

Рекомендации

по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности

30.11.2009 Протокол №3,
с доп. от 28.09.2016 (Протокол №7)

Как показывает анализ адвокатской практики, а также обращений в Федеральную палату адвокатов РФ, следственные органы и органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, допускают существенные нарушения положений действующего законодательства, направленных на обеспечение адвокатской тайны. Следователи пытаются допрашивать адвокатов в качестве свидетелей по уголовным делам, составлять процессуальные документы, фиксирующие результаты следственных действий с их участием, в действительности не проводившихся, и т.п. Эти и иные подобные действия являются грубым нарушением ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон). Ими нередко преследуется цель либо не допустить того или иного адвоката к осуществлению защиты по уголовному делу, либо любыми средствами, в том числе незаконными, собрать доказательства вины подозреваемого (обвиняемого).

При этом нарушается гарантированное ст. 48 Конституции РФ право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, которое обеспечено нормами Федерального закона. Как следует из п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 8 Федерального закона, адвокатская тайна представляет собой существенное условие реализации указанного права: в соответствии с п. 1 ст. 1 адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката; согласно п. 1 ст. 8 адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю.

В то же время нередки случаи неправомерного использования самими адвокатами сведений, составляющих предмет адвокатской тайны, в том числе случаи не санкционированного доверителями распространения таких сведений. Такие действия наносят вред охраняемым законом правам и интересам граждан, нарушают направленные на обеспечение адвокатской тайны положения Федерального закона и Кодекса профессиональной этики адвоката (далее – Кодекс).

Учитывая сложившуюся ситуацию, Совет Федеральной палаты адвокатов РФ считает необходимым дать следующие разъяснения.

1. Адвокатская тайна – это состояние запрета доступа к информации, составляющей ее содержание, посредством установления специального правового режима, направленного на реализацию конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи, а также на формирование и охрану иммунитета доверителя путем: введения запретов на несанкционированное получение, разглашение или иное неправомерное использование любой информации, находящейся у адвоката в связи с его профессиональной деятельностью; закрепления права адвоката на тайну и обязанностей по ее сохранению; установления ответственности адвоката и третьих лиц за нарушение адвокатской тайны.

2. К предмету (содержанию) адвокатской тайны относятся:
- факт обращения к адвокату, включая имена и названия доверителей;

- все доказательства и документы, собранные адвокатом в ходе подготовки к делу;
- сведения, полученные адвокатом от доверителей и документы, если они входят в производство по делу;
- информация о доверителе, ставшая известной адвокату в процессе оказания юридической помощи;
- содержание правовых советов, данных непосредственно доверителю или ему предназначенных;
- адвокатское производство по делу;
- условия соглашения об оказании юридической помощи, включая денежные расчеты между адвокатом и доверителем;
- любые другие сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи.

3. Одной из гарантий сохранности адвокатской тайны служит установленный п. 2 ст. 8 Федерального закона запрет вызова и допроса адвоката в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

В случае нарушения этого запрета органами, осуществляющими предварительное расследование, и судебными органами действующее законодательство предусматривает признание недопустимыми полученных таким способом доказательств (п. 2, 3 ч. 3 ст. 56, п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ).

Во всех остальных ситуациях адвокат рассматривается действующим законодательством как частное лицо и в случае, если ему известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, он может быть вызван для дачи показаний и допрошен.

Следует учитывать также позицию Конституционного Суда Российской Федерации, выраженную им в определении от 16 июля 2009 г. № 970-О-О, в соответствии с которой «деятельность адвоката предполагает в том числе защиту прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого от возможных нарушений уголовно-процессуального закона со стороны органов дознания и предварительного следствия. С этой целью, в частности, адвокат присутствует при предъявлении обвинения его доверителю. Выявленные же им при этом нарушения требований уголовно-процессуального закона должны быть в интересах доверителя доведены до сведения соответствующих должностных лиц и суда, то есть такие сведения не могут рассматриваться как адвокатская тайна. Соответственно, суд вправе задавать адвокату вопросы относительно имевших место нарушений уголовно-процессуального закона, не исследуя при этом информацию, конфиденциально доверенную лицом адвокату, а также иную информацию об обстоятельствах, которая стала ему известна в связи с его профессиональной деятельностью».

