***Головам рад адвокатів регіонів***

**Шановні колеги!**

Пропонуємо до Вашої уваги рекомендації щодо практичного застосування законодавства у сфері захисту гарантій адвокатської діяльності, які були підготовлені Головою Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ з метою використання у Вашій подальшій діяльності.

**Рекомендоване використання практики звернення з позовом до суду у порядку ЦПК про усунення перешкод у реалізації професійного права.**

При цьому, слід врахувати, що у випадку надання професійної правової допомоги клієнту, адвокат виконує представницькі функції, а тому, не може у достатній мірі захистити своє не визнане чи порушене професійне право. Адвокат не може поскаржитися від свого імені на втручання в його професійну таємницю при розгляді кримінальної справи.

**Практика звернення до цивільного суду, яку Комітет вважає доцільною, та допустимою** (копія позовної заяви додається).

**Запропоновані посилання на практику ЄСПЛ при порушенні професійних прав адвокатів, при зверненні до правоохоронних органів для внесення відомостей до ЄРДР про перевищення своїх посадових обов’язків представниками правоохоронних органів.**

ЄСПЛ: ОБШУК АДВОКАТА

Справа "Ходорковський та Лебедєв проти Російської Федерації"

Постанова ЄСПЛ від 25 липня 2013 р

ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ЄСПЛ:

- *переслідування та залякування представників юридичної професії зачіпає саме серце системи конвенції. Влада повинна мати непосильну причину для втручання в таємницю комунікацій адвоката або в його робочі документи*.

\*\*\*

**(А) Загальні принципи**

*629. Що стосується обшуків в адвокатському офісі та письмових комунікаціях між адвокатом та його клієнтом, такі ситуації більш часто аналізуються Європейським судом у відповідності зі статтею 8 Конвенції. Однак, втручання в професійну таємницю адвоката торкається не тільки його права відповідно до статті 8 Конвенції, воно також може запобігати ефективній юридичній допомозі клієнту і має розглядатися Європейським судом у відповідності до пункту 1 і підпункту "с" пункту 3 статті 6 Конвенції, якщо затронуті інтереси клієнта (см. Постанова Європейського суду по справі "Німіц проти Німеччини" від N 16, грудень 1992, § 37, серія A, N 251-B). Європейський Суд посилається в цьому відношенні на свої висновки в справі "Кемпбелл проти Об'єднаної Королівства" (Кемпбелл проти Сполученого Королівства), Постанова Європейського суду від 25 березня 1992 року, §§ 46-48, серія A, N 233), де Він вказав, що "явно відповідає загальному інтересу, щоб особа, яка бажала порадитися з адвокатом, мала таку можливість в умовах, що сприяють повному та безперешкодному обговоренню. Саме з цієї причини відносини адвоката з клієнтом в принципі є привілейованими".*

(**Б) Обшук офіса А. Дрела і вилучення його документів**

*632. По-друге, повинен аналізуватися епізод у відповідності з підпунктом "з" пункту 3 статті 6 Конвенції, який стосується пошуку офісу А. Дреля (див. § 71 цієї Постанови) Європейський Суд підкреслює, що юристи не мають імунітету від розслідування, вилучення, слухання та інше (див. У контексті статті 8 Конвенції. Рішення Комісії з прав людини по справі "Мулдерс проти Нідерландів" (Mulders v. Netherlands) від 6 квітня 1995 року. Скарга N 23231/94 і Рішення Комісії з прав людини по справі "BR проти Німеччини" (BR проти Німеччини) від 23 жовтня 1997 року, скарга N 26722/95, див. Також Рішення Європейського суду по справі "Тамосієс проти Сполученого Королівства"(Tamosius v. United Kingdom), скарга N 62002/00, ЄКПЛ 2002-VIII). У той же час Європейський Суд неодноразово зазначав, що переслідування та залякування представників юридичної професії зачіпає саме серце системи конвенції (див., Наприклад, Постанова Європейського суду по справі "Ельджі та інші проти Туреччини" (Elci та інші проти Туреччини) від 13 листопада 2003 г., скарги NN 23145/93 і 25091/94, § 669). Влада повинна мати непосильну причину для втручання в таємницю комунікацій адвоката або в його робочі документи.*

