

Ю. П. Гармаев

**НЕЗАКОННАЯ
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ АДВОКАТОВ
В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ
СРЕДСТВА ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ
И НЕЙТРАЛИЗАЦИИ**

Монография

Москва — 2010

Юрий Гармаев

**Незаконная деятельность
адвокатов в уголовном
судопроизводстве, средства
предупреждения и нейтрализации**

«Автор»

2010

Гармаев Ю. П.

Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве, средства предупреждения и нейтрализации / Ю. П. Гармаев — «Автор», 2010

В книге дается межотраслевая характеристика незаконной деятельности адвокатов в уголовном судопроизводстве. Дана оценка пределам прав и полномочий защитника, рассмотрены типичные преступления, нарушения УПК РФ, закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», иного законодательства, а так же Кодекса профессиональной этики адвоката, предложены правовые средства предупреждения и нейтрализации правонарушений. Поскольку исследование носит междисциплинарный характер, его результаты могут быть использованы учеными – представителями разных юридических наук, преподавателями и студентами юридических вузов – всеми, кто интересуется уголовным правом и уголовным процессом, криминалистикой, оперативно-розыскной и адвокатской деятельностью. Может быть полезной работникам правоохранительных органов, судьям и адвокатам, а также гражданам, обращающимся в адвокатуру за юридической помощью.

© Гармаев Ю. П., 2010

© Автор, 2010

Содержание

| | |
|---|----|
| Принятые сокращения | 6 |
| Терминологический словарь | 7 |
| Введение | 9 |
| Как пользоваться электронными приложениями | 14 |
| Глава. 1 | 15 |
| 1.1. Общие положения | 15 |
| 1.2. Процессуальная дисциплина для адвоката | 17 |
| 1.3. Кто может быть допущен в качестве защитника | 19 |
| 1.4. Момент начала участия защитника | 20 |
| 1.5. Беседа с подозреваемым (обвиняемым): обязательно ли присутствие защитника? | 23 |
| 1.6. Осуществление защиты не запрещенными средствами и способами | 24 |
| 1.7. Право на свидание с подзащитным | 25 |
| 1.8. Пределы полномочий защитника по собиранию доказательств | 27 |
| 1.9. Проверка и оценка доказательств, собранных защитником | 30 |
| 1.10. Право на привлечение специалиста | 32 |
| 1.11. Полномочия защитника по изучению материалов дела, по доступу к охраняемой законом тайне | 34 |
| 1.12. Право адвоката на участие в допросе свидетеля | 38 |
| 1.13. Присутствие адвоката при обыске | 40 |
| 1.14. Пределы конфиденциальности свиданий адвоката с клиентом | 41 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 46 |

Юрий Петрович Гармаев
Незаконная деятельность адвокатов
в уголовном судопроизводстве,
средства предупреждения и
нейтрализации. Монография

Рецензенты:

Ищенко Евгений Петрович – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки РФ, Заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой криминалистики Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина

Баев Олег Яковлевич – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки РФ, академик РАЕН, заведующий кафедрой криминалистики Воронежского государственного университета

Желающие могут скачать электронные приложения к книге по ссылке <https://yadi.sk/d/08vy2nQGoG7WJ>

Принятые сокращения

Закон об адвокатуре – Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.02 № 63-ФЗ

ИВС – изолятор временного содержания

МГКА – Московская городская коллегия адвокатов

МСОГ – межведомственная следственно-оперативная группа

НАЗ – негласная аудиозапись

ОБЭП – отдел по борьбе с экономическими преступлениями

ОД – отдел дознания

1) Особый порядок – речь идет о двух институтах уголовного процесса, двух группах норм: 1) обеспечивающих особый порядок принятия судебного решения *при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением* (глава 40 УПК РФ); 2) обеспечивающих возможность заключения *досудебных соглашений между сторонами обвинения и защиты* (п. 61 ст. 5, глава 40.1 УПК РФ);

ОПГ (ОПС) – организованная преступная группа (организованное преступное сообщество)

ОРД – оперативно-розыскная деятельность

ОРМ – оперативно-розыскные мероприятия

ОТМ – оперативно-технические мероприятия

ПТП – прослушивание телефонных переговоров

Руководитель СО – руководитель следственного органа

СИЗО – следственный изолятор

СМИ – средства массовой информации

УР – уголовный розыск

УК РФ – уголовный кодекс Российской Федерации

УПК РФ – уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

Терминологический словарь

1. *Адвокатское образование* – существует в следующих формах: адвокатский кабинет, коллегия адвокатов, адвокатское бюро, юридическая консультация (ч. 1 ст. 20 Закона об адвокатуре)
2. *Адвокат «с предшествующим опытом работы»* – адвокат, работавший в правоохранительных органах или в суде до получения статуса (См. 3.2.1)
3. *Адвокат «без предшествующего опыта»* – адвокат, не работавший в правоохранительных органах или в суде до получения статуса (См.3.2.3)
4. *Адвокат – «молодой специалист»* – адвокат без предшествующего опыта работы, работающий в адвокатуре непродолжительное время
5. *«Вовлеченный» адвокат* – адвокат – член ОПГ (ОПС), выступающий не только в качестве защитника по уголовным делам против членов преступной группы (сообщества), но и как соучастник преступлений, совершаемых преступным формированием (См. 3.2.6)
6. *«Коррупцированный» адвокат* – адвокат, состоящий в коррупционных связях с должностными лицами суда и/или правоохранительных органов – представителей стороны обвинения (См. 3.2.11)
7. *«Контактный» адвокат* — адвокат, поддерживающий конструктивные, доброжелательные отношения с судьями и представителями стороны обвинения (См. 3.2.10)
8. *«Неконтактный» адвокат* – адвокат, не умеющий или не считающий нужным поддерживать указанные отношения (См. 3.2.8)
9. *«Адвокат-скандалист»* – (здесь) крайняя степень «неконтактности», адвокат, постоянно вступающий в конфликты с участниками процесса (См. 3.2.9)
10. *«Неоплаченный адвокат»* — (здесь) адвокат, участвующий в уголовном судопроизводстве в качестве защитника по назначению органов дознания, органов предварительного расследования или суда, в порядке ч. 3 ст. 51 УПК РФ (См. 3.2.12)
11. *«Оплаченный адвокат»* – адвокат, участвующий в уголовном судопроизводстве в качестве защитника по соглашению с доверителем, в порядке ч. 1 ст. 50 УПК РФ (См. 3.2.12)
12. *Заподозренный (заподозренное лицо)* – физическое лицо, в отношении которого у представителей стороны обвинения фактически имеется подозрение в совершении преступления, но статусом подозреваемого (ст. 46 УПК РФ) оно не обладает. Речь идет, например, о лице, в отношении которого проводится проверка (ст. 144 УПК РФ) или ОРМ до возбуждения уголовного дела.
13. *Коллегия адвокатов* – добровольное объединение лиц, занимающихся адвокатской деятельностью. Основное адвокатское образование по закону «Об адвокатуре в СССР», действовавшему до вступления в силу действующего Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»
14. *Президиум коллегии адвокатов* – исполнительный орган коллегии адвокатов по закону «Об адвокатуре в СССР», действовавшему до вступления в силу Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»
15. *Правило ч. 2 ст. 18 закона об адвокатуре* – норма действующего закона об адвокатуре, о том, что адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии) (См. гл. 2)
16. *Субъект противодействия* – лицо, совершающее умышленные действия, направленные на воспрепятствование выполнению задач предварительного расследования и установле-

нию объективной истины по уголовному делу См. Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 18, 29–31.

Введение

В настоящее время адвокатская деятельность, адвокатура в Российской Федерации переживает период кардинальных преобразований. В связи с вступлением в законную силу уголовно-процессуального кодекса РФ, Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» происходит трансформация самой формы уголовного судопроизводства с розыскной на состязательную, «защитительная функция» юстиции получает приоритет над «карательной»¹.

В этих условиях обновление законодательства об адвокатуре не только закономерно, но и жизненно необходимо. С 1 июля 2002 г. вступил в силу новый Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» (Далее – Закон об адвокатуре). В нем статус члена этого профессионального сообщества выведен на качественно новый уровень.

С учетом предоставленных прав и полномочий профессиональная защита по уголовному делу уже далеко не бесправна. Ушли в прошлое те времена, когда адвокаты были полностью зависимы от власти, беззащитны перед ее произволом и не имели эффективных механизмов реализации целей своей деятельности. Ныне адвокат-защитник – это достойный, уважаемый и сильный противник, с позицией которого стороне обвинения необходимо считаться, а потому тщательно готовиться к каждому состязательному «поединку»².

Вместе с тем законодательством повышены и требования к профессиональным, нравственным качествам адвоката. Представители корпорации глубоко осознают всю меру возложенной на них ответственности. По моему глубокому убеждению *подавляющее большинство адвокатов – честные и порядочные специалисты, все свои силы отдающие высоким целям правозащитной деятельности и не допускающие в своей работе каких-либо правонарушений*.

В то же время нельзя не отметить весьма опасные, нездоровые тенденции в адвокатском сообществе. Ведущие адвокаты страны признают: «Беды адвокатуры не только во вне – они и внутри нее»³. Непрофессионализм, некорректность, коррумпированные связи с представителями органов правосудия и предварительного расследования – вот лишь некоторые из широко распространенных в адвокатской среде нарушений, которые с тревогой отмечают сами представители корпорации⁴.

Как и в любой профессиональной среде, в адвокатуре появляются случайные люди, которые ради сиюминутных интересов, легкой наживы готовы на любое нарушение закона и этических норм. Поставить им заслон – жизненно важная задача даже не столько для их процессуальных противников, сколько для самой адвокатуры и для всего общества, для каждого, кто идет к адвокату в надежде на праведную защиту, квалифицированную и честную юридическую помощь.

И здесь методические рекомендации по нейтрализации незаконной деятельности недобросовестных адвокатов, на мой взгляд, должны сыграть важную роль. Обратим внимание на то, что если по вопросам борьбы с противоправными проявлениями в деятельности судей и представителей стороны обвинения, в рамках наук криминального цикла проводились глубо-

¹ Михайловская И. Права личности — новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 3.

² Чему сейчас уделяет приоритетное внимание Генеральная прокуратура РФ. См., например: Приказ Генерального прокурора РФ «Об организации работы прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства» от 3.08.2002 г. № 28.

³ Резник Г.М. Спасите адвокатуру / Рассказывают адвокаты. – М., 2000. – С. 167.

⁴ Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов // Рассказывают адвокаты / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 113–115.

кие исследования⁵, то рекомендаций по борьбе с противоправной деятельностью представителей стороны защиты наука пока не предлагала.

Отчасти поэтому наблюдается своеобразный дисбаланс: нарушения закона со стороны органов расследования выявляются в «массовом порядке» и многими уполномоченными субъектами: надзирающими прокурорами, руководителями соответствующих подразделений, адвокатами и др. Безусловно, это необходимо и оправданно. Должностные лица должны по всей строгости закона отвечать за допускаемые правонарушения.