4. Недопустимость разглашения адвокатской тайны гарантирована также предусмотренными п. 3 ст. 8 Федерального закона ограничениями для оперативно-розыскных и следственных органов на производство оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности): такие мероприятия и действия допустимы только на основании судебного решения.

Это правило распространяется на весь спектр адвокатской деятельности и не имеет ограничений, касающихся места и времени (п. 3 ст. 8 Федерального закона, п. 2 ст. 6 Кодекса). Служебными помещениями, на которые распространяется защита, следует считать: а) служебные помещения адвокатских образований, используемые для осуществления адвокатской деятельности; б) иные помещения, в которых отдельные адвокаты осуществляют адвокатскую деятельность, обусловленную специальными соглашениями (договорами); в) жилые и нежилые помещения находящиеся на праве собственности адвокатов, осуществляющих адвокатскую деятельность в форме такого адвокатского образования, как кабинет.

Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления, а также на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен в соответствии с законодательством Российской Федерации (п. 3 ст. 8 Федерального закона).

При этом проведение в отношении адвоката обыска, связанного с доступом к материалам адвокатского производства, допускается только по судебному решению, в котором должны быть указаны конкретный объект поиска и изъятия, а также сведения, служащие законным основанием для проведения обыска.

Также в ходе обыска в жилых и служебных помещениях, используемых для осуществления адвокатской деятельности, недопустимо изъятие адвокатских производств в целом, применение видео-, фото- и иной фиксации данных просматриваемых материалов адвокатских производств, недопустимо изучение или оглашение документов, не включенных судом в число объектов поиска и изъятия и имеющих реквизиты, свидетельствующие о том, что эти документы относятся к материалам адвокатского производства.

Следует иметь в виду, что согласно ч. 5 ст. 182 УПК РФ до начала обыска следователь предлагает добровольно выдать подлежащие изъятию предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела; если они выданы добровольно и нет оснований опасаться их сокрытия, то следователь вправе не производить обыск. Соответственно, добросовестно действующий адвокат вправе добровольно выдать прямо указанные и конкретизированные в решении суда объекты, содержание которых не составляет адвокатскую тайну, что исключает необходимость их поиска, в том числе в материалах адвокатского производства, а у следователя – объективно отпадает основание поиска указанных в судебном решении объектов.

5. Следует также иметь в виду гарантии независимости адвоката, закрепленные ст. 18 Федерального закона, а именно:

- запрет вмешиваться в адвокатскую деятельность либо препятствовать ей каким бы то ни было образом; истребовать от адвокатов и работников адвокатских образований, адвокатских палат или Федеральной палаты адвокатов сведения, связанные с оказанием юридической помощи по конкретным делам (п. 1 и 3);
- запрет на привлечение адвоката к какой-либо ответственности за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, в том числе, после приостановления или прекращения статуса адвоката. Исключением из данного правила является вступивший в законную силу приговор суда, устанавливающий вину адвоката в преступном действии (бездействии) (п. 2);
- нахождение адвоката, членов его семьи и их имущества под защитой государства и обязанность органов внутренних дел принимать меры по обеспечению их безопасности (п. 4);
- соблюдение предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством гарантий при осуществлении уголовного преследования адвоката (п. 5).

Особый процессуальный порядок уголовного преследования адвоката установлен ст. 447, п. 10 ч. 1 ст. 448 УПК РФ.

6. Необходимо учитывать, что сохранение адвокатом профессиональной тайны обеспечивает иммунитет доверителя (п. 1 ст. 6 Кодекса). Иммунитет доверителя представляет собой особое правовое состояние неприкосновенности прав и интересов доверителя в связи с обращением к адвокату и получением квалифицированной юридической помощи. Соблюдение иммунитета доверителя является важнейшей гарантией реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь.

