



ТЕЛЕФОН АДВОКАТА: особистий інструмент для здійснення професійної діяльності чи омріяний трофей правоохоронців? Особливості проведення слідчих та НС(Р)Д відносно адвокатів.

Протягом останнього часу з'являється все більше публікацій про «результати» проведених правоохоронними органами обшуків у адвокатів в рамках розслідування білокомірцевих злочинів. Такими «результатами» є зазвичай – вилучення комп'ютерної техніки, телефонів, планшетів, носіїв інформації тощо. Адвокат, як і кожна людина, практично завжди має при собі телефон, ноутбук, що природньо є інструментом адвокатської діяльності, носієм інформації, яка є адвокатською таємницею.

Відповідно до ст. ст. 22, 23 Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, зокрема, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності.

Варто зазначити, що в даному випадку, в порушення вимог ч. 1 ст. 107 КПК України та п. 7 ч. 1 ст 20 ЗУ «Про адвокатську діяльність та адвокатуру», отже під час проведення обшуку доцільно подавати клопотання про дозвіл на фіксацію процесуальної дії за допомогою власних технічних засобів. Відмова в задоволенні такого клопотання може бути лише письмова у формі постанови.

До обшуків у помешканнях адвокатів ЄСПЛ також висуває низку вимог, з урахуванням деяких специфічних гарантій, зумовлених особливостями професії адвоката.

Так загальними вимогами до таких обшуків є:

- достатня тяжкість кримінального правопорушення та наявність обґрунтованої підозри у його вчиненні;
- прийняття рішення про проведення обшуку суддею або наявність судового контролю постфактум;
- встановлення в рішенні, яким надається право на проведення обшуку, розумних обмежень щодо обсягу речей і документів, для виявлення яких він проводиться;
- наявність достатнього контролю за законністю та виконанням цього рішення.

При цьому враховується, що специфічними гарантіями для адвокатів є:

- наявність чіткої законодавчої заборони на вилучення носіїв інформації, яка становить адвокатську таємницю;
- можливість оскаржити в судовому порядку вилучення носіїв інформації, яка становить адвокатську таємницю, та отримати компенсацію за нанесену шкоду.

Як приклад:

Європейський суд з прав людини визнав порушення статті 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя) у справі SÄRGAVA v. Estonia, яка стосувалася

вилучення та дослідження інформації з телефону та ноутбука адвоката в ході кримінального провадження.

Суд визнав вилучення носіїв інформації заявника та їх подальше дослідження втручанням у його право на повагу до кореспонденції і відтак визнав порушення статті 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя). «ЄСПЛ залишив відкритим питання того, чи відповідає національне законодавство вимогам чіткості та передбачуваності, оскільки в будь-якому разі воно не забезпечувало достатніх процесуальних гарантій запобігання свавільному чи непропорційному втручанням в адвокатську таємницю», - ідеться в огляді позицій ЄСПЛ.

Аналогічні порушення гарантій адвокатської таємниці дослідив Європейський суд з прав людини виявив у справі «Сабер проти Норвегії».

При цьому, у справі Ілля Стефанов проти Болгарії судом констатовано, що під час обшуку були присутні лише двоє понять, які не мали юридичної освіти. На думку ЄСПЛ, сумнівно, що вони могли ідентифікувати, які матеріали охоплюються адвокатською таємницею, а які ні. Отже їхня присутність не забезпечила гарантій від надмірного втручання в професійну таємницю заявника.

Що ж стосується проведення НС(Р)Д щодо адвокатів, додаткові гарантії визначено пунктом 3 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яким встановлено, що проведення стосовно адвоката (у тому числі і адвоката, право на зайняття адвокатською діяльністю якого зупинено) ОРЗ чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора АР Крим, області, міста Києва та міста Севастополя.

При цьому, будь-які гласні та негласні слідчі розшукові дії можуть відбуватися не лише з дотриманням принципів недоторканості житла, приватного життя, листування тощо, а й принципам гарантій адвокатської діяльності, в тому числі з конкретизацією в дозволі суду переліку речей і документів, котрі необхідно відшукати з обмеженнями у відповідності до вимог ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та ст. 161 КПК України. Непропорційність такого втручання законній меті переслідування – а саме запобігання злочинності та захисту прав інших осіб, ЄСПЛ розглядається як порушення вимог ст. 8 Конвенції.

Відсутність безумовної заборони на проведення заходів щодо адвоката, його приміщень, документів та акцент ЄСПЛ на пропорційності такого втручання пов'язаний з тим, що з одного боку об'єкти такого дослідження можуть становити адвокатську таємницю, а з іншого боку, - встановлення абсолютної заборони на проведення негласних заходів може істотно вплинути на «криміналізацію» адвокатської діяльності.

Необхідність забезпечення балансу інтересів кримінального судочинства та гарантій адвокатської діяльності спостерігається і в інших аспектах, що пов'язані з кримінальним провадженням. Вищою кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури (рішення №VII-010/2020 від 25.07.2020) визнано протиправними дії адвоката, який надав свідчення у кримінальному провадженні проти свого клієнта, з яким ним було укладено договір про надання правової допомоги. Підставою для притягнення адвоката до відповідальності стало те, що клієнт адвокату згоду на розголошення інформації не надавав. Водночас, якщо проаналізувати більш детально положення ч. 5 ст. 258 КПК, можна дійти наступних висновків:

1. не заборонено втручатися у приватне спілкування адвоката з іншим клієнтом: свідком, потерпілим, особою, щодо майна якої вирішується питання про арешт, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, особою, щодо майна якої вирішується питання про арешт, неосудною особою, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, тощо.

