

Адвокатська таємниця. Трагедія у 4 частинах

Деякі підсумки роботи комітету захисту прав адвокатів Ради адвокатів Київської області

Продовження. Початок у №51 (549)



Ілля КОСТИН, адвокат, голова комітету захисту професійних прав адвокатів та реалізації гарантій адвокатської діяльності Ради адвокатів Київської області, партнер ЮК «Правовий Альянс»

Неузгодженість умов Закону «Про адвокатуру» та норм КПК виходить на перший план у разі активної протидії слідства адвокату під час виконання останнім своїх адвокатських послуг, а також коли підозрюваним (обвинуваченим) є сам адвокат.

Багато разів я чув від прокурорів та слідчих позицію, що вони не повинні виконувати вимоги Закону «Про адвокатуру», оскільки обов'язковість виконання цих норм не передбачена КПК. При цьому вони посилалися на п. 1 ст. 4 КПК, де передбачено, що кримінальне провадження на території України здійснюється з підстав та в порядку, передбаченому КПК, незалежно від місця вчинення кримінального правопорушення.

Представники адвокатської спільноти, у свою чергу, обґрунтовано посилаються на п. 2 ст. 1 КПК, який закріплює, що кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, КПК та інших законів України. Як наслідок, для уникнення зайвих спорів, які все ж таки не позбавленні формального підґрунтя, та зупинення викручування нормативних положень на свою користь, не обійтися без внесення змін до ст. 4 КПК, за-

значивши необхідність неухильного виконання законодавства України, в тому числі Закону про адвокатуру.

Внести зміни необхідно також до ст. 1 КПК щодо дотримання гарантій професійної діяльності адвоката, які закріплені у ст. 23 Закону про адвокатуру, який відповідно до ст. 1 КПК є частиною кримінального процесуального законодавства.

Продовжимо фантазувати та уявимо, що всі суб'єкти законодавчої ініціативи зараз уважно конспектують наші пропозиції, щоб швидко втілити їх у законі.

Ст. 480 КПК адвоката віднесено до категорії осіб, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження. Однак, гл. 37 «Кримінальне провадження щодо окремої категорії осіб» не містить жодних гарантій здійснення адвокатської діяльності під час проведення слідчих дій, особливо таких як обшук та допит. У гл. 37 КПК встановлено лише специфічний порядок повідомлення про підозру адвокату, яка згідно з ч. 1 ст. 481 КПК може бути здійснена Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки

Крим, області, міст Києва та Севастополя в межах його повноважень. При цьому за час моєї роботи в Комітеті захисту прав адвокатів не було жодного випадку, коли прокурори передбаченого у цій статті рівня пред'являли підозру особі, яка має адвокатське свідоцтво. Цікаво, що всі пам'ятають випадок, коли Юрій Луценко, який на час написання статті обіймав посаду Генерального прокурора України, «на виконання вимог КПК» (саме так було вказано в оголошенні прес-служби ГПУ) особисто вручив повідомлення про підозру судді Вищого господарського суду України Віктору Швецю. Отже, з адвокатами такого не трапляється.

Зважаючи на визнання особливого статусу адвоката в питаннях здійснення кримінального провадження, ст. 482 КПК, що регулює особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання та обрання запобіжного заходу, повинна бути доповнена гарантіями захисту адвокатської таємниці, які передбачені у ст. 23 Закону про адвокатуру, а саме:

- Слідчі дії, які можуть проводитися винятково з дозволу суду, здійс-

нюються щодо адвоката на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя.

- У разі проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката слідчий суддя, суд у своєму рішенні в обов'язковому порядку зазначає перелік речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії або застосування заходу забезпечення кримінального провадження. *Перелік таких речей та документів не може бути сформований за узагальненими видовими ознаками. Він повинен містити назву, характерні риси речі, документу, які потрібно відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії або застосування заходу забезпечення кримінального провадження.*

- Під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового



доступу до речей і документів адвоката мають бути присутніми *представники* (множина!) ради адвокатів регіону.

- Службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, завчасно, *не менше ніж за 1 добу до конкретного часу проведення слідчої дії, письмово повідомляє* про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії.

- З метою забезпечення дотримання вимог Закону про адвокатуру в контексті адвокатської таємниці під час проведення зазначених процесуальних дій представнику ради адвокатів регіону надається право ставити запитання, *проводити фото, відео, аудіо фіксацію*, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення процесуальних дій, що зазначаються у протоколі. Неявка представника ради адвокатів регіону, за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону, не перешкоджає проведенню відповідної процесуальної дії.

Майже всі наведені вище норми передбачені чинною ст. 23 Закону про адвокатуру. Однак виділені курсивом тези – це запропоновані мною доповнення, які є дуже важливими на часі для реального забезпечення гарантій адвокатської діяльності, насамперед, для захисту адвокатської таємниці, а отже, клієнтів.

Хотілося б пояснити мотиви для артикулювання окремих пропозицій, виділених вище курсивом. Як вже було зазначено та як відомо з практики, правоохоронні органи використовують нечіткість законодавчих норм на свою користь. «Завчасне» повідомлення про проведення слідчої дії або про захід забезпечення кримінального процесу в їхньому розумінні перетворюється у надсилання смс-повідомлень, електронних листів чи факсів уночі, за декілька годин або й за декілька хвилин до запланованого часу слідчої дії. Про які ж гарантії може бути мова у такому випадку? Таким чином, з огляду на мій професійний досвід, мені видається достатнім попереднє письмове повідомлення як мінімум за 1 добу.

