

ДЕНИСЕНКО Г.В., ПОГОРЕЦЬКИЙ М.М.

**ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ
У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

**PROBLEMS OF IMPLEMENTING THE GUARANTEES OF ATTORNEY
CONFIDENTIALITY IN ENSURING THE CRIMINAL PROCESS**

Актуальність статті полягає в тому, що адвокатура формує основу цінностей громадянського суспільства і правової держави. Так, фундаментальним принципом функціонування даного інституту завжди був принцип забезпечення конфіденційності відносин довірителя і адвоката. Навіть з огляду на те, що саме на адвоката покладається виконання обов'язку стосовно відстоювання прав та законних інтересів інших осіб, на жаль, й відносно нього вчиняються діяння, зокрема зі сторони органів держави, що свідчить про порушення його професійних прав та гарантій здійснення адвокатської діяльності, а в деяких випадках гарантій адвокатської таємниці. Стаття присвячена аналізу проблем реалізації адвокатської таємниці у забезпеченні кримінального процесу. Досліджено правову природу гарантій адвокатської таємниці під час здійснення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій: заборона проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності. Висвітлено аналіз питання щодо особливостей проведення обшуку у невідкладних випадках, а також якщо його об'єктом є відомості, які не мають жодного відношення до професійної діяльності адвоката. Наголошено, що потребує додаткового визначення та нормативного закріплення у законі обсяг адвокатської таємниці, що дорівнюватиме конфіденційній інформації, знявши таким чином небезпеку притягнення адвоката до кримінальної відповідальності за відмову від надання свідчень у межах, що перевищують визначені законом рамки адвокатської таємниці. Адвокатська таємниця або, як її ще називають, «іммунітет» включає: конфіденційність побачень адвоката із клієнтом; конфіденційність адвокатського офісу; конфіденційність листування адвоката із його клієнтом. Зроблено висновки, що українське законодавство у сфері забезпечення гарантій адвокатської діяльності під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, у цілому відповідає традиціям європейських країн та практиці Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: *гарантії адвокатської таємниці, обшук, кримінальний процес, охорона відомостей.*

The relevance of the article lies in the fact that advocacy forms the basis of the values of civil society and the rule of law. Thus, the fundamental principle of the functioning of this institute has always been the principle of ensuring the confidentiality of the client-lawyer relationship. Even taking into account the fact that it is the lawyer who is entrusted with the duty to defend the rights and legitimate interests of other persons, unfortunately, actions are also taken against him, in particular by the state authorities, which indicates a violation of his professional rights and guarantees of the practice of advocacy, and in some cases guarantees of attorney confidentiality. The article is devoted to the analysis of the problems of implementation of lawyer's secrecy in ensuring the criminal process. The legal nature of the guarantees of attorney confidentiality during

© ДЕНИСЕНКО Г.В. – доктор філософії в галузі 081 «Право», докторант (Національна академія внутрішніх справ), <https://orcid.org/0000-0003-4132-8195>

© ПОГОРЕЦЬКИЙ М.М. – кандидат юридичних наук, науковий співробітник (Науково-дослідний інститут публічного права), <https://orcid.org/0000-0003-2888-0911>

the implementation of on-site operative-investigative measures or investigative actions by a lawyer was studied: the prohibition of conducting a review, statement, production or removal of documents related to the actions of a child. It was emphasized that the scope of lawyer's secrecy, which would be equal to confidential information, needs to be further defined and legally enshrined in the law, thereby removing the danger of bringing the lawyer to criminal liability for refusing to testify within the limits that exceed the legally defined framework of lawyer's secrecy. Lawyer's secrecy or, as it is also called, "immunity" includes: confidentiality of meetings between the lawyer and the client; confidentiality of the lawyer's office; confidentiality of a lawyer's correspondence with his client. The analysis of the issue of the effectiveness of the search in urgent cases, as well as the fact that its object is information that has no relation to the professional activity of the lawyer, is highlighted. It was concluded that the Ukrainian legislation in the field of guaranteeing the lawyer's activity during the search or inspection of the house, other possessions of the lawyer, the premises where he carries out his lawyer's activity, in general, corresponds to the traditions of European countries and the practice of the European Court of Human Rights.

