

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ СТОСОВНО ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

TOPICAL ISSUES OF ENSURING GUARANTEES OF LEGAL PROFESSIONAL ACTIVITY DURING THE CONDUCT OF COVERT INVESTIGATIVE (DETECTIVE) ACTIONS AGAINST DEFENSE ATTORNEYS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Шаповал О.В., адвокат,
аспірант кафедри кримінальної юстиції

Навчально-науковий інститут права та психології Національної академії внутрішніх справ

У статті досліджено актуальні питання забезпечення гарантій адвокатської діяльності в умовах здійснення негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД) стосовно захисника у кримінальному провадженні. Адвокатська діяльність є складовою механізмом забезпечення права на захист, і її незалежність є обов'язковою умовою справедливого судового процесу. Проте в українській правозастосовній практиці все частіше трапляються випадки, коли захисники стають об'єктами оперативно-розшукових заходів, що викликає занепокоєння щодо дотримання принципів змагальності, адвокатської таємниці та презумпції невинуватості.

Автор аналізує законодавче регулювання порядку проведення НСРД, зокрема в контексті правового статусу адвоката, та звертає увагу на прогалини, які дозволяють слідчим органам порушувати встановлені процесуальні гарантії. Особливу увагу приділено висвітленню практики Конституційного Суду України та рішень Європейського суду з прав людини, які формують стандарти допустимості втручання у приватне та професійне життя захисника. У статті порушується проблема відсутності ефективного механізму контролю за ініціюванням НСРД щодо адвокатів, що створює ризик зловживань і перетворення інституту адвокатури на вразливий елемент системи правосуддя.

За результатами дослідження сформульовано низку пропозицій щодо удосконалення правового регулювання, зокрема введення спеціальної судової процедури з обов'язковою участю представника адвокатського самоврядування під час розгляду клопотання про дозвіл на проведення НСРД щодо адвоката. Автор також наголошує на необхідності законодавчого розмежування між професійною діяльністю захисника та особистими діями, які можуть бути об'єктом розслідування. Запропоновані заходи спрямовані на забезпечення балансу між інтересами слідства та дотриманням фундаментальних прав адвокатів у демократичному суспільстві.

Ключові слова: адвокат, захисник, негласні слідчі (розшукові) дії, практика ЄСПЛ, обшук, гарантії адвокатської діяльності, адвокатська таємниця, кримінальний процес.

The article explores the pressing issues related to the protection of guarantees of legal professional activity under the conditions of covert investigative (detective) actions (CIDA) against defense attorneys within criminal proceedings. Legal representation is an essential element of the right to defense, and the independence of the legal profession is a cornerstone of a fair trial. However, recent developments in Ukrainian law enforcement practices reveal an increasing trend of attorneys being subjected to CIDA, raising concerns about violations of adversarial principles, attorney-client privilege, and the presumption of innocence.

The author examines the current legal framework governing the conduct of CIDA, especially in the context of the special legal status of attorneys, and identifies legislative gaps that enable investigative bodies to bypass or undermine existing procedural safeguards. Particular attention is given to the practice of the Constitutional Court of Ukraine and the case law of the European Court of Human Rights, which establish standards for permissible interference with private and professional activities of defense lawyers. The article highlights the absence of an effective control mechanism for initiating CIDA against attorneys, which poses a risk of abuse and weakens the institutional integrity of the legal profession.

Based on the findings, the article presents several proposals to improve legal regulation, including the introduction of a special judicial procedure requiring the participation of a representative of the bar self-government when considering motions to authorize CIDA against a lawyer. The author also stresses the importance of clearly distinguishing between professional legal activity and private conduct that may warrant investigation. The proposed measures aim to ensure a balance between the legitimate interests of the investigation and the protection of fundamental rights of attorneys in a democratic legal system.

Key words: lawyer, defense attorney, covert investigative (detective) actions, ECtHR practice, search, guarantees of legal professional activity, attorney-client privilege, criminal procedure.

У демократичному суспільстві адвокатура відіграє ключову роль у забезпеченні справедливого правосуддя, реалізації права на захист та дотриманні засад змагальності у кримінальному процесі. Конституція України, Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» гарантують адвокату особливий правовий статус та низку процесуальних гарантій, які забезпечують незалежність його професійної діяльності. Однак на практиці ці гарантії не завжди реалізуються належним чином, особливо в випадках застосування до адвоката негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД).

Останні роки в Україні спостерігається зростання кількості випадків, коли слідчі органи ініціюють проведення НСРД стосовно захисника, виправдовуючи такі дії потребами розслідування. Проте практика свідчить, що нерідко це відбувається з порушенням принципів верховенства права, адвокатської таємниці, а також процесуального статусу захисника, що ставить під загрозу не лише права конкретного адвоката, а й ефективність усього механізму правосуддя.

