

УДК 343.14

М.М. ПОГОРЕЦЬКИЙ, Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка

КРИМІНАЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФРН ТА ФРАНЦІЇ

Ключові слова: адвокат, адвокатська таємниця, кримінальне провадження, гарантії, допит, обшук

Розбудова України як правової демократичної держави з розвинутим громадським суспільством, яка повинна забезпечити кожній людині її конституційні права та свободи, а в разі їх порушення – їх захист, передбачає й розвиток такого правозахисного інституту як адвокатура та таких її основоположних засад діяльності як гарантій адвокатської таємниці і, особливо, у такій сфері права, як кримінальний процес. Тому в умовах реформування адвокатури України виникає необхідність дослідження її основоположних засад, у тому числі й кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці. У цьому аспекті важливого значення набуває досвід передових європейських країн і, перш за все, ФРН та Франції, законодавство яких взято за основу у формуванні національних законодавств багатьох країн, у тому числі й України.

Зважаючи на важливість цього досвіду для реформування адвокатури, окремі його питання були предметом дослідження у працях вітчизняних правників Ю.П. Аленіна, Т.В. Варфоломеевої, В.Г. Гончаренка, Я.П. Зейкана, О.В. Капліної, Л.М. Лобойка, С.М. Логінової, В.В. Молдована, В.Т. Нора, М.А. Погорецького, Л.Д. Удалової, С.Л. Савицької, М.І. Сірого, О.Д. Святоцького, О.Ю. Татарова, В.М. Трофименка, П.В. Хотенця, О.Г. Шило, О.Г. Яновської та ін. Проте, необхідність подальшого удосконалення діяльності адвокатури України та інституту захисту у криміна-

льному процесі потребують поглибленого вивчення досвіду функціонування кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці у законодавстві ФРН та Франції для використання його вітчизняними правниками у науковій, законопроектній та практичній діяльності, що є метою статті.

У ФРН дотримання адвокатської таємниці є одним з основних обов'язків адвоката, який закріплений у низці законодавчих актів. Зокрема, згідно п.2 параграфу 43а Федерального положення про адвокатів (BRAO) (далі – Положення) [1], адвокат зобов'язаний зберігати таємницю, що поширюється на все, що йому стало відомо при виконанні його професії. Це не стосується фактів, які за своїм значенням не мають потреби в прихованні або загальновідомі. П.4 цього ж параграфу та параграфом 3 встановлюється, що адвокат у ФРН не вправі представляти суперечливі інтереси. Законодавча заборона представляти суперечливі інтереси в кримінальному провадженні, як це закріплено також і в Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського співтовариства [2], гарантує адвокату дотримання конфіденційності у відносинах з його клієнтом.

У п.1 параграфу 2 Положення закріплено, що в адвоката є право й обов'язок дотримуватися конфіденційності. Адвокатська таємниця поширюється на все, що стало відомо йому в процесі виконання його професійної діяльності, і не припиняється в той момент, коли адвокат перестає надавати клієнтові юридичну допомогу.

Незважаючи на те, що адвокатська таємниця в ФРН поширюється на все, що стало відомо адвокату в процесі виконання ним своєї професійної діяльності й адвокатська таємниця не обмежена в часі, п.3 параграфу 2 Положення встановлено, що обов'язок дотримуватися конфіденційності не застосовується, якщо Правила професійної діяльності й інше законодавство передбачають виключення. До таких виключень, наприклад, відносяться випадки, коли адвокат змушений захищати свої права й законні інтереси.

Для захисту адвокатської таємниці від зазіхань із боку третіх осіб у законодавстві ФРН передбачений імунітет, що припускає повну заборону доступу посадових осіб до професійно значимої інформації адвоката. Так, зокрема, відносно адвокатів діє імунітет свідка, що поширюється не тільки на відмову від дачі показань, але й на неповідомлення про злочин, який готується. В основі імунітету свідка закладена не заборона адвоката свідчити, а його право відмовитися від дачі показань в якості свідка.