Проведення фото, відео, аудіо фіксації представниками ради адвокатів регіону – наступна зміна, яка принципова для захисту адвокатської таємниці під час проведення слідчих дій щодо адвокатів. Вона викликана тим, що існування ст. 107 КПК, яка регламентує застосування технічних засобів фіксації кримінального провадження, не дає гарантій, що момент порушення адвокатської таємниці буде зафіксовано на носій, який знаходиться під управлінням представника правоохоронного органу.

Однак найважливішою нормою, яка потребує імплементації у КПК, є особливий порядок обшуку адвоката (зокрема, пошуку в матеріалах адвоката доповіді про виконання слідчих дій).



доказів). Уявіть ситуацію, свідками якої ми стаємо під час кожного обшуку. У слідчого є ухвала суду, отримана згідно з вимогами КПК та ст. 23 Закону про адвокатуру, де чітко зазначений перелік речей, документів, які плануються відшукати. Слідчий змушений почати шукати необхідні йому речі й документи, у тому числі серед речей та документів, що встановлюють адвокатську таємницю і не належать до переліку документів, дозвіл на відшукання, виявлення чи вилучення яких надав слідчий суддя.

Практика роботи нашого Комітету захисту прав адвокатів підказала вихід із цієї ситуації. Зокрема, ми пропонуємо, щоб огляд адвокатських досьє та документів, які можуть містити адвокатську таємницю, проводилися представником Ради адвокатів регіону з метою пошуку документів, зазначених в ухвалі слідчого судді. Після того як необхідні документи знайдено, вони передаються слідчому та заносяться до протоколу обшуку.

Варто звернути увагу, що правоохоронні органи не підтримують такий спосіб обшуку. Винятком є лише НАБУ, з яким було досягнуто неофіційної домовленості про закріплення такого порядку щодо обшуку адвокатів у письмовій формі. Для цього від нас (Комітету захисту прав адвокатів) запросили письмове звернення від НААУ. На жаль, деструктивна позиція центрального органу адвокатського самоврядування поховала шанс впровадити в життя таку практику.

Крім зазначеного, узгодження потребує використання таких термінів як «професійна таємниця захисника» та «адвокатська таємниця», які паралельно існують у законодавстві. Необхідно замінити в КПК термін «професійна таємниця захисника» на «адвокатська таємниця». Далі пропоную до вашої уваги аргументацію з цього питання.

Ст. 45 КПК встановлює, що захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішення питання про їх застосування, а також особи, щодо якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній

державі (екстрадицію). Натомість, згідно із Законом про адвокатуру, адвокат – це фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені цим Законом без прив'язки суто до кримінального процесу.

Норми, передбачені у ст. 22 Закону про адвокатуру, розкривають зміст поняття адвокатська таємниця. Згідно зі ст. 23 Закону про адвокатуру, адвокат не може бути допитаний про відомості, які є адвокатською таємницею. Аналогічну норму містить пп. 2 п. 2 ст. 65 КПК, де також вказано, що про відомості, які є адвокатською таємницею, адвокати не можуть бути допитані як свідки.

Однак у ст. 224 КПК, яка регламентує порядок проведення допиту, у п. 8 (навмисно чи ні) збуджені права адвоката. У цій статті зазначено, що особа має право не відповідати на запитання з приводу тих обставин, щодо надання яких є пряма заборона в законі (таємниця сповіді, лікарська таємниця, професійна таємниця захисника). Це означає, що з огляду на визначення ст. 45 КПК, не можуть бути допитані лише ті ад-

Згідно зі ст. 161 КПК, речами й документами, до яких заборонено доступ, є листування або інші форми обміну інформацією між захисником та його клієнтом або будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги. Знову маємо ситуацію, коли збуджені права адвоката, а саме заборонено доступ слідчому до речей та документів лише тих адвокатів (захисників), які здійснюють захист особи у цьому кримінальному провадженні.

На жаль, навіть у такому «обрізаному» вигляді ця норма майже не працює. Ст. 161 КПК знаходиться у гл. 15 КПК «Тимчасовий доступ до речей і документів». Таким чином, щоб показати, хто у хаті господар, на практиці ми отримуємо 99,99% ухвал на проведення саме обшуку в адвокатів. Ст. 234 КПК, яка регламентує порядок та підстави проведення обшуку, не містить жодних обмежень щодо доступу, ознайомлення, фіксації відомостей, які становлять адвокатську таємницю.

Вихід простий та ефективний – потрібно доповнити ст. 236 КПК

Найважливішою нормою, яка потребує імплементації у КПК, є особливий порядок обшуку адвоката

вокати (захисники), які здійснюють захист особи у цьому кримінальному провадженні.

Очевидно, що потрібно привести всі ці питання до єдиного понятійного апарату. Якщо профільний Закон про адвокатуру дає широке тлумачення, які саме відомості можуть належати до поняття «адвокатська таємниця», необхідно ретранслювати ці норми й у процесуальне законодавство. Простий аналіз КПК стосовно збереження адвокатської таємниці показує, що існують неузгодженості навіть у самому кодексі.

Також аналогічна «процесуальна диверсія» міститься у ст. 161 КПК.

нормою, згідно з якою порушення адвокатської таємниці тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, коли сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення.

Звісно, необхідно доопрацювати КПК, з огляду на досить жорсткі вимоги щодо збереження адвокатської таємниці, тобто передбачити окремий порядок проведення обшуку адвокатів. Однак це вже предмет для іншої статті, яку я сподіваюся підготувати найближчим часом. Продовження читайте у наступних номерах.