*633. Звертаючись до справжньої справи, Європейський Суд враховує, що А. Дрель був не тільки адвокатом і членом адвокатської палати, він, також, був юридичним представником обох заявників за тією ж кримінальною справою, в якій були призначені обшуки (див. §§ 44 і 61 цього Постанова) і слідчі не могли не знати про це. З протоколу пошуку очевидно, що слідчі усвідомлювали, що знаходяться в офісі юридичної фірми та обшуковують робочі справи адвоката, який представляє заявників (див., Зокрема, § 71 цього Постанова). Таким чином, обшукавши офіс А. влада наврядчи порушила таємницю контактів адвоката та клієнта, захищеного відповідно до підпункту "з" пункту 3 статті 6 Конвенції (див. Постанова Європейського суду по справі "Андре та інша проти Франції" (та інші проти Франції ) Від 24 липня 2008 року, скарга N 18603/03, § 41).*

*634. Європейський Суд не сприймає непослідовних причин для такого втручання****. Влада Російської Федерації не роз'яснила, якого роду інформацію А. Дрель міг зберігати, наскільки вона була важливою для розслідування, і чи могла вона бути отримана іншими засобами****. У відповідний період А. Дрел ні в чому не підозрювався. Особливо істотним є те, що пошук в офісі А. Дрела не супроводжувався адекватними процесуальними гарантіями, наприклад, судовою санкцією, як того вимагає Закон про адвокатуру і як підтвердив Конституційний Суд Російської Федерації (див. §§ 398 і 399 цього Постанови, див. Також з необхідними змінами згаданої вище постанови Європейського суду по справі " Алексанян проти Російської Федерації ", § 214, Постанова Європейського суду по справі" Голован проти України "від 5 липня 2012 року, скаргу N 41716/06, § 64, та Постанова Європейського суду по справі" Візер і Компанія "Бик з Бетейлігунген ГмбХ "проти Австрії" (Візер і Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria), скарга N 74336/01, ECHR 2007 IV). Відсутні особливі аргументи, які могли б виправдати відхід від загального правила, що вимагає судова санкція, і це недопущення підкріплює висновок про те, що обшук та вилучення були довільними і тому суперечили вимогам підпункту "з" пункту 3 статті 6 Конвенції.*

*Європейський Суд підкреслює, що юристи не мають імунітету від обшуків, вилучення, прослуховування і так далі (див. В контексті статті 8 Конвенції Рішення Комісії з прав людини у справі "Мулдерс проти Нідерландів" (Mulders v. Netherlands) від 6 квітня 1995 р , скарга N 23231/94, і Рішення Комісії з прав людини у справі "BR проти Німеччини" (BR v. Germany) від 23 жовтня 1997 р скарга N 26722/95, див. також Рішення Європейського Суду у справі "Тамосіес проти Сполученого Королівства "(Tamosius v. United Kingdom), скарга N 62002/00, ECHR 2002 VIII). У той же час Європейський Суд неодноразово вказував, що переслідування і залякування представників юридичної професії зачіпає саме серце конвенційної системи (див., Наприклад, рішення у справі "Ельджі та інші проти Туреччини" (Elci and Others v. Turkey) від 13 листопада 2003 року, скарги NN 23145/93 і 25091/94, § 669).* ***Влада повинна була мати непереборну причину для втручання в таємницю комунікацій адвоката або в його робочі документи****.*

*З огляду на викладену позицію ЄСПЛ, у процесуальних документах суду та слідства повинні бути наявні посилання на вищевикладені обставини, у інакшому випадку, слід констатувати адвокатами порушення гарантій адвокатської таємниці,* ***та використовувати доцільні , допустимі та активні способи захисту своїх прав****.*

Поряд зі ст. 6 Конвенції**, адвокатська таємниця в певній мірі захищається ст. 8, яка гарантує таємницю листування і недоторканність житла**. Тут суб'єктом захисту може бути вже як сам адвокат, так і його клієнт.