Крім права на відмову від дачі показань в якості свідка чинне законодавство ФРН містить і заборону на порушення таємниці кореспонденції між адвокатом і його клієнтом, що закріплене в параграфі 97 КПК ФРН [3]. Адвокатську таємницю ФРН охороняють також і норми кримінального законодавства, яке передбачає кримінальну відповідальність за порушення адвокатської таємниці. Так, відповідно до п.3 параграфу 203 КК ФРН «Хто незаконно розкриває чужу таємницю, особливо таємницю, що стосується особистого життя, або службову або комерційну таємницю, що була йому довірена або стала йому відома яким-небудь іншим способом у зв'язку з виконанням професійних обов'язків у якості адвоката, адвоката-піклувальника, нотаріуса, захисника в передбаченому законом судочинстві, аудитора, наведеного до присяги бухгалтера-ревізора, консультанта по податкових питаннях, уповноваженого по зборам податків або органу або члена органу таких товариств як суспільства адвокатів, адвокатів-опікунів, аудиторів, бухгалтерів-ревізорів або консультантів по податкових питаннях, карається позбавленням волі на строк до одного року або грошовим штрафом».

До адвоката, зазначеному в цій статті, прирівнюються й інші члени колегії адвокатів, зокрема стажисти, які, для допуску до стажування, приносять перед апеляційним судом адвокатську присягу.

Відповідно до параграфу 137 КПК ФРН обвинувачуваний вправі користуватися послугами захисника на всіх стадіях криміналь-

ного провадження, включаючи й попереднє розслідування. У досудовому провадженні адвокат допускається до захисту з моменту допиту обвинувачуваного суддею або прокурором, а отже, із цього моменту виникає його обов'язок зберігати адвокатську таємницю.

Разом з тим, п.2 параграфу 148 КПК ФРН закріплено положення про те, що, якщо підслідний перебуває під вартою й обвинувачується за ст.129а КК, а саме в приналежності до терористичної організації, ті письмові або інші матеріали, навіть якщо вони адресовані адвокату, повинні прийматися від відправника тільки в тому випадку, якщо він погодився на їхній огляд суддею. Крім того, у цьому випадку, під час бесіди обвинувачуваного з своїм захисником, повинні бути застосовані відповідні міри, щоб виключити можливість передачі письмових або яких-небудь інших матеріалів, без їхнього попереднього перегляду.

Водночас, треба відзначити, що чинне законодавство ФРН передбачає низку гарантій, якими супроводжується зазначений вище контроль за кореспонденцією осіб, підозрюваних у тероризмі. Так, параграфом 148 КПК ФРН передбачено, що суддею, відповідальним за реалізацію названих мір спостереження, є суддя того ж суду, де перебуває слідчий ізолятор; що цей суддя не може вести і йому не можна доручати провадити слідство; що він не повинен розголошувати відомості, які стали йому відомі, за винятком випадків, коли останні стосуються тяжких і особливо тяжких злочинів, передбачених п.1 і п.2 параграфу 138 КК ФРН, що закріплює кримінальну відповідальність за підготовку агресивної війни й державну зраду. Такі обмеження, зокрема, заборона судді, що контролює кореспонденцію особи, обвинувачуваної в терористичній діяльності, розголошувати відомості, що стали йому відомі з переписки, є певним компромісом між охороною суспільно-необхідної адвокатської таємниці й захистом ФРН від яких-небудь дій, спрямованих проти її суверенітету, територіальної недоторканності, політичної незалежності й підготовки агресивної війни.

