

Ass. prof. Viktor Zaborovsky
Uzhgorod National University, Ukraine¹

Профессиональные гарантии адвокатской деятельности по осуществлению обыска в отношении украинского адвоката в контексте их соответствия традициям европейских стран и практике европейского суда по правам человека

Professional guarantees of advocacy of the lawyer's activity for carrying out a search in relation to the Ukrainian lawyer in the context of their compliance with the traditions of European countries and the practice of the European court of human rights

Аннотация: В статье исследуется правовая природа гарантий адвокатской деятельности, обеспечивающих учет особого статуса адвоката при проведении обыска в отношении него. Анализируются взгляды ученых, а также нормативное регулирование (как в соответствии с украинским законодательством, так и законодательствами зарубежных стран) и практика Европейского суда по правам человека в данной сфере. Делается вывод, что несмотря на то, что украинское законодательство в сфере обеспечения гарантий адвокатской деятельности во время проведения обыска относительно адвоката, в целом соответствует традициям европейских стран и практике Европейского суда по правам человека, но наличие существенных неточностей и пробелов, а также фактическое отсутствие в УПК Украины положений об особенностях такого следственного действия в отношении адвоката, не обеспечивает надлежащее соблюдение гарантий сохранения адвокатской тайны.

Ключевые слова: адвокат; гарантии деятельности адвоката; обыск адвоката; адвокатская тайна

Abstract: In this paper, an analysis the legal nature of guarantees of advocacy, which ensure that a special status of an lawyer is taken into account when conducting a search against him. The views of scientists, as well as the regulatory regulation (both for Ukrainian legislation and the legislation of foreign countries) and the practice of the European Court of Human Rights in this domain are analyzed. It is concluded that, despite the fact that Ukrainian legislation in the domain of guaranteeing advocacy during a search for a lawyer is generally consistent with the traditions of European countries and the practice of the European Court of Human Rights, but the presence of significant inaccuracies and gaps, as well as the actual lack of The Criminal Procedural Code of Ukraine on the specifics of such an investigative action in relation to a lawyer does not ensure the proper observance of guarantees for the preservation of a lawyer's secret.

Keywords: lawyer; guarantees of the activities of a lawyer; the search of a lawyer; a lawyer's secret

¹ Candidate of jurisprudence, associate professor of civil law of Uzhgorod National University, advocate, secretary of Uzhgorod office of Association of civilians of Ukraine, 88000, Ukraine, Uzhgorod, Zolotistaya St., 11., e-mail: zaborovskyyviktor@gmail.com

Введение

Одним из важнейших элементов в механизме обеспечения прав и свобод человека и гражданина, несомненно является правовая помощь, оказываемая адвокатами на профессиональной основе. Возлагая на адвоката обязанность по предоставлению профессиональной юридической помощи, государство в свою очередь обязано обеспечивать его и соответствующим комплексом прав и гарантий, которые должны быть достаточными для надлежащего оказания такой помощи. Несмотря на то, что именно на адвоката возлагается исполнение обязанностей по отстаиванию прав и законных интересов других лиц, к сожалению, и в отношении него совершаются деяния, в частности со стороны органов государства, которые свидетельствуют о нарушении его профессиональных прав и гарантий осуществления адвокатской деятельности. Актуальность темы исследования проявляется в том, что на законодательном уровне за адвокатом закрепляется значительный круг гарантий осуществления его профессиональной деятельности, но отсутствие надлежащего механизма реализации многих из них фактически превращает их в декларативные. К сожалению, не является исключением в этом случае правовое регулирование и совокупности таких гарантий адвокатской деятельности, которые обеспечивают надлежащий механизм проведения такого следственного действия как обыск в отношении адвоката.

Анализ научных публикаций

Проблема определения сущности профессиональных гарантий адвоката, в том числе и тех, которые обеспечивают учет особого статуса адвоката при проведении обыска в отношении него, была предметом исследований ряда ученых. Среди ученых, которые исследовали отдельные аспекты данной проблемы целесообразно выделить труды Р.В. Афанасьева, А.Б. Войнарович, А.В. Иванова, Р.Г. Мельниченко, А.В. Рагулина, М.А. Погорецкого, М.М. Погорецкого, З. Ромовской, А.Н. Скрябина, С. Тенькова, А.М. Титов, И.Ю. Цимбал-Семенчук и других. Вместе с тем и в настоящее время остается достаточное количество дискуссионных вопросов в данной сфере.

