов'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають оглядові, розголошенню чи вилученню без його згоди.** Відповідно до тієї ж статті забороняється будь-яке втручання в адвокатську діяльність, вимагання від адвоката, його помічника, посадових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань відомостей, що становлять адвокатську таємницю.

Відповідно до статті 9 Закону України «Про адвокатуру»: - «Предметом адвокатської таємниці є питання, з яких громадянин або юридична особа зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, одержаних адвокатом при здійсненні своїх професійних обов'язків».

Відповідно до статті 6 Закону України «Про адвокатуру», адвокатам надано право збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази в

цивільних, господарських, кримінальних справах, зокрема запитувати і отримувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій.

Відповідно до п.7, 9 Указу Президента «Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури» від 30 вересня 1999 року № 1240/99: - «Зажадати від органів, які проводять попереднє слідство, суворого додержання ними законодавства про гарантії адвокатської діяльності, усунення порушень професійних прав адвокатів, втручання в їх діяльність, фактів тиску на них, порушень конституційного права кожного на вільний вибір захисника своїх прав.

Органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, керівникам підприємств, установ і організацій сприяти реалізації права адвокатів збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази в цивільних, господарських, кримінальних справах і справах про адміністративні правопорушення, надавати безоплатно відповідні відомості та копії документів за запитами адвокатів та адвокатських об'єднань у справах, що перебувають у їх провадженні».

Тобто двома нормативно-правовими актами передбачено право адвокатів збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази у кримінальних справах, а відповідно до ст. 66 КПК України: – «Докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами і організаціями».

Відповідно до статті 162 Кримінального кодексу України передбачено кримінальну відповідальність за незаконне проведення огляду чи обшуку житла чи **іншого володіння особи**.

Відповідно до статті 397 Кримінального кодексу України передбачено кримінальну відповідальність за вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи **представника особи** по наданню правової допомоги або **порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці**.

Відповідно до ст.4 КПК України: - «Суд, **прокурор**, слідчий і орган дізнання **зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину**, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання».

Відповідно до ст.94 КПК України : - «Приводами до порушення кримінальної справи є:

- 1) заяви або повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян;
- 2) повідомлення представників влади, громадськості або окремих громадян, які затримали підозрювану особу на місці вчинення злочину або з поличним;
- 3) явка з повинною;
- 4) повідомлення, опубліковані в пресі;
- 5) безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором або судом ознак злочину.

Справа може бути порушена тільки в тих випадках, коли є достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину».

Відповідно до ч.2 та ч.4 ст.97 КПК України : - «По заяві або повідомленню про злочин прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані **не пізніше триденного строку** прийняти одне з таких рішень:

- 1) порушити кримінальну справу;
- 2) відмовити в порушенні кримінальної справи;

3) направити заяву або повідомлення за належністю...».

Відповідно до ст.98 КПК України : - **«При наявності приводів і підстав, зазначених у статті 94 цього Кодексу, прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані винести постанову про порушення кримінальної справи, вказавши приводи і підстави до порушення справи, статтю кримінального закону, за ознаками якої порушується справа, а також далі її спрямування.**

Якщо на момент порушення кримінальної справи встановлено особу, яка вчинила злочин, кримінальну справу повинно бути порушено щодо цієї особи...».

Статтею 112 КПК України передбачено, що у справах про злочини, передбачені статтями 162, 397, Кримінального кодексу України, а також у всіх справах про злочини, вчинені службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, відповідно до частини першої статті 9 Закону України "Про державну службу" та особами, посади яких віднесено до 1 - 3 категорії посад, працівниками правоохоронних органів **досудове слідство провадиться слідчими прокуратури.**

Отже відповідно до національного законодавства Держава зобов'язана, виходячи з статті 8 Конвенції, проводити слідство у заявленому порушенні прав Заявників під час обшуку та не виконала свої обов'язки.

Підсумовуючи вищевикладене слідує, що кримінально-процесуальним законодавством України не передбачена можливість суду самостійно порушувати кримінальні справи за ознаками складу злочинів, передбачених ст.ст.162, 397 КК України, а також відсутня можливість суду зобов'язати органи прокуратури порушити кримінальну справу.

З вище викладеного виходить, що органи прокуратури в порушення ст. ст. 4, 98 КПК України мають нескінченну можливість відмовляти у порушенні кримінальної справи, а суди не мають можливості ефективно вплинути на незаконні рішення прокуратури, за виключенням можливості тільки скасування цих рішень.

Таким чином, заявники не можуть бути визнані потерпілими та цивільними позивачами, не можуть скористатися правами передбаченими ст.ст. 28,49,50 КПК України, отже не мають можливості відшкодувати завдану їм моральну (немайнову) шкоду, яка завдана вчиненням незаконних дій, щодо приватного майна та які спрямовані на зниження престижу та підриву довіри щодо діяльності адвоката.

Отже, всі спроби Заявників направлені на визнання дій, щодо проведення обшуку та вилучення документів незаконними та притягнення винних до відповідальності не мали бажаного результату, а саме не мали тих наслідків, які передбачені національним законодавством, що дає підстави вважати, що у Державі Україна не має ефективного засобу захисту прав, які порушені, у відповідному національному органі, не має ефективного судового контролю за діями слідчого та прокурора, що є порушенням ст. 13 Конвенції про захист прав і основних свобод людини.

