

Олександр ДРОЗДОВ
адвокат, член Комісії з питань правової реформи при Президентові України, член
Науково-консультативних рад Конституційного Суду України, Верховного Суду та
Національної асоціації адвокатів України, Голова Комітету НААУ з питань БПД,
к. ю. н., доцент, заслужений юрист України

Олена ДРОЗДОВА
адвокат, заступник Голови Комітету НААУ медичного та фармацевтичного права і
біоетики, доцент кафедри кримінального права і правосуддя Міжнародного економіко-
гуманітарного університету імені академіка С. Дем'янчука, к. ю. н., директор
Адвокатського бюро «Дроздова та партнери»

***І знову про свавільні обшуки та ілюзорність адвокатської таємниці
(на прикладі справи «Круглов та інші проти Росії»;
4 лютого 2020 року; заява № 11264/04 і 15 інших заяв)***

Факти. Заявниками є 25 російських громадян, які народилися в період з 1953 по 1985 рік і проживають в Самарі, Єкатеринбурзі, Санкт-Петербурзі, Чебоксарах, Нижньому Новгороді, Москві, Новосибірську, Маркові, Хабаровську, Владивостоку, Орську, Томську, Оренбурзі і Краснодарі (всі російські громадяни).

Справа стосувалася проведення поліцією обшуків в будинках і офісах заявників, які є практикуючими юристами а також їх клієнтів.

Обшуки по 16 заявам проводилися в різні терміни в період з 2003 по 2016 рік. Всі обшуки, за винятком двох, проводилися на підставі судових ухвал . В ході деяких обшуків слідчими органами було вилучено такі предмети, як комп'ютери, жорсткі диски та документи.

Заявники скаржилися, зокрема, на те, що обшуки в їхніх будинках або офісах і вилучення електронних пристроїв, що містять особисту інформацію або документи, які підпадають під дію адвокатської таємниці, порушують Статтю 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя, житла і листування) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція).

Спираючись, зокрема, на ст. 1 Протоколу № 1 (захист власності) до Конвенції, заявники в шести заявах скаржилися на вилучення та триваюче зберігання їх пристроїв т зберігання даних.

Право.

...

«V. Міжнародно-правові матеріали.

102. Відповідно до пункту 22 основних принципів, що стосуються ролі юристів (прийнятих в 1990 році восьмим Конгресом Організації Об'єднаних Націй з профілактики злочинності і поведження з правопорушниками), «уряду визнають і забезпечують щоб усі повідомлення і консультації між юристами і їх клієнтами в межах їх професійних відносин були конфіденційними».

103. У своїй рекомендації Rec (2000) 21 Комітету міністрів Ради Європи рекомендує урядам держав-членів вжити всіх необхідних заходів «для забезпечення додержання конфіденційності відносин між адвокатом і його клієнтом». Винятки з цього принципу дозволяються «лише якщо вони сумісні з принципом верховенства права».

104. В рекомендації 2085 (2016) та резолюції 2095 (2016) Парламентська асамблея Ради Європи нагадала державам-членам: про роль правозахисників і необхідності посилення їх захисту.

105. У своїй рекомендації Rec 2121 (2018) Парламентська Асамблея далі запропонувала Комітету міністрів розробити і прийняти конвенцію про професію адвоката, засновану на стандартах, викладених в Рекомендації № 1. R (2000) 21 та інші відповідні документи, включаючи Хартію основних принципів європейської правничої професії Ради колегій адвокатів і правничих товариств Європи, Туринських принципів професійної діяльності юристів в XXI столітті Міжнародної Асоціації правників і Міжнародної Асоціації адвокатів, Стандарти асоціації адвокатів щодо незалежності правничої професії, міжнародні принципи поведінки адвокатів і керівництво по встановленню та підтриманню порядку розгляду скарг і дисциплінарних процедур. На думку Парламентської асамблеї, конвенція сприятиме зміцненню таких засадничих гарантій, як гарантії правничої професії та конфіденційність спілкування адвоката з клієнтом.»

...
«Стверджуване порушення статті 8 Конвенції.»