Цель и задачи статьи

Целью данной статьи является раскрытие вопроса о соответствии процедуры проведения обыска относительно адвоката по украинскому законодательству традициям европейских стран и практике Европейского суда по правам человека. В соответствии с целью, основными задачами являются: проанализировать нормативное регулирование как по украинскому законодательству, так и в соответствии с международными стандартами адвокатской профессии, законодательствами иностранных государств и практикой Европейского суда по правам человека относительно гарантий, обеспечивающих учет особого статуса адвоката при проведении обыска в

отношении него; раскрыть взгляды ученых, связанные с определением правовой природы таких гарантий адвокатской деятельности; на основе проведенного анализа выявить недостатки и пробелы в правовом регулировании механизма реализации указанных гарантий, а также выяснить соответствие процедуры проведения обыска относительно адвоката по украинскому законодательству традициям европейских стран и практике Европейского суда по правам человека.

Изложение основного материала

Предметом наших предыдущих исследований были вопросы, связанные как с общими положениями определения сущности гарантий осуществления адвокатской деятельности², так и те, которые касаются проблемы реализации отдельных видов таких гарантий³. На основании проведенного исследования, мы пришли к выводу, что, во-первых, под гарантиями адвокатской деятельности следует понимать один из элементов правового статуса адвоката, который представляет собой совокупность условий и способов, предусмотренных законодательством об адвокатуре, направленных обеспечивать не только надлежащую реализацию прав адвоката о предоставлении профессиональной юридической помощи, но и выполнения им обязанностей и привлечения его к ответственности с целью создания соответствующих условий предоставления такой помощи, а во-вторых, примерный перечень гарантий профессиональной деятельности адвоката закреплен в ст. 23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»⁴.

Одними из гарантий профессиональной деятельности адвоката являются: запрет проведения осмотра, разглашение, истребование или изъятие документов, связанных с осуществлением адвокатской деятельности (п. 4 ч. 1 ст. 23 Закона) и проведение в отношении адвоката оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий, которые могут проводиться исключительно с разрешения суда и осуществляются на основании судебного решения, принятого по ходатайству Генерального прокурора Украины, его заместителей, прокурора Автономной Республики Крым, области, города Киева и города Севастополя (п. 3 ч. 1 ст. 23 Закона). Самая большая взаимосвязь между этими гарантиями прослеживается при проведении такого следственного действия как обыск адвоката и жилья, иного владения адвоката, помещений, где он осуществляет адвокатскую деятельность. Учитывая, что в соответствии с ч. 2 ст. 234 УПК Украины обыск проводится на основании постановления следственного судьи, то

² В. Заборовський, *Правовий статус адвоката в умовах становлення незалежної адвокатури України: монографія*. Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2017. с. 477-486.

³ В. Заборовський, С. Булеца, В. Манзюк, *Індемітет адвоката як одна з основних гарантій адвокатської діяльності*. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 4. с. 287-291. http://pap.in.ua/4_2016/86.pdf (дата доступа 25.08.2017); В. Заборовський, К. Гечка. *Проблеми правового захисту адвокатської таємниці та шляхи їх вдосконалення* Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 1 с. 296-298. http://pap.in.ua/1_2014/Zaborovskiy,_Hechka.pdf (дата доступа 25.08.2017)

⁴ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. Офіційний вісник України. 2012. № 62. ст. 17.

ходатайство об обыске адвоката должен подавать только Генеральный прокурор Украины и его заместители, а также руководитель региональной адвокатуры (ч. 2 ст. 10 Закона Украины «О прокуратуре»)⁵.

Необходимо обратить внимание на то, что наличие такой гарантии как запрет проведения осмотра, разглашение, истребование или изъятие документов, связанных с осуществлением адвокатской деятельности, некоторыми учеными рассматривается как то, что «фактически отрицает и возможность проведения обыска в помещениях адвокатских объединений, офисов и помещений, где он проживает, поскольку по своему назначению обыск как процессуальное действие означает обзор всего, что есть в помещении, поиск предметов, документов с целью их последующего извлечения. Обыск даже чисто с теоретической точки зрения нельзя провести без нарушения адвокатской тайны»⁶. Мы не согласны с такой позицией, поскольку с одной стороны, в указанных помещениях могут быть и документы, не связанные с осуществлением адвокатом своей профессиональной деятельности (но имеющих значение для дела), а с другой – установление абсолютного запрета на проведение обыска адвоката и вышеуказанных помещений, как отмечает А.М. Титов, имеет шанс превратить их «на, так сказать, «криминальные объекты», недостижимые закону»⁷. Как справедливо отмечает З.В. Ромовская «адвокатское помещения или адвокатская контора не может быть хранилищем или, точнее, бункером, в котором скрывалась бы от возможного разглашения любая информация, в том числе об уголовно-наказуемом действии»⁸.

Исходя из этого, мы считаем возможным проведение такого обыска, но это следственное действие должно быть проведено в исключительном случае, поскольку Европейский суд по правам человека отмечает, что посягательство на профессиональную тайну адвоката может иметь последствия при осуществлении правосудия и тем самым нарушать права, гарантированные ст. 6 Конвенции. Также указывается на то, что огласка факта проведения обыска адвокатского офиса может негативно повлиять на профессиональную репутацию в глазах как клиентов адвоката, так и общества в целом (п. 37 Решения по делу «Нимитц против Германии»⁹. В другом решении Европейского суда (Головань против Украины)¹⁰ обращается

⁵ Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 2-3. ст. 54.