Іноді питання про участь адвоката також ставиться в контексті § 4 ст. 5, що гарантує судовий порядок розгляду питання про запобіжний захід. Нарешті, проблематика адвокатської таємниці може виникати і в справах за іншими статтями Конвенції (наприклад, за ст. 10, яка гарантує право вільно поширювати і отримувати інформацію). Однак в рамках пропонованого виступу я зосереджуся саме на ст. 5, 6 і 8, і ми обговоримо три основні теми: умови зустрічей адвоката і його укладеного клієнта, таємницю адвокатської листування і недоторканність робочого приміщення адвоката

**Зустрічі адвоката з ув’язненим**

У багатьох європейських країнах існують (або існували) положення, що обмежують в тій чи іншій мірі конфіденційність зустрічей адвоката з його клієнтом, особливо на початкових етапах розслідування. Сам текст Європейської конвенції не вказує, що зустрічі між обвинуваченим і його адвокатами повинні відбуватися віч-на-віч (в Американської конвенції з прав людини така вимога є). Однак Суд досить давно вирішив, що будь-які обмеження конфіденційності будуть предметом дуже ретельного розгляду. Суд оцінював цю практику як в контексті процесу цілком, тобто з точки зору ст. 6 Конвенції, так і в контексті провадження у запобіжному заході, тобто з точки зору ст. 5.

«Класичним» рішенням в цьому сенсі є рішення у справі C. проти Швейцарії. Заявник підозрювався в тероризмі - підпали державних будівель і зберіганні вибухівки. Протягом перших місяців після затримання його зустрічі з адвокатом проходили під наглядом поліцейських, які могли чути розмови адвоката і ув'язненого. Більш того, три листи адвокату були вилучені і використовувалися в подальшому для проведення графологічної експертизи. Також поліція вилучила у адвоката документи, що стосуються справи, які той намагався передати своєму підзахисному. Прокуратура посилалася на ризик того, що заявник через свого адвоката вступить у змову з іншими обвинуваченими. Влада також посилалися на те, що заявник відмовився дати свідчення, що, відповідно, підвищувало ризик змови з метою виробити єдину лінію захисту.

Європейський суд, розглядаючи ці обмеження, зазначив, що ризик змови не було підтверджено жодними фактами. Адвокат заявника не був звинувачений в якомусь конкретному порушенні закону або навіть професійної етики; що стосується вироблення спільної позиції по справі, то це є природним прийомом адвокатського захисту, в якому немає нічого протизаконного. Суд вказав, що право на конфіденційне побачення з адвокатом є одним з найбільш базових вимог § 3 (с) ст. 6, що гарантує право на юридичну допомогу. Суд також зазначив, що обмеження на побачення з адвокатом тривали близько 7 місяців. В результаті чого, було знайдено порушення § 3 (с) ст. 6 Конвенції.

Це не означає, що обмеження конфіденційності зустрічей завжди будуть призводити до порушення Конвенції. Так, Європейська комісія з прав людини (орган, який може вважатися одним з попередників нинішнього Суду) в справі «Кемперсом проти Австрії» не знайшла порушення § 3 (с) ст. 6. Заявник у цій справі разом зі спільниками намагався продати п'ять кілограмів кокаїну і був заарештований. У заявника був адвокат, але суддя, який веде справу, розпорядився, що всі зустрічі з адвокатом будуть проходити в його присутності. Суддя вказав на те, що з урахуванням характеру звинувачень, існував серйозний ризик змови між співучасниками злочину, які продовжували перебувати на свободі. Цей захід тривав близько двох місяців, потім обмеження були зняті, і у заявника було ще кілька місяців на підготовку до судового процесу. Комісія визнала неприйнятною скаргу заявника на обмеження конфіденційності. Комісія відзначила той факт, що в кінцевому підсумку у заявника було багато часу для зустрічей з адвокатом в умовах конфіденційності. Комісія також погодилася з висновками внутрішніх судів про те, що в цій справі існував високий ризик змови між заявником і його ще не спійманими співучасниками.

Що змусило Комісію прийняти аргументи держави - відповідача в цій справі? Аргументація Комісії була дуже короткою, тому на це питання важко відповісти точно - можливо, сам характер злочину зіграв вирішальну роль. Треба сказати, що в наступні роки Суд відійшов від цієї практики і став розглядати заходи, що обмежують конфіденційність, більш пильно. Так, у справі «Ланц проти Австрії» Суд прийшов до висновку про порушення § 3 (с) ст. 6 на тій підставі, що заявник, на відміну від справи «Кемперсом проти Австрії», не був учасником організованої банди. До того ж ризик змови, на якому ґрунтувалися внутрішні суди, вже був використаний як аргумент для попереднього ув'язнення заявника. Суд вирішив, що не можна одним і тим же аргументом виправдовувати два різні заходи - попередній висновок і обмеження конфіденційності побачень. Хоча чому ні? Цей аргумент Суду виглядає непереконливо.