...
«2. Оцінка суду

123. Суд зазначає, що слідчі органи проводили "огляди", "огляди на місці вчинення злочину" або "обшуки" в будинках або офісах заявників. Суд знову заявляє, що будь-який захід, якщо вона не відрізняється за способом виконання та практичних наслідків від обшуку, рівнозначний, незалежно від його кваліфікації відповідно до національного законодавства, втручанню в права заявників відповідно до статті 8 Конвенції (див. рішення у справах *Белоусов проти України*, № 4494/07, § 103, 7 листопада 2013, і *Аванесян*, цитоване вище, § 39).

124. За винятком двох заяв (заяви № 11264/04 (другий обшук) і 73629/13), обшуки проводилися на підставі дозволів на обшук, і їх заявлена мета полягала у виявленні доказів у кримінальних справах. У двох заявах, де обшуки проводилися без судового дозволу на обшук, вони проводилися у відповідності з різними процедурами, встановленими для невідкладних ситуацій (заява № 11264/04 (другий обшук)) і для огляду місця злочину (заява № 73629/13). Суд буде виходити з того, що обшуки у всіх заявах були законними з точки зору внутрішнього законодавства і переслідували законну мету запобігання злочинам. Залишається з'ясувати, чи були оспорювані заходи "необхідними в демократичному суспільстві", зокрема, чи можна вважати відповідним співвідношення між метою, до якої прагнули, і використовуваними засобами (див. *Юдицька та інші проти Росії*, № 5678/06, § 26, 12 лютого 2015 г.).

125. Суд неодноразово заявляв, що переслідування та утиски представників юридичної професії завдає удар по самому серцю конвенційної системи. Тому обшуки в будинках або офісах адвокатів повинні підлягати особливо суворому контролю (див. *Елсі та інші проти Туреччини*, №. 23145/93 та 25091/94, § 669, 13 листопада 2003 року; *Xavier Da Silveira проти Франції*, №. 43757/05, § 41, 21 січня 2010 року; і *Leotsakos проти Греції*, №. 30958/13, § 42, 4 жовтня 2018 роки; див. Також міжнародно-правові матеріали про захист відносин між адвокатом і клієнтом, пункти 102-105 вище). Для визначення того, чи є ці заходи "необхідними в демократичному суспільстві", суд повинен встановити, чи є в національному законодавстві ефективні гарантії проти зловживань або свавілля і як ці гарантії діяли в конкретних розглянутих справах. У зв'язку з цим слід взяти до уваги тяжкість злочину, у зв'язку з яким проводився обшук і виїмка, чи були вони проведені відповідно до рішення судді або судової посадової

особи або піддані судового перегляду після його проведення, чи було це рішення засноване на розумних підозрах і чи був його обсяг розумно обмеженим. Суд повинен також розглянути питання про порядок проведення обшуку, в тому числі - якщо мова йде про адвокатську контору - чи був він проведений в присутності незалежного спостерігача або чи були інші спеціальні гарантії для забезпечення того, щоб матеріали, які підпадають під дію професійної юридичної таємниці, які не були вилучені. Нарешті, суд повинен прийняти до уваги ступінь можливих наслідків для роботи і репутації осіб, яких було піддано обшуку (див. рішення у цитованій вище справі *Юдицької*, § 27).

126. Переходячи до розглянутих справах, суд зазначає, що тільки в одній з п'ятнадцяти заяв (заява № 11264/04) адвокат заявника був офіційно запідозрений у вчиненні кримінального правопорушення - наклеп на суддю. В інших чотирнадцяти заявах заявниками були юристи, які не перебували під кримінальним переслідуванням. У двох заявах (№ 32324/06 і 26067/08) були санкціоновані обшуки стосовно родичів заявників, підозрюваних в скоєнні кримінальних правопорушень. В інших дванадцяти скаргах приміщення правників піддавалися обшуку, оскільки їхні клієнти перебували під слідством і, таким чином, правники могли мати у своєму розпорядженні певну корисну для слідства інформацію про них.

127. В судових дозволах на проведення обшуків, у випадках коли вони були видані, вказувалося, що матеріали, представлені у кримінальних справах, давали достатні підстави вважати, що документи або предмети, що мають значення для розслідування, можуть перебувати в приміщеннях заявників (пункти 7, 12, 20, 24, 32, 37, 47, 56, 59, 67, 70, 74, 76 і 79 вище). Однак вони не пояснили, що це були за матеріали і на яких підставах ґрунтувалося припущення про те, що відповідні докази можуть бути знайдені в приміщеннях, що підлягали обшуку (див. див. як нещодавній прецедент у справі *Алієв проти Азербайджану*, №№ 68762/14 і 71200/14, § 184, 20 вересня 2018 г.). Судові дозволи на обшуки було складено в дуже широких виразах, що давало слідчим необмежену свободу дій щодо того, як проводити обшуки. Відповідно до судової практики Суду, ордер на обшук повинні бути складені, наскільки це практично можливо, таким чином, щоб їх вплив залишалося в розумних межах (див. цитоване вище рішення у справі *Юдицької*, § 29, з подальшими посиланнями).