⁶ І. Цимбал-Семенчук, *Механізм забезпечення адвокатської таємниці*. Право і суспільство. 2014. № 5. с. 67.

⁷ А. Титов, *До питання про гарантії адвокатської діяльності*. Матеріали VII звітної науково-практичної конференції науково-педагогічних працівників, курсантів і студентів Кримського юридичного інституту Національного університету внутрішніх справ : у 2 ч. Сімферополь: Ельню, 2005. Ч. 1. с. 86.

⁸ З. Ромовська, *Закон України «Про адвокатуру» – ремонт чи повна реконструкція?* / Право України. 2000. № 11. с. 58-59.

⁹ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Niemietz v. Germany» on December 16, 1992 (Application № 13710/88). <http://www.echr.ru/documents/doc/2461421/2461421.htm> (дата доступа 25.08.2017).

¹⁰ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Golovan v. Ukraine» on July 05, 2012 (Application № 41716/06). http://www.golovan.com.ua/fileadmin/Blog/CASE_OF_GOLOVAN_v_UKRAINE.pdf (дата доступа 25.08.2017).

внимание на то, что преследование членов профессии адвоката наносит удар в самое сердце системы, установленной Конвенцией. Поэтому обыск помещения адвокатов должен подлежать особенно тщательному рассмотрению (п. 62 Решения). При этом, Европейский суд отмечает, что такие меры могут быть признаны «необходимыми в демократическом обществе» только при условии наличия в национальном законодательстве эффективных гарантий против злоупотреблений и произвола, и при условии их соблюдения в конкретном деле (п. 31 Решения Европейского суда по правам человека по делу «Колесниченко против России»¹¹), а также в случае, когда нет никаких других способов, кроме проведения обыска у адвоката, найти доказательство того или иного факта (п. 56 Решения Европейского суда по правам человека по делу «Ромен и Шмит против Люксембурга»¹²).

По украинскому законодательству, кроме вышеупомянутых п. 3 и 4 ч. 1 ст. 23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», гарантии сохранения адвокатской тайны при проведении обыска предусмотрены и другими нормами законодательства. Так, упомянутая гарантия о запрете проведения осмотра, разглашения, истребования или изъятия документов, связанных с осуществлением адвокатской деятельности воспроизводится в п. 6 ст. 48 УПК Украины, где отмечается, что документы, связанные с выполнением защитником его обязанностей, без его согласия не подлежат осмотру, изъятию или разглашению следователем, прокурором, следственным судьей, судом. Также ст. 161 этого Кодекса предусматривается, что вещами и документами, к которым запрещен доступ, являются: переписка или другие формы обмена информацией между защитником и его клиентом или любым лицом, которое представляет его клиента, в связи с оказанием правовой помощи, а также объекты, добавленные к такой переписке или другим формам обмена информацией. При этом, такие вещи и документы в соответствии со ст. 162 УПК Украины не относятся к вещам и документам, которые содержат охраняемую законом тайну. Данные нормы С. Теньков рассматривает «в качестве традиционной для нашего законодательства путаницы», и которые содержат противоречия, а при буквальном восприятии которых можно прийти к выводу: «Нарушать адвокатскую тайну нельзя в принципе, но если очень нужно, то можно и нарушить»¹³. Мы не согласны с такой позицией ученого, поскольку не внесение украинским законодателем указанных в ст. 161 УПК Украины вещей и документов к таким, которые содержат охраняемую законом тайну, по нашему мнению, лишь усиливает их статус, поскольку не дает возможность реализовать ч. 6 ст. 163 данного Кодекса о предоставлении временного доступа к ним. В данном случае такие вещи и документы мы рассматриваем в качестве таковых, к которым запрещен доступ в любом случае.

¹¹ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Kolesnichenko v. Russia» on April 09, 2009 (Application № 19856/04). <http://demo.eurocases.eu/Doc/CourtAct/4541957/11>.

¹² Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Roemen and Schmit v. Luxembourg» on February 25, 2003 (Application № 51772/99). <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60958> (дата доступа 25.08.2017).

¹³ С. Теньков, *Порушення адвокатської таємниці: якщо дуже потрібно, то можна...* Юридичний вісник України. 2013. № 46. с. 10.

