
РОЗДІЛ 5. СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.965

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2021.02.10>

КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТУРИ

CONFIDENTIALITY AS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE ORGANIZATION AND ACTIVITY OF THE ADVOCACY

Іваницький С.О.,

доктор юридичних наук, доцент,

професор кафедри економічної безпеки та фінансових розслідувань

Національної академії внутрішніх справ

<https://orcid.org/0000-0002-8426-100X>

Іваницька В.В.,

кандидат юридичних наук,

головний спеціаліст відділу з питань адміністративної

відповідальності та антикорупційної експертизи

Головного управління кримінальної юстиції

Директорату правосуддя та кримінальної юстиції

Міністерства юстиції України

<https://orcid.org/0000-0001-6976-2183>

У статті досліджено конфіденційність як принцип організації та діяльності адвокатури. Проаналізовано відмінність конфіденційності від адвокатської таємниці. Аргументовано, що вказані категорії співвідносяться між собою як загальне й окреме, оскільки, окрім збереження адвокатської таємниці, адвокат повинен здійснити захист інших відомостей, що можуть не охоплюватися цим поняттям (персональні дані, інформація про фізичну особу тощо).

Зроблено висновок, що конфіденційність як принцип адвокатури становить сукупність положень, що визначають механізм дотримання адвокатської таємниці, захисту персональних даних особи та інших видів інформації з обмеженим доступом у процесі здійснення адвокатської діяльності, а також кваліфікаційного, дисциплінарного та інших видів проваджень у системі органів адвокатського самоврядування. Звернуто увагу, що на відміну від багатьох інших принципів адвокатури, принцип конфіденційності поширюється на ширше коло суб'єктів, охоплюючи не тільки адвокатів, але й помічників адвоката, стажистів адвоката, осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, а також осіб, стосовно яких припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю. Обґрунтовано необхідність

доповнення статті 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» частиною восьмою наступного змісту: «Адвокат не несе дисциплінарної, адміністративної, цивільно-правової та кримінальної відповідальності за подання центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії злочинності, відомостей, які становлять адвокатську таємницю, з метою попередження вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи».

Ключові слова: конфіденційність, адвокатська таємниця, адвокат, принцип адвокатури, персональні дані, професійна таємниця, інформація з обмеженим доступом.

In the article, the author investigated confidentiality as a principle of the organization and activity of the advocacy. The difference between confidentiality and attorney-client privilege was analyzed.

The author concludes that confidentiality as a principle of the advocacy is a set of legal prescriptions that determine the mechanism for observing attorney-client privilege, protecting personal data and other types of information with limited access in the process of practicing law, as well as qualification, disciplinary and other types of proceedings

in the system of advocate's self-government. Attention is drawn to the fact that, unlike many other principles of the advocacy, the principle of confidentiality applies to a wider range of subjects, including not only advocates, but also assistant advocates and interns of advocates, persons who have an employment relationship with an advocate, as well as persons in respect of whom the right to practice law has been terminated or suspended. Arguments were given in favor of applying the concept of limited protection of attorney-client privilege in Ukraine.

The author justified the need to supplement article 22 of the Law of Ukraine «On advocacy and advocate's activity» with part eight of the following content: «An advocate does not bear disciplinary, administrative, civil and criminal responsibility for providing the central executive body implementing state policy in the field of crime prevention and counteraction with information that constitutes attorney-client privilege, in order to prevent the commission of a serious or particularly serious crime against the life and health of an individual».

Keywords: confidentiality, attorney-client privilege, advocate, the principle of advocacy, personal data, professional secrecy, information with limited access.

Постановка проблеми. Однією з найбільш важливих передумов встановлення довіри, забезпечення відвертості й щирості клієнта у відносинах із адвокатом є конфіденційність спілкування. За відсутності цих важливих комунікаційних елементів довіритель схильний розповісти лише півправди або переважно обмежитися мовчанням. Якщо останній свідомо або через легковажність утаїв від оборонця своїх прав ті чи інші фактичні дані, реальну вагомість яких знає лише адвокат, то й очікувати якісної правової допомоги навряд чи можна. Адже в основу юридичної консультації буде покладено фрагментарну інформацію, фактичну помилку чи інші ненадійні джерела.