Оскільки контроль за кореспонденцією особи, затриманої за підозрою в приналежності до терористичної організації, закріплений п.2 параграфу 148 КПК ФРН, є прямим порушенням адвокатської таємниці, то відповідна норма закону й практика її застосування були предметом неодноразового судового розгляду Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Так, 05.07.2001 р. ЄСПЛ виніс рішення [4] за скаргою громадянина Туреччини Селаттин Ердема (за його словами) або Дурана Калкана (за даними суду). Заявник був затриманий на кордоні ФРН за підозрою в приналежності до терористичної організації (параграф 129а Кримінального кодексу) і підробці документів (параграф 267 Кримінального кодексу). 20.10.1988 р. федеральний генеральний прокурор розпочав розслідування відносно заявника й п'ятнадцяти інших лідерів Курдської робочої партії. Під час перебування заявника під вартою переписка між ним і його адвокатом контролювалася відповідно до п.2 параграфу 148 КПК ФРН. У скарзі, поданої в ЄСПЛ, заявник стверджував, що контроль за його перепискою з адвокатом, що здійснювався на підставі п.2 параграфу 148 КПК ФРН, порушував п.1 і п.2 ст.8 Конвенції про захист прав людини й основних свобод (далі – Конвенція), відповідно до якої кожний має право на повагу його особистого й сімейного життя, його житла і його кореспонденцій. Не допускається втручання з боку публічної влади в здійснення цього права (повага переписки), за винятком випадків, коли таке втручання передбачене законом і необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки й громадського порядку, для економічного добробуту країни, з метою запобігання безладів або злочинів, для охорони здоров'я або моральності, або захисту прав, свобод та законних інтересів інших осіб [5].

Факт знаходження переписки між заявником і його адвокатом під контролем судді відповідно до п.2 параграфу 148 КПК ФРН сторуною обвинувачення не спростовувався.

Таким чином, з погляду заявника, мало місце «втручання публічної влади», гарантоване п.1 ст.8 Конвенції право заявника на повагу переписки, у цьому випадку з його адвокатом.

ЄСПЛ, розглянувши цю скаргу, прийшов до висновку, що знаходження переписки обвинувачуваного з адвокатом під контролем публічної влади в цьому випадку не є порушенням ст.8 Конвенції, тому що втручання в кореспонденцію між адвокатом і заявником має правову основу у національному законодавстві.

Таким чином, ЄСПЛ, беручи до уваги встановлену кримінальним процесуальним законодавством ФРН можливість судді переглядати переписку між адвокатом і довірительцем у тому випадку, якщо останній обвинувачується в приналежності до терористичної організації, визнав правомірність дій публічної влади, тобто, по суті, віддав пріоритет у регулюванні адвокатської таємниці нормам національного законодавства над міжнародними нормами.

На відміну від законодавчого регулювання гарантій дотримання адвокатської таємниці в Україні, законодавство ФРН не передбачає спеціального захисту від проведення обшуків в адвокатських приміщеннях. Відсутність законодавчо встановлених заборон на проведення обшуків призвело до того, що практика проведення обшуків у приміщеннях, зайнятих адвокатами, також була предметом судового розгляду ЄСПЛ за скаргою адвоката ФРН Німітца [6], яким кілька років був представником партії «Freiburg Bunte Liste», а також брав безпосередню участь у діяльності антиклерикальної робочої групи, метою якої було ослаблення впливу Церкви. Відповідно до матеріалів провадження, ордер на обшук будинку й офісу адвоката був виданий з метою знайти й вилучити документи, що розкривають особистість Клауса Вегнера, який підписав лист від імені антиклерикальної робочої групи партії Freiburg Bunte Liste, у якому містилися погрози на адресу судді окружного суду Фрайбурге. Однак ордер на обшук був виданий без будь-яких обмежень чи уточнень, що конкре-

тно необхідно було обшукати або переглянути, які документи необхідно було знайти. У результаті такого оформлення процесуального документа в ході проведення обшуку були переглянуті чотири шафи з адвокатськими провадженнями, а також шість особистих досьє адвоката.

Оскаржуючи дії правоохоронних органів, адвокат звернувся в Перший суд землі м. Мюнхена, який визнав скаргу заявника щодо незаконності проведеного обшуку неприйнятною на тій підставі, що обшук уже був проведений, крім того, на думку німецького суду, обшук був обґрунтованим, оскільки існували розумні підстави думати, що відповідні матеріали будуть знайдені. Суд також не погодився з тим, що обшук був проведений з порушенням таємниці кореспонденції між адвокатом і його клієнтом, закріпленої в параграфі 97 КПК ФРН. На думку суду землі м. Мюнхена, ордер на обшук був виданий на тій підставі, що кореспонденція партії «Freiburg Bunte Liste» направлялася в офіс заявника й ніяк не могла стосуватися відповідних адвокатських проваджень. Суд вирішив, що в даній справі не мало місце втручання в адвокатську діяльність заявника.