При исследовании такого следственного действия дискуссионным остается вопрос о возможности применения ч. 3 ст. 233 УПК Украины, согласно которой следователь, прокурор вправе до вынесения решения следственного судьи войти в жилище или другое владение лица только в неотложных случаях, связанных со спасением жизни людей и имущества либо с непосредственным преследованием лиц, подозреваемых в совершении преступления. Такие случаи в юридической литературе называются «наиболее яркими»¹⁴, «типичными»¹⁵ нарушениями вышеуказанных гарантий. Допускает возможность проведения указанного следственного действия по действующему украинскому законодательству А.Б. Войнарович, раскрывая вопрос о целесообразности по аналогии (в отношении следственного судьи) последующего уведомления представителя Совета адвокатов региона о выполнении такого процессуального действия¹⁶. Мы не разделяем такой позиции, а считаем, что в упоминавшемся п. 4 ч. 1 ст. 23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» в императивной форме указывается на необходимость судебного решения как основания проведения следственных действий, в том числе и обыска, без всякого указания на наличие исключений, в частности относительно его проведения в неотложных случаях. Положительным в этом аспекте является опыт российского законодателя, где Конституционный Суд приходит к выводу, что Закон об адвокатуре не предусматривает возможности проведения обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения¹⁷.

Другим актуальным вопросом при обеспечении соблюдения указанных профессиональных гарантий адвоката является использование правоохранительными органами формулировки, в соответствии с которой они не должны применяться, если предметом обыска являются документы, которые не имеют никакого отношения к профессиональной деятельности адвоката. В данном случае необходимо учитывать позицию Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, который такую практику считает необоснованной, поскольку «ни КПК, ни Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» не определяют связь между обыском адвоката и его адвокатской деятельностью как обязательное условие предоставления соответствующего ходатайства уполномоченными на то согласно ст. 23 Закона Украины «Об

¹⁴ А. Рагулин, *Противоречия между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России в части регламентации профессиональных прав адвоката-защитника и их преодоление*. Евразийская адвокатура. 2014. Вып. 2 (9). с. 33.

¹⁵ А. Иванов, *Гарантии независимости адвокатов и пути их совершенствования*. Евразийская адвокатура. 2014. № 6 (13). с. 60.

¹⁶ А. Войнарович, *Особливості проведення окремих процесуальних дій відносно адвоката у кримінальному провадженні як гарантії адвокатської діяльності*. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 36. Т. 2. с. 129.

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О по жалобе граждан С. Бородина, В. Буробина, А. Быковского и других на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Собрание законодательства РФ. 2006. № 5. ст. 633.

адвокатуры и адвокатской деятельности» лицами»¹⁸. Исходя из этого, с целью недопущения неодинакового применения законодательства, считаем необходимым на законодательном уровне закрепить нормы, которые бы определяли необходимость соблюдения гарантий адвоката, в том числе при проведении обыска и в неотложных случаях, а также независимо от осуществления им своей профессиональной деятельности.

Одной из основных гарантий при проведении указанного следственного действия относительно адвоката является закрепление нормы, согласно которой при проведении обыска или осмотра жилища, другого владения адвоката, помещений, где он осуществляет адвокатскую деятельность следственный судья, суд в своем решении в обязательном порядке должен указывать перечень вещей, документов, которые планируется найти, выявить и изъять во время проведения такого следственного действия. Определение четкого перечня таких вещей, по нашему мнению, является одной из гарантий обеспечения соблюдения адвокатской тайны, поскольку его отсутствие, как отмечается в решении Европейского суда по правам человека по делу «Колесниченко против России»¹⁹ (п. 33), свидетельствует о наличии у следователя неограниченных полномочий в определении того, какие документы «представляют интерес» для расследования по уголовному делу. Целью закрепления такого перечня является запрет доступа к предметам и вещам, полученным адвокатом в связи с осуществлением адвокатской деятельности, а следовательно, составляющих адвокатскую тайну. Подобная позиция имеет место и в решениях Европейского суда по правам человека, в частности по делу «Смирнов против России» (п. 48)²⁰, «Ромен и Шмит против Люксембурга» (п. 70)²¹, «Манчевски против Молдовы» (п. 47-48)²², «Андре и другой против Франции» (п. 45)²³.

Вызывает интерес и опыт зарубежных стран по проведению такого обыска. Так, А. Андрощук, исследуя особенности профессии юриста в странах Европейского Союза, указывает на то, что при проведении обысков и описей имущества в служебных помещениях австрийских адвокатов, изъятые документы «должны быть скреплены печатью и должны храниться в суде, и судьи в составе трех человек должны проверить

¹⁸ Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (витяг). Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 81-104. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2015_1_6 (дата доступа 25.08.2017).

¹⁹ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Kolesnichenko v. Russia» on April 09, 2009 (Application № 19856/04) <http://demo.eurocases.eu/Doc/CourtAct/4541957/11> (дата доступа 25.08.2017).

²⁰ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Smirnov v. Russia» on June 7, 2007 (Application № 71362/01) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80953> (дата доступа 25.08.2017)

²¹ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Roemen and Schmit v. Luxembourg» on February 25, 2003 (Application № 51772/99) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60958> (дата доступа 25.08.2017).

²² Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Mancevschi v. Moldova» on October 7, 2008 (Application № 33066/04) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88719> (дата доступа 25.08.2017)

²³ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «André and another v. France» on July 24, 2008 (Application № 18603/03) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87938> (дата доступа 25.08.2017).

конфиденциальность показаний»²⁴. Заслуживает внимания и законодательство Республики Албания, закрепляя норму о том, что обыск, досмотр и изъятие в помещении адвоката-защитника осуществляется лично судьей, а в ходе предварительного расследования эти действия проводятся прокурором на основании специального решения судьи (ч. 3 ст. 52 Уголовного процессуального кодекса Республики Албания²⁵). По нашему мнению, такие нормы направлены на дополнительное обеспечение сохранения адвокатской тайны при проведении такого следственного действия, как обыск в отношении адвоката.

Для практической реализации вышеуказанных гарантий сохранения адвокатской тайны заслуживает внимания и мнение В.М. Трофименко, который указывает на то, что «в целях сохранения адвокатской тайны адвокат должен осуществлять делопроизводство отдельно от предметов и документов, принадлежащих его доверителю»²⁶. По утверждению И.Л. Трунова и Л.К. Труновой необходимо «обязательное хранение полученных от доверителей документов и других письменных материалов и электронных носителей информации, а также записей адвоката и доверителей, которые имеют отношение к оказанию юридической помощи в соответствующих папках»²⁷. Они указывают на то, что такие папки должны содержать надписи: «Адвокатское производства». Такой позиции придерживается К. Бутовченко, которая отмечает: «Среди ряда полезных рекомендаций по защите адвокатской тайны – формирование адвокатского досье. Хотя украинское законодательство не дает толкования соответствующего термина, обычно отметки на папке и подписанного договора о предоставлении адвокатских услуг на первых страницах такого «досье» хватает для того, чтобы правоохранители воздержались от дальнейшего ознакомления с ним»²⁸. В данном случае следует обратить внимание на то, что Министерством юстиции Украины были утверждены Стандарты качества предоставления бесплатной вторичной правовой помощи в уголовном процессе²⁹, в одном из пунктов которых отмечается необходимость ведения защитником в каждом уголовном производстве на электронных или бумажных носителях адвокатского досье. При этом отмечается ориентировочный перечень материалов, которые оно должно содержать.

²⁴ А. Андрощук, *Професія юриста в країнах Європейського Союзу*. Юридичний журнал. – 2011. № 2. с. 121.

²⁵ Kodi i Procedurës Penale të Republikës së Shqipërisë nga 21.03.1995 № 7905. http://www.pp.gov.al/web/kodi_i_procedures_penale_perditesuar_1050.pdf (дата доступа 25.08.2017)

²⁶ В. Трофименко. *До питання щодо механізмів забезпечення адвокатської таємниці в кримінальному процесі*. Університетські наукові записки. 2011. № 3. с. 298. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2011_3_43 (дата доступа 25.08.2017).

²⁷ И. Трунов, К. Трунова, *Привилегии и иммунитеты в отношении адвоката в уголовном судопроизводстве*. Адвокатская практика. 2005. № 2. с. 23.

²⁸ Е. Бутовченко, *Адвокат с гарантією*. Закон і Бізнес. 2016. Вып. 8 (1254). http://zib.com.ua/ru/121805-za_narushenie_prav_zaschitnika_mogut_vvesti_ugolovnyuyu_otvet.html (дата доступа 25.08.2017).

²⁹ 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.

Одной из основных гарантий сохранения адвокатской тайны при проведении обыска или осмотра жилища, другого владения адвоката, помещений, где он осуществляет адвокатскую деятельность, по нашему мнению, является закрепление нормы о необходимости присутствия представителя совета адвокатов региона, кроме случаев его неявки при условии заблаговременного сообщения совета адвокатов региона (такая неявка не препятствует проведению соответствующего процессуального действия). Для обеспечения его участия служебное лицо, которое будет проводить соответствующее следственное действие, применять меры обеспечения уголовного производства, должно заблаговременно уведомлять об этом совет адвокатов региона по месту проведения такого процессуального действия (ч. 2 ст. 23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»).

Такая норма украинского законодательства соответствует законодательству ряда европейских стран и практике Европейского суда по правам человека. В частности, ст. 20 Кодекса этики адвокатов Польши (Сборник правил по адвокатской этике и достоинства профессии)³⁰ предусматривает, что в случае осуществления обыска в помещении, где адвокат осуществляет свою профессиональную деятельность или в частном доме адвоката, он должен требовать присутствия представителя коллегии адвокатов. Заслуживает внимания и ст. 56-1 Уголовно-процессуального кодекса Франции³¹, где отмечается, что обыски в офисе адвоката или в его доме могут быть сделаны только мировым судьей и в присутствии президента коллегии адвокатов или его представителя на основании письменного и обоснованного решения судьи. Из необходимости участия президента или представителя Совета адвокатов во время проведения такого следственного действия выходит и Уголовно-процессуальный кодекс Италии (ч. 3 ст. 103 Кодекса)³².