Key words: *guarantees of lawyer confidentiality, search, criminal process, information protection.*

Вступ. На законодавчому рівні закріплено обов'язок адвоката надання правничої (правової) допомоги на професійній основі. Держава, в свою чергу, повинна забезпечувати його відповідним комплексом насамперед гарантій, який повинен бути достатнім для належного надання такої допомоги [1].

Адвокатура формує основу цінностей громадянського суспільства і правової держави. Так, фундаментальним принципом функціонування даного інституту завжди був принцип забезпечення конфіденційності відносин довірителя і адвоката. Навіть з огляду на те, що саме на адвоката покладається виконання обов'язку стосовно відстоювання прав та законних інтересів інших осіб, на жаль, й відносно нього вчиняються діяння, зокрема зі сторони органів держави, що свідчить про порушення його професійних прав та гарантій здійснення адвокатської діяльності, а в деяких випадках гарантій адвокатської таємниці.

Питання дотримання адвокатської таємниці завжди звучало актуально, оскільки належало до найбільш проблемних у зв'язку з різними підходами переосмислення і прогалинами щодо його правового регулювання в процесуальних галузях права, що викликало складнощі з дотриманням її на практиці [2].

Динамічна зміна законодавства внесла свої корективи до положень, що стосуються безпосередньо поняття адвокатської таємниці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз та дослідження правової природи гарантій адвокатської таємниці, було предметом досліджень ряду науковців. Серед вчених, які досліджували окремі аспекти даної проблеми, доцільно виокремити праці Ю.М. Бисаги, О. Бутовченко, А.В. Рагуліна, М.А. Погорецького, М.М. Погорецького, Г.В. Денисенка, А.М. Скрябіна, А.М. Титова, В.М. Трофименко та інших. Втім, сьогодні залишається достатня кількість дискусійних питань у даній сфері.

Метою дослідження є аналіз проблем реалізації гарантій адвокатської таємниці у забезпеченні кримінального процесу.

Виклад основного матеріалу та результатів дослідження. Необхідно відзначити, що проблема адвокатської таємниці вже довгий час є предметом різноманітних дискусій та суперечок серед теоретиків та практиків юридичної професії, адже адвокатська таємниця – одне ключових питань адвокатської діяльності, яке привертає увагу, з приводу якого посилено дискутують науковці-правники.

Загалом, адвокатська таємниця є необхідною передумовою наявності самого інституту адвокатури та процесуально-правовою гарантією повноти, об'єктивності та змагальності, зокрема, кримінального процесу.

Президент адвокатської компанії «Полонський і партнери» Ю.М. Полонський підкреслив, що збереження адвокатської таємниці – це один із принципів адвокатури, її розкриття – надзвичайно серйозне порушення, її може бути розкрито лише за письмової згоди клієнта [1, с. 54].

На відміну від Ю.М. Полонського, адвокат Д.В. Кухнюк вважає неприпустимим розголошення адвокатської таємниці за будь-яких обставин. Він зазначає, що під час отримання

свідомості про право на зайняття адвокатською діяльністю адвокат приймає присягу, в якій він зобов'язується суворо зберігати адвокатську таємницю. Також Д.В. Кухнюк стверджує, що розголошення адвокатської таємниці є порушенням Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Присяги адвоката України, тому адвокатську діяльність такого адвоката може бути припинено, а видане йому свідоцтво анульоване [2, с. 32].

Такі протилежні позиції скоріш за все пов'язані з тим, що саме вкладається їх представниками в поняття «адвокатська таємниця». Під адвокатською таємницею, наприклад Логінова С.М., розуміє відомості, які отримані адвокатом в процесі виконання професійних обов'язків, розголошення яких може завдати збитків фізичній чи юридичній особі (клієнту) [3, с. 13].

Але в рамках виконання доручень клієнтів адвокат стикається з необхідністю дотримання принципу конфіденційності не лише щодо інформації, що стає відомою йому від клієнта, але й щодо інформації, яку отримує в процесі реалізації домовленостей з клієнтом. Вся ця інформація і підпадає під дію принципу конфіденційності і потребує кримінально-правового та цивільно-правового захисту. Принцип конфіденційності адвокатської діяльності якраз реалізується через інститут адвокатської таємниці, що має і юридичний, і етичний характер. Варто зауважити, що за своєю юридичною природою адвокатська таємниця, її режим має відношення саме до діяльності адвоката (в тому числі розповсюджується і на особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю).