ЄСПЛ, розглянувши скаргу заявника, не підтримав позицію Першого суду землі м. Мюнхена й визнав, що обшук в офісі заявника являв собою порушення його прав гарантованих ст.8 Конвенції. Таким чином, ЄСПЛ підкреслив, що доступ посадових осіб до професійно значимої інформації адвоката повинен бути під заборону, тому що ці відомості мають конфіденційний характер.

Незважаючи на те, що законодавством ФРН встановлені виключення з адвокатської таємниці, ФРН є послідовним прихильником збереження абсолютної адвокатської таємниці.

Таким чином, правове регулювання адвокатської таємниці в ФРН полягає в тому, що адвокатська таємниця регулюється нормами законів, присвячених адвокатській діяльності. Предмет адвокатської таємниці в законі не конкретизований, адже до нього включені всі відомості, які адвокат довідався під час здійс-

нення своєї професійної діяльності, за винятком фактів, які за своїм значенням не мають потреби в прихованні або загальновідомі. При цьому, адвокатська таємниця не обмежена в часі. Нормами КПК ФРН адвокату надане право відмовитися від надання показань в разі допиту його як свідка. За порушення адвокатської таємниці передбачена кримінальна відповідальність. Разом із тим, законодавством встановлені випадки, коли адвокатська таємниця може порушуватися.

Кримінальні процесуальні гарантії адвокатської таємниці за законодавством Франції, на відміну від ФРН, мають певні відмінності. Так, Внутрішній регламент Паризької колегії адвокатів (Règlement intérieur du barreau de Paris [7]), закріплює два поняття, що входять до адвокатської таємниці – безпосереднє поняття адвокатська таємниця, закріплене в ст.2 і поняття конфіденційність, закріплене в ст.3. Тобто, правила адвокатської професії у Франції як самостійний елемент адвокатської діяльності поряд з адвокатською таємницею, під якою варто розуміти праввідносини, що виникають між адвокатом і його довірцем, визначають також конфіденційність – праввідносини, що можуть виникнути між адвокатами, наприклад, при необхідності проведення консультацій.

Відповідно до п.1 ст.3 Регламенту, до конфіденційної інформації відноситься будь-який обмін інформацією між адвокатами, в усній або письмовій формі, на будь-яких носіях (на паперових, електронних, по факсу та ін.). Разом із тим, п.2 цієї ж статті закріплюються виключення, коли зазначена в п.1 інформація, а саме кореспонденція, не є конфіденційною. Зокрема, не є конфіденційною кореспонденція, що заміняє або є аналогічною процесуальним актам, кореспонденція з позначкою «Офіційно», тексти, складені адвокатами, з позначкою «Офіційно» [7].

П.4 ст.3 Регламенту визначено, що на адвоката покладаються додаткові обов'язки у випадку його спілкування з іноземними адвокатами. Так, до початку обміну конфіденційною інформацією адвокат повинен перекона-

тися в тому, чи передбачені в країні іноземних адвокатів правила, спрямовані на забезпечення конфіденційної переписки. При відсутності таких правил адвокат повинен укласти з іноземним адвокатом угоду про конфіденційність або запросити у свого клієнта згоду на прийняття ризику, що може виникнути в зв'язку з обміном не конфіденційною інформацією.

Що ж стосується адвокатської таємниці, то, на відміну від Німеччини, законодавство якої не конкретизує перелік відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці, відносячи до неї всі відомості, які адвокат отримав під час здійснення своєї професійної діяльності, за винятком фактів, які за своїм значенням не мають потреби в прихованні або загальновідомі, у Франції перелік відомостей, що становлять адвокатську таємницю, визначений у п.2 ст.2 Регламенту. Предметом адвокатської таємниці у Франції є: ім'я клієнта й розпорядок дня адвокатів; внутрішні записи адвокатів й у цілому всі адвокатські документи, що долучаються до справи, всі докази й документи, зібрані адвокатом у ході підготовки до справи; пояснення, адресовані адвокатом клієнтові або клієнтом адвокатів; відомості, отримані адвокатом від довіритель.