Как мы выше отмечали, присутствие представителя совета адвокатов региона обеспечивается путем заблаговременного уведомления совета адвокатов региона о проведении обыска или осмотра жилища, другого владения адвоката, помещений, где он осуществляет адвокатскую деятельность. К сожалению, действующее законодательство не определяет ни срока, ни порядка уведомления. А это, как отмечает А.Н. Скрябин, дает возможность сотрудникам правоохранительных органов и должностных лиц ставить в неудобное положение представителя совета адвокатов региона, поскольку они «пользуясь данными пробелами и недостатками законодательства, получают практическую возможность обходить эти

³⁰ Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej), uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10 października 1998 r. № 2/XVIII/98 <http://www.rada-adwokacka.poznan.pl/zbi%C3%B3r-11-81.html> (дата доступа 25.08.2017).

³¹ Code de procédure civile: Le décret № 75-1123 du 5 décembre 1975. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154> (дата доступа 25.08.2017).

³² Codice di Procedura Penale. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988 № 447. <http://www.anpsvicenza.it/NORMATIVE/PPP.pdf>.

гарантии адвокатской деятельности»³³. В частности такой пример был приведен в Отчете о нарушении прав адвокатов и гарантий адвокатской деятельности в Украине (2013-2016 годы)³⁴, где указывается, что Совет адвокатов г. Киева о проведении обыска был уведомлен надлежащим образом, а именно за 8 мин. до его начала. В литературе имеется точка зрения, согласно которой «совет адвокатов региона следует считать уведомленным заранее при условии, если такое сообщение поступило в сроки, которые являются объективно необходимыми и дают достаточно времени для появления представителя совета адвокатов региона без неоправданной задержки, в пределах предельного срока, который не может быть меньше, чем за сутки до назначенного времени»³⁵. Имеется и позиция, согласно которой такое сообщение «обязательно должно быть представлено в письменной форме»³⁶. Мы подвергаем сомнению такие позиции авторов, поскольку они в определенной степени могут нанести вред процессуальной цели проведения такого следственного действия как обыск, а считаем возможным использовать некоторые положения Порядка информирования центров по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи в случаях задержания, административного ареста или применения меры пресечения в виде содержания под стражей³⁷.

В п. 3 ч. 2 ст. 23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» отмечается, что в целях обеспечения соблюдения требований настоящего Закона, что касается адвокатской тайны при проведении указанных процессуальных действий, представителю совета адвокатов региона предоставляется право задавать вопросы, подавать свои замечания и возражения относительно порядка проведения процессуальных действий, которые указываются в протоколе. Более подробно полномочия такого представителя регулируются в Порядке действий по вопросам обеспечения гарантий адвокатской деятельности, защиты профессиональных и социальных прав адвокатов³⁸, а именно в Разделе 2 указанного Порядка. В частности отмечается, что такой представитель

³³ А. Скрыбин, *Особенности проведения следственных действий и мер обеспечения уголовного производства в отношении адвоката по законодательству Украины*. Евразийская адвокатура. 2015. Вып. 1 (14). с. 44.

³⁴ Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013-2016 роки), затверджений рішенням Ради адвокатів України від 26 лютого 2016 року № 2. <http://unba.org.ua/assets/uploads/news/publikacii/buklet-zvit-porushennya.pdf> (дата доступа 25.08.2017).

³⁵ Р. Афанасієв, Проблеми правового регулювання окремих гарантій адвокатської діяльності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 24. Т. 4. с. 154.

³⁶ А. Скрыбин, *Особенности проведения следственных действий и мер обеспечения уголовного производства в отношении адвоката по законодательству Украины*. Евразийская адвокатура. 2015. Вып. 1 (14). с. 45.

³⁷ 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.

³⁸ Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів, затверджений рішенням Ради адвокатів України від 27 липня 2013 року № 183. https://kmdka.com/sites/default/files/files/poryadok_reaguvannya_10.04.2013-1.pdf (дата доступа 25.08.2017).