Перераховані вище справи не в повному обсязі дозволяють визначити список критеріїв, якими керується Суд при розгляді такого роду ситуацій. Аналізуючи такі ситуації, Суд часто посилається на характер злочину і тривалість дії обмежень. Однак, очевидно, що ці чинники не є вирішальними - досить порівняти справи «Кемперсом проти Австрії» (нарко торгівля, кілька місяців - немає порушення) і «Бреннан проти Сполученого Королівства» (тероризм, 48 годин - є порушення). У справі «Бреннан проти Сполученого Королівства» Європейський суд зазначив, що втручання (присутність офіцера поліції під час зустрічей заявника з адвокатом) тривало лише 48 годин і стосувалося періоду безпосередньо після арешту заявника. Проте Суд прийшов до висновку про порушення § 3 (с) ст. 6 Конвенції. У цій справі заявник підозрювався в приналежності до Ірландської республіканської армії і в скоєнні терористичних актів. Дозволю собі припустити, що справа «Кемперсом проти Австрії» була незвичайною і практика, в даний час, досить виразно схиляється до визнання того, що конфіденційність особистого спілкування укладеного з його адвокатом є «майже абсолютною» вимогою ст. 5 і 6 Конвенції. Подолання цієї «презумпції конфіденційності» можливо тільки у виняткових умовах. Те, які умови є «винятковими», може підказати практика щодо листування адвоката і ув'язнених, але це, вже тема наступного розділу.

**Передача документів**

У процитованій раніше справі С. Європейський суд зосередився на тому, що влада не повинна чути, про що розмовляють адвокат і його клієнт. Саме цей пасаж зі справи С. (§ 48) потім повторювався Судом багаторазово, з посиланням на справу С. або без неї (як у справі «Марчелло Віола проти Італії»). У той же час, поняття «конфіденційність» не вичерпується таємницею усних переговорів. Багато з адвокатів погодяться, що влада не повинна не тільки чути, але й бачити, що відбувається в кімнаті побачень. Нарешті, вимогу конфіденційності можна поширити і на документи, якими обмінюються ув’язнений і адвокат, - влада не повинна контролювати їх зміст або обмежувати їх передачу. У всякому разі, захист зацікавлений саме в цьому. Влада зі свого боку буде намагатися контролювати зміст документів, переданих під час подібних зустрічей.

Нам не відомі справи, в яких Суд визнав, що візуальний контроль за зустрічами не відповідає вимогам Конвенції. З іншого боку, питання про можливість обміну документами між адвокатом і його клієнтом, що перебуває в попередньому ув'язненні, ставилося вже кілька разів, зокрема, в ряді молдавських справ.

У справі «Кастравет проти Молдови» Суд розглянув умови в кімнаті побачень, в якій заявник був відділений від свого адвоката скляною перегородкою. Адвокатське співтовариство Молдови неодноразово заявляло, що в таких кімнатах ведеться прослуховування переговорів. Європейський суд вивчив фотографії, на яких була зображена перегородка, і звернув увагу на її незвичайну конструкцію. Суд не став стверджувати, що розмови в кімнаті побачень точно прослуховувалися; проте Суд погодився, що у заявника та його адвоката були серйозні підстави цього побоюватися. Суд зауважив (і це дуже важливе зауваження), що саме існування подібних підозр обмежувало можливість їх вільного спілкування. Зверніть увагу, що Суд побудував аналіз на тому, як обстановка сприймалася з боку, а не на тому, чи було прослуховування насправді.

Далі Суд звернув увагу, що через перегородку можна було перемовлятися, підвищуючи голос, але не можна було передати документи. На думку Суду, це теж ускладнювало роботу адвоката. Грунтуючись на цих двох аргументах, Суд дійшов висновку про порушення права заявника на захист (в контексті § 4 ст. 5 Конвенції, але це не змінює суті аналізу). Треба відзначити, що цією справою було, по суті, переглянуто рішення у справі «Сарбаев проти Молдови», в якому Суд не знайшов порушення Конвенції у зв'язку з дуже схожими фактами (зверніть увагу що в справі «Сарбаев проти Молдови» питання скляної перегородки було розглянуто в світлі ст. 8, а не 6 Конвенції).