В целях обеспечения иммунитета доверителя действующее законодательство устанавливает для адвокатов ряд запретов:

- адвокат не вправе действовать вопреки законным интересам доверителя, оказывать ему юридическую помощь, руководствуясь соображениями собственной выгоды, безнравственными интересами или находясь под воздействием давления извне (подп. 1 п. 1 ст. 9 Кодекса);
- адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле, за исключением случаев, когда адвокат-защитник убежден в наличии самоговора своего подзащитного (подп. 3 п. 4 ст. 6 Федерального закона, подп. 2 п. 1 ст. 9 Кодекса);
- адвокат должен избегать действий, направленных к подрыву доверия (п. 2 ст. 5 Кодекса), поскольку злоупотребление доверием несовместимо со званием адвоката (п. 3 ст. 5 Кодекса);
- адвокат не вправе разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием юридической помощи, без согласия последнего (подп. 5 п. 4 ст. 6 Федерального закона; подп. 4 ст. 9 Кодекса);
- адвокат не вправе давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей (п. 6 ст. 6 Кодекса).

Исключение составляет случай, предусмотренный п. 4 ст. 6 Кодекса: без согласия доверителя адвокат вправе использовать сообщенные ему доверителем сведения в объеме, который адвокат считает разумно необходимым для обоснования своей позиции при рассмотрении гражданского спора между ним и доверителем или для своей защиты по возбужденному против него дисциплинарному производству или уголовному делу.

Адвокату предписан особый порядок ведения адвокатского делопроизводства и переписки с доверителями (п. 9 ст. 6 Кодекса).

Правила о сохранении профессиональной тайны распространяются на помощников, стажеров адвоката и иных сотрудников адвокатских образований (п. 10 ст. 6 Кодекса), в связи с чем адвокат либо руководитель адвокатского образования (подразделения) обязаны ознакомить соответствующих лиц с правилами Кодекса (п. 2 ст. 3 Кодекса).

Адвокаты, осуществляющие профессиональную деятельность совместно на основании партнерского договора, при оказании юридической помощи должны руководствоваться правилом о распространении тайны на всех партнеров (п. 8 ст. 6 Кодекса).

Также необходимо обратить внимание, что в соответствии с позицией Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированной в Постановлении от 17 декабря 2015 г. № 33-П (п. 2.1 абз. 2), «обязанность хранить адвокатскую тайну в равной степени лежит и на адвокатских образованиях, включая коллегии адвокатов»¹.

Из положений ст. 7 Федерального закона, предусматривающей обязанность адвоката честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными российским законодательством средствами, вытекает требование правомерно и осмотрительно использовать профессионально значимую информацию, с тем чтобы не нанести какой-либо вред доверителю. Отсюда также следует, что адвокат обязан принимать меры, направленные на защиту доверителя от ситуаций, когда несанкционированный доступ к тайне становится возможным по оплошности (неосторожности) адвоката или полученная третьими лицами информация незаконно используется для формирования доказательственной базы обвинения или исковых требований.

7. Кроме того, ряд запретов на несанкционированное разглашение или иное неправомерное использование любой информации, находящейся у адвоката в связи с его профессиональной деятельностью, вытекает из системного толкования норм действующего законодательства, устанавливающих правовой режим адвокатской тайны. Адвокат не вправе:

- использовать информацию, составляющую предмет адвокатской тайны, при работе по делам других клиентов;
- без согласия доверителя, выраженного в письменной форме, сообщать информацию,

составляющую предмет адвокатской тайны, коллегам для получения консультаций относительно ведения дела;

- подробно рассказывать о работе по делу в кругу семьи или друзей;
- использовать информацию, составляющую предмет адвокатской тайны, в личных целях, в том числе рекламных.

Прекращение доверителем действия режима тайны, выраженное в письменной форме, не должно открывать возможности для причинения бывшему доверителю какого-либо вреда, связанного с использованием информации, ранее составлявшей ее предмет.