ССВЕ звертає увагу про перебування конфіденційності під загрозою, оскільки електронна пошта, телефонні дзвінки та хмарні сховища контролюються спецслужбами [1, с. 4]. Вітчизняна практика [2, с. 29-35, 42] засвідчує більш брутальні порушення таємниці взаємин адвоката й клієнта, у зв'язку з чим важливо дослідити сучасний зміст конфіденційності як основоположного принципу адвокатури.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на те, що окремі аспекти вказаної тематики були предметом уваги представників теорії адвокатури [3; 4; 5; 6; 7; 8], зокрема, Н.М. Бакаянної, А.П. Бірюкової, В.В. Заборовського, С.М. Логінової, С.Р. Мартіна, Д.Р. Фісчела та інших, проте в контексті новітніх тенденцій правового розвитку питання конфіденційності як

принципу організації та діяльності адвокатури потребує переосмислення й додаткового висвітлення на доктринальному рівні, що підкреслює важливість активізації наукових розробок в цій сфері.

Метою цієї статті є дослідження змісту конфіденційності як принципу організації та діяльності адвокатури на сучасному етапі її розвитку.

Виклад основного матеріалу. Конфіденційність є «вічним питанням» адвокатури, для характеристики якого в різних державах також використовуються категорії адвокатської (професійної) таємниці та професійної юридичної привілеї («legal professional privilege», «attorney-client privilege»).

У Загальних принципах правової професії, прийнятих Міжнародною асоціацією юристів 20 вересня 2006 року, зазначається про принцип «конфіденційності/професійної таємниці». Правник завжди повинен зберігати конфіденційність і йому повинна бути надана можливість захищати її щодо поточних справ чи колишніх клієнтів, якщо інше не вимагається чи не дозволено законом, або, якщо це дозволено, рішенням клієнта [9, с. 2].

Серед принципів, передбачених Хартією основоположних принципів європейської правової професії, прийнятою Радою адвокатів та правових товариств Європи (ССВЕ) 24 листопада 2006 р., зазначається право і обов'язок адвоката дотримуватися конфіденційності щодо справ клієнтів та поважати професійну таємницю [10, с. 5].

Аналіз положень наведених та інших нормативних документів показує, що підвалинами механізму нерозголошення відомостей, отриманих адвокатом в процесі професійної діяльності, є інститути конфіденційності та адвокатської таємниці. Вказані явища визначаються через такі категорії, як «право», «обов'язок», «принцип», «привілеія» тощо. Чіткої межі між конфіденційністю та адвокатською таємницею в текстах міжнародно-правових актів не проводиться й нерідко ці поняття розглядаються як однопорядкові, взаємозамінні. У теорії питання нерозголошення відомостей, що отримані адвокатом від клієнта в процесі професійної діяльності, досліджуються через призму конфіденційності [8, с. 1; 11, с. 49], адвокатської таємниці [6, с. 66] або відразу двох цих категорій.

Сформоване на рівні міжнародних стандартів багатовимірне трактування довірчої природи взаємин адвоката й клієнта отримало розвиток у національному законодавстві (ст.ст. 4, 11, 21-23, 28, 32, 40 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон), ст.ст. 46-47, 54, 65, 224, 258 КПК України, ст. 70 ЦПК України та ін.) й приписах органів адвокатського самоврядування.

Окрім профільної нормативної бази, збереження відомостей про довірителя здійснюється із врахуванням інформаційного законодавства. Згідно Закону України «Про інформацію» за порядком доступу інформація поділяється на відкриту інформацію та інформацію з обмеженим доступом. Остання утворюється конфіденційною, таємною та службовою інформацією. Своєю чергою, конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. В Законах України «Про інформацію» й «Про захист персональних даних» словосполучення «інформація про фізичну особу» і «персональні дані» розглядаються як синонімічні та трактуються як відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована [12, ст. 650; 13, с. 481].

Зазначаючи про існування принципу конфіденційності (ст.ст. 4, 11 Закону, ст.ст. 10, 22 Правил адвокатської етики), вітчизняний законодавець й корпоративний нормотворець, тим не менше, частіше оперують поняттям адвокатської таємниці. Такий підхід є не випадковим. Системний аналіз Закону, а також суміжних нормативно-правових актів дозволяє дійти висновку, що адвокатська таємниця не тільки виступає фундаментом, але й утворює основний обсяг змісту конфіденційності як принципу адвокатури.