Зі справи не ясно, чи був аргумент про неможливість передавати документи вирішальним, тобто чи достатньо його одного, щоб знайти порушення § 3 (с) ст. 6 Конвенції. Можливо, що немає - прикладом тому може бути справа «Крехер і Меллер проти Швейцарії». У цій справі (яке стосувалося умов утримання підозрюваних в тероризмі) адвокат і його клієнт теж були змушені спілкуватися через скляну перегородку. Однак Європейська Комісія визнала, що це обмеження не ускладнювало роботу захисту настільки, щоб зробити її неможливою. У справі «Кастравет проти Молдови», Суд проаналізував це старе рішення Комісії і звернув увагу на той факт, що заявники в швейцарській справі були небезпечними терористами, що могло виправдовувати існування такої перегородки, в той час як в молдавській справі заявник притягувався до відповідальності вперше і за звинуваченням в економічних злочинах. Тобто, скляна перегородка може бути встановлена в тих випадках, коли є загроза безпеці - або для самих учасників зустрічі, або для громадської безпеки в цілому. Підтвердження цієї ідеї можна знайти в справі «Моїсеєв проти Росії». У цій справі йшлося про візити родичів (ст. 8), і не торкалося права на захист. Однак Суд використовував такий же аргумент, як і в справі «Кастравет проти Молдови»: існування перегородки має бути пояснено вимогами безпеки. Якщо немає конкретних даних, що вказують на таку загрозу, перегородки бути не повинно. Треба зауважити, однак, що в справі «Моїсеєв проти Росії» втручання тривало більше трьох років. Не можна бути впевненим, що Суд прийшов би до такого ж висновку в справах, в яких «зустрічі через скло» тривали дуже недовго.

Те ж можна сказати і про просту заборону передавати документи під час зустрічей. У справі «Ердем проти Німеччини» заявник був керівником курдської терористичної організації. За німецьким карним кодексом, він міг спілкуватися зі своїм адвокатом конфіденційно, але не міг обмінюватися ніякими документами з ним інакше, як через суддю. Закон окремо обумовлював, що це повинен бути суддя ніяк не пов'язаний зі слідством і не відповідальний за його результати. Європейський суд не знайшов в цій справі порушення ст. 8 Конвенції. Суд зазначив, що такий захід передбачений в дуже вузькій сфері (боротьба з тероризмом). Закон чітко вказував, що цей захід є винятком із загального правила, за яким всі контакти заявника та його адвоката конфіденційні. Більш того, документи, якими обмінювалися адвокат і його клієнт, читалися не співробітниками тюремної адміністрації, а незалежним суддею, в обов'язки якого входило не повідомляти отриману інформацію органам слідства, якщо тільки в ній не містяться ознаки нового складу злочину.

**Зустрічі адвоката і ув’язненого в контексті ст. 5 Конвенції**

Перераховані вище справи стосувалися справедливості судового розгляду в цілому (ст. 6 Конвенції). Однак ця тема актуальна і в більш вузькому контексті - в зв'язку з правом особи, яка перебуває в попередньому ув'язненні, домагатися свого звільнення. Це право випливає з ст. 5 Конвенції «Право на свободу та особисту недоторканність».

Практика Європейського суду трактує ст. 5 як таку, що містить певні процедурні вимоги. Це тлумачення цілком природно випливає з положень § 3 і 4 ст. 5 - вони гарантують судовий розгляд питання про запобіжний захід. Особливість судової діяльності складається, зокрема, в тому, що вона неминуче пов'язана з дотриманням певної процедури, aпріорі більш складною, ніж адміністративна процедура. Як повинно розглядатися питання про запобіжний захід? Чи повинна така процедура відповідати всім гарантіям ст. 6 (право на справедливий судовий розгляд)? Очевидно, що ні. Процедури в рамках § 3 і 4 ст. 5 пов'язані з «попередніми заходами», в цих процедурах не визначається остаточно обґрунтованість кримінального обвинувачення. Тому, Суд неодноразово висловлювався про те, що процесуальні гарантії в контексті ст. 5 надають затриманому менше прав, ніж схожі гарантії в статті 6 Конвенції щодо обвинуваченого - см. Справа «Свіпста проти Латвії». Проте, затриманому мають бути забезпечені деякі мінімальні процедурні гарантії, в тому числі і в сфері отримання ним юридичної допомоги.