Но вместе с тем факты противоправной деятельности со стороны профессиональных защитников, несмотря на их широкую распространенность, высокую общественную опасность, выявляются значительно реже, точнее лишь эпизодически. Не всегда органы адвокатских палат принципиально реагируют на выявленные нарушения. Отчасти поэтому в определенных, прежде всего в криминальных кругах способность адвоката нарушать закон в интересах доверителя считается чуть ли не важнейшим критерием профессионализма, похвальной «ловкостью и изворотливостью». Нечистоплотные адвокаты порой имеют самую широкую клиентуру, их работа хорошо оплачивается.

В результате добропорядочные и высококвалифицированные адвокаты, глядя на сомнительные успехи бесчестных и некомпетентных «коллег», без труда находят повод разувериться в необходимости соблюдать закон, совершенствовать профессиональное мастерство. Многие из опрашиваемых адвокатов откровенно заявляли, что в ряде случаев даже законный интерес доверителя можно эффективно защитить только незаконными средствами, в том числе путем дачи взяток. Реальные масштабы коррупции в правоохранительных органах указывают на то, что такого рода суждения небезосновательны.

И здесь следует отметить, что одной из самых важных детерминант незаконной деятельности профессиональных защитников были и остаются противоправные и аморальные действия недобросовестных работников правоохранительных органов и судей. Часто допускаемые адвокатами правонарушения являются ответной реакцией на злоупотребления должностных лиц. Как верно заметил В.Н. Карагодин, уже только проявление нетактичного отношения со стороны работников органов расследования к участникам процесса зачастую ведет к тому, что эти субъекты начинают оказывать противодействие расследованию⁶.

Многолетнее исследование, результаты которого представлены в этой книге, стали итогом, в том числе, программированного изучения свыше 1 000 уголовных дел различных категорий. Это дела, в которых в качестве защитников участвовали многие адвокаты Республики Бурятия, Иркутской, Читинской областей, Красноярского и Приморского края, городов Москвы и Санкт-Петербурга. В рамках исследования использовались результаты опроса и анкетирования как адвокатов (86 чел.), так и работников правоохранительных органов, судей (1250 человек), было изучено более ста дисциплинарных производств из нескольких коллегий адвокатов. Используются личные наблюдения автора за годы следственной работы.

Сложность проводимого исследования была predetermined многими факторами. Среди них отмечу следующий: если деятельность органов расследования подробно и строго регламентирована уголовно-процессуальным и иным законодательством, ведомственными нормативными актами, то: «тактика и методика защиты в значительной части имеют ненормативную основу, т. е., находясь в правовых границах, сами по себе нормами права не регулируются»⁷.

⁵ См., например: Расследование преступлений против правосудия, совершаемых работниками правоохранительных органов: Методическое пособие / Коллектив авторов под рук. А.А. Эйсмана. – М., 1991; *Карагодин В.Н.* Пути оптимизации деятельности следователя в условиях противодействия работников правоохранительных органов // Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992; *Защлятин Л.А.* Основы методики расследования должностной преступной деятельности следователей и дознавателей: Дис. канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1993 и др.

⁶ *Карагодин В.Н.* Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 45.

⁷ См., например: *Защлятин Л.А.* Криминалистика как основа разработки теоретических аспектов профессиональной

В результате в сознании многих правоприменителей сформировалось стойкое заблуждение о том, что адвокат в своей работе вообще не обременен правовыми ограничениями. Некоторые новеллы уголовно-процессуального законодательства, призванные обеспечить необходимое *favor defensionis* (благоприятствование защите), действительно создают такое впечатление.

Между тем, как показал проведенный анализ, деятельность адвоката в уголовном процессе находится в довольно жестких рамках. Один из важнейших выводов исследования можно сформулировать так: **правовых средств предупреждения и нейтрализации незаконной деятельности адвокатов вполне достаточно**. Задача заключается только в том, чтобы довести до практических работников сущность, содержание и порядок применения этих средств.

Поэтому задачи данного исследования автор видел в том, чтобы:

- охарактеризовать предусмотренные законодательством и нормами профессиональной этики границы правомерной деятельности адвокатов;
- описать часто встречающиеся в практике неправомерные действия, находящиеся за этими границами, и оценить (квалифицировать) их с позиции конкретных правовых норм, которые нарушил недобросовестный адвокат;
- выделить криминалистически значимые признаки противоправной деятельности, имеющие важное значение для разработки мер по ее предупреждению и нейтрализации.
- указать на правовые средства предупреждения и нейтрализации типичных правонарушений.

Особо следует отметить, что адресатами прикладных рекомендаций являются не только и даже не столько представители стороны обвинения. В методическом обеспечении борьбы с противоправной деятельностью в собственных рядах нуждаются прежде всего сами адвокаты. Приведенные рекомендации могут оказаться полезными и для судей, территориальных органов юстиции, прокуратуры. О средствах и способах незаконной деятельности недобросовестных адвокатов должны знать и граждане-доверители.

Предупреждение незаконной деятельности адвокатов в прикладном значении представляет собой деятельность, направленную на недопущение совершения адвокатами правонарушений, путем выявления и устранения их причин, условий, способствующих их совершению, оказания предупредительного воздействия на лиц с противоправным поведением. Говоря о предупреждении этих правонарушений, следует исходить из того, что следователь, расследующий уголовное дело, судья, его рассматривающий, территориальные органы юстиции, адвокатская палата, другие заинтересованные субъекты, уже только зная о пределах полномочий адвоката и умея дать правовую оценку типичным правонарушениям, могут предупреждать их путем:

- улучшения качества расследования и судебного разбирательства по уголовным делам различных категорий;
- применения уголовного закона, уголовно-процессуальных, технико- и тактико-криминалистических средств и приемов, делающих бессмысленными типичные нарушения;
- недопущения нарушений закона со своей стороны, прежде всего, тех, что нарушают законные интересы стороны защиты в уголовном процессе;
- принятия всех необходимых мер, направленных на реализацию адвокатами своих полномочий, а так же на своевременную оплату труда адвокатов, участвующих в уголовном деле по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда;

– реализации индивидуального профилактического воздействия на адвокатов, склонных к противоправному поведению;

– предотвращения планируемых и готовящихся конкретных правонарушений.

Говоря о нейтрализации незаконной деятельности, следует исходить из того, что, выявив и дав оценку тому или иному правонарушению со стороны адвокатов, указанные выше субъекты могут предпринять все предусмотренные законодательством меры для того, чтобы сделать ее нейтральной⁸ по отношению к охраняемым законом интересам граждан и организаций, интересам правосудия и предварительного расследования, интересам самого адвокатского сообщества.

Исходя из этого, средствами нейтрализации могут быть:

– возбуждение и расследование уголовного дела против адвоката;

– применение к нему мер уголовно-процессуального характера;

– внесение представления⁹ (частного определения, жалобы), рассмотрение квалификационной комиссией адвокатской палаты вопроса о дисциплинарной ответственности адвоката¹⁰;

– предупреждение адвоката о недопустимости противоправного, неэтичного поведения, убеждение в нецелесообразности незаконного противодействия¹¹ предварительному расследованию, судебному рассмотрению дела;

– уступки, законный и этически допустимый компромисс со стороны защиты, и многие другие.

Все эти меры предупреждения и нейтрализации в той или иной мере рассмотрены в главах книги, а так же в электронных приложениях к ней¹².

Таким образом, в монографии предлагается комплексная, межотраслевая характеристика правонарушений, совершаемых адвокатами и характеристика правовых средств предупреждения и нейтрализации типичных правонарушений¹³.

Надеюсь, что работа найдет отклик у читателей. Особенно хотелось бы принять критические замечания и предложения. Автор не настаивает на абсолютной правильности своих суждений и приглашает заинтересованных читателей к конструктивной дискуссии.

* * *

Материалы для книги собирались на протяжении почти двух десятилетий, и она не появилась бы без помощи многих талантливых и щедрых людей. Прежде всего, сердечно благодарю своих учителей и наставников – Владимира Ивановича Шиканова и Александра Федоровича Лубина.

Автору посчастливилось воспользоваться ценными советами и поддержкой известных ученых-юристов: Олега Яковлевича Баева, Вениамина Константиновича Гавло, Генриха Арсентьевича Густова, Юрия Альбертовича Дмитриева, Леонида Яковлевича Драпкина, Виктора Андреевича Жбанкова, Леонида Александровича Зашляпина, Игоря Эдуардовича Зве-

⁸ «Нейтрализовать» – сделать нейтральным // *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – С. 406.

⁹ Проект подобного представления с комментариями включен в Приложение 28.

¹⁰ Вопросы выявления и расследования соответствующих преступлений, внесения представлений, подачи жалоб, использования иных средств нейтрализации, рассматриваются в электронных приложениях к книге, в основном, в виде реальных обозначенных документов правоприменительной практики. См. «*Как пользоваться электронными приложениями*» в начале книги.

¹¹ А во многих случаях и незаконного содействия. См. гл. 3.1. Между тем законное противодействие уголовному преследованию не только право, но и обязанность адвоката.

¹² См. следующий параграф: «Как пользоваться электронными приложениями».

¹³ Отдельной важной задачей будущих исследований автор считает разработку мер по борьбе с незаконными средствами и методами противодействия адвокатам со стороны недобросовестных представителей правоохранительных органов и суда.

чаровского, Георгия Алексеевича Зорина, Валерия Николаевича Карагодина, Марата Константиновича Каминского, Николая Николаевича Китаева, Валентина Яковлевича Колдина, Анатолия Николаевича Ларькова, Натальи Александровны Лопашенко, Виктора Александровича Образцова, Николая Александровича Подольного, Ираиды Вячеславовны Смольковой, Александра Борисовича Соловьева, Александра Яковлевича Сухарева, Юрия Григорьевича Торбина, Александра Георгиевича Филиппова, Бориса Цыбиковича Цыденжапова, Сергея Петровича Щербы, Николая Павловича Яблокова, Павла Сергеевича Яни и др.

Крайне важной была помощь и поддержка многих опытных и высококвалифицированных практических работников, среди которых Борис Николаевич Ботоев, Виктор Яковлевич Гринь, Сергей Петрович Казаков, Сергей Николаевич Лучанинов, Игорь Александрович Мясников, Валерий Георгиевич Петров, Вячеслав Викторович Сухоруков, Владимир Александрович Фалилеев, Ольга Максимилиановна Хабази, Анатолий Орхокович Хориноев, Яков Евгеньевич Хорошев, Олег Валентинович Хышиктуев, и многие другие.

Автор признателен всем следователям, прокурорам, судьям и адвокатам, любезно согласившимся принять участие в анкетировании и интервьюировании. Мнения последних оказались особо ценны, поскольку постоянно напоминали о необходимости сохранения объективной, непредвзятой оценки деятельности профессиональных защитников. Удалось ли это автору – судить прежде всего им – уважаемым представителям адвокатского сообщества.

Большое спасибо всем моим коллегам из Бурятской транспортной прокуратуры, Восточно-Сибирской транспортной прокуратуры, прокуратуры Республики Бурятия, всем тем, с кем автор провел незабываемые годы следственной работы, с кем вместе расследовали уголовные дела, поровну делили успехи и неудачи, набирались опыта и щедро делились им. Без их ежедневного участия, дружеской поддержки не было бы, в том числе, и этой книги.