Між тим, одні й ті ж відомості можуть належати до різних видів інформації з обмеженим доступом. З огляду на це принцип конфіденційності за своїми межами повинен розглядатися як ширша категорія, ніж інститут адвокатської таємниці. Вони співвідносяться між собою як загальне й окреме, що можна побачити на прикладі ст.ст. 4, 11, 21 Закону. Останньою нормою встановлено заборону адвокату без згоди клієнта розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю. У цій же статті на адвоката покладено обов'язок забезпечити захист персональних даних про фізичну особу, якими він володіє, відповідно до законодавства з питань захисту персональних даних.

Аналогічні приписи закріплені в ч. 2 ст. 22 Закону, яка уточнює, що у випадку втрати відповідними матеріалами статусу адвокатської таємниці (за письмовою заявою клієнта) інформація або документи, що отримані від третіх осіб і містять відомості про них, можуть поширюватися з урахуванням вимог законодавства з питань захисту персональних даних. Таким чином, окрім збереження адвокатської таємниці, адвокат повинен здійснити захист інших відомостей, що можуть не охоплюватися поняттям адвокатської таємниці (персональні дані, інформація про фізичну особу тощо), тобто забезпечити конфіденційність у взаєминах із широким колом осіб, лише частина з яких виступає його клієнтами.

В галузі кримінального провадження відмінність між конфіденційністю та адвокатською таємницею проглядається більш рельєфно. Адвокат може бути допитаний як свідок з приводу наявної в нього конфіденційної інформації. Натомість для допиту його як свідка стосовно відомостей, які становлять адвокатську таємницю, встановлено заборону (ч. 2 ст. 65 КПК України), що має вузький перелік виключень.

Конфіденційність як принцип адвокатури становить сукупність правоположень, що визначають механізм дотримання адвокатської таємниці, захисту персональних даних особи та інших видів інформації з обмеженим доступом у процесі здійснення адвокатської діяльності, а також кваліфікаційного, дисциплінарного та інших видів проваджень у системі органів адвокатського самоврядування.

На відміну від багатьох інших принципів адвокатури, принцип конфіденційності поширюється на ширше коло суб'єктів, охоплюючи не тільки адвокатів, але й помічників адвоката, стажистів адвоката, осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, а також осіб, стосовно яких припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю.

У ч. 1 ст. 22 Закону міститься досить широке визначення адвокатської таємниці як будь-якої інформації, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває в трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності.

З огляду на приписи ч. 3 ст. 65, ч. 8 ст. 224 КПК України, ст. 397 КК України можна дійти висновку, що адвокатська таємниця є різновидом професійних таємниць, до переліку яких входять таємниця сповіді, лікарська таємниця, таємниця нарадчої кімнати тощо.

Основними змістовними аспектами адвокатської таємниці є:

таємниця усних, письмових та електронних комунікацій адвоката й клієнта та матеріальних об'єктів їх відображення: а) забезпечення права на конфіденційне побачення адвоката й клієнта, яке у встановлених законом випадках може відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування (ч. 5 ст. 46 КПК України); б) заборона втручання в приватне спілкування захисника та

клієнта в частині здійснення щодо них аудіо-, відеоконтролю особи, арешту, огляду і виїмки кореспонденції, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж або електронних інформаційних систем (ст. 258 КПК України); в) заборона проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності (п. 4 ч. 1 ст. 23 Закону); г) заборона допиту адвоката як свідка про відомості, які становлять адвокатську таємницю, за виключенням випадків, передбачених законом (п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону, ст. 65, ч. 8 ст. 224 КПК України, ст. 70 ЦПК України);

таємниця будь-якої інформації, що одержана адвокатом у справі клієнта не від нього безпосередньо (від третіх осіб, самостійно);

посилений імунітет місця (адвокатський офіс, автомобіль тощо) професійної практики (ч. 2 ст. 23 Закону);

встановлення кримінальної відповідальності для не-адвокатів (ст. 397 КК України) та адвокатів, які винні в порушенні адвокатської таємниці.

В теорії та законодавчій практиці зарубіжних держав сформовано два основні підходи щодо ступеня захисту адвокатської таємниці (конфіденційності, юридичної професійної привілеїї або інших іноземних еквівалентів).