4. Щодо позиції Уряду України щодо ролі понять при проведенні обшуку.

Уряд України цілком доречно посилається на практику Європейського суду з прав людини щодо присутності «незалежних спостерігачів» під час проведення обшуку в офісі адвоката, які здатні не допустити свавілля з боку представників держави та забезпечити недоторканність предметів, які стосуються професійної таємниці.

Разом з тим Уряд України наголошує, що інститут понятих, який існує в Україні є достатньо ефективним та начебто гарантує повну фіксацію у протоколі слідчої дії всього, що відбувалося під час слідчої дії, при цьому обґрунтовує свої міркування положеннями ст.127 КПК України, відповідно до яких, - Як поняті запрошуються особи, не заінтересовані в справі. Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники органів дізнання і досудового слідства. Поняті, присутні при провадженні зазначених вище слідчих дій, засвідчують своїми підписами відповідність записів у протоколі виконаним діям. Зауваження понятого з приводу проведених слідчих дій підлягають обов'язковому занесенню до протоколу.

Але, в реаліях Держави Україна інститут понятих у більшості випадків перетворився на формальне виконання приписів ст.127 КПК України. Так, дуже часто при проведенні слідчих дій, понятими виступають знайомі працівників правоохоронних органів, або їх родичів, або ті особи, на яких мають вплив працівники правоохоронних органів.

Випадок з Заявниками не є виключенням. З протоколів допитів понятих від 06.05.2005 р., які були додані Урядом України до своїх зауважень слідує, що поняті були студентами Донбаської державної машинобудівельної академії та начебто під час прямування до місця навчання робітники податкової міліції запросили їх прийняти участь в якості понятих під час проведення обшуку та пообіцяли видати виправдовуючі документи за час їхньої відсутності на навчанні.

Звертаємо увагу Суду, що поняті, даючи згоду на свою участь у проведенні слідчої дії, по-перше, були зацікавлені можливістю прогуляти навчання, тобто мали свій інтерес.

По-друге, одразу попали в залежність від працівників податкової міліції щодо подальшого отримання виправдовуючих документів за час їхньої відсутності на навчанні.

Тобто, поняті, які були присутні під час обшуку приміщення Заявників були залежні від працівників податкової міліції, а тому виконували все, що їм говорили працівники податкової міліції. Але, не зважаючи на свою залежність від працівників податкової міліції у протоколах допиту ними було зазначено, що **Голова АК «Правіс» Головань І.В. під час проведення обшуку говорив, що приміщення в якому проводиться обшук належить на праві власності його дружині.**

Отже, існуючий в Україні інститут понятих, не є тотожним терміну «незалежних спостерігачів».

Додаток:

1. Копія Ухвали апеляційного суду Донецької області від 02.08.2005 р.
2. Копія Ухвали апеляційного суду Донецької області від 13.07.2010 р.
3. Копія Постанови Верховного суду України від 25.11.2010 р.
4. Копія Ухвали Київського районного суду м. Донецька від 13.07.2007 р.
5. Копія Ухвали Донецького апеляційного адміністративного суду від 26.12.2007 р.
6. Копія Ухвали Вищого адміністративного суду України від 18.11.2010 р.
7. Копія Постанови Київського районного суду м. Донецька від 02.04.2008 р.
8. Копія Ухвали апеляційного суду Донецької області від 06.05.2008 р.
9. Копія Ухвали Верховного суду України від 12.11.2009 р.
10. Копія Ухвали Донецького окружного адміністративного суду від 16.11.2007 р.

11. Копія Ухвали Донецького окружного адміністративного суду від 04.03.2008 р.
12. Копія Ухвали Донецького апеляційного адміністративного суду від 03.06.2008 р.
13. Копія Ухвали Вищого адміністративного суду України від 22.09.2010 р.
14. Копія Ухвали апеляційного суду Донецької області від 08.09.2011р.
15. Копія скарги прокурору Донецької області Мурзі В.В. від 28.11.2006р.
16. Копія відповіді прокурора Донецької області від 03.01.2007р. на скаргу від 28.11.2006р.
17. Копія скарги Генеральному прокурору України від 12.01.2007р.
18. Копія відповіді Генеральної Прокуратури України від 28.02.2007р. на скаргу від 12.01.2007р.
19. Копія листа Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини Карпачовій Н.І. від 26.07.2005р.
20. Копія відповіді Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 15.08.2005р. на лист від 26.07.2005р.
21. Копія листа Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини Карпачовій Н.І. від 22.08.2005р. на лист від 15.08.2005р.
22. Копія відповіді Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 30.08.2005р.
23. Копія листа Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини Карпачовій Н.І. від 07.09.2005р.
24. Копія відповіді Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 07.11.2005р. на лист від 07.09.2005р.
25. Копія додаткової відповіді Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 15.03.2006р.
26. Копія листа Президенту України Ющенку В.А. від 06.05.2005р.
27. Копія відповіді в. о. прокурора м. Краматорська від 08.06.2005р. на Лист Президенту України від 06.05.2005р.
28. Копія листа Президенту України Ющенку В.А. від 20.07.2005р.
29. Копія відповіді Прокуратури Донецької області від 05.12.2005р. на Лист Президенту України від 20.07.2005р.

Ігор Головань

Ірина Головань