Обмеження конфіденційності контактів затриманого з його адвокатом в світлі § 4 ст. 5 були розглянуті в справі «Оджалан проти Туреччини». Заявник був лідером курдських сепаратистів. Він був заарештований (практично викрадений) турецькими спецслужбами в Найробі і доставлений до Туреччини. Через деякий час до ув’язненого допустили тільки двох адвокатів з більш ніж десятка юристів, найнятих його родичами. Перша бесіда відбувалася в присутності офіцерів спецслужб в масках і одного судді, і тривала двадцять хвилин. Запис цієї бесіди був переданий до військового суду. В ході подальших зустрічей заявник і його адвокати були розділені скляною перегородкою, їх зустрічі фіксувалися на відеокамеру, не було можливості передати документи. Під час кожного візиту, адвокатів обшукували і змушували заповнювати детальний питальний лист. Візити адвокатів до в'язниці були обмежені в часі і відбувалися раз на тиждень.

Суд, вивчивши ці обмеження, прийшов до висновку, що заявник в таких умовах був позбавлений можливості ефективно оскаржити своє затримання в суді. У постанові Суд окремо відзначив, що заявник не мав юридичної освіти, і в той же час був єдиним, хто міг би розповісти про його затримання в Найробі турецькими спецслужбами. В таких обставинах він не міг подати скаргу на своє утримання під вартою, не проконсультувавшись попередньо з адвокатом, в умовах, що гарантують конфіденційність. Такої можливості йому надано не було - отже, була порушена § 4 ст. 5.

Іншими словами, Суд не став стверджувати що § 4 ст. 5 гарантує «право на адвоката», як це робить § 3 (с) ст. 6 Конвенції. Суд не став навіть вживати цей термін ( «право на адвоката»), а підійшов до питання більш широко, з точки зору права на судовий розгляд питання про запобіжний захід. Проте, суть рішення від цього не змінюється: неможливість поговорити з адвокатом наодинці може, в деяких обставинах, порушувати вимоги § 4 ст. 5. Це незалежна гарантія, відмінна від права, гарантованого § 3 (с) ст. 6 Конвенції.

Чому Суд охоче визнає обмеженість «права на адвоката» в контексті § 4 ст. 5 Конвенції? Очевидно, що головним аргументом є терміновість (§ 84 в постанові у справі «Лебедєв проти Росії»). Практика по § 4 ст. 5 вимагає розглядати прохання про звільнення дуже оперативно - рахунок тут йде на тижні, а то й на дні. В таких умовах забезпечити безкоштовного адвоката кожному затриманому або дати йому час знайти свого адвоката, достатньо складно. Тому іноді такі слухання проводяться взагалі без адвокатів. Однак, очевидно, що якщо у затриманого вже є адвокати, влада не повинна перешкоджати їм у наданні юридичної допомоги затриманому. В цьому одна з принципових відмінностей між гарантіями ст. 5 і 6 Конвенції щодо юридичної допомоги. Якщо ст. 6 вимагає від держави забезпечити участь адвоката, ст. 5 лише просить не перешкоджати в отриманні такої допомоги, в тому числі шляхом втручання в їх конфіденційне спілкування.

**Переписка адвоката з клієнтами, прослуховування телефонних переговорів**

Найчастіше, адвокат не має можливості особисто зустрітися зі своїм клієнтом, особливо, якщо той знаходиться в місцях позбавлення волі. В таких умовах листування і телефонні переговори між адвокатом і його клієнтом стають основним засобом реалізації права останнього на отримання юридичної допомоги.