И, наконец, особый адресат для выражения признательности – мои дорогие родители – Петр Базаржапович и Надежда Арьяевна Гармаевы. Их любовь и забота всегда остаются главной опорой во всем.

Как пользоваться электронными приложениями

В процессе работы над книгой перед автором стояла задача сделать ее максимально практичной. Для этого мало только анализировать законодательство и публикации, давать советы. Нужно предоставить возможность действующим и будущим юристам, при необходимости, применить совет на практике. А это, прежде всего, означает составить процессуальный или иной документ. С тех пор как у юристов всех профессий появилась компьютерная техника, это делается на основе разнообразных электронных шаблонов, которые тысячами оседают в персональных компьютерах и локальных сетях каждого профессионала. Есть у таких подходов и свои минусы. Но и совсем отходить от сложившейся практики тоже не выход.

Поэтому автор решил подготовить и разместить в Интернете для открытого пользования электронные документы – образцы и примеры процессуальных и иных документов. Для этого после специальной выборки материалов уголовных дел, проверок, дисциплинарных производств, некоторые были отсканированы, отредактированы и обезличены.

Адвокаты, работники судебных и правоохранительных органов, преподаватели и студенты вузов, граждане, обращающиеся за юридической помощью – все, кто пожелает использовать весь объем электронных приложений, могут их просмотреть и скачать по ссылке <https://yadi.sk/d/08vy2nQGoG7WJ>.

Все желающие могут направлять свои примеры и образцы электронных документов на адрес: garmaeff1@mail.ru.

Убедительно просьба, чтобы эти документы соответствовали следующим требованиям:

- они должны быть получены законным путем, в частности, в необходимых случаях – с согласия их составителей;
- их источником должны быть уголовные дела и материалы, по которым правовые решения вступили в законную силу;
- они не должны содержать сведения, составляющие государственную или иную охраняемую законом тайну, относиться к объектам авторского права;
- в них по возможности не должно быть ошибок и нарушений закона. Если таковые имеются, необходимо сопроводить текст соответствующими сносками или примечаниями о том, в чем заключается ошибка (нарушение закона), как ее следует исправить.

Искренне надеюсь, что книга и электронные приложения к ней принесут реальную пользу как действующим, так и будущим юристам, гражданам, обращающимся за квалифицированной юридической помощью.

Глава. 1

Пределы прав и полномочий адвоката

1.1. Общие положения

Для того, чтобы дать оценку правонарушениям, допускаемым адвокатами в рамках уголовного судопроизводства и предложить средства их предупреждения и нейтрализации, необходимо сначала выяснить, а каковы же критерии, пределы законного поведения защитника и представителя, каков объем их полномочий по действующему законодательству, за пределы которого адвокат, будучи участником уголовного судопроизводства, не вправе выходить, за нарушения каких правовых норм он может быть подвергнут тому или иному виду юридической ответственности.

В отдельных криминалистических исследованиях объем предоставленных конкретному лицу прав и полномочий принято называть «нормативной моделью профессиональной деятельности лица» в противовес «фактической модели профессиональной деятельности», т. е. того, как в действительности ведет себя тот или иной индивид. Следующий после этого сравнительный анализ нормативной и фактической модели дает правоприменителю основания для вывода о наличии либо отсутствии в деяниях конкретного лица состава правонарушения¹⁴.

Установление нормативной модели деятельности защитника в уголовном судопроизводстве в настоящее время представляется довольно сложной задачей, поскольку:

1. Данная модель, полномочия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, регулируется разноотраслевым законодательством, включающим конституционные нормы, общепризнанные принципы и нормы международного права, уголовно-процессуальное законодательство, законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре и др.

2. В настоящее время адвокатская деятельность, адвокатура в Российской Федерации переживает сложный и важный период. В связи со вступлением в законную силу уголовно-процессуального кодекса РФ, Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», призванных обеспечить реальную состязательность уголовного судопроизводства, коренным образом меняется вся система деятельности адвокатуры и на нормативном, организационном, и на содержательном уровне.

3. Анализ действующего законодательства показал, что деятельность защитника в уголовном судопроизводстве по-прежнему регулируется только в наиболее общих чертах, во многом без конкретизации полномочий, ответственности, без четкого определения критериев законности, допустимости, этичности действий адвоката в уголовном процессе.

Именно в силу названных причин приведенный ниже анализ будет основан, во многом, на субъективной оценке комплекса правовых норм, собственном, далеко не бесспорном толковании автора тех или иных противоречий, пробелов, имеющих в действующем законодательстве, анализе научной и методической литературы по вопросам о критериях этичности и законности деятельности адвокатов-защитников.

Позиция автора во многом продиктована и спецификой профессионального опыта работы в следственных органах прокуратуры, а потому многим читателям может показаться несколько необъективной. Полагаю, что, критически оценивая излагаемые мнения, приводя иные, нежели предложенные здесь доводы, каждый сможет выработать собственную позицию.

¹⁴ См., например, Методика расследования преступлений, связанных с профессиональной деятельностью // Криминалистика / Под ред. В.А. Образцова. – М., 1997. – С. 633–640.

Итак, полномочия адвоката-защитника в действующем уголовном судопроизводстве определяются комплексом норм, среди которых, с определенной степенью условности можно выделить:

1. Конституционно-правовые нормы, нормы международного права, имеющие отношение к правам подозреваемого (обвиняемого) в уголовном судопроизводстве и деятельности адвоката по защите его интересов.

2. Нормы УПК РФ.

3. Положения Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

4. Иные нормативно-правовых актов федерального законодательства и законодательства субъектов РФ¹⁵.

Важное значение в регулировании деятельности профессиональных защитников имеют акты Конституционного суда РФ. Существенную роль они сыграли до вступления в силу УПК РФ, поскольку отменяли не соответствующие Конституции нормы УПК РСФСР 1960 года, давали легальное толкование важнейшим правовым категориям, таким, как право на защиту (в различных аспектах применения), конфиденциальность отношений адвоката со своим подзащитным и др. Многие положения актов Конституционного суда легли в основу норм Уголовно-процессуального кодекса РФ.

Своеобразным регулятором деятельности профессиональной защиты являются правила адвокатской этики, как корпоративные этические нормы адвокатского сообщества.

На первом Всероссийском съезде адвокатов, проходившем в г. Москве 31.01.03, в соответствии со ст. 36 Закона об адвокатуре был принят Кодекс профессиональной этики адвоката. С принятием этого документа адвокатское сообщество, да и все работники правоохранительной и судебной системы связывают большие надежды на упорядочение адвокатской деятельности, обеспечение адвокатуры полноценным кадровым составом. Предписание, обязывающее каждого адвоката соблюдать кодекс, уже имеется в Законе об адвокатуре, в частности, в п. 4 ч. 1 ст. 7 Закона, а так же в тексте присяги адвоката (ст. 13), что, по сути, делает кодекс неотъемлемой частью закона. (См. Приложение 27).

УПК РФ существенно расширил полномочия защитника в уголовном судопроизводстве. Кроме того, необходимо учитывать, что правомочия защитника во многом производны от прав и обязанностей обвиняемого, подозреваемого. А поскольку новым кодексом существенно расширены права последних, то соответственно расширились и полномочия защитника.

Автор не описывает весь спектр полномочий, процессуальных и тактических возможностей адвоката. В научной, методической и учебной литературе в последние годы публикуется довольно много исследований такого рода. Впечатляющими темпами развивается относительно новое направление в криминалистической науке – «криминалистика защиты»¹⁶.

¹⁵ Ст. 4 Закона об адвокатуре. Подробно о соответствующем законодательстве см. Питулько К.В., Коряковцев В.В. Постоянный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». – СПб., 2002. – С. 31–33.

¹⁶ Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам: Сб. статей. – Екатеринбург, 2001; Тактика, методика и стратегия профессиональной защиты: Сб. статей. / Сост. Л.А. Зашляпин. – Екатеринбург, 2002; и др.

1.2. Процессуальная дисциплина для адвоката

Сложность проводимого исследования была предопределена многими факторами. Среди них следует отметить следующий: в сознании многих правоприменителей сформировалось стойкое заблуждение о том, что адвокат в своей работе вообще не обременен какими-либо правовыми ограничениями. Ошибочность такого мнения очевидна, однако требует специальной аргументации.

Прежде всего, необходимо отметить, что в соответствии с ч. 2 ст. 1 УПК РФ порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным, не только для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, но и для иных участников уголовного судопроизводства.

Адвокат, как и любой участник судопроизводства, не вправе нарушать этот порядок. В его прямые обязанности входит соблюдение процессуальной дисциплины на протяжении всего производства по делу.

«Если учесть задачи уголовного судопроизводства и правовую урегулированность положения защитников, то становится ясно, что все обвиняемые, адвокаты, потерпевшие и другие лица, независимо от характера дела, подчиняются велениям соответствующего органа уголовного судопроизводства (следователя, прокурора, суда)»¹⁷.

На это, в частности, указывают положения статей 117 и 118 УПК РФ. В них указано, что в случаях неисполнения участниками уголовного судопроизводства процессуальных обязанностей, предусмотренных настоящим Кодексом, а также нарушения ими порядка в судебном заседании на них может быть наложено денежное взыскание в размере до 25 МРОТ (ст. 117 УПК РФ). Оно налагается судом, а если соответствующее нарушение допущено в ходе досудебного производства, то субъект расследования составляет протокол о нарушении, который направляется в суд (из ч. 1 и 3 ст. 118 УПК РФ)¹⁸.

Частью 1 статьи 258 УПК РФ установлено, что при нарушении порядка в судебном заседании, неподчинении распоряжениям председательствующего или судебного пристава, лицо, присутствующее в зале судебного заседания, предупреждается о недопустимости такого поведения, либо удаляется из зала судебного заседания, либо на него налагается денежное взыскание в порядке, установленном статьями 117 и 118 Кодекса.

При неподчинении защитника распоряжениям председательствующего слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено. Одновременно суд сообщает об этом в адвокатскую палату (ч. 2 ст. 258 УПК РФ).

В соответствии с ч. 1 ст. 6 закона об адвокатуре полномочия адвоката, участвующего, в том числе, в качестве защитника доверителя в уголовном судопроизводстве, регламентируются соответствующим процессуальным законодательством РФ, т. е. в данном случае – уголовно-процессуальным законодательством (ч. 1 ст. 6). При этом адвокат вправе совершать действия, не противоречащие законодательству РФ (п. 7 ч. 3 ст. 6 закона об адвокатуре). Соответственно, вполне правомерным будет следующее толкование данной нормы: «Адвокат не вправе совершать действия, противоречащие законодательству РФ». Кроме того, адвокат обязан исполнять требования закона об обязательном участии в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда (п. 2 ч. 1 ст. 7 закона об адвокатуре). При этом за неисполнение или ненадлежащее испол-

¹⁷ Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: Учебник. — М., 2001. — С. 429.

¹⁸ Законом «О внесении изменений и дополнений в УПК РФ» от 4.07.03 № 92-ФЗ изменена ч. 2 ст. 111 УПК РФ. В результате защитник и законный представитель, как участники уголовного судопроизводства теперь не могут быть к привлечены к такой мере процессуального принуждения как денежное взыскание.