8. Необходимостью сохранения адвокатской тайны определяются особенности исполнения адвокатами обязанности, установленной п. 2 ст. 7.1 Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (далее – Закон о противодействии легализации доходов).

Согласно п. 2 ст. 7.1 Закона о противодействии легализации доходов при наличии у адвоката любых оснований полагать, что сделки или финансовые операции, указанные в п. 1 ст. 7.1 данного закона, осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма, адвокат обязан уведомить об этом уполномоченный орган.

При этом п. 5 ст. 7.1 Закона о противодействии легализации доходов установлено, что положения п. 2 ст. 7.1 данного закона не относятся к сведениям, на которые распространяются требования законодательства Российской Федерации о соблюдении адвокатской тайны.

9. Необходимостью сохранения адвокатской тайны определяются также действия налогоплательщиков – адвокатов и адвокатских образований в случае, когда налоговый орган в силу подп. 6 п. 1 ст. 23, п. 1 ст. 93 и 93.1 НК РФ требует от них предоставления документов, необходимых для исчисления и уплаты налогов.

В этом случае следует руководствоваться правовой позицией, которую Конституционный Суд РФ сформулировал в определении от 6 марта 2008 г. № 449-О-П и подтвердил в определении от 17 июня 2008 г. № 451-О-П.

Согласно этой позиции положения подп. 6 п. 1 ст. 23 и п. 1 ст. 93 НК РФ не могут рассматриваться как возлагающие на адвокатов и адвокатские образования обязанность предоставлять налоговому органу любые документы, содержащие сведения о клиентах и, соответственно, предусматривающие ответственность за неисполнение такой обязанности как за налоговое правонарушение.

Вместе с тем адвокаты и адвокатские образования обязаны уплачивать законно установленные налоги и сборы и в равной мере со всеми другими налогоплательщиками вести в установленном порядке учет своих доходов (расходов) и объектов налогообложения, представлять в налоговый орган налоговые декларации (расчеты) по налогам, а в необходимых случаях, предусмотренных законом, – информацию и документы, подтверждающие полноту и своевременность уплаты налогов и сборов, а также нести иные обязанности, предусмотренные законодательством о налогах и сборах (ст. 23 НК РФ).

Налоговые органы вправе требовать от адвокатов и адвокатских образований предоставления сведений, которые необходимы для оценки налоговых последствий сделок, заключаемых с клиентами, но не вправе требовать предоставления сведений, которые связаны с содержанием оказываемой адвокатами юридической помощи и могут быть использованы против их клиентов.

Разрешение же споров о том, содержит ли запрашиваемый у адвоката документ сведения, составляющие адвокатскую тайну, либо он относится к документам, которые

связаны с оценкой налоговых последствий сделок, заключаемых адвокатом со своими клиентами, то есть отражают его собственные доходы и расходы, а потому могут быть подвергнуты проверке в обычном порядке, входит в компетенцию правоприменительных органов.

Таким образом, возникающие между адвокатами (адвокатскими образованиям) и налоговыми органами споры о том, содержат ли документы, запрашиваемые налоговым органом, сведения, являющиеся предметом адвокатской тайны, должны разрешаться вышестоящим налоговым органом или судом.

С учетом изложенного, Совет Федеральной палаты адвокатов РФ рекомендует адвокатам, руководителям адвокатских образований и адвокатских палат субъектов РФ принимать следующие меры, направленные на защиту и сохранение адвокатской тайны.

10. С целью обеспечить сохранение профессиональной тайны адвокатам и руководителям адвокатских образований рекомендуется принимать практические меры по защите информации, составляющей ее предмет. Примерный перечень таких мер приведен в приложении №2 к настоящим Рекомендациям.

Адвокатским палатам субъектов РФ рекомендуется при необходимости составить единый перечень (реестр) служебных помещений, используемых адвокатами для осуществления своей деятельности.