Питання про втручання в таємницю листування в практиці Конвенції найчастіше ставилося в контексті ст. 8 Конвенції, яка гарантує, зокрема, недоторканність кореспонденції. На відміну від ст. 6, стаття 8 Конвенції містить такі судові доручення «внутрішньої законності». Іншими словами, коли йдеться про гарантії ст. 6, саме по собі порушення, наприклад, формальних вимог КПК не буде означати, що ст. 6 теж порушена. Заявнику необхідно довести, що цим же порушено одне з базових вимог справедливості процесу, закріплених в самій ст. 6. Це означає, що будь-яка міра, на яку скаржиться заявник, повинна, в першу чергу, відповідати національному законодавству. У практиці Суду досить багато справ, в яких втручання в таємницю листування заявника та його адвоката було визнано таким, що порушує внутрішнє право держави-відповідача, наприклад справа «Найдецкі проти Польщі». Однак нас в першу чергу цікавлять не порушення внутрішньої законності, а порушення вимоги пропорційності будь-якого втручання в таємницю листування. Для стислості сформулюємо цю вимогу так: кошти, якими користується держава для досягнення деяких законних цілей, не повинні бути надмірними. Іншими словами, не можна «стріляти з гармати по горобцях».

У справі «Кемпбелл проти Сполученого Королівства», ув’язнений листувався зі своїм адвокатом з метою подати скаргу на тюремних охоронців. Це листування, так само як і листування заявника з адвокатом з приводу скарги до Європейської Комісії, розкривалося, причому всі листи, крім листів до Комісії, прочитувалися. Уряд стверджував, що в цьому немає нічого страшного, так як юрист, ще не став представником заявника в жодній з офіційних процедур - вони тільки обговорювали зі своїм клієнтом можливість подачі відповідних позовів. Однак Суд цей аргумент не переконав. Не важливо, чи ведеться листування в рамках вже існуючого судової справи або ж це попереднє листування. Суд зазначив, що за загальним правилом, такого роду листи захищені «адвокатським привілеєм» (§ 48).

Суд встановив, що відкривання такого роду листів допустимим, тільки, якщо у тюремній адміністрації є розумна підстава підозрювати, що такий лист містить недозволене вкладення. Треба мати на увазі, що під «розумною підставою» розуміється не голослівне твердження службовців в'язниці, що відповідають за переписку. Повинні бути якісь відомості або ознаки, які незалежний спостерігач може розцінити як свідчення того, що в листі є сторонні вкладення.

Суд зазначив, що навіть при наявності розумних підстав листи можуть бути розкриті, але не повинні читатися. Ця вимога, судячи з усього, була пов'язана з тим, що англійський закон спрямований, в першу чергу, на заборону недозволених вкладень, і лише в другу - на охорону змісту листів. Суд далі вказав, що лист може бути розкрито тільки в присутності самого ув'язненого- його автора. Що стосується читання цих листів, то це допустимо тільки у виняткових випадках, якщо у адміністрації є, знову ж таки, обгрунтована підозра в тому, що адвокат зловживає своїм привілеєм на адвокатську таємницю, і коли таке листування ставить під загрозу безпеку у в'язниці або з якихось інших причин має кримінальний характер.

Уряд також стверджував, що адвокати іноді виступають пособниками ув'язнених, передають їм заборонені предмети (наприклад, пересилають наркотики) і тому, довіряти їм не можна. Суд відхилив і цей аргумент. Для Суду той факт, що адвокати перебувають в колегії і можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення етики, є достатньою гарантією їх доброчесності. По суті, Суд сказав, що добропорядність адвокатів повинна презюміруватися.

У практиці застосування Конвенції, можна знайти кілька справ, в яких Європейська Комісія визнавала втручання в таємницю листування і переговорів адвоката обгрунтованою. У справі «Мулдерс проти Нідерландів» заявник - практикуючий адвокат, конкурсний керуючий банку - підозрювався в шахрайствах. Його телефон був поставлений на прослуховування за рішенням «слідчого судді»; при цьому суддя інформував про факт прослуховування главу адвокатської палати, якому регулярно направлялися копії касет із записами розмов заявника. Суддя і глава адвокатської палати разом вирішували, які записи треба стерти, так як вони не відносяться до справи самого заявника, а які залишити. Цей захід, на думку Комісії, в достатній мірі захищав клієнта адвоката від розголошення відомостей, наданих йому; в його ж власній справі заявник діяв самостійно, а не за дорученням.