нение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную законом об адвокатуре (ч. 2 ст. 7, п. 1 ч. 2 ст. 17) и Кодексом профессиональной этики.

К вопросу о процессуальной дисциплине для адвоката весьма интересной и значимой представляется одна из норм Кодекса профессиональной этики: «При невозможности по уважительным причинам прибыть в назначенное время для участия в судебном заседании или следственном действии, а также при намерении ходатайствовать о назначении другого времени, адвокат по возможности должен заблаговременно уведомить об этом суд или следователя, а также сообщить об этом другим адвокатам, участвующим в процессе и согласовать с ними взаимно приемлемое время» (ч. 1 ст. 14 Кодекса).

Нарушение адвокатом данной, равно как и других норм Кодекса этики, законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, совершенное умышленно или по грубой неосторожности, влечет применение к нему мер дисциплинарной ответственности, предусмотренных законом об адвокатуре и настоящим Кодексом, установленных собранием (конференцией) соответствующей адвокатской палаты (ч. 1 ст. 18 Кодекса)¹⁹.

Таким образом, если защитник нарушает процедуру следственных и судебных действий, препятствует их проведению незаконными средствами и способами, то он может быть привлечен к юридической ответственности.

¹⁹ Подробно об этом – в гл. 9 книги.

1.3. Кто может быть допущен в качестве защитника

В 1 ст. 49 УПК РФ впервые дано легальное определение защитника, как участника уголовного судопроизводства. Им является лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В части 2 статьи указано, что в качестве защитников допускаются адвокаты, а так же по определению или постановлению суда, наряду с адвокатом, один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый.

Используя буквальное толкование закона, указанные лица – не адвокаты, т. е. дополнительные (субсидиарные) защитники, вправе участвовать лишь в суде, поскольку допускаются только по его решению. В период действия УПК РСФСР возможность участия защитника – не адвоката на предварительном следствии могла быть реализована в случае возвращения дела судом для дополнительного расследования (ст. 232 УПК РСФСР)²⁰. В связи с отменой правового института возвращения дела судом на доследование в новом кодексе полностью исключается и возможность участия на стадии следствия (дознания) такого защитника.

Из числа защитников в новом законе исключен представитель профессионального союза или другого общественного объединения. Законодатель, по всей видимости, учел, что в практике такой защитник не обеспечивает своему подзащитному квалифицированной юридической помощи, особенно если кроме него в деле не участвует профессиональный адвокат.

«Законодательная практика всех цивилизованных стран мира определила право на защиту не только как возможность обвиняемого осуществлять защиту собственными силами, но и как допустимость привлечения для осуществления этой деятельности другого лица, которое в силу имеющейся квалификации способно грамотно и эффективно осуществить защиту»²¹.

²⁰ Уголовный процесс: Учебник / Под ред. К.Ф. Гуценко. – М., 2000. – С. 117.

²¹ Волков В., Подольный А. Как гарантировать квалифицированную юридическую помощь? // Российская юстиция. – 2000. – № 9. – С. 38.

1.4. Момент начала участия защитника

Важнейшим, определяющим аспектом защиты является момент начала участия защитника²² в уголовном деле.

Согласно ч. 3 ст. 49 УПК РФ защитник участвует в деле:

1. С момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, а не с момента предъявления обвинения, как это было по старому УПК (ч. 1 ст. 47 УПК РСФСР).

Известно, что между двумя этими юридическими фактами проходит значительный промежуток времени – от суток и более. Таким образом, следователь обязан не только вручить лицу копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого (ст. 47 ч. 4 п. 2 УПК РФ), заранее известить его о дне предъявления обвинения (ст. 172 ч. 2 УПК РФ), но и разъяснить обвиняемому право на защиту, допустив к участию в деле защитника.

2. С момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица²³.

Это одна из наиболее существенных новаций уголовно-процессуального закона. Поскольку именно с момента начала своего участия в уголовном деле защитник приобретает целый комплекс прав и обязанностей, вопрос о более раннем вступлении его в процесс становится крайне важным для тактики обеих сторон. Следственная практика показывает, что момент появления адвоката в кабинете следователя, дознавателя, момент, с которого защитник впервые имеет возможность побеседовать наедине и конфиденциально со своим подзащитным, который, в данном случае не подвергнут задержанию, имеет важнейшее, а иногда и решающее тактическое, психологическое значение. Многие подозреваемые по только что возбужденному делу, еще не встречавшиеся с адвокатом, которым (подозреваемым) это право еще не разъяснено, дают следователю признательные показания. Весьма распространены случаи, когда уже после первой конфиденциальной беседы с адвокатом заподозренный отказывается от ранее данных признательных показаний²⁴.

По этой причине многие следователи, дознаватели, оперуполномоченные в ранее действовавших процессуальных условиях старались на как можно более поздний срок отложить эту встречу, по возможности дольше контактировать с заподозренным²⁵ без адвоката, проводить с ним беседы, следственные действия и т. д. Робкие поползновения заподозренного о приглашении адвоката часто пресекались недобросовестными представителями стороны обвинения со ссылкой на то, что:

- лицо еще не задержано;
- к нему не применена мера пресечения в виде заключения под стражу до предъявления обвинения и т. д. (ч. 1 ст. 47 УПК РСФСР);
- он допрашивается формально в качестве свидетеля, а потому право на защиту еще пока не имеет.

В период действия УПК РФ эта порочная практика лишилась всякой целесообразности. С учетом положения п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ следователю вряд ли выгодно допрашивать подозреваемого без адвоката, особенно если подследственный дает признательные показания.

Теперь, уже только при наличии факта возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица следователь обязан обеспечить ему участие защитника.

Таким образом, закон классифицирует все уголовные дела на:

²² А не момент его допуска, как это было сформулировано в редакции ст. 49 УПК РФ до введения в нее изменений Федеральным законом № 58-ФЗ от 29.05.02.

²³ П. 2 ч. 3 ст. 49 УПК РФ.

²⁴ См., в частности, гл. 10.2.

²⁵ Данный термин используется постольку, поскольку в соответствующих процессуальных условиях лицо еще не могло быть признано подозреваемым.

- возбуждаемые в отношении конкретного лица;
- возбуждаемые по факту.

Последнее, как правило, означает, что дело возбуждено на основании достаточных данных, указывающих на признаки преступления, но без признаков совершения его конкретным лицом (например, по факту обнаружения трупа с признаками насильственной смерти без каких-либо данных об убийце, т. е. неочевидное убийство; по факту аварии или крушения, когда на момент происшествия ответственные за нее лица не установлены и др.).

Можно предположить, что в целях достижения мнимых тактических преимуществ, некоторые следователи будут возбуждать дела без указания в постановлении о возбуждении на данные о конкретном лице, даже когда в сообщении о преступлении, материалах проверки сообщения, данные о таком лице будут реально фигурировать.

Такие действия следователя следует признать нарушением закона, а заподозренное лицо вправе обжаловать эти действия и быть обеспеченным участием защитника с момента возбуждения такого дела. Кроме того, и с точки зрения следственной тактики попытки ограничить, отсрочить начало участия защитника в деле не дают органу расследования каких-либо преимуществ. Как уже хорошо известно правоприменителям, в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ к недопустимым доказательствам относятся показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде.

Таким образом, какие бы признательные и иные интересующие сторону обвинения показания не дал подозреваемый до начала участия в деле защитника, в суде они могут быть признаны недопустимыми (в случае отказа от них подсудимого). Сказанное означает, что максимально раннее, начиная с момента возбуждения дела, начало участия защитника, соответствует интересам не только стороны защиты, но и стороны обвинения. А для получения от подозреваемого правдивых показаний необходимо выбирать другие, более эффективные тактические приемы, нежели незаконное противодействие защите.

Не имеет ничего общего с законностью и распространенная уловка следствия допрашивать фактически подозреваемое лицо в качестве свидетеля, избегая, таким образом, необходимости разъяснения ему соответствующих прав, в том числе и права на защиту. Такие показания так же могут и должны быть признаны недопустимыми в суде.

3. Относительной новеллой следует признать и положение УПК РФ, допускающее участие в деле защитника с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). Относительна эта новелла потому, что аналогичное положение было введено еще в УПК РСФСР (ч. 1 ст. 47) с 23.03.01²⁶.

Точного перечня такого рода мер кодекс не содержит. Тем не менее, этот перечень можно определить, отчасти, путем анализа статей раздела IV УПК РФ «Меры процессуального принуждения». Так, к иным мерам и процессуальным действиям можно отнести личный обыск (ст. 93 УПК), обязательство о явке (ст. 112 УПК), привод (ст. 113 УПК), наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК) и др.

Подробно содержание соответствующих мер и действий комментирует Конституционный суд. В своем постановлении от 27.06.00²⁷ суд указывает на те ситуации, в которых управомоченными органами власти предприняты меры, реально ограничивающие свободу и личную неприкосновенность, включая свободу передвижения – удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изо-

²⁶ Федеральным законом от 20.03.01 № 26-ФЗ.

²⁷ Постановление № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова». // СЗ РФ. – 2000. – № 27. – Ст. 2882; Российская газета. – 2000. – 04 июля. – № 128.

ляции без каких-либо контактов, а так же какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность. Эти меры, как отмечает Конституционный суд, могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений.

Таким образом, Конституционный суд дает открытый перечень процессуальных действий и иных мер, которые, в зависимости от ситуации, могут считаться основаниями для вступления в дело защитника. Очевидно, что перечислить все эти меры не только не реально, но и не имеет смысла.

Стороне обвинения следует лишь уяснить, что фактически любые процессуальные действия²⁸, направленные против конкретного лица, могут стать основанием для участия защитника в следственных действиях.

Другие, предусмотренные ч. 3 ст. 49 УПК временные рамки начала участия защитника в деле (п.п. 3 и 4), существенных затруднений в практике не вызывают, а потому подробно рассматриваться не будут.

²⁸ Об некоторых исключениях см. гл. 1.12.

1.5. Беседа с подозреваемым (обвиняемым): обязательно ли присутствие защитника?

Многие адвокаты требуют от следователей, дознавателей и оперуполномоченных оповещения о проведении и допуске к участию не только в следственных действиях, но и в иных мероприятиях. Например, в беседах оперативных работников с заподозренным лицом – клиентом адвоката. Практикам хорошо известно, что именно в результате таких бесед часто удается убедить лицо давать правдивые показания. Признания, которые дает в ходе устной беседы подозреваемое в совершении преступления лицо, далеко не всегда подтверждаются им же на следственных действиях с участием защитника, а потому допустимыми доказательствами в этом случае не являются.

Но, несмотря на это, и такие беседы дают важную для следователей и оперативников ориентирующую информацию, которая может быть использована в самых различных целях²⁹, представляют им определенное тактическое, психологическое преимущество.

Об этих нежелательных для стороны защиты последствиях бесед хорошо знают так же и опытные адвокаты, а потому они всячески стараются препятствовать таким встречам и беседам. В определенных формах они вправе это делать. Защитник может согласовать со своим клиентом отказ от дачи показаний вообще, либо подозреваемый, обвиняемый соглашается давать показания только в рамках следственных действий и только в присутствии защитника.