11. В случае если доверитель прекращает действие режима тайны, предоставляя тем самым адвокату право использовать и даже огласить (в частности, в научных или иных публикациях) соответствующую информацию, рекомендуется обусловить это право письменным разрешением доверителя. В таком разрешении следует оговорить условия, сохраняющие режим тайны в отношении части информации и определяющие допустимые цели использования адвокатом тех или иных сведений.

12. Адвокатам в случаях нарушений оперативно-розыскными и следственными органами, органами государственной власти и местного самоуправления действующего законодательства, предусматривающего охрану адвокатской тайны и гарантии независимости адвокатов, рекомендуется принимать следующие меры:

- оперативно информировать соответствующие адвокатские образования и адвокатские палаты субъектов РФ о нарушениях прав и гарантий адвоката при осуществлении профессиональной деятельности;
- в порядке, установленном уголовно-процессуальным законодательством (ст. 123–125 УПК РФ), обжаловать незаконные действия и решения в прокуратуру или в суд, добиваясь устранения нарушений. В соответствии со ст. 125 УПК РФ право обращения непосредственно в суд предусмотрено при обжаловании отказа в возбуждении или прекращения уголовного дела, а также при обжаловании решений и действий (бездействия) дознавателя, следователя и прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо могут затруднить гражданам доступ к правосудию. В остальных случаях действия и решения дознавателя, органа дознания могут быть обжалованы прокурору, действия следователя – руководителю следственного органа, а действия прокурора – вышестоящему прокурору;
- при совершении явно незаконных действий или вынесении явно незаконных решений органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, государственными и муниципальными служащими обращаться в связи с допущенными нарушениями законодательства в соответствующие суды в порядке, установленном гл. 23 и 25 ГПК РФ;
- в случаях, когда незаконные действия должностных лиц оперативно-розыскных и (или) следственных органов, органов государственной власти и местного самоуправления носят характер преступления, обращаться с заявлением о возбуждении уголовного дела в правоохранительные органы.

Коллегиям адвокатов, адвокатским бюро и адвокатским палатам субъектов РФ рекомендуется по каждому факту нарушения гарантий независимости адвоката, установленному вступившим в законную силу судебным решением, письменно обращаться к руководителям соответствующих правоохранительных и иных органов и организаций с требованием о привлечении к ответственности лиц, по вине которых нарушены права адвокатов при осуществлении профессиональной деятельности.

Советам адвокатских палат субъектов РФ рекомендуется при выявлении случаев нарушений действующего законодательства, предусматривающего охрану адвокатской тайны и гарантии независимости адвокатов, информировать представителя Федеральной палаты адвокатов РФ по федеральному округу и Федеральную палату адвокатов РФ обо всех случаях таких нарушений.

13. В случаях, подпадающих под действие ст. 7.1 Закона о противодействии легализации (отмыванию) доходов, адвокатам следует руководствоваться Рекомендациями по организации исполнения адвокатами требований законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, утвержденными Советом Федеральной палаты адвокатов 27.09.2007 г. (протокол № 2).

Приложение №1: Рекомендуемые действия по обеспечению гарантий независимости адвокатов при наиболее распространенных нарушениях их прав

Приложение №2: Рекомендуемые практические меры по защите информации, составляющей предмет адвокатской тайны

[1]Представляется, что хотя указанная позиция Конституционного Суда Российской Федерации не основана непосредственно на какой-либо норме Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» или Кодекса профессиональной этики адвоката, тем не менее, указанная обязанность должна следовать для адвокатских образований из систематического толкования Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (в частности, подп. 5 п. 4 ст. 6; п. 1, 3 ст. 18; п. 16 ст. 22; п. 10 ст. 23; п. 3 ст. 27, п. 3 ст. 28), поскольку иное толкование положений об адвокатской тайне означало бы, что адвокатские образования (коллегии адвокатов, адвокатские бюро, юридические консультации), фактически всегда имеющие доступ к адвокатским производствам своих адвокатов, не были бы ограничены в раскрытии сведений из таких производств третьим лицам, включая органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность и следственные органы.