Прибічники повного (абсолютного) захисту адвокатської таємниці широко трактують предмет і межі таємниці, наполягаючи на неприпустимості її розголошення за будь-яких обставин, за винятком, хіба що подання інформації до уповноваженого органу з метою запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму.

Близький до абсолютного рівень гарантування адвокатської таємниці забезпечується в Австрії, Іспанії, Литві, Ісландії та інших.

Прихильники обмеженого (відносного) захисту адвокатської таємниці вважають за можливе розкриття інформації, що становить її зміст, на підставі ширшого переліку підстав.

Тенденція до обмеження професійної таємниці отримала чітке вираження в останні десятиріччя як реакція на глобальний рух до інтеграції зусиль з метою протидії загрозам у вигляді легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та іншим масштабним викликам.

Не оминули ці процеси й Україну, законодавець якої поклав в основу правової регламентації концепцію обмеженого захисту адвокатської таємниці. Такий підхід заслуговує на підтримку. Аналіз вітчизняного масиву нормативних актів дозволяє виділити три підстави для звільнення адвоката від обов'язку збереження адвокатської таємниці, зокрема: 1) необхідність подання інформації уповноваженому органу з метою запобігання та протидії легалізації (відмиванню)

доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (ч. 6 ст. 22 Закону); 2) письмова заява клієнта (ч. 2 ст. 22 Закону, ч. 3 ст. 65 КПК України); 3) пред'явлення клієнтом вимог до адвоката у зв'язку з адвокатською діяльністю (ч. 4 ст. 22 Закону).

Окреслені підстави відповідають світовій практиці, дослідження якої свідчить про те, що додаткової уваги українського законодавця потребують інші потенційно уразливі ділянки взаємовідносин адвоката й клієнта. Так, винятки з професійної юридичної привілеїї встановлені в частині повідомлення інформації з метою протидії відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом (Австрія, Фінляндія, Греція, Литва та ін.), фінансуванню тероризму (Польща, Естонія, Португалія, Латвія, Болгарія); у випадку наявності дозволу клієнта (Японія, Фінляндія, Естонія, Саудівська Аравія та ін.), дозволу асоціації адвокатів (Македонія, Греція, Португалія), а також з метою «самооборони» адвоката (Франція, Швеція, Бельгія, США).

В Німеччині адвокатська таємниця не стосується фактів, які є загальновідомими або за своїм значенням не потребують їх збереження в таємниці [14, с. 21]. В Англії та Уельсі виключення з професійної юридичної привілеїї робиться, зокрема, для випадків, коли комунікації адвоката й клієнта здійснюються з метою вчинення шахрайства чи іншого злочину. У США на підставі п. 1.6 Модельних правил професійної поведінки ААЮ [15, с. 23] законодавством штатів встановлено право адвоката розкрити інформацію, що стосується представництва клієнта, в межах, в яких він вважає розумно необхідним, з метою, зокрема, попередження розумно визначеної смерті чи істотних тілесних ушкоджень або попередження вчинення клієнтом злочину чи шахрайства, в результаті яких розумно очікується спричинення істотної шкоди фінансовим інтересам чи власності іншого, й на підтримку чого клієнт використовував адвокатські послуги.

Американський досвід заслуговує на підтримку. Якщо клієнт повідомляє адвокату про намір вбити чи тяжко покалічити певну особу, очевидно, що правник не може сидіти й склавши руки чекати реалізації задуманого. Як з моральних, так й з юридичних міркувань першочергового захисту потребує благо, яке є більш соціально значущим (життя і здоров'я людини).

Так, наприклад, у справі «Purcell v. District Attorney» довіритель підлягав виселенню із відомого житла через звільнення із компанії, в якій раніше працював. Клієнт розповів адвокату про свій намір спалити будинок, в якому мешкав. Адвокат повідомив про це Бостонського лейтенанта поліції, який арештував підпалювача на наступний день, після того як система пожежогасіння

спрацювала шляхом заливки підлоги приміщення відповідною речовиною.

Слід погодитися із С.Р. Мартіном стосовно того, що в даному випадку бажання довірителя нашкодити іншим не заслуговує бути забезпеченим професійним обов'язком конфіденційності, оскільки сам клієнт прагне порушити категоричний імператив, який розроблений з метою людського процвітання [7, с. 1336-1337]. З огляду на викладене, вітчизняне законодавство потребує відповідного корегування, про що детальніше буде зазначено у підсумковій частині роботи.