Однако важно подчеркнуть то, что сторона обвинения, на мой взгляд, вправе проводить такого рода беседы. Так, работник органа – субъекта ОРД (ст. 13 Закона «Об ОРД»), в рамках расследования вправе по поручению следователя гласно и негласно проводить оперативно-розыскные мероприятия (ст. 15 ч. 1 п. 1), в том числе опрос (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закона), устанавливать отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД (п. 2 ч. 1 ст. 15 Закона) при обязательном соблюдении принципов ОРД (ст. 3 Закона).

Также, например, работники милиции вправе вызывать граждан по делам и материалам, находящихся в их производстве, получать от них необходимые пояснения, сведения и т. д. (п. 3 и 4 ч. 1 ст. 11 Закона «О милиции» от 18.04.91 № 1026).

Таким образом, полагаю, что оперативные работники и другие должностные лица стороны обвинения вправе не только проводить подобные беседы в пределах своей компетенции, но и из тактических соображений, в случае необходимости, не допускать к их участию защитника. Хотя, если подозреваемый настаивает, чтобы при беседе его адвокат присутствовал, его участие все-таки необходимо.

²⁹ Например, для целей, обозначенных в ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.95 № 144-ФЗ. Далее, для краткости – закон «Об ОРД».

1.6. Осуществление защиты не запрещенными средствами и способами

Большая часть полномочий защитника в уголовном судопроизводстве регламентирована статьей 53 УПК РФ. Эта статья содержит открытый перечень прав защитника, единственным и достаточно неопределенным ограничением которого является указание на то, что защитник вправе использовать только **не запрещенные настоящим Кодексом** средства и способы защиты (п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Уместно будет вспомнить, что по УПК РСФСР (ст. 51) защитник вправе был использовать любые средства и способы защиты, не противоречащие закону. Таким образом, формула: «разрешено все, что не противоречит закону», была заменена на: «разрешено все, что не запрещено данным законом». Сущностную разницу между двумя этими формулами уловить не сложно. Законодатель, на мой взгляд, необоснованно установил ограничения в выборе защитником средств и способов защиты только не запрещенными действующим УПК РФ. Очевидно, что недопустимыми в уголовном судопроизводстве являются и те средства защиты, которые нарушают нормы уголовного законодательства, законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, административные и другие нормы. Этот вывод подтверждают и положения Закона об адвокатуре (п. 7 ч. 3 ст. 6 и п. 1 ч. 1 ст. 7).

В связи с этим полагаю, что п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ необходимо было бы сформулировать следующим образом: «11) Использовать иные, не запрещенные законодательством РФ средства и способы защиты».

Итак, защитнику разрешено осуществлять защиту любыми, не запрещенными законом средствами и способами. Эта широкая и неопределенная законодательная конструкция во многом создает проблемы предмета исследования данной работы. Что значит «незаконные средства защиты»? Где та грань между законностью и незаконностью? Только с максимально возможной степенью определенности ответив на эти вопросы, можно провести настоящее исследование и предлагать какие-то рекомендации для практики.

Как уже отмечалось во введении к книге, тактика и методика защиты в значительной части имеют ненормативную основу, т. е., находясь в правовых границах, сами по себе нормами права не регулируются³⁰. Однако автор не ратует за введение четкой регламентации процессуального порядка, тактики и методики защиты. Это невозможно, да и нецелесообразно. Отмечу лишь, что, по крайней мере, на уровне методического обеспечения, доктринального толкования закона, необходимо более четкое определение пределов правомерности средств и способов защиты. Итак, в связи с неопределенностью этих границ хотелось бы при анализе конкретных фактов из числа распространенных в правоприменительной практике давать небесспорную оценку законности поведения адвоката.

Здесь же обратим внимание лишь на пределы законности тех общих полномочий защитника, которые регламентированы ч. 1 ст. 53 УПК РФ.

³⁰ Зашляпин Л.А. Криминалистика как основа разработки теоретических аспектов профессиональной защитительной деятельности. // Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам: Сб. статей. – Екатеринбург, 2001. – С. 53.

1.7. Право на свидание с подзащитным

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, защитник, с момента начала участия в уголовном деле, вправе иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47 настоящего кодекса, т. е. наедине и в условиях конфиденциальности, без ограничения числа и продолжительности таких свиданий.

Не будем так же забывать, что в соответствии с частью 4 статьи 92 УПК РФ в «В случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого продолжительность свидания свыше 2 часов может быть ограничена дознавателем, следователем с обязательным предварительным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника. В любом случае продолжительность свидания не может быть менее 2 часов».

Таким образом, законодатель, с одной стороны, еще более укрепил право подозреваемого на квалифицированную юридическую помощь, в данном случае в части встречи наедине и конфиденциально с защитником до начала производства с ним первых процессуальных действий. Как уже было отмечено, именно в первой беседе адвоката с клиентом закладываются основные параметры защиты, вырабатывается линия поведения, подозреваемый обсуждает с защитником те показания, которые ему предстоит дать на первом и последующем допросах. Теперь временной интервал такой беседы не может быть менее 2 часов в случае, если лицо задержано. Прежде всего, это оградит сторону защиты от возможных незаконных действий недобросовестных следователей, пытающихся лишить ее права на такое свидание или ограничить его искусственно на срок менее двух часов.

С другой стороны, законодатель дал возможность стороне обвинения, при необходимости проведения следственных действий, ограничить время свидания адвоката с подзащитным только двумя часами с обязательным предварительным уведомлением обоих.

Уяснение значения термина «наедине» в практике не вызывает особых затруднений. Наедине – означает один на один, вдвоем, без свидетелей³¹. Значительно большие трудности на практике вызывает понимание значения термина «конфиденциальность».

Бесспорно, что при заявлении соответствующего ходатайства следователь (дознаватель) обязан создать защитнику и обвиняемому (подозреваемому) такие условия, при которых они могли бы остаться наедине вдвоем в определенном помещении (в кабинете, в камере ИВС, СИЗО и т. п.) или ином месте для обсуждения возникших вопросов, выработки единой позиции по делу.

Обеспечение права на свидание не может быть поставлено в зависимость от предварительного допроса обвиняемого или подозреваемого либо производства других следственных действий³².

Порядок свидания защитника с обвиняемыми и подозреваемыми, в отношении которых в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу (ст. 108 УПК РФ) регламентируется ст. 18 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»³³.

Закон и судебная практика всемерно защищают это право стороны защиты. Так, неправомерными и несоответствующими Конституции РФ признал Конституционный Суд в своем Постановлении от 25.10.01 № 14-П «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 Федерального закона «О содержании

³¹ Словарь русского языка: в 4-х томах. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – М., 1981–1984. – Т. 2. – С. 350.

³² Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – М., 2002. – С. 123.

³³ ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». № 103-ФЗ от 15.07.95.

под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева» ведомственные ограничения на свидание обвиняемого (подозреваемого) в зависимости от наличия разрешения на это от лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело.

В ч. 2 статьи 18 закона «О содержании под стражей...» указано, что «свидания подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволяющих сотруднику места содержания под стражей видеть их, но не слышать». Подчеркнем, что запрещено «сотруднику места содержания под стражей», а не любому сотруднику правоохранительных органов.

Данная норма гарантирует адвокату и его подзащитному условия общения наедине и конфиденциально. Но гарантирует ли она неприкосновенность таких свиданий, да и вообще любых контактов защитника со своим клиентом (по телефону, в общении за пределами помещений и т. п.) от проведения оперативно-розыскных мероприятий, проводимых в порядке, установленном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»?

Этот крайне актуальный в практике вопрос в актах легального и судебного толкования не рассматривался. На мой взгляд, субъекты расследования вправе назначать и проводить оперативно-розыскные мероприятия в отношении адвоката и его подзащитного, в том числе и во время их конфиденциальных свиданий. Безусловно, такое возможно только при наличии предусмотренных законодательством оснований и при строгом соблюдении условий, а так же с соблюдением ряда процессуальных ограничений. Комплекс норм, обеспечивающих стороне обвинения право на проведение соответствующих мероприятий, относится не только к УПК РФ, но и к другим нормативно-правовым актам разноотраслевого характера. Поэтому свою точку зрения более подробно я обосную в отдельной главе (1.13)³⁴.

На практике нередко возникает вопрос: как действовать, если защитник, участвующий в производстве следственного действия, просит прервать его и предоставить свидание с подзащитным наедине? Нетрудно понять причины, по которым часто адвокаты настаивают на таком свидании. Тем самым можно свести на нет использование следователем всех тактических приемов допроса. Недобросовестные защитники не избежат искушения дать указания подзащитному о даче тех или иных, далеко не всегда правдивых, но выгодных стороне защиты показаний (подробно об этом См. гл. 10.2).

Между тем, в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ следователь уполномочен самостоятельно направлять ход расследования, принимать решения о производстве следственных и иных процессуальных действий. В рамках допроса следователь свободен в выборе его тактики (ч. 2 ст. 189 УПК РФ).

Присоединяюсь к мнению о том, что, следователь вправе, не нарушая права обвиняемого (подозреваемого) на защиту, отказать защитнику в предоставлении свидания с подзащитным во время проведения следственного действия, если до его начала защитнику была предоставлена возможность встретиться с подзащитным наедине и если о предоставлении свидания не ходатайствует обвиняемый или подозреваемый³⁵.

³⁴ См. так же: Гармаев Ю.П., Раднаев В.С. Конфиденциальность свидания адвоката с клиентом: каковы ее пределы? // Журнал российского права. – 2001. — № 6.

³⁵ Подробно об этом см.: Лисицин Р. Что делать следователю, если защитник не явился на допрос // Российская юстиция. – 2000. – № 6. – С. 41.

1.8. Пределы полномочий защитника по сборанию доказательств

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник впервые в истории российского уголовно-процессуального законодательства получил право не только представлять, но и собирать доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 кодекса.

В данной норме указано, что защитник вправе собирать доказательства путем:

1. получения предметов, документов и иных сведений;
2. опроса лиц с их согласия;
3. истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Анализ этих положений указывает, что после многочисленных дискуссий в основу концепции УПК РФ не была положена идея введения параллельного расследования, проводимого стороной защиты³⁶. Хотя многие ученые высказывались по вопросу о возможности наделения защитника обвиняемого правом проводить следственные действия с целью выявления оправдывающих или смягчающих ответственность обстоятельств с изложением своих выводов в «оправдательном заключении», которое можно было бы направлять в суд вместе с уголовным делом³⁷.

Однако представляется, что новеллы закона, связанные с различными аспектами собирания доказательств защитниками вызовут серьезные сложности на практике. В той или иной мере неизбежны перегибы, и в то же время недооценка этих важных и эффективнейших инструментов защиты в руках адвокатов.

Прежде всего, необходимо отметить, что всей полнотой государственно-властных, в том числе процессуальных полномочий по сборанию доказательств, российский уголовно-процессуальный закон традиционно наделил только участников уголовного судопроизводства, ответственных за ведение уголовного дела. Собирание доказательств они производят посредством проведения всех предусмотренных действующим законом следственных действий, включая обыск, личный обыск, выемку, осмотр, освидетельствование и др.

Для защитников УПК РФ предусмотрел полномочия по осуществлению только трех вышеупомянутых мер, ни одно из которых следственным действием не является.