128. Крім того, що стосується заявників, які є членами колегії адвокатів, то національні суди, мабуть, вважають, що єдиною гарантією, що забезпечується під час проведення обшуку приміщень адвокатів, є попереднє судове рішення і що ця вимога носить суто процесуальний характер. Суд раніше ухвалив, що лише судовий контроль сам по собі не є достатньою гарантією проти зловживань (див. ухвалу щодо прийнятності від 6 січня 2004 року у справі «*Кронін проти Сполученого Королівства*» (*Cronin v. the United Kingdom*), заява № 15848/03, і рішення у справі *Геращенко проти України*, № 20602/05, § 130, 7 листопада 2013 року). Національні суди в жодному разі не намагалися зважити обов'язок захищати конфіденційність відносин між адвокатом і клієнтом з урахуванням потреб кримінального розслідування. Наприклад, суди не розглядали можливості отримання необхідної інформації з інших джерел (наприклад, від клієнтів самих юристів). Крім того, немає жодних доказів того, що суди мали будь-які правила, за якими можна було б визначити, коли може і коли неприпустимо порушувати конфіденційність юридично привілейованих документів (див. *Салінен та інші проти Фінляндії*, №. 50882/99, § 92, 27 вересня 2005 року). Навпаки, при видачі ордерів на обшук суди, мабуть, виходили з того, що конфіденційність відносин юрист-клієнт може бути порушена в будь-якому випадку, допоки ведеться кримінальне

розслідування, навіть якщо таке розслідування спрямоване не проти юристів, а проти їх клієнтів.

129. Суд приходить до висновку, що в тих випадках, коли був виданий судовий ордер на обшук, національні суди не зважували та не перевіряли питання про те, чи відповідало втручання в права заявників нагальній соціальній потребі та чи було це пропорційним переслідуваним законним цілям .

130. Аналогічним чином, у випадках, коли заявники скаржилися також чи тільки на порядок проведення обшуків (заяви № 11264/04 (другий обшук), 32324/06, 26067/08, 2397/11 (перший обшук), 14244/11, 73629 / 13, 19667/16 (щодо службового обшуку) та 36833/16), національні суди розглядали головним чином питання про те, чи відповідали дії влади відповідним кримінально-процесуальним вимогам (див. пункти 17, 21, 44, 64, 72 і 78 вище). Однак національні суди не оцінили необхідність і відповідність дій слідчих органів.

131. Що стосується конкретних процесуальних гарантій, доступних заявникам під час обшуків або після них, то суд приходить до наступних висновків.

132. Російське законодавство в той час не передбачало процесуальних гарантій для запобігання втручанням в професійну таємницю, таких як, наприклад, заборона на вилучення документів, які охоплюються юрист-клієнтською конфіденційністю, або контроль за обшуком з боку незалежного спостерігача, здатного незалежно від слідчої групи встановити, які документи поширювалися адвокатська таємниця (див. цитовану вище справу *Юдицької*, § 30, з подальшими посиланнями). Відсутність процесуальних гарантій в даний час підтверджується наступними законодавчими змінами від 17 квітня 2017 року (див. пункт 94 вище). Однак це не вплинуло на стан заявників до зазначеної дати. У той же час не було можливості забезпечити присутність представника колегії адвокатів або доручити слідчому судді вирішити, чи можуть ті чи інші документи або предмети бути використані слідством, якщо заявники заперечують проти цього на підставі професійної конфіденційності (порівняйте зі справою *Робатін проти Австрії*, №. 30457/06, § 48, 3 липня 2012 року). Присутність понятих не було достатньою гарантією, так як вони були місцевими жителями без юридичної кваліфікації, нездатними ідентифікувати конфіденційний матеріал (див. цитовану вище справу *Юдицької*, § 30, з подальшими посиланнями). Крім того, що стосується даних, що зберігаються на електронних пристроях заявників, які були вилучені слідчими, то, як видається, в ході обшуків не було проведено жодної процедури відбору інформації (там само).