Проте, зміст ст. 10 Правил вказує і на інших осіб, на яких поширюється режим адвокатської таємниці. Це, зокрема, помічник адвоката, стажист адвоката та особи, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом (технічний персонал). Поширення обов'язку зі збереження конфіденційності інформації працівниками офісу адвоката закріплено не тільки в Україні, але й в законодавстві Нідерландів, Франції, Швеції. Проте, необхідність забезпечити адвокатську таємницю вказаними особами покладається саме на адвоката.

Закріплення принципу конфіденційності потребує і його адекватного правового захисту. За посилення гарантій адвокатської таємниці виступають науковці та практики. Зокрема дана ситуація безсумнівно пов'язана з наявністю такого негативного факту як зростання кількості порушень адвокатської таємниці, причому не тільки зі сторони правоохоронців, але й зі сторони самих адвокатів, про що вказує і відома адвокат, доктор юридичних наук Т.В. Варфоломєєва [4, с. 12]. Так, дійсно, на практиці трапляються випадки розголошення адвокатом інформації, що надійшла від клієнта, коли адвокат коментує справу привселюдно, розповідає певні аспекти, які, на наш погляд, є елементами адвокатської таємниці.

У контексті даної теми важливо також приділити увагу питанню, яка кількість інформації не підлягає розголошенню. Згідно з Правилами адвокатської етики, це будь-яка інформація, яка визначається як предмет адвокатської таємниці, логічно, що, в першу чергу, і сам факт звернення за правовою допомогою.

Необхідно розрізняти конфіденційну інформацію та інформацію, що становить адвокатську таємницю; перша – значно ширша за змістом. Конфіденційною є будь-яка інформація, отримана в ході ведення адвокатської діяльності; вона ширша за змістом відповідно до секретності адвоката, може бути розкрита у разі скасування конфіденційності особою, що зацікавлена в її дотриманні. Таємниця адвоката - це інформація, яка не підлягає розголошенню за жодних умов.

Отож, з моменту звернення клієнта до адвоката, останній знайомиться з матеріалами кримінального провадження, збирає певну інформацію, документи, вживає необхідних дій для захисту та надання юридичної допомоги виникає обов'язок зберігати конфіденційність. Клієнт може зупинити період зберігання конфіденційної інформації, погодившись на її розголошення у письмовій формі або в іншій фіксованій формі.

Дані попереднього розслідування, які стали відомі адвокату у зв'язку з виконанням його професійних обов'язків, можуть бути розкриті лише з дозволу слідчого чи прокурора. Юристи, винні в оприлюдненні даних попереднього розслідування, несуть відповідальність згідно з чинним законодавством.

Вважаємо, що потребує додаткового визначення та нормативного закріплення у законі обсяг адвокатської таємниці, що дорівнюватиме конфіденційній інформації, знявши таким чином небезпеку притягнення адвоката до кримінальної відповідальності за відмову від надання свідчень у межах, що перевищують визначені законом рамки адвокатської таємниці.

Адвокатська таємниця або, як її ще називають, «іміунітет» включає:
– конфіденційність побачень адвоката із клієнтом;

- конфіденційність адвокатського офісу;
- конфіденційність листування адвоката із його клієнтом.

У п. 2 ч. 2 ст. 65 КПК України встановлено, що не можуть бути допитані як свідки адвокати – з приводу того, що йому довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності. У цій нормі йдеться про адвокатів, які, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 66 цього Кодексу, надають або надавали правову допомогу свідку під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій. Також це положення стосується тих адвокатів, які надавали клієнту таку допомогу не у зв'язку з кримінальним провадженням [5, с. 18].

Серед гарантій збереження таємниць професійної діяльності адвоката важливе місце відведено особливому порядку проведення стосовно адвоката оперативних-розшукових заходів чи слідчих дій та заборона проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності (п. 3 і 4 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [3]).