Если в ходе проведения следственных и иных действий следователь (дознатель) вправе реализовывать властные полномочия, т. е. давать обязательные для исполнения распоряжения в отношении лиц, не находящихся у него в служебной зависимости, принимать решения, обязательные для исполнения гражданами и организациями независимо от их ведомственной принадлежности³⁸, в том числе, применять принудительные меры, связанные с ограничением прав и свобод граждан³⁹, то защитник при проведении опроса лиц, получении предметов, документов и иных сведений, истребовании справок и т. д. ни в коей мере не вправе присваивать какие-либо властные полномочия.

³⁶ Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 6.

³⁷ См., например, Горя Н. Принципы состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. – 1990. – № 7. – С. 21–24; Ларин А.М. Доказывание и предпроцессуальная деятельность защитника. // В сб. «Адвокатура и современность». – М.: ИГПАН, 1987. – С. 84–85.

³⁸ О содержании властных полномочий см., например, п. 2 Постановления Пленума Верховного суда РФ № 6 от 10.02.2000 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе»

³⁹ Например, насильственное проникновение в жилое помещения для производства обыска, обнажение лица при освидетельствовании и т. п.

В уголовно-процессуальном законе не решен вопрос: должен ли адвокат в разговоре с опрашиваемым им лицом сказать, что является защитником подозреваемого или обвиняемого, или достаточно простого согласия данного лица. Согласен с позицией Н. Кузнецова и С. Дадонова, которые утверждают, что адвокат если не сразу, то хотя бы во время опроса должен сообщить опрашиваемому для чего нужны получаемые от него сведения. И уж конечно адвокат не вправе придумывать для более успешного опроса лица «легенду» о своей принадлежности к какому-нибудь «компетентному ведомству», а тем более принуждать опрашиваемого к даче ложных показаний⁴⁰. Граждане не обязаны, а лишь вправе давать показания защитнику, если они на то согласны.

Защитник не вправе обязывать явкой в адвокатский кабинет (бюро, юридическую консультацию) лиц, которых он намерен опросить по обстоятельствам, имеющим отношение к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь. Он не вправе официально предупреждать опрашиваемое лицо об уголовной ответственности за дачу ложных показаний и за отказ от дачи показаний (ст. ст. 307 и 308 УК РФ) в рамках данного опроса и отбирать соответствующую подписку. Он, разумеется, может разъяснить лицу перспективы привлечения к уголовной ответственности за дачу ложных показаний или за отказ от дачи показаний на допросе у следователя, но никак не за аналогичные действия на проводимом им самим опросе. В равной мере защитник не имеет права изымать либо даже просто требовать те или иные предметы и документы у их владельца – физического лица, как это вправе делать следователь (дознатель) в рамках обыска или выемки.

Формируемая в настоящее время адвокатская практика дает примеры превышения полномочий со стороны защитников по уголовным делам. Недобросовестные адвокаты порой стремятся де-факто приравнять свои полномочия к полномочиям следователей (разумеется, без той ответственности, под грузом которой ходит это должностное лицо), т. е. пытаться проводить опрос как допрос, получение предметов и документов, как их выемку или даже обыск и т. п. Правоохранительные органы и суд вправе и обязаны пресекать такие нарушения закона, используя весь комплекс мер, о которых будем говорить в дальнейшем⁴¹.

Далее, показания лиц, опрошенных защитниками, предметы, документы и иные сведения могут по своему содержанию являться доказательствами (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), но сами по себе, вне их процессуального оформления судом, следователем или дознавателем не могут быть признаны допустимыми.

В литературе по данному вопросу высказываются и противоположные мнения. Например, предлагается представляемые защитником объяснения опрошенных лиц, справки о проведенном исследовании, приобщать к делу как «иные документы», которые, исходя из перечня ч. 2 ст. 74 УПК РФ, допускаются в качестве доказательств⁴². Полагаю, что данная позиция ошибочна, поскольку не соответствует положениям норм, предусмотренных статьями 74–84 УПК РФ. Так, в качестве доказательств допускаются показания свидетеля (п. 2 ч. 2 ст. 74 УПК РФ). При этом, допустимые показания свидетеля – это только те сведения, которые он сообщил на допросе суду или должностному лицу, производящему расследование (ст. 79 УПК РФ), но никак не показания, данные свидетелем в рамках опроса у защитника. То есть протокол опроса лица, составленный защитником, содержит показания свидетеля, а они могут быть процессуально легализованы только через допрос этого свидетеля уполномоченным должностным лицом, а никак не через приобщение протокола опроса в качестве «иного документа» (ст. 84

⁴⁰ Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. – 2002. – № 8. – С. 32.

⁴¹ Отрадно, что в некоторых адвокатских палатах субъектов Федерации разработаны бланки протоколов опросов. В этих бланках отмечаются названные пределы полномочий защитника.

⁴² См., например, Рыжаков А.П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М., 2002. – С. 180.

УПК РФ)⁴³. Здесь ситуация аналогична той, что складывается при решении вопроса о допустимости протоколов опроса (пресловутые «объяснения», «чистосердечные признания»), произведенного оперуполномоченными. Как известно, такие документы и содержащиеся в них показания, как правило, признаются судами недопустимыми доказательствами⁴⁴.

Это означает, что даже если защитник в рамках проведенного им опроса получил сведения, интересующие сторону защиты, то эти сведения только тогда станут допустимыми доказательствами, когда названные уполномоченные субъекты допросят это лицо⁴⁵. К примеру, если защитник требует приобщить к делу протокол опроса нужного ему лица – предполагаемого свидетеля защиты, но следователь по тем или иным объективным причинам не может допросить указанное лицо (свидетель тяжело болен, выехал в неизвестном направлении и т. п.), то такие показания не являются допустимыми доказательствами и не имеют юридической силы. Если и в суд такой свидетель не явится, то даже ссылаться на его показания защитник не вправе.

Аналогичным образом недопустимы и справки об исследовании, проведенном по инициативе защитника. Допустимым доказательством является только заключение эксперта (п. 3 ч. 2 ст. 74 и ст. 80 УПК РФ), а оно содержит результаты исследования, которое проводится только на основании постановления лица, ведущего производство по делу (ст. 195 УПК РФ).

Вещественными доказательствами признаются только те предметы, которые проверены, оценены и признаны таковыми судом, следователем или дознавателем (ст. 81 УПК РФ), но никак не те предметы, которые получены только защитником. Лишь тот полученный адвокатом предмет (документ) будет процессуально легализован как вещественное доказательство, который будет затем проверен, оценен и приобщен к делу следователем, судом.

Все собранные и представленные защитником в нарушении комментируемых положений закона доказательства должны быть признаны недопустимыми, согласно положениям ч. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ.

⁴³ Об аналогичной позиции более подробно см. Соловьев А.Б., Токарева М.Е., Воронцова Н.С. Проблемы законности и качества расследования в свете требований УПК РФ // Уголовное право. – 2002. – № 2. – С. 74.

⁴⁴ В научной литературе этот вопрос также не вызывает особых дискуссий. См., например, Корневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. – М., 2000. – С. 68; Сильнов М.А. Вопросы обеспечения допустимости доказательств в уголовном процессе. – М., 2001. – С. 55; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М., 1995. – С. 44–45; и др.

⁴⁵ Эту позицию разделяют разработчики авторитетного Научно-практического комментария к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. В.М. Лебедева. – М., 2002. – С. 202.

1.9. Проверка и оценка доказательств, собранных защитником

Следует выделить и некоторые особенности, связанные с процедурой проверки и оценки доказательств, собранных и представленных защитником для приобщения к делу.

Как известно, субъектами проверки и оценки доказательств являются только дознаватель, следователь, прокурор или суд (ст. ст. 87 и 88 УПК РФ). Проверка доказательств производится путем их сопоставления с другими доказательствами, имеющимися в деле, а так же установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ). Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела (ст. 88 УПК РФ).

Предположим, что защитник в порядке ч. 3 ст. 86 УПК РФ лично добыл или получил от третьих лиц предмет или документ, оправдывающий или смягчающий вину его подзащитного. Следователь должен произвести выемку такого предмета или документа у защитника. Далее только он, а так же дознаватель, прокурор или суд, вправе произвести проверку и оценку данного доказательства, если оно таковым является. Так, с точки зрения источника получения, такой предмет может (хотя и не обязательно) вызывать обоснованные сомнения, поскольку получен от заинтересованного лица – защитника. Подобного же рода обстоятельства будут учитываться при оценке допустимости и достоверности. В любом случае следователь должен проверить данное доказательство в сопоставлении с другими, собранными по делу и оценить его в соответствии с правилами оценки (ст. 88 УПК РФ), по своему внутреннему убеждению, руководствуясь при этом законом и совестью (ч. 1 ст. 17 УПК РФ).

Обобщая вышеизложенное, полагаю, что в практике в основном только непосредственное изъятие следователем (дознавателем), того или иного предмета или документа может обеспечить надежную перспективу признания их относимости, допустимости и достоверности как доказательства.

Но следует особо подчеркнуть, что перегибы в сторону излишнего недоверия к деятельности защитника по собиранию доказательств недопустимы, да и не выгодны стороне обвинения. Очень многие адвокаты являются высококвалифицированными юристами, имеющими богатый опыт работы в правоохранительных органах. Большинство адвокатов – принципиальные и порядочные люди. Сплошь и рядом их квалификация оказывается выше, опыт богаче, чем у их процессуальных противников – следователей и дознавателей. Работа такого защитника по собиранию доказательств может существенно помочь правосудию и пренебрегать этим нельзя ни в коем случае.

И, тем не менее, у следователя всегда есть право пресекать всякие попытки недобросовестного адвоката превысить предоставленные ему законом полномочия по сбору доказательств, попытки навязать признание допустимыми тех из них, которые при тщательной проверке и оценке не удовлетворяют требованиям закона.

Некоторые новые полномочия адвоката

Комментируемая ст. 53 УПК РФ так же предоставляет защитнику, помимо уже известных по УПК РСФСР, полномочия, бесспорно усиливающие его потенциальные возможности. К их числу можно отнести:

- право на привлечение специалиста;
- обеспечение доступа к более широкому кругу документов в ходе расследования;

– предоставление возможности по окончании расследования не только выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, но и снимать копии с материалов дела, в том числе с помощью технических средств.

Другие нормы УПК РФ так же обеспечивают новые полномочия адвоката-защитника и адвоката-представителя, в частности:

- право на участие в допросе свидетеля;
- право адвоката присутствовать при обыске и другие.

Все эти дополнительные полномочия вызывают у практических работников стороны обвинения определенные опасения, а порой даже своеобразную панику, которую они объясняют тем, что теперь противостоять преступности, в особенности организованной и коррумпированной, будет значительно сложнее.

Попробуем путем определения пределов этих полномочий, выяснить так ли это, действительно ли закон, обеспечивая сторону защиты более эффективными процессуальными средствами, не снабдил сторону обвинения возможностями адекватного противостояния в рамках провозглашенного принципа состязательности сторон?

1.10. Право на привлечение специалиста

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник вправе привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 данного Кодекса⁴⁶. В части 1 данной статьи указывается, что специалист привлекается к участию в процессуальных действиях, в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов дела, для постановки вопросов эксперту и т. д.