Актуальність теми. Актуальність дослідження зумовлена загостренням проблеми зловживання інструментами кримінального провадження щодо представників адвокатури, особливо в умовах посилення безпекового тиску, гібридної агресії та реформування сектору правосуддя в Україні. Зростання кількості випадків, коли адвокати стають об'єктами негласних слідчих дій, у тому числі без належного судового контролю, створює прецеденти, що підіривають довіру до системи правосуддя та суперечать європейським стандартам прав людини.

Крім того, в умовах воєнного стану та активного кримінального переслідування в справах, пов'язаних з державною зрадою, корупцією та економічними злочинами, виникає спокуса використовувати слідчі інструменти не лише для досягнення процесуальних цілей, а й для тиску на сторону захисту. Такі тенденції несуть загрозу перетворення адвокатури з незалежного елементу правової системи на підконтрольний або вразливий суб'єкт. Відсутність дієвих запобіжників у законодавстві щодо втручання в адвокатську діяльність через НСРД може призвести до масових порушень принципу рівності сторін і права на захист.

У цьому контексті системне наукове осмислення меж допустимості НСРД щодо адвоката, вивчення судової практики та формування чітких стандартів є не лише теоретично важливим, а й практично необхідним для забезпечення гарантій правового статусу захисника в умовах сучасного кримінального процесу.

Мета даної статті – дослідити наявні правові механізми захисту адвокатської діяльності під час проведення НСРД, виявити основні проблеми їх практичного застосування, а також запропонувати напрямки вдосконалення законодавчого регулювання та правозастосовної практики. Особливу увагу приділяється аналізу рішень Конституційного Суду України, практиці Європейського суду з прав людини та висновкам ради адвокатів України.

Виклад основного матеріалу. Захист прав та свобод людини у кримінальному процесі покладено на інститут професійних юридичних захисників – адвокатуру. Через принципи рівності та змагальності сторін кримінального процесу, виникає ситуація при якій для проведення діяльності сторони захисту, вона потребує додаткових юридичних гарантій вільної діяльності поза впливом інших сторін та суб'єктів.

Варто зазначити, що з точки зору практичної слідчої діяльності, проведення НСРД стосовно адвоката є дуже цікавим та змістовним джерелом отримання інформації стосовно здійснених правопорушень різними особами. Тому завжди існує спокуса, щодо проведення негласних дій у різних формах, і на практиці – такі дії часто проводяться, незважаючи на те, що вони прямо порушують встановлені законодавством гарантії адвокатської діяльності. Більш того, часто виконання своїх обов'язків адвокатом трактується як протиправна діяльність в інтерпретації співробітників правоохоронних органів. Про це свідчить і зокрема позиція наприклад судді Вищого антикорупційного суду, яка зазначає «На жаль, трапляються випадки, коли діяльність адвокатів не обмежується лише допомогою, яка за своїм змістом є суто правовою, а чіткі межі між реальним захистом (представництвом) і протиправними діями осіб, з використанням наявного статусу адвоката, стираються. ... що під видом правової допомоги адвокат здійснює об'єктивно протиправну діяльність, зокрема, бере безпосередню участь у його вчиненні, забезпечує формальну законність протиправних дій клієнта, порадами, консультаціями допомагає вчинити або приховати кримінальне правопорушення» [1].

Зокрема, у рішенні Конституційного Суду України №13-рп/2019 від 16 жовтня 2019 року Суд наголосив, що адвокатська діяльність є складовою конституційного права на правову допомогу, а її реалізація вимагає ефективних гарантій, зокрема недоторканності адвокатської таємниці. Суд чітко зазначив, що втручання у спілкування адвоката з клієнтом (у тому числі шляхом негласного прослуховування) є допустимим лише за наявності виняткових обставин, та має бути обґрунтованим, пропорційним і санкціонованим незалежним судом [2].

Європейський суд з прав людини також неодноразово підкреслював важливість особливого статусу адвоката. У справі "Michaud v. France" (2012) [3] ЄСПЛ визнав, що держави повинні утримуватися від надмірного втручання у діяльність адвокатів, навіть у рамках боротьби з відмиванням грошей, оскільки це може поставити під загрозу довіру клієнтів та саму ефективність інституту адвокатури. У справі "Sallinen and Others v. Finland" (2005) [4] суд визнав порушення Конвенції, коли під час обшуку в офісі адвоката були вилучені документи, що не мали безпосереднього зв'язку з об'єктом кримінального провадження, і не були вжиті заходи для захисту професійної таємниці.

