

***Погорецький М. А.***

доктор юридичних наук, професор,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри правосуддя юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, адвокат

***Погорецький М. М.***

кандидат юридичних наук, адвокат

**КРИМІНАЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ  
ТАЄМНИЦІ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ:  
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ**

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону України (далі ЗУ) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» проведення стосовно адвоката слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя.

Водночас, виходячи з аналізу правозастосовної практики, а також опитування 88 % адвокатів, 72 % суддів, 48 % прокурорів та 38 % слідчих можемо зробити висновок, що механізм реалізації кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці під час проведення обшуку є найбільш проблематичним, оскільки чинне законодавство України допускає можливість проведення обшуків в будь-якому приміщенні адвоката. Хоча й чинний КПК України, не визначає, що слід розуміти під житлом адвоката, проте виходячи з буквального тлумачення положень ч. 2 ст. 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», можемо зробити висновок, що житлом адвоката є житло, інше володіння адвоката, де він здійснює адвокатську діяльність. Тобто, будь-яке житло, в якому адвокат, надає адвокатські послуги чи здійснює інші дії, які пов'язані з адвокатською діяльністю, є житлом адвоката. Водночас, слід звернути увагу на те, що згідно з ч. 2 ст. 17 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» до Єдиного реєстру адвокатів України вносяться найменування і місцезнаходження організаційної форми адвокатської діяльності, номери засобів зв'язку (п. 3) та адреса робочого місця адвоката, номери засобів зв'язку (п. 4). При цьому адреса робочого місця адвоката є місцезнаходження обраної адвокатом організаційної форми адвокатської діяльності або адреса фактичного місця здійснення адвокатської діяльності, якщо вона є відмінною від місцезнаходження обраної адвокатом організаційної форми адвокатської діяльності. У разі наявності декількох адрес робочих місць адвоката до Єдиного реєстру адвокатів України вноситься лише одна адреса робочого місця адвоката. Таким чином, під житлом адвоката слід розуміти житло, інше володіння адвоката, відомості щодо якого внесені до Єдиного реєстру адвокатів України, та яке призначене для здійснення адвокатської діяльності. З метою забезпечення однакового розуміння практичними працівниками поняття житла адвоката, вважаємо за доцільне закріпити наведене нами визначення в ст. 234 КПК України та ст. 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Слід звернути увагу на те, що обшук є різновидом слідчих (розшукових) дій, які проводяться на підставі ували слідчого судді (ч. 2 ст. 234 КПК України). Відповідно до ч. 3 ст. 234 КПК України у разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, яке повинно містити відомості про: 1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; 2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання; 3) правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 4) підстави для обшуку; 5) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку; 6) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться; 7) речі, документи або осіб, яких планується відшукати.

Водночас, проведений нами аналіз ухвал слідчих суддів щодо проведення обшуків в житлі адвокатів, а також опитування 91 % адвокатів, дають підстави для висновку, що в окремих випадках слідчі судді не надають належної уваги відомостям, що зазначаються у відповідних клопотаннях (підстави для обшуку; житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку; особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться; речі, документи або осіб, яких планується відшукати).

Особливо увагу слідчим суддям слід звертати увагу на документи та речі, стосовно яких виникає необхідність провести обшук. Адже, відповідно до ч. 2 ст. 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» 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 плануються відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії чи застосування заходу забезпечення кримінального провадження.

На цьому наголошує також і Європейський суд з прав людини. Так, виходячи з аналізу рішень ЄСПЛ («Німітц проти Німеччини», «Ромен і Шміт проти Люксембургу», «Колесніченко проти Росії», «Головань проти України» та ін.), можемо зробити висновок, що в ухвалях про проведення обшуку щодо житла адвоката повинно бути обов'язково зазначено, які саме документи і речі, що мають значення для кримінального провадження, повинні бути виявлені. Крім того, в ухвалі має бути з достатньою точністю і визначеністю зазначено приміщення, де має бути проведений обшук.

У зв'язку з чим, пропонуємо доповнити ч. 2 ст. 234 КПК України таким положенням: «У разі проведення обшуку житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, слідчий суддя Апеляційного суду області, міст Києва і Севастополя, АРК, з метою недопущення отримання доступу до речей та документів, що можуть містити відомості, які становлять адвокатську таємницю, у своєму рішенні, в обов'язковому порядку, зазначає місце проведення обшуку та перелік речей і документів, що плануються відшукати, виявити чи вилучити».

Слід звернути увагу й на те, що відповідно до ч. 2 ст. 23 ЗУ «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, крім випадків, передбачених абзацом четвиртим цієї частини. 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.

Відповідно до ч. 2 «Порядку дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів», затверджених Рішенням Ради адвокатів м. Києва від 17.01.2013 р., при отриманні Радою повідомлення про процесуальні дії, голова Ради / його заступник / секретар Ради забезпечують участь члена Ради у відповідній процесуальній дії, про що видають письмове направлення, яке уповноважує члена Ради на виконання повноважень, передбачених ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо забезпечення дотримання слідчими та судовими органами встановлених державою гарантій адвокатської діяльності (п. 2.1). Уповноважений член Ради невідкладно повинен підтвердити можливість своєї присутності на відповідній процесуальній дії або негайно повідомити про причину неможливості своєї присутності, якщо така причина є поважною (п. 2.2).