Анализ этих положений позволил некоторым авторам предположить, что теперь защитник, наряду со следователем, наделен правом привлекать специалиста к участию в следственных действиях для осуществления перечисленных и других функций, а следователь не вправе воспрепятствовать участию такого специалиста, за исключением случаев, предусмотренных ст. 62 УПК РФ, где речь идет о недопустимости участия в производстве по уголовному делу лиц, подлежащих отводу⁴⁷.

Вряд ли можно согласиться с такой позицией. Прежде всего, в соответствии с ч. 1 ст. 168 УПК РФ к участию в следственном действии специалиста вправе привлечь именно следователь. Защитник такими полномочиями ни в этой, ни в других статьях кодекса не наделяется. Только в компетенцию следователя входит удостоверение личности специалиста, разъяснение ему его прав и обязанностей, порядка производства следственного действия, предупреждение его об уголовной ответственности, предусмотренной ст. 307 и 308 УК РФ и др. (ч. 5 ст. 164 УПК РФ). Наконец, только следователь наделен полномочиями убедиться в компетентности специалиста, проверить его отношение к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему (ч. 2 ст. 168 УПК РФ).

Таким образом, исходя из смысла анализируемых норм, следователь не только по своему усмотрению привлекает специалиста к участию в процессуальных действиях, но и вправе не допустить того или иного специалиста по мотивам недостаточной компетентности, невозможности установить его личность, а так же при наличии оснований для отвода (ст. 61, ч. 2 ст. 70 УПК РФ).

Кроме того, право на принятие решения об отводе специалиста имеет следователь (а так же дознаватель, суд), как это указано в ст. 72 и 69 УПК РФ. Основаниями же для отвода специалиста, кроме «общих случаев», предусмотренных ч. 1 ст. 61 УПК РФ, могут быть так же:

– если он находился или находится в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей;

– если обнаружится его некомпетентность (ст. 71 ч. 2 и 70 ч. 2 п. 2 и 3 УПК РФ);

– если имеются иные обстоятельства, дающие основания полагать, что он лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе данного уголовного дела (ч. 1 ст. 62 ч. 2 и 61 УПК РФ).

Очевидно, что во многих, хотя и далеко не во всех случаях, защитники будут настаивать на привлечении в качестве специалиста лицо, лично заинтересованное в исходе дела, которому, например, сторона защиты заплатила или пообещала вознаграждение за «нужное защите участие», или специалист является родственником, другом защитника, обвиняемого и т. д.

Практика пестрит фактами, когда не только специалисты, но и так называемые «независимые» эксперты принимают поручения непосредственно от защитников и обвиняемых. С целью поиска клиентов в периодической печати содержатся объявления о проведении экспертизы, оказании услуг специалиста. Все это — на основе оплаты работы заказчиком. Тем самым,

⁴⁶ Данное право закреплено так же в п.п. 4 п.3 ст. 6 Закона об адвокатуре.

⁴⁷ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. В.В. Мозякова. — М., 2002. — С. 151.

специалисты и эксперты вступают в личные контакты с участниками процесса со стороны защиты, становятся в известную зависимость от заказчика, что и может поставить под сомнение объективность и незаинтересованность специалиста и эксперта в исходе дела и в определенных случаях дает основания для принятия следователем решения об их отводе⁴⁸.

Нельзя, конечно, не учитывать, что участие специалиста со стороны защиты во многих случаях будет только полезным для дела. Но, как видим, в некоторых, прежде всего конфликтных следственных ситуациях, процессуальный заслон незаконным способам защиты можно поставить и здесь.

⁴⁸ О такого рода «сотрудничестве» экспертов и адвокатов подробно см.: Краснова Н.В. Тактические особенности производства следственных действий с участием защитника. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — Владивосток, 2002. — С. 25.

1.11. Полномочия защитника по изучению материалов дела, по доступу к охраняемой законом тайне

Доступ к более широкому кругу документов в ходе расследования, представление возможности копировать материалы дела с помощью технических средств (ч. 1 п. 6 и 7 ст. 53 УПК РФ и п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре), т. е. цифровых фотоаппаратов, ксероксов, сканеров, видео- и аудио-техники и т. п., по единодушной оценке всех работников правоохранительных органов не только расширяет возможности законной защиты, но и предоставляет уникальные возможности для всякого рода противоправных действий.

По сути, получается, что каждый адвокат вправе иметь в своем личном архиве в полном и бессрочном распоряжении десятки и сотни томов копий уголовных дел, в которых он участвовал в качестве защитника. Как показывала практика, предшествовавшая введению в действие УПК РФ, ни следователь, ни государственный обвинитель, как правило, после передачи дела в суд такой возможности реально не имели. В прокуратуре оставалась лишь папка с документами наблюдательного производства по делу. На практике государственный обвинитель только по содержащимся в ней материалам и готовился к процессу. Конечно, никто не запрещал и не запрещает ему скопировать все дело и/или изучить его более тщательно до начала слушания. Однако, учитывая технические возможности органов прокуратуры, реальную нагрузку прокуроров, их заместителей и помощников далеко не по каждому делу удавалось обеспечить такой уровень подготовки к судебной стадии процесса⁴⁹.

Кроме того, у недобросовестных адвокатов появляется серьезный соблазн использовать полученные сведения (в громадном объеме), вопреки интересам правосудия. Приведем лишь самый «безобидный» пример: каждый молодой и неопытный адвокат, по меньшей мере, захочет показать полностью откопированное дело своему старшему и более опытному коллеге с тем, чтобы посоветоваться о позиции защиты в суде. Некоторые адвокаты не устоят перед просьбами родственников обвиняемого показать им дело, где есть адреса и личные данные о потерпевших, и свидетелях обвинения, данные, часто составляющие их личную и семейную тайну. Представим, каково будет следователю допрашивать свидетеля (потерпевшего, эксперта, специалиста), когда тот знает, что все сообщенные на допросе сведения лягут в архив неизвестно скольких и неизвестно каких адвокатов?!

Кроме того, в откопированном деле могут содержаться и сведения, составляющие государственную тайну. Право знакомиться с информацией, содержащей государственную тайну и даже фиксировать ее с помощью технических средств закреплено действующим законодательством (ч. 5 ст. 49 УПК РФ; п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре; ст. 21.1. Закона «О государственной тайне»).

Возникает, мягко говоря, странный правоприменительный парадокс, когда в соответствии с законодательством о государственной тайне, компетентные органы реализуют особый порядок допуска к секретным сведениям уполномоченных должностных лиц органов государственной власти⁵⁰, с проведением в отношении них проверочных мероприятий, рядом существенных ограничений их прав и т. д.⁵¹. И в то же время любой адвокат, не будучи должностным лицом, без всяких специальных разрешений, проверочных мероприятий и ограничений,

⁴⁹ В настоящее время, в связи с принятием органами прокуратуры ряда организационных мер, качество подготовки гособвинителей выросло. В частности, появилась возможность копировать в наблюдательное производство все необходимые документы.

⁵⁰ См. Федеральный закон «О государственной тайне» от 21.07.93 № 5485-1.

⁵¹ Ст. 21 Закона «О государственной тайне».

в рамках «особого порядка допуска»⁵², фактически, только на основании подписки о неразглашении, имеет доступ к указанным сведениям.

Как бы там ни было, но именно такую позицию занял Конституционный суд в своем Постановлении от 27.03.1996 N 8-П «По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 закона РФ от 21.07.93 «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гуджианца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина».

Так может ли сторона обвинения правовыми средствами нейтрализовать применение незаконных способов защиты со стороны адвокатов в связи с их широкими правами и возможностями доступа к данным предварительного расследования? Авторская позиция — не только может, но и обязана.

Во-первых, следователь, дознаватель должны предупредить защитника об уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования (ст. 161 УПК РФ). На мой взгляд, именно **должны** предупредить, а не «вправе», или «могут в необходимых случаях», как то предлагал УПК РСФСР (ст. 139). В современных условиях, при нынешнем объеме прав и полномочий защитника уместным будет настоятельно рекомендовать всем субъектам расследования по **всем без исключения** уголовным делам брать у защитников соответствующую подписку (ч. 2 ст. 161 УПК РФ). Получение такой подписки должно стать столь же естественным ритуалом вступления в дело защитника, как и получение от него ордера⁵³. Кроме того, необходимо очень серьезно и ответственно отнестись к тактическим, психологическим аспектам такого предупреждения. Хотя признаем, что на сегодняшний день «напугать» этим предупреждением более или менее опытных адвокатов трудно. Разве кто-то еще не знает, насколько слаба судебная практика привлечения к уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ за разглашение данных предварительного следствия? Вынуждены констатировать, что частная превенция этих преступлений в стране, к сожалению, практически отсутствует, но ее необходимо создавать. Все необходимые правовые средства для этого имеются.

Во-вторых, если в материалах уголовного дела имеются сведения, составляющие государственную тайну, и адвокат не имеет соответствующего допуска, с него необходимо взять подписку о неразглашении таких сведений (ч. 5 ст. 49 УПК РФ). Правда не ясно, какой еще «соответствующий допуск» имел в виду в этой норме законодатель? Как уже отмечено, «допуск в особом порядке» имеет каждый адвокат уже в силу своего статуса (ст. 21.1 Закона «О государственной тайне»). Может ли, а главное, нужен ли ему какой-то иной вид допуска?

В-третьих, в случае, если в деле имеются данные, составляющие другие виды охраняемой законом тайны (коммерческая, личная и семейная, врачебная и т. п.) следователь вправе получить подписку о неразглашении и этих данных. Если, разумеется, из тактических соображений следователю вышеописанных двух видов подписок покажется недостаточно. Поскольку тайна расследования, в общем-то, уже охватывает все другие виды охраняемых законом тайн.

И, наконец, в-четвертых, особый механизм защиты сведений, составляющих охраняемую законом тайну, заложен в ч. 2 ст. 217 УПК РФ. В этой норме указано, что защитник хоть и вправе снимать копии документов уголовного дела и делать выписки из него после окончания предварительного расследования, но в случае, если в этом деле содержатся сведения, составляющие государственную **или иную охраняемую федеральным законом тайну** (выделено мной — Ю.Г.), то все эти копии и выписки не могут быть выданы, а хранятся при уголовном деле и представляются обвиняемому и его защитнику во время судебного разбирательства.

Со сведениями, составляющими государственную тайну все более или менее понятно. Следователь должен определить, какие из копий материалов дела, снятых за свой счет защит-

⁵² Ст. 21.1. Закона «О государственной тайне».

⁵³ Такого рода предложения уже поступали как от ученых, так и от практически работников. См. напр.: Игнатъев М.Е. К вопросу о нейтрализации противодействия расследованию со стороны защитника // Адвокатская практика. — 2001. — № 1. — С. 25.

ником, а так же сделанных им выписок, относятся к таким данным, отсортировать их и не выдавать защитнику, т. е. подшить отдельно и приложить к материалам дела с соответствующей пояснительной запиской.