2.не заборонено втручання в приватне спілкування одного захисника з іншим захисником чи представником особи, у тому числі представником неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого.

Через недостатню визначеність у національному законодавстві меж правомірного втручання в адвокатську таємницю важливими є правові позиції щодо цього питання ЄСПЛ.

Основні тези щодо тлумачення та застосування ст. 8 Європейської конвенції з прав людини ЄСПЛ в контексті втручання у приватне спілкування під час проведення НС(Р)Д висловлено у рішенні від 6.12.2012 року у справі Мішо проти Франції (параграф 118-119): «У той час як стаття 8 захищає конфіденційність кореспонденції між окремими особами, вона також передбачає посиленій захист обміну інформацією між адвокатами та їхніми клієнтами. Це обумовлено фундаментальною роллю адвокатів у демократичному суспільстві – роллю захисту сторін судових процесів. Адвокати не зможуть виконувати це важливе завдання, якщо вони не можуть гарантувати тим, кого вони захищають, що обмін інформацією між ними залишиться конфіденційним.

Правові позиції ЄСПЛ вказують на те, що перебування особи у статусі адвоката не може сприйматися як безумовна обставина, що унеможлиблює втручання в його приватне спілкування, тим більше, коли мова йде про вчинення адвокатом кримінального правопорушення. Проте таке втручання має бути виправданим, не порушувати гарантовану таємницю спілкування адвоката з клієнтом і бути співрозмірним загрозам, через які таке втручання відбувається, виключати надмірне втручання у приватне життя особи.

Однак у практичній діяльності відмежувати професійну діяльність адвоката від його приватного життя практично не можливо. Розглядаючи питання забезпечення адвокатської таємниці у цьому контексті ЄСПЛ зауважив: «Було б занадто суворо обмежити «особисте життя» інтимним колом, де кожний може жити своїм власним особистим життям на свій розсуд, і тим самим повністю виключити зовнішній світ із цього кола. Повага особистого життя повинна також включати певною мірою право встановлювати й розвивати відносини з іншими людьми. Більш того, здається, немає принципових підстав, щоб таке розуміння «особистого життя» виключало діяльність професійного й ділового характеру, саме у своїй роботі більшість людей мають значну, якщо не найбільшу, кількість шансів розвивати відносини із зовнішнім світом.

Підводячи підсумки можливо визначити основні критерії та межі правомірного втручання в адвокатську таємницю під час проведення НС(Р)Д:

1.порядок такого втручання й гарантії забезпечення прав особи мають бути передбачені національним законодавством;

2.конфіденційний обмін інформацією між адвокатом та його клієнтом безумовно захищається лише у випадку, коли адвокат виконує функцію захисника, а його клієнт є підозрюваним, обвинуваченим, засудженим чи виправданим, в інших випадках для оцінки правомірності такого втручання необхідно зважувати на тяжкість злочину, обставини його вчинення, суспільну небезпечність, роль адвоката у його вчиненні чи прихованні його наслідків, гарантії такого втручання, передбачені національним законодавством;

3.гарантії захисту адвокатської таємниці розповсюджуються не лише на проведення НС(Р)Д, пов'язані з втручанням у приватне спілкування, а й інші, під час яких може бути одержано доступ до інформації, що становить адвокатську таємницю, зокрема негласне проникнення в офіс адвоката, аудіо-, відеоконтроль місця, негласне відібрання зразків для експертного дослідження, тощо;

4.порушення недоторканості житла, офісу (місця роботи) адвоката, проведення НС(Р)Д у тому числі і в публічно доступних місцях, заходи щодо залучення адвоката до негласного співробітництва, слід розглядати не лише як порушення адвокатської

таємниці, а й порушення права на репутацію адвоката, що може негативно вплинути на широке коло його прав та можливостей;

5.втручання в адвокатську таємницю має бути здійснено згідно з законом, що передбачає як дотримання процедурних питань: внесення клопотання відповідною уповноваженою особою, своєчасне залучення представника органу адвокатського самоврядування до слідчої дії, виключення можливості доступу сторонніх осіб до матеріалів адвокатських досьє та інших, що становлять адвокатську таємницю та доступ уповноважених осіб до матеріалів, що безпосередньо стосуються предмету досудового розслідування у кримінальному провадженні й унеможливлення доступу до інших матеріалів (досьє) адвоката, можливість знищити або повернути матеріали, що містять адвокатську таємницю та не стосуються предмету розслідування, або доступ до яких є невинуватим з точки зору співрозмірності.

6.неможливість розмежувати спілкування адвоката з клієнтами (насамперед у телефонних розмовах) відсутність у національному у законодавстві чітких умов та критеріїв розмежування, порядку відбору розмов, що мають значення для провадження від інших розмов адвоката зі своїми клієнтами – може розглядатися як порушення гарантій встановлених ст. 8 Конвенції;

7.вчинення адвокатом злочину, готування або замах на його вчинення, за наявності інших обов'язкових та достатніх умов може розглядатися як законна підстава для втручання в його приватне спілкування з іншими особами.

Олександр Бабіков

для [Науково-дослідний інститут проблем досудового розслідування](#)

#адвокат

#обшук

#нсрд

#мобільний_телефон