Щодо національної професійної спільноти, рада адвокатів України неодноразово у своїх висновках і зверненнях (зокрема, Висновок № 41 від 22.11.2019 р.) акцентувала на необхідності дотримання спеціального порядку про-

ведення слідчих дій щодо адвокатів. Зокрема, рада вимагає обов'язкової присутності представника органів адвокатського самоврядування під час обшуку, недопущення доступу до матеріалів, що містять адвокатську таємницю, без відповідної судової санкції.

Таким чином, практика вказаних інституцій формує єдиний орієнтир: адвокат не є "недоторканою особою", проте державне втручання в його професійну діяльність повинне відповідати найвищим стандартам прав людини та процедурної справедливості. Це особливо важливо у контексті зростаючої кількості випадків ініціювання негласних дій проти захисників, що становить серйозну загрозу незалежності адвокатури як інституту.

Проте у практичній діяльності, ми можемо спостерігати непоодинокі випадки, коли правоохоронні органи прямо зловживають використанням НСРД стосовно адвокатів.

В Кримінальному процесуальному кодексі України не міститься норм, які прямо та вичерпно регулювали б питання здійснення негласних слідчих (розшукових) дій щодо адвокатів. Проте аналізуючи та порівнюючи положення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та КПК України, ми можемо дійти висновку що деякі з перерахованих НСРД, що передбачені в КПК України не можуть проводитися стосовно адвоката.

Відповідно до глави 21 КПК України, можуть проводити такі НСРД: аудіо-відеоконтроль особи, накладення арешту на кореспонденцію, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем, обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, спостереження за особою, аудіо-відеоконтроль місця, негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження.

Одночасно із тим, у частині 5 статті 258 КПК України визначено, що втручання у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим чи виправданим заборонено. Частина 4 цієї статті роз'яснено, що формами втручання в приватне спілкування є: 1) аудіо-відеоконтроль особи; 2) арешт, огляд і вилучення кореспонденції; 3) зняття інформації з електронних комунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем.

Відповідно до статті 260 КПК, аудіо-відеоконтроль за особою є формою втручання у приватне спілкування, яка здійснюється без її відома на підставі ухвали слідчого судді у випадках, коли існують достатні підстави вважати, що розмови даної особи чи інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю чи місцем перебування тощо, можуть містити інформацію, яка є важливою для досудового розслідування.

Аналогічні норми існують і щодо інших 3 пунктів – вони також визначаються як отримання певної інформації шляхом втручання до приватного життя. Отже із змісту частини 5 статті 258 КПК України можна зробити висновок, що забороняється проведення вказаних негласних слідчих (розшукових) заходів з метою втручання у приватне спілкування захисника з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим чи виправданим.

Однак існує ряд реальних випадків із життя, та матеріалів кримінальних справ, в яких застосовуються НСРД щодо адвокатів у вказаних формах, а крім того використовуються їх результати як докази. Яскравими прикладами такого є порушення щодо адвокатів Логвинського Г. В., Шевкопляс М. П., Володимировської О. М., де в порушення принципів та гарантій адвокатської діяльності було здійснено таємне прослуховування особистого спілкування них із їхніми клієнтами, а в подальшому зміст їх спілкування було використано для ототожнення адвокатів із їх клієнтами, і на основі даного ототожнення обґрунтовували вину адвокатів [5].

Однією з важливих колізій у правових нормах нами вбачається той факт, що відповідно до ч. 2 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [7] вбачається обов'язкова присутність під час проведення обшуку у житлі або робочому приміщенні адвоката представника ради адвокатів, але при проведенні також ж обшуку, але у формі негласних слідчо-розшукових дій – вже немає даного обов'язку. Варто вказати, що представник ради адвокатів виконує роль спостерігача, по-перше – за правильністю та законністю проведення обшуку у адвоката, а по-друге – саме представник спостерігає за тим, щоб під час обшуку не було порушено адвокатську таємницю, зокрема не були вилучені документи, зміст яких містить адвокатську таємницю, а також принципово здійснює нагляд щодо відсутності порушення такої таємниці під час проведення слідчої дії.

Таким чином, на наш погляд, норма щодо обов'язкової присутності представника ради адвокатів має також поширюватися і у випадку проведення НСРД, для забезпечення законності та нагляду щодо недопустимості порушення адвокатської таємниці.