Найтісніший взаємозв'язок між цими гарантіями простежується під час проведення такої слідчої дії як обшук адвоката та житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність [4].

Так, особливій уваги заслуговує питання відносно гарантій збереження адвокатської таємниці під час проведення обшуків у робочих приміщеннях адвокатів.

Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону, для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, завчасно повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії [5].

Доречно зазначити, що чинний Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не регламентує порядку подібного повідомлення, а лише покладає на уповноважену особу державного органу обов'язок здійснити таке повідомлення завчасно. При цьому, поняття «завчасно» не розкривається в жодному нормативно-правовому акті.

Таке на практиці відкриває широкі можливості для зловживань з боку правоохоронних органів, особливо з врахуванням положення п. 4 ч. 2 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якого, неявка представника ради адвокатів регіону за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону не перешкоджає проведенню відповідної процесуальної дії. Ситуацію, що склалась у зв'язку з викладеним вище слід вважати вкрай незадовільною [5].

Специфіка проведення обшуку відносно адвоката визначається, зокрема, і ч. 2 ст. 23 Закону, положення якої, з одного боку, містять недолік щодо вказівки на можливість тимчасового доступу до речей і документів адвоката (певним чином суперечить ст. 161 КПК України), а з іншого – вимогу щодо необхідності зазначення слідчим суддею, судом у своєму рішенні про проведення такої слідчої дії, переліку речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити є однією з гарантій забезпечення додержання адвокатської таємниці.

Стосовно реалізації таких гарантій збереження адвокатської таємниці заслуговують на увагу позиції науковців, які вказують на необхідність здійснення адвокатом належного діловодства [10, с. 298] та формування адвокатського досьє [10]. З необхідності ведення захисником у кожному кримінальному провадженні адвокатського досьє виходять і Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги в кримінальному процесі та Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесі та представництва у кримінальному процесі.

Однією з основних гарантій збереження адвокатської таємниці під час проведення вказаної слідчої дії відносно адвоката є закріплення норми про необхідність присутності представника ради адвокатів регіону, крім випадків його неявки за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону (ч. 2 ст. 23 Закону).

Така норма українського законодавства відповідає законодавству ряду європейських країн та практики Європейського суду з прав людини. Зокрема, ст. 20 Кодексу етики адвокатів Польщі (Збірка правил з питань адвокатської етики і гідності професії) [11] передбачає, що у випадку здійснення обшуку в приміщенні, де адвокат здійснює свою професійну діяльність або

ж у приватному помешканні адвоката, він повинен вимагати присутності представника колегії адвокатів. Заслуговує на увагу й ст. 56-1 Кримінально-процесуального кодексу Франції [11], де зазначається, що обшуки в офісі адвоката або в його будинку можуть бути зроблені тільки мировим суддею і в присутності президента колегії адвокатів або його представника, на підставі письмового та обґрунтованого рішення судді. З необхідності участі президента або представника Ради адвокатів під час проведення такої слідчої дії виходить й Кримінально-процесуальний кодекс Італії (ч. 3 ст. 103 Кодексу) [12].

Для забезпечення участі такого представника службова особа, яка проводить відповідну слідчу дію, завчасно повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем її проведення. На жаль, чинне законодавство не визначає ані строку, ані порядку такого повідомлення, внаслідок чого вказані службова особа, отримує «практичну можливість обходити ці гарантії адвокатської діяльності» [12, с. 44]. Зокрема, такий приклад наведено Звіті про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013-2016 роки), де вказується, що Рада адвокатів м. Києва про проведення обшуку була повідомлена за 8 хвилин до його початку. Ми піддаємо сумніву необхідність такого повідомлення не менш ніж за добу до призначеного часу [12, с. 154] та обов'язково у письмовій формі [13, с. 45], оскільки вона певною мірою може зашкодити процесуальній меті проведення такої слідчої дії як обшук, а вважаємо за можливе використати положення Порядку інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги [13].