Окрім організаційних форм адвокатської діяльності, принцип конфіденційності знаходить реалізацію в діяльності органів адвокатського самоврядування (ч. 2 ст. 8, ч. 4 ст. 22, ч.ч. 2-3 ст. 40 Закону). Йдеться про нерозголошення адвокатської таємниці, захист персональних даних особи та інших видів інформації з обмеженим доступом у процесі кваліфікаційного та дисциплінарного провадження.

Проблемним залишається збереження адвокатської таємниці під час дисциплінарного провадження, ініціювати яке може будь-яка особа, зокрема, не клієнт. З огляду на дію засади змагальності в процесі розгляду дисциплінарної справи, особа, яка ініціювала питання про дисциплінарну відповідальність адвоката, має право бути присутньою під час її розгляду, ставити питання учасникам провадження, висловлювати заперечення, тобто може дізнатися про факти, які становлять адвокатську таємницю.

Передбачена частиною третьою ст. 40 Закону можливість закритого розгляду дисциплінарної справи вочевидь не поширюється на такого суб'єкта, як особа, яка ініціювала питання про дисциплінарну відповідальність адвоката.

Оскаржуючи до суду рішення КДКА, ця особа може знайомитися з матеріалами справи, робити з них копії тощо. На нашу думку, в законі слід зафіксувати обов'язок даного учасника не розголошувати конфіденційні відомості, про які він дізнався в процесі дисциплінарного чи судового провадження. Такий імператив повинен підкріплюватися вказівкою на відповідальність за порушення припису.

Висновки. Отже, статтю 22 Закону слід доповнити частиною восьмою наступного змісту: «Адвокат не несе дисциплінарної, адміністративної, цивільно-правової та кримінальної відповідальності за подання центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії злочинності, відомостей, які становлять адвокатську таємницю, з метою попередження вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи». Для узгодження вітчизняного галузевого

законодавства із кримінальним процесуальним законом частину третю статті 65 КПК України слід доповнити наступним реченням: «Особа, передбачена пунктом 2 частини другої цієї статті, можуть бути допитані як свідки з приводу інформації, поданої ними в порядку, передбаченому ч. 8 ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. CCBE Annual report 2014. Brussels: The Council of Bars and Law Societies of Europe, 2014. 59 p.
2. Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні. 2013-2018 р. Київ: НААУ, 2018. 43 с.
3. Бакаянова Н. М. Основи адвокатури України: функціональні та організаційні аспекти: монографія. Одеса: Юридична література, 2017. 357 с.
4. Бірюкова А. М. Адвокатура України в умовах глобалізації: монографія. Київ: Алерта, 2018. 424 с.
5. Заборовський В. В. Правовий статус адвоката в умовах становлення незалежної адвокатури України: монографія. Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2017. 900 с.
6. Логінова С.М. Адвокатська таємниця: теорія і практика: дис ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Київ, 2002. 184 с.
7. Martyne S.R. In defense of client-lawyer confidentiality ... and its exceptions. *Nebraska Law Review*. 2003. Vol. 81. № 4. P. 1320-1350.
8. Fischell D.R. Lawyers and confidentiality. *The University of Chicago Law Review*. 1998. Vol. 65. № 1. P. 1-33.
9. General principles for the legal profession: adopted by the International Bar Association on 20 September 2006. London: International Bar Association, 2013. 3 p.
10. Charter of core principles of the European legal profession: adopted at the plenary session CCBE in Brussels on 24 November 2006. *Charter of core principles of the European legal profession and Code of conduct for European lawyers*. Brussels: The Council of Bars and Law Societies of Europe, 2013. P. 4-5.
11. Головань І.В. Бізнес-адвокатура в Україні. Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2004. 127 с.
12. Про інформацію: Закон України № 2657-XII від 2 жовтня 1992 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.
13. Про захист персональних даних: Закон України № 2297-VI від 1 червня 2010 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 34. Ст. 481.
14. Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Paderborn: Outlook verlag GmbH, 2013. 98 s.
15. ABA Model Rules of Professional Conduct. Chicago: American Bar Association, 2009. 209 p.