Різниця між справами «Кемпбелл проти Сполученого Королівства» та «Мулдерс проти Нідерландів» очевидна. У першому випадку, мова йшла про перлюстраціїю всієї кореспонденції ув'язнених, в тому числі і на адресу адвокатів, у професійній порядності яких, ніхто не сумнівався. У другому випадку, мова йшла про прослуховування телефонних переговорів адвоката, який сам був співучасником злочину (або хоча б підозрювався в ньому). Більш того, якщо в англійській системі рішення про відкриття листів брав працівник в'язниці, то в голландському, існувала додаткова інстанція контролю - говорить президент адвокатської палати, який стежив за тим, щоб в руки слідства не потрапило ніяких «зайвих» документів і відомостей, що не відносяться безпосередньо до розслідування злочину.

Із справ, що стосуються конфіденційності листування між ув’язненим і його адвокатом, слід згадати і справу «Калогеро Діана проти Італії». Справа стосувалася терориста, члена італійської «Червоної бригади»; його листування з адвокатом розкривалася і прочитувалась адміністрацією в'язниці. Італійський закон дозволяв перлюстрацію за вмотивованим рішенням судді щодо певних категорій ув'язнених.

Автоматичний (в силу вказівок закону, а не за судовим рішенням) моніторинг всієї кореспонденції ув'язнених (не тільки з адвокатом, а й з родичами) був визнаний не відповідним Конвенції у справі «Петра проти Румунії». Цікаво, що мотивування внутрішніх рішень в цій справі було досить докладним, і, більш того, дію цього заходу було обмежено певним терміном. Нарешті, про перлюстрацію було офіційно повідомлено заявнику. Проте, Суд знайшов порушення ст. 8 Конвенції в цій справі. З одного боку, Суд визнав, що дії тюремної влади мали під собою законодавчу базу. Разом з тим, Суд зосередився на такій проблемі, як «якість закону», застосованого в цій справі. Італійський закон не вказував, за яких підстав суддя може дозволити перлюстрацію і на який термін. Таким чином, дискреція судді в цих питаннях залишалася неприпустимо широкою, а закон - занадто невизначеним. При цьому Суд обмовився, що закон не може детально описувати кожен випадок, в якому допускається перлюстрація - така вимога була б нездійсненною. У той же час, закон повинен встановлювати хоч якісь рамки, що обмежують дискрецію внутрішніх органів при вирішенні цього питання.

Якість закону, застосованого в справі, була предметом розгляду і в справі «Копп проти Швейцарії», де телефони адвокатського офісу були поставлені на прослуховування. Разом з тим швейцарський закон містив беззаперечну заборону на прослуховування телефонних переговорів адвокатів з їх клієнтами. Уряд намагався пояснити, що заявник прослуховувався в «особистій якості» (під підозрою була його дружина, а не він сам). Однак закон нічого не говорив про те, як розрізнити «особисті» і «професійні» переговори. Суд зазначив, що правозастосовна практика допускала таке прослуховування, тобто вимога законності була дотримана, але незрозуміло було, як вона «уживалася» із загальною забороною, що містяться в законі. До того ж ця практика не вказувала, хто повинен розмежовувати «особисті» і «професійні» переговори адвоката (§ 62 і далі). Звісно ж, **що питання про «якість закону» досить часто може бути сформульовано і в більш класичній формі - закон не забезпечував достатніх гарантій, що захищають адвокатів від свавілля правоохоронних органів.**

На закінчення відзначимо, що захистом користується листування адвокатів з їх клієнтами в рамках найрізноманітніших процедур, а не тільки кримінально-правових. У справі «Фокслі проти Сполученого Королівства» проти заявника була відкрита процедура стягнення майна, конфіскованого за рішенням суду; проте влада підозрювала, що він ховає якесь майно від стягнення. На цій підставі керуючий з питань банкрутства, який керував цією процедурою, з санкції суду отримав право розкривати і копіювати всю кореспонденцію заявника. Європейський суд дійшов висновку про порушення ст. 8 Конвенції, слідуючи приблизно тією ж логікою, що і в справі «Кемпбелл проти Сполученого Королівства». При цьому, Суд не став аналізувати тип процедури, в рамках якої велося листування, і характер наданих адвокатом послуг.

**Додаток:** копія позовної заяви

**З повагою,**

**Голова   
Комітету захисту прав адвокатів та  
гарантій адвокатської діяльності при НААУ Г.Л. Боряк**