133. Навіть існуючі гарантії, такі як звернення за юридичною допомогою під час обшуку, були недоступні принаймні одній заявниці під тим приводом, що її адвокат прибув на місце події з запізненням, коли обшук вже почався (заява № 32324/06, см. пункт 17 вище). Незрозуміло, як адвокат міг з'явитися на початку обшуку, з огляду на те, що заявниця не була заздалегідь повідомлена про обшук і час початку обшуку не було нею обрано.

134. В клопотанні № 2397/11 процедура судового перегляду була порушена у зв'язку з рішенням суду першої інстанції про заборону пану Балян, г-ну Соколову і пану Соловійову робити подання до суду (див. пункт 42 вище). Суд запропонував обмежувальне тлумачення пункту 3 статті 165 КПК (див. пункт 90 вище). Він не взяв до уваги, що обшук вже відбувся і що, відповідно, немає необхідності в такій секретності, яка потрібна в ході розгляду. Крім того, таке обмежувальне тлумачення, як видається, суперечить прецедентній практиці Конституційного суду (див. пункт 91 вище), згідно з яким це положення не перешкоджає зацікавленим особам брати участь в судовому перегляді результатів обшуку. Таким чином, суд прийшов до висновку, що пан Балян,

пан Соколов і пан Соловйов були обмежені у своєму праві брати участь в судовому перегляді обшуку.

135. У скарзі № 19667/16 (другий обшук) апеляційний суд відмовив у розгляді апеляційної скарги заявника на судовий ордер про проведення обшуку на тій підставі, що кримінальну справу стосовно третіх осіб, в рамках якого було видано цей ордер, на той час було направлено до суду. Суду не було надано пояснень щодо того, чому факт незавершеного кримінального провадження проти третіх осіб повинен вплинути на право заявниці перевірити законність судового рішення щодо обшуку її житла. Таким чином, він вважає, що в даному випадку заявниця була позбавлена можливості судового перегляду судового ордера на обшук, виданого щодо її житла¹.

136. Беручи до уваги вищевикладене, суд приходить до висновку, що обшуки в цих справах обмежували професійну таємницю в тій мірі, яка була не була домірною законній меті.

137. Що стосується трьох заявників, які були практикуючими юристами, але не були членами колегії адвокатів (заяви № 58290/08, 10825/11 та 73629/13), то суд також зазначає наступне. Саме держави повинні визначати, хто і на яких умовах уповноважений займатися юридичною практикою в межах своєї юрисдикції. Крім того, держави також повинні створити систему особливих гарантій професійної таємниці в інтересах належного відправлення правосуддя, з огляду на роль адвокатів в якості посередників між сторонами спору і судами (див. *Андре та інші проти Франції*, №. 18603/03, § § 41-42 24 липня 2008 року, і *Мішо проти Франції*, №. 12323/11, § § 118-19, ECHR 2012). У Росії, незалежно від сфери права, юридичні консультації, а також представництво в суді можуть надаватися адвокатами і "іншими особами" з невеликими обмеженнями (див. пункти 81-87 вище). Однак професійна таємниця охороняється лише в тій мірі, в якій до неї причетні адвокати, що робить незахищеними відносини між клієнтами і іншими юридичними консультантами (див. пункт 87 вище). Суд визнає, що потенційні клієнти повинні усвідомлювати різницю між статусом адвоката і статусом іншого правника. Адвокати користуються додатковими привілеями, які відповідають тому факту, що їх зобов'язання перед клієнтами вище, ніж у інших юридичних консультантів (див. пункт 87 вище). Однак було б несумісним з верховенством права залишати взагалі без будь-яких конкретних гарантій всю повноту відносин між клієнтами і юридичними консультантами, які, з невеликими обмеженнями, практикують, професійно і часто незалежно, в більшості галузей права, включаючи представництво сторін в судах. Тому суд також вважає, що обшуки в приміщеннях заявників, які були практикуючими юристами, але не були членами колегії адвокатів, проводилися без достатніх процесуальних гарантій проти свавілля.

138. Таким чином, по відношенню до всіх заявників було допущено порушення статті 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції. У світлі цього висновку суд вважає, що немає необхідності розглядати питання про те, чи мало місце в цих випадках також порушення статті 13 (Право на ефективний засіб юридичного захисту) Конвенції.