Наявний недолік і у визначенні повноважень згаданого представника ради адвокатів регіону, оскільки більшість із них відтворені не у положеннях Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а в Порядку дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів. Внаслідок цього існують непоодинокі випадки, коли слідчі чи інші службові особи, як зазначають науковці, не завжди адекватно реагують на зауваження такого представника з приводу законності проведення відповідної процесуальної дії (зокрема, стосовно реалізації повноваження щодо опечатування доступу до приміщення, речей тощо). Враховуючи вказане, а також необхідність наділення такого представника повноваженнями, які б надали йому можливість запобігти втручанням в адвокатську таємницю [14], вважаємо за необхідне всі його ключові повноваження відтворити в положеннях і згаданого Закону, і КПК України.

Висновки. На підставі вищевикладеного можна дійти до висновку, що українське законодавство у сфері забезпечення гарантій адвокатської діяльності під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, у цілому відповідає традиціям європейських країн та практиці Європейського суду з прав людини (зокрема, щодо присутності представника ради адвокатів регіону та зазначення в ухвалі суду переліку речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення такої слідчої дії).

Проте наявність суттєвих неточностей та прогалів, а також фактична відсутність в КПК України положень про особливості проведення такої слідчої дії відносно адвоката жодним чином не сприяють належному та однаковому застосуванню законодавства щодо дотримання гарантій збереження адвокатської таємниці.

Список використаних джерел:

1. Цимбал-Семенчук І.Ю. Механізм забезпечення адвокатської таємниці. Право і суспільство. 2014. № 5 (2). С. 65–69.
2. Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підготовленого Робочою групою з реформування законодавства про адвокатуру та безоплатну правову допомогу при Раді з питань судової реформи. URL: <http://jrc.org.ua/upload/steps/bdc5610fac7309ca8aab48f0c1a531de.pdf>
3. Трофименко В.М. До питання щодо механізмів забезпечення адвокатської таємниці в кримінальному процесі. Університетські наукові Записки. 2011. № 3. С. 294–299. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2011_3_43.
4. Бутовченко Е. Адвокат с гарантией. Закон і Бізнес. 2016. Вып. 8 (1254). URL: http://zib.com.ua/ru/121805_zh_narusnenie_prav_zaschitnika_mogut_vvesti_ugolovnyyu_otvet.html.
5. Про затвердження стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі: Наказ Міністерства юстиції України від 25 лютого 2014 року № 386/5. Офіційний вісник України. 2014. № 20. Ст. 253.

6. Про затвердження стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесі та представництва у кримінальному процесі: Наказ Міністерства юстиції України від 21 грудня 2017 року № 4125/5. Офіційний вісник України. 2017. № 101. Ст. 132.

7. Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeksu Etyki Adwokackiej): uchwałam Naczelnej Rady Adwokackiej z 19 listopada 2011 r. № 52/2011. URL: <http://www.nra.pl/dokumenty/KodeksEtykiAdwokackiejtekstednolity.pdf>.

8. Codice di Procedura Penale: Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988 № 447. URL: <http://www.anpsvicenza.it/NORMATIVE/ CPP.pdf>.

9. Скрябин А.Н. Особенности проведения следственных действий и мер обеспечения уголовного производства в отношении адвоката по Законодательству Украины. Евразийская адвокатура. 2015. Вып. 1(14). С. 41–46.

10. Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013-2016 роки), затверджений рішенням РАУ від 26 лютого 2016 року № 2. URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/news/publikacii/buklet-zvit-porushennya.pdf>.

11. Афанасієв Р.В. Проблеми правового регулювання окремих гарантій адвокатської діяльності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 24. Т. 4. С. 151–155.

12. Про затвердження Порядку інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання, адміністративного арешту або застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 року № 1363. Офіційний вісник України. 2011. № 101. Ст. 63.

13. Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів, затверджений рішенням РАУ від 27 липня 2013 року № 183. URL: https://kmdka.com/sites/default/files/files/poryadok_reaguvannya_10.04.2013-1.pdf.

14. Погорецький М.А., Погорецький М.М. Кримінальні процесуальні гарантії адвокатської таємниці під час проведення обшуку: проблемні питання // Адвокатура: минуле та сучасність: матеріали V Міжнародної наукової конференції (м. Одеса, 14 листопада 2015 р.). Одеса: Юрид. літ-ра, 2015. С. 7–12.