(Уполномоченный член Совета/Комитета) перед началом следственного действия обязан получить копию/фотокопию постановления следственного судьи о проведении соответствующего процессуального действия и проверить соответствие его содержания требованиям Уголовно-процессуального кодекса Украины и Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности». В случае не указания в постановлении следственного судьи перечня вещей, документов, которые планируется найти, выявить, изъять во время проведения следственного действия, он должен уведомить то должностное лицо, которое проводит следственное действие, об отсутствии правовых оснований для проведения обыска или осмотра жилища, другого владения адвоката, помещений, где он осуществляет адвокатскую деятельность, временного доступа к вещам и документам адвоката. Предусмотрены вышеуказанным Порядком также и действия такого представителя в случае наличия вещей, документов, которые планируется выявить в соответствии с постановлением следственного судьи, и которые содержат адвокатскую тайну, или отнесены к вещам и документам доступ к которым запрещен, согласно ст. 161 УПК Украины. В частности п. 2.9 Порядка закрепляется положение, согласно которому с целью обеспечения предотвращения нарушения гарантий на сохранение адвокатской тайны, Уполномоченный член Совета/Комитета опечатывает доступ в помещение, к вещам, в том числе электронным носителям информации и/или документам, компьютерной техники, мобильным телефонам и т.д., доступ к которым запрещен в соответствии с требованиями ст. 161 УПК Украины. Этим Порядком такой представитель наделяется и другими полномочиями.

Анализ положений вышеуказанного Порядка дает нам возможность прийти к выводу, что представитель совета адвокатов региона во время проведения такого следственного действия наделяется существенным кругом полномочий. Однако совершенно справедливо М.А. Погорецкий и М.М. Погорецкий отмечают, что в некоторых случаях, «когда следователи или другие должностные лица, которые выполняют поручения следователя о проведении обыска, не всегда адекватно реагируют на замечания представителя Совета адвокатов по поводу законности проведения соответствующего процессуального действия»³⁹. Они указывают на то, что наиболее распространенные замечания касаются неточностей в определении перечня вещей и документов, в отношении которых проводятся процессуальные действие и создания препятствий представителю совета адвокатов, что касается упоминавшегося нами опечатывания доступа в помещение, к вещам и тому подобное.

В данном случае следует обратить внимание на то, что Европейский суд по правам человека в своем Решении (Головань против Украины)⁴⁰

³⁹ М.А. Погорецкий, М.М. Погорецкий, *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 року). Одеса: Юридична література, 2015. с. 11.

⁴⁰ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Golovan v. Ukraine» on July 05, 2012 (Application № 41716/06). http://www.golovan.com.ua/fileadmin/Blog/CASE_OF_GOLOVAN_v_UKRAINE.pdf (дата доступа 25.08.2017).

указывает на то, что наблюдатель должен быть наделен необходимыми полномочиями, чтобы быть способным предотвратить любое возможное вмешательство в адвокатскую тайну. По нашему мнению, это будет возможно только при условии, что вышеуказанные полномочия представителя совета адвокатов региона будут воспроизведены не в подзаконных нормативно-правовых актах, а в Законе Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» и будут раскрыты и в положениях УПК Украины.

Выводы

На основании вышеизложенного можно прийти к выводу, что украинское законодательство в сфере обеспечения гарантий адвокатской деятельности во время проведения обыска или осмотра жилища, другого владения адвоката, помещений, где он осуществляет адвокатскую деятельность, в целом соответствует традициям европейских стран и практике Европейского суда по правам человека (в частности, что касается присутствия представителя совета адвокатов региона и указания в постановлении суда перечня вещей, документов, которые планируется найти, выявить, изъять во время проведения такого следственного действия). Однако наличие существенных неточностей и пробелов, а также фактическое отсутствие в УПК Украины положений об особенностях такого следственного действия в отношении адвоката, никаким образом не способствуют надлежащему и единообразному применению законодательства в аспекте соблюдения гарантий сохранения адвокатской тайны.

Библиография

- Code de procédure civile: Le décret № 75-1123 du 5 décembre 1975. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154> (дата доступа 25.08.2017).
- Codice di Procedura Penale. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988 № 447. <http://www.anpsvicenza.it/NORMATIVE/ CPP.pdf>
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «André and another v. France» on July 24, 2008 (Application № 18603/03) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87938> (дата доступа 25.08.2017).
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Golovan v. Ukraine» on July 05, 2012 (Application № 41716/06). http://www.golovan.com.ua/fileadmin/Blog/CASE_OF_GOLOVAN_v_UKRAINE.pdf (дата доступа 25.08.2017).
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Golovan v. Ukraine» on July 05, 2012 (Application № 41716/06) http://www.golovan.com.ua/fileadmin/Blog/CASE_OF_GOLOVAN_v_UKRAINE.pdf (дата доступа 25.08.2017).
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Kolesnichenko v. Russia» on April 09, 2009 (Application № 19856/04). <http://demo.eurocases.eu/Doc/CourtAct/4541957/11>

- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Kolesnichenko v. Russia» on April 09, 2009 (Application № 19856/04)
<http://demo.eurocases.eu/Doc/CourtAct/4541957/11> (дата доступу 25.08.2017).
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Mancevschi v. Moldova» on October 7, 2008 (Application № 33066/04)
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88719> (дата доступу 25.08.2017)
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Niemiets v. Germany» on December 16, 1992 (Application № 13710/88).
<http://www.echr.ru/documents/doc/2461421/2461421.htm> (дата доступу 25.08.2017).
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Roemen and Schmit v. Luxembourg» on February 25, 2003 (Application № 51772/99).
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60958> (дата доступу 25.08.2017)
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Roemen and Schmit v. Luxembourg» on February 25, 2003 (Application № 51772/99)
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60958> (дата доступу 25.08.2017).
- Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Smirnov v. Russia» on June 7, 2007 (Application № 71362/01)
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80953> (дата доступу 25.08.2017).
- Kodi i Procedurës Penale të Republikës së Shqipërisë nga 21.03.1995 № 7905.
http://www.pp.gov.al/web/kodi_i_procedures_penale_perditesuar_1050.pdf (дата доступу 25.08.2017).
- Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej), uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10 października 1998 r. № 2/XVIII/98 <http://www.rada-adwokacka.poznan.pl/zbi%C3%B3r-11-81.html> (дата доступу 25.08.2017).
- Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. Офіційний вісник України. 2012. № 62.
- Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 2-3.
- Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013-2016 роки), затверджений рішенням Ради адвокатів України від 26 лютого 2016 року № 2.
<http://unba.org.ua/assets/uploads/news/publikacii/buklet-zvit-porushennya.pdf> (дата доступу 25.08.2017)
- Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О по жалобе граждан С. Бородина, В. Буробина, А. Быковского и других на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Собрание законодательства РФ. 2006. № 5.
- Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів , затверджений рішенням Ради адвокатів України від 27 липня 2013 року № 183.
https://kmdkda.com/sites/default/files/files/poryadok_reaguvannya_10.04.2013-1.pdf (дата доступу 25.08.2017).

- 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.
- 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.
- Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (витяг). Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2015. № 1. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2015_1_6 (дата доступу 25.08.2017).
- Андрощук А., *Професія юриста в країнах Європейського Союзу*. Юридичний журнал. – 2011. № 2.
- Афанасієв Р., Проблеми правового регулювання окремих гарантій адвокатської діяльності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 24. Т. 4.
- Бутовченко Е., *Адвокат с гарантией*. Закон і Бізнес. 2016. Вып. 8 (1254). http://zib.com.ua/ru/121805-za_narushenie_prav_zaschitnika_mogut_vvesti_ugolovnuyu_otvet.html (дата доступу 25.08.2017)
- Войнарович А., Особливості проведення окремих процесуальних дій відносно адвоката у кримінальному провадженні як гарантії адвокатської діяльності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 36. Т. 2.
- Заборовський В., Булеца С., Манзюк В., *Індемнітет адвоката як одна з основних гарантій адвокатської діяльності*. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 4. http://pap.in.ua/4_2016/86.pdf
- Заборовський В., Гечка К., *Проблеми правового захисту адвокатської таємниці та шляхи їх вдосконалення*. Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 1. http://pap.in.ua/1_2014/Zaborovskyi,_Hechka.pdf
- Заборовський В., *Правовий статус адвоката в умовах становлення незалежної адвокатури України: монографія*. Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2017.
- Иванов А., *Гарантии независимости адвокатов и пути их совершенствования*. Евразийская адвокатура. 2014. № 6 (13).
- 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 року). Одеса: Юридична література, 2015.
- Рагулин А., Противоречия между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России в части регламентации профессиональных прав адвоката-защитника и их преодоление. Евразийская адвокатура. 2014. Вып. 2 (9).
- Ромовська З., *Закон України «Про адвокатуру» – ремонт чи повна реконструкція?* / Право України. 2000. № 11.

- Скрябин А., Особенности проведения следственных действий и мер обеспечения уголовного производства в отношении адвоката по законодательству Украины. Евразийская адвокатура. 2015. Вып. 1 (14).
- Теньков С., Порухення адвокатської таємниці: якщо дуже потрібно, то можна Юридичний вісник України. 2013. № 46.
- Титов А., *До питання про гарантії адвокатської діяльності*. Матеріали VII звітної науково-практичної конференції науково-педагогічних працівників, курсантів і студентів Кримського юридичного інституту Національного університету внутрішніх справ: у 2 ч. Сімферополь: Ельню, 2005. Ч. 1.
- Трофименко В., *До питання щодо механізмів забезпечення адвокатської таємниці в кримінальному процесі*. Університетські наукові записки. 2011. № 3. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2011_3_43 (дата доступа 25.08.2017).
- Трунов И., Трунова К., *Привилегии и иммунитеты в отношении адвоката в уголовном судопроизводстве*. Адвокатская практика. 2005. № 2.
- Цимбал-Семенчук І., *Механізм забезпечення адвокатської таємниці*. Право і суспільство. 2014. № 5.