На відміну від законодавчого регулювання питань, пов'язаних з адвокатською таємницею в Україні, що допускають можливість довірителя звільнити адвоката від обов'язку щодо зберігання адвокатської таємниці, адвокати у Франції не можуть бути звільнені від обов'язку зберігання адвокатської таємниці ні своїм клієнтом, ні будь-яким органом влади. Таке обмеження підкреслює, на наш погляд, абсолютний і безумовний характер адвокатської таємниці, що сформувався у Франції.

Внутрішній регламент Паризької колегії адвокатів [7] закріплює положення, відповідно до якого адвокат є довіреною особою клієнта. Адвокатська таємниця є частиною публічного порядку. Вона є абсолютною і не обмеженою в часі.

Таким чином, законодавче регулювання адвокатської таємниці у Франції підкреслює,

що адвокатська таємниця, встановлена в інтересах усього суспільства, є гарантією справедливого правосуддя й права на кваліфіковану юридичну допомогу. Адвокатська таємниця є необхідною умовою не лише адвокатської діяльності, але й правосуддя в цілому. А той факт, що адвокатська таємниця визнається частиною публічного порядку, свідчить про те, що не лише адвокати повинні відстоювати її дотримання, зазначений обов'язок поширюється на всі публічні органи влади Франції.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що положення законодавства ФРН та Франції, яке регламентує кримінальні процесуальні гарантії адвокатської таємниці, з урахуванням впливу на їх розвиток рішень ЄСПЛ, є прогресивним й може бути використане в Україні при реформуванні інституту адвокатури та удосконалення норм чинного кримінального процесуального законодавства, а також у практичній діяльності правозахисних інституцій, правоохоронних та судових органів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Федеральне Положення про адвокатуру : від 01.08.1959 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/bundesrechtsanwaltsordnung-ukr.pdf>.
2. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства : від 01.10.1988 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_343.
3. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия / перевод текста П. Головненков, Н. Спица // Universität Potsdam, 2012. – 405 с.
4. Рішення Європейського Суду з прав людини Ердем проти Німеччини : від 05.06.2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.groei.narod.ru/echr/another_3/erdem.htm.
5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : від 04.11.1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

6. Рішення Європейського Суду з прав людини Німієц проти Німеччини : від 05.12.1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://european-court.eu/uploads/ECHR_Niemietz_v_Germany_16_12_1992.pdf.

7. Règlement intérieur du barreau de Paris du 12 juillet 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dl.avocatparis.org/reglement_interieur/RIBP.htm.

Погорецький М. М. Кримінальні процесуальні гарантії адвокатської таємниці за законодавством ФРН та Франції / М. М. Погорецький // Форум права. – 2015. – № 1. – С. 255–260 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2015_1_43.pdf

Досліджується питання кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці за чинним законодавством Федеративної Республіки Німеччини та Франції. Визначено предмет кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці за чинним законодавством Федеративної Республіки Німеччини та Франції. Проаналізовано практику Європейського Суду з прав людини щодо порушення кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці.

Погорецький Н.Н. Уголовные процессуальные гарантии адвокатской тайны по законодательству ФРГ и Франции.

Исследуется вопрос уголовных процессуальных гарантий адвокатской тайны по действующему законодательству Федеративной Республики Германии и Франции. Определены предмет уголовных процессуальных гарантий адвокатской тайны по действующему законодательству Федеративной Республики Германии и Франции. Проанализирована практика Европейского Суда по правам человека о возбуждении уголовных процессуальных гарантий адвокатской тайны.

Pogoretskyi M.M. Criminal Procedural Guarantees of Confidentiality under the Laws of Germany and France

We investigate the question of criminal procedural guarantees of confidentiality applicable law of the Federal Republic of Germany and France. It was determined the subject of criminal procedural guarantees of confidentiality applicable law of the Federal Republic of Germany and France. The analysis of the European Court of Human Rights on criminal procedural guarantees of confidentiality was made.