...

«Стверджуване порушення статті 1 Протоколу 1 до Конвенції.»

...

¹ Наведене твердження ЄСПЛ є додатковим аргументом на користь необхідності запровадження в КПК України процедури апеляційного оскарження заінтересованими особами (у тому числі й адвокатами) проведення слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування та обв'язок суду розглянути таку скаргу по суті незалежно від стадії кримінального процесу (*примітка Олександра Дроздова*).

«В. Доводи сторін

142. Заявники скаржилися, що у слідчих органів не було підстав для вилучення і зберігання їх пристроїв для зберігання даних. Слідчі могли скопіювати інформацію, що міститься на цих пристроях. Вилучення і подальше зберігання цих пристроїв підірвали здатність заявників здійснювати свою професійну діяльність внаслідок втрати доступу до цих пристроїв, професійного програмного забезпечення та клієнтської інформації.

143. Уряд заявив, що вилучення та зберігання предметів заявників були законними.

144. Суд знову заявляє, що збереження речових доказів може бути необхідним в інтересах належного відправлення правосуддя, що є "законною метою" в "загальних інтересах" суспільства. Разом з тим він зазначає, що має також існувати розумне співвідношення пропорційності між використовуваними засобами і метою, на досягнення якої спрямовані будь-які заходи, що застосовуються державою, включаючи заходи, призначені для контролю за користуванням особою своїм майном (див. *Смірнов проти Росії*, №. 71362/01, § 57, 7 червня 2007, і *BENet Praha, spol. s r.o. проти Чеської Республіки*, №. 33908/04, § § 100-01, 24 лютого 2011 р.). Раніше суд встановив, що тривале утримання вилучених електронних пристроїв для зберігання даних не мало видимого виправдання, якщо самі ці пристрої не були об'єктом, знаряддям або результатом вчинення будь-якого кримінального правопорушення, і, таким чином, представляло собою непропорційне втручання в право на мирне володіння своїм майном, яке захищене статтею 1 Першого Протоколу № 1 (див. цитоване вище рішення у справі *Смірнова*, § 58-59)

145. Ці шість скарг (№. 32324/06, 60648/08, 2397/11, 7101/15, 29786/15 і 36833/16) ілюструють наведене питання. Вилучені пристрої зберігання даних самі по собі не є об'єктом, знаряддям або результатом вчинення будь-якого кримінального правопорушення, тож їх подальше зберігання не має видимих підстав. Ніщо не пояснює, чому слідчі органи не могли скопіювати запитувану інформацію (див., наприклад, рішення у справі *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH проти Австрії*, №. 74336/01, § 11, ECHR 2007 IV). Крім того, принаймні з 2012 року можливість повернення пристроїв після їх перевірки (див. пункт 95 вище) була доступна владі, але, цмовірно, не використовувалася ними в трьох з розглянутих випадків (заяви № 7101/15, 29785/15 і 36833/16) з невідомих причин. У випадку з пані Фаст вилучені комп'ютерні процесори були повернуті дев'ятьма місяцями пізніше; пан Левченко отримав своє майно через рік і три місяці після обшуку; в той час як в трьох інших випадках вилучені предмети заявникам, так і не були повернуті. Незважаючи на те, що вилучені предмети були повернуті пані Бураго місяцем пізніше, експерт дослідив комп'ютери протягом двох днів після вилучення, і влада не пояснили, навіщо їй знадобилося зберігати комп'ютерні блоки набагато довше. Починаючи з 2016 року (див. пункт 96 вище) законодавчий орган встановив терміни для утримання або повернення вилучених предметів, але вони не вплинули на стан пана Баля, пана Соколова і пана Соловйова, пана Лазуткіна і пана Парначева, пана Прохорова, пана Пестова і пана Рожкова (заяви № 2397/11, 7101/15 і 29785/15), майно яких продовжувало утримуватися з нез'ясовних причин навіть після введення нових законодавчих положень.

146. Відповідно, суд вважає, що мало місце порушення статті 1 Протоколу № 1 стосовно заявників по кожній з шести справ. У світлі цього висновку суд вважає, що немає необхідності розглядати питання про те, чи мало місце в цих випадках також порушення статті 13 Конвенції.».