Варто зазначити, що позиція ЄСПЛ також підтримує цей момент: «Проведення обшуку в офісі адвоката чи іншому його володінні повинно відбуватися під наглядом та за участі кваліфікованого, незалежного юриста, пов'язаного з адвокатською таємницею, завданням якого є виявлення та попередження вилучення під час обшуку тих документів, які охороняються адвокатською таємницею, а також запобігання подальшим можливим втручанням в адвокатську таємницю» [6]. Фактично огляд практики свідчить, що ЄСПЛ позиціонує присутність незалежного представника від ради адвокатів, або іншого аналогічного органу, обов'язковою ознакою, за якою приймається рішення про законність здійснення слідчих дій, зокрема і негласних. Також важливою вимогою є рівень компетенції представника, для того, щоб він міг чітко визначити наявність в матеріалах адвокатської таємниці.

На наш погляд, при проведенні НСРД щодо адвоката, має бути залучений представник ради адвокатів регіону за загальними вимогами, які КПК України висуває до осіб які залучені до проведення НСРД, зокрема стосовно збе-

реження таємниці. Проте дана норма має бути закріплена в нормативно-правовому акті.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, ми можемо прийти до висновку, що в питанні забезпечення гарантій адвокатської діяльності наразі існує ряд проблемних питань та правових колізій.

На наш погляд необхідне додаткове правове регулювання та внесення ряду змін до існуючих нормативно-правових актів. Зокрема:

1) на наш погляд вбачається необхідність правового регулювання присутності представника Ради адвокатів регіону при проведенні НСРД стосовно адвокатів, зокрема і особливо важливо – коли йдеться про негласний обшук, проникнення в публічно недоступні житло та робочі приміщення адвоката, виїмки кореспонденції.

2) існує необхідність чіткого регулювання процедури доступу та ознайомлення до матеріалів, документів, електронних носіїв які можуть містити у собі інформацію, що має ознаки адвокатської таємниці.

3) необхідно розглянути можливості імплементації у правові норми українського законодавства, норм про імперативну заборону проведення НСРД щодо адвокатів, з можливими виключеннями. Бажане формулювання: «Забороняється провадження негласних слідчих (розшукових) дій щодо адвокатів, які здійснюють професійну діяльність, за винятком випадків, коли є підстави вважати, що ними готується чи скоєно тяжкий чи особливо тяжкий злочин» [6].

4) необхідно прямо закріпити норму про необхідність, при проведенні НСРД щодо адвоката, залучення представника ради адвокатів регіону за загальними вимогами, які КПК України висуває до осіб які залучені до проведення НСРД, зокрема стосовно збереження таємниці.

Важливість внесення змін у правовий режим регулювання НСРД стосовно адвокатів зумовлена тим, що наразі існують прогалини які нерідко використовуються для отримання конференційної інформації. Але такі дії правоохоронних органів спричиняють порушення базової довіри між клієнтом та захисником, через що спричиняється неможливість повноцінного захисту клієнту. Дані зловживання мають бути викоренені, так як несуть пряму шкоду судовій системі та порушують принцип Верховенства права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Михайленко В. Спецсуб'єкти під контролем (окремі аспекти дозволу на проведення негласних заходів щодо суддів та адвокатів). Юридичний Вісник України. URL[^] <https://yvu.com.ua/spetssub-yekty-pid-kontrolem-okremi-aspekty-dozvolu-na-provedennya-neglasnyh-zahodiv-shhodo-suddiv-ta-advokativ/>
2. Конституційний Суд України. Рішення у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 481 Кримінального процесуального кодексу України №13-рп/2019 від 16 жовтня 2019 року. URL: <https://ccu.gov.ua>
3. Michaud v. France. Judgment of the European Court of Human Rights, Application no. 12323/11, 6 December 2012. URL[^] <https://hudoc.echr.coe.int>
4. Sallinen and Others v. Finland. Judgment of the European Court of Human Rights, Application no. 50882/99, 27 September 2005. URL[^] <https://hudoc.echr.coe.int>
5. Штельмашенко О. Надії Н. Гарантії адвокатської діяльності під час проведення НСРД. ІНФОРМАЦІЙНЕ АГЕНТСТВО Advokat Post 21.03.2021, URL: <https://advokatpost.com/harantii-advokatskoi-dialnosti-pid-chas-provedennia-nsrd/>
6. Огляд рішень Європейського суду з прав людини за статтею 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (кримінальний процесуальний аспект: обшук) / Відпов. за вип.: науковий консультант відділу аналізу судової практики Верховного Суду, ЄСПЛ та Суду ЄС департаменту аналітичної та правової роботи Апарату Верховного Суду канд. юрид. Наук О. В. Саленко. Київ, 2023. 45 с.
7. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року № 5076-VI / Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.