Уповноважений член Ради повинен: вчасно прибути у зазначені в повідомленні про процесуальні дії місце й час для проведення процесуальної дії, після чого невідкладно проінформувати про це Голову Ради або його заступника (п. 2.3); зобов'язаний проінформувати Голову Ради / його заступника / секретаря Ради про початок процесуальної дії, або відмову службової особи від її проведення (п. 2.4); перед початком слідчої дії зобов'язаний отримати копію/фотокопію ухвали слідчого судді про проведення відповідної процесуальної дії та перевірити відповідність її змісту вимогам КПК України та ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (п. 2.6).

У випадку не зазначення в ухвалі слідчого судді переліку речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої (розшукової) дії, тобто, встановлення порушення вимог ч. 2 ст. 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», уповноважений член Ради адвокатів повідомляє службову особу, яка проводить слідчу дію про відсутність правових підстав для проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката.

З метою забезпечення дотримання вимог ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо збереження адвокатської таємниці під час проведення відповідної процесуальної дії уповноважений член Ради адвокатів має право: з'ясувати у адвоката/уповноваженої особи адвокатського об'єднання про наявність речей, документів, які планується виявити відповідно до ухвали слідчого судді у приміщенні/володінні адвоката (п. 2.7.1); з'ясувати, чи містять зазначені речі і документи, в тому числі носії інформації, предмет адвокатської таємниці, чи віднесені вони до речей і документів доступ до яких заборонений, відповідно до ст. 161 КПК України (п. 2.7.2); у разі наявності у

приміщенні/володінні адвоката речей, у тому числі носіїв інформації/документів, відшукуваних відповідно до ухвали слідчого судді: якщо останні складають предмет адвокатської таємниці, запропонувати службовій особі, яка виконує слідчу дію, з метою дотримання вимог закону, надати адвокату можливість отримати від клієнта згоду на зняття з зазначених речей, в тому числі носіїв інформації/документів статусу адвокатської таємниці та надання дозволу на передачу документів/речей, в тому числі носіїв інформації, особі, яка проводить слідчу дію. У випадку відсутності згоди клієнта адвоката, зазначити у протоколі слідчої дії про порушення вимог ст. 22, 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

При проведенні обшуку уповноважений член Ради адвокатів повинен попередити службову особу, яка проводить слідчу (розшукову) дію, про необхідність неухильного дотримання гарантій адвокатської діяльності та забезпечити унеможливлення порушення адвокатської таємниці щодо інших предметів та документів, які знаходяться у приміщенні/володінні адвоката та не зазначені в ухвалі слідчого судді. У випадку недотримання службовою особою, вимог закону щодо збереження адвокатської таємниці, про що уповноважений член ради зазначає в протоколі процесуальної дії.

З метою забезпечення унеможливлення порушення гарантій на збереження адвокатської таємниці, уповноважений член Ради опечатує доступ до приміщення, речей, у тому числі електронних носіїв інформації та/або документів комп'ютерної техніки (портативних комп'ютерних пристроїв), мобільних телефонів тощо, доступ до яких заборонено відповідно до вимог ст. 161 КПК України.

Результати аналізу правозастосовної практики свідчать про те, що непоодинокими є випадки, коли слідчі чи інші службові особи, які виконують доручення слідчого щодо проведення обшуку, не завжди адекватно реагують на зауваження представника Ради адвокатів з приводу законності проведення відповідної процесуальної дії. Найбільш поширеними зауваження є: неточність зазначення в ухвалі на проведення обшуку речей та документів, стосовно яких проводиться процесуальна дія; створення перешкод представнику Ради адвокатів щодо опечатування доступу до приміщення, речей, у тому числі електронних носіїв інформації, документів комп'ютерної техніки (портативних комп'ютерних пристроїв), мобільних телефонів, що, на нашу думку, потребує підвищення професійної кваліфікації таких практичних працівників.

Окрім того, як свідчать результати аналізу правозастосовної практики, а також опитування 64 % адвокатів, слідчі не в усіх випадках повідомляють Раду адвокатів регіону про факт проведення відповідної процесуальної дії. На нашу думку, такі ситуації є неприпустимими, оскільки допускають можливість отримання доступу до матеріалів, що становлять адвокатську таємницю. Зважаючи на це, якщо виникає необхідність у проведенні обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката, таке повідомлення повинен здійснювати не слідчий, а прокурор, що здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням у відповідному кримінальному провадженні. Виходячи із зазначеного, пропонуємо внести зміни до ч. 2 ст. 23 ЗУ «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 прокурор, що здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням відповідного кримінального провадження зобов'язаний забезпечити присутність представника ради адвокатів регіону, крім випадків, передбачених абзацом четвертим цієї частини. Для забезпечення його участі прокурор, що здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, зобов'язаний завчасно повідомити про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії», а також доповнити відповідним положенням ст. 236 КПК України.

Крім того, з метою забезпечення збереження адвокатської таємниці під час проведення обшуку чи огляду житла адвоката, тимчасового доступу до речей і документів адвоката та правильного тлумачення положень чинного законодавства України, вважаємо за доцільне ст. 236, 165 КПК України доповнити таким положенням: «Під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів слідчий, прокурор чи інша службова особа, що проводить відповідну процесуальну дію, зобов'язана керуватися положенням КПК України, ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність та іншими підзаконними актами, що визначають права та обов'язки адвоката, представника Ради адвокатів під час проведення відповідних процесуальних дій».