Но как же быть со сведениями, составляющими «иную охраняемую законом тайну?». Как отмечает И.В. Смолькова, количество нормативных актов, регулирующих те или иные аспекты различных видов тайн перевалило за 50. Все существующие и имеющие правовое значение тайны автор классифицирует на: государственную (в т. ч. военную), профессиональную, личную и семейную. Среди этих видов наиболее широкий перечень тайн образует профессиональная, в том числе коммерческая, дипломатическая, депутатская, адвокатская, врачебная, банковская, нотариальная, усыновления, исповеди, журналистского расследования, представительская, голосования, переписки, телефонного разговора, почтового и телеграфного сообщения и др.⁵⁴. Большинство из этих видов тайн охраняется именно федеральными законами. При этом, законы далеко не всегда дают конкретные дефиниции и перечни: **что** понимать под конкретным видом тайны.

Все это касается и тайны предварительного расследования. Ни в УПК РФ, ни в другом федеральном законодательстве не определено, какие именно данные необходимо понимать под этой тайной. Анализируя положение ч. 3 ст. 161 УПК РФ, можно предположить (именно предположить, большего не дано), что тайной предварительного расследования считаются любые его данные, разглашение которых по субъективному мнению следователя или дознавателя, противоречит интересам предварительного расследования и может нарушить права и законные интересы участников уголовного судопроизводства. Таким образом, это могут быть любые данные, любой документ из уголовного дела или даже все документы, все дело.

Таким образом, исходя из буквального толкования ч. 2 ст. 217 УПК РФ следователь вправе не выдать копии материалов дела, снятые защитником за свой счет, а так же сделанные им самим выписки из дела, если эти выписки и копии содержат данные, составляющие любую из охраняемых федеральным законом тайн, а, учитывая широту и размытость понятия «тайна предварительного расследования», следователь фактически может не выдавать ни одной копии, ни одного документа из законченного производством уголовного дела и ни одной выписки из него?!

Однако следует быть объективными и признать, что подобная крайняя позиция следователя, хотя и может быть признана правомерной, исходя из положений ст. 217 УПК РФ, но во многом противоречит правам и законным интересам стороны защиты. Как отметил Конституционный суд по аналогичному вопросу, способы защиты государственной (равно как и иной охраняемой законом — Ю.Г.) тайны в уголовном судопроизводстве, должны быть соизмеримыми как со значимостью охраняемой тайны, так и с правовым статусом соответствующих участников уголовного процесса⁵⁵. Но вряд ли такое обобщенное суждение будет воспринято адекватно стороной обвинения, пока действует нынешняя редакция ч. 2 ст. 217 УПК РФ. То есть ситуация не имеет однозначного решения в рамках действующих правовых норм. Требуются конкретные изменения в законодательстве, которые дали бы более четкое представление о том, выписки и копии каких материалов уголовного дела сторона обвинения может выдать стороне защиты, а на выдачу каких может быть наложен запрет.

Ну, а пока, полагаю, что следователям необходимо руководствоваться тем, что могут и должны быть выданы те копии и выписки, которые содержат данные, распространение которых не нарушит охраняемых законом тайн, в частности, не нанесет ущерба интересам предварительного расследования, не нарушит прав и законных интересов участников судопроизводства.

⁵⁴ Смолькова И.В. Тайна и уголовно-процессуальный закон. – М., 1997. – С. 3–7.

⁵⁵ П. 6 вышеупомянутого Постановления КС РФ от 27.03.1996 № 8-П.

Здесь нам могут возразить, что разглашение каких-либо данных в рассматриваемой стадии процесса не может причинить ущерб предварительному расследованию, поскольку оно в момент начала ознакомления стороны защиты с материалами уголовного дела уже закончено. Однако не следует забывать, что прокурор своим постановлением вправе вернуть уголовное дело для производства дополнительного расследования в порядке ст. 221 УПК РФ (ч. 1 п. 2), и тогда расследование может продолжаться.

Федеральными законами от 04.07.03 № 92-ФЗ и от 28.04.09 N 65-ФЗ в редакцию ч. 3 ст. 217 УПК РФ введены существенные и ожидаемые стороной обвинения изменения, касающиеся ограничения пределов времени ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела. Закон теперь гласит:

«3. Обвиняемый и его защитник не могут ограничиваться во времени, необходимым им для ознакомления с материалами уголовного дела. Если обвиняемый и его защитник, приступившие к ознакомлению с материалами уголовного дела, явно затягивают время ознакомления с указанными материалами уголовного дела, то на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 125 настоящего Кодекса, устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела. В случае, если обвиняемый и его защитник без уважительных причин не ознакомились с материалами уголовного дела в установленный судом срок, следователь вправе принять решение об окончании производства данного процессуального действия, о чем выносит соответствующее постановление и делает отметку в протоколе ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела».

Региональная практика применения «процедуры ограничения» пока не очень богата. К тому же трудно решить, какой документ необходимо составить следователю для инициирования данной процедуры. В некоторых прокуратурах Республики Бурятия и Иркутской области, с учетом положений ст. 475 УПК РФ, имеются прецеденты вынесения следователем постановления «О возбуждении перед судом ходатайства об установлении предельного срока для ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела». Особых сложностей использования данной процедуры в практике не возникает. Необходимо лишь рекомендовать следователям тщательно аргументировать в постановлении свои доводы о том, что обвиняемый и защитник «явно затягивают» и «без уважительной причины не ознакомились с материалами уголовного дела»⁵⁶.

⁵⁶ Подробно об этом см.: Гармаев Ю. П. Процессуальные способы противодействия затягиванию уголовного судопроизводства: практическое пособие // Бюллетень Верховного суда Республики Бурятия, выпуск № 27. – Улан-Удэ: Изд-во ОАО «Республиканская типография», 2006. – С. 5–75.

1.12. Право адвоката на участие в допросе свидетеля

В соответствии с п. 6 ч. 4 ст. 56 и ч. 5 ст. 189 УПК РФ, впервые в законодательстве закреплено право свидетеля являться на допрос с адвокатом. В данном случае, он присутствует на допросе для оказания юридической помощи свидетелю. В отличие от полномочий защитника, такой адвокат не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы. По окончании допроса адвокат вправе делать заявления, но только по существу одного вопроса: о нарушении прав и законных интересов свидетеля, если таковые были допущены во время допроса. Такие заявления подлежат занесению в протокол допроса (ч. 5 ст. 189 УПК РФ). Цель данной нормы, заключается, прежде всего, в том, чтобы оградить свидетеля от незаконных методов допроса со стороны следователя, не допустить применение насилия, шантажа и т. п. со стороны допрашивающего в целях получения нужных стороне обвинения показаний. Такие гарантии и дает присутствие адвоката на допросе свидетеля.

Следователь должен четко представлять себе пределы полномочий адвоката при допросе своего доверителя — свидетеля. В частности, в ходе допроса, адвокат, в отличие от защитника подозреваемого (обвиняемого), не вправе требовать разговора со свидетелем наедине и конфиденциально, оказывать ему помощь в разработке линии поведения, разъяснять ему его права и т. д. Подчеркиваем — именно в ходе допроса. В остальное время адвокат вправе оказывать свидетелю такую помощь. Если буквально толковать закон, адвокат вообще обязан молчать во время допроса свидетеля (своего доверителя) и лишь после окончания следственного действия делать заявления по вышеупомянутому вопросу.

Заметим, что речь не идет о широко распространенной ранее порочной практике допроса в качестве свидетеля лица, фактически заподозренного в совершении преступления. Как уже было сказано выше, УПК РФ допускает участие в деле защитника, в том числе, с момента начала осуществления любых мер процессуального принуждения или процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Как только в отношении лица начнут применяться процессуальные действия, затрагивающие его права, он автоматически приобретает статус подозреваемого со всеми вытекающими из этого статуса правами. Поскольку перечень названных действий Конституционный суд признал открытым, то многие заинтересованные лица могут предположить, что в любой момент, даже в ходе допроса свидетеля, присутствующий адвокат может выйти из состояния «процессуального молчания», и в ответ на соответствующие действия следователя потребовать признания за своим клиентом статуса подозреваемого, а за собой — статуса его защитника.

Такое толкование закона является необоснованно расширительным. Необходимо помнить, что мерами, затрагивающими права и свободы лица, закон называет «иные меры процессуального принуждения или иные процессуальные меры». То есть, речь не идет о тактических приемах допроса, направленных на создание напряжения у допрашиваемого. Например, если следователь в конфликтной ситуации допроса недобросовестного свидетеля, пытающегося дать ложные показания или умалчивающего правду, применяет такие тактические приемы как разъяснение вредных последствий противодействия расследованию, такие тактические средства не являются основанием для признания свидетеля подозреваемым и, соответственно, превращения адвоката свидетеля в защитника подозреваемого.

Следует отметить так же, что участие недобросовестных адвокатов в допросе свидетелей может использоваться организованными преступными формированиями для контроля и оказания давления не только на следствие, но и на лиц, могущих дать изобличающие показания против членов преступной группы (сообщества). Участие адвоката также может исполь-

зоваться преступниками в целях сбора информации о расследуемом деле, сведений, составляющих тайну следствия. Противостоять таким посягательствам следствию крайне сложно.

Именно поэтому следователь должен внимательно отнестись к участию адвоката в допросе свидетеля. Необходимо предусмотреть самый худший для следствия вариант развития событий, по возможности ограничивать объем передаваемой на допросе информации, предвидеть возможную ее утечку, при необходимости реализовывать меры по защите свидетелей и т. д. Однако, в любом случае необходимо предупредить как свидетеля, так и адвоката об уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ и взять соответствующую подписку.

***Примечание:** Содержание данного параграфа подлежит уточнению. Дело в том, что законом «О внесении изменений и дополнений в УПК РФ» от 4.07.03 N 92-ФЗ изменена ч. 5 ст. 189 УПК РФ, в результате чего, адвокат свидетеля пользуется теперь правами, предусмотренными частью второй статьи 53 настоящего Кодекса.*

В новой редакции данная норма гласит:

«2. Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол».

Таким образом, теперь сторона обвинения не вправе требовать от адвоката свидетеля «процессуального молчания». Такой адвокат в полной мере использует права защитника, установленные ч. 2 ст. 53 УПК РФ.

Разъяснений термина «краткие консультации» от законодателя и высших судебных инстанций не поступило. Так, остается не ясным, может ли адвокат свидетеля буквально прервать допрос и без разрешения следователя начать давать краткие консультации? Авторская позиция заключается в следующем: с учетом требований ч. 2 ст. 189 УПК РФ следователь вправе самостоятельно определять тактику допроса, а значит требовать от всех участвующих лиц в пределах закона действовать только с его разрешения. Он же и вправе определять и разъяснять участвующим в допросе лицам что есть «краткость» консультации, а значит определять их продолжительность.

1.13. Присутствие адвоката при обыске

Федеральным законом от 29.05.02 № 58-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» в ст. 182 УПК «Основания и порядок производства обыска» было внесено существенное изменение. Часть 11 статьи была изложена в следующей редакции: «При производстве обыска участвует лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетние члены его семьи. При производстве обыска вправе присутствовать защитник, а так же адвокат того лица, в помещении которого производится обыск».

В первоначальной редакции УПК РФ защитник и адвокат могли присутствовать при обыске лишь с разрешения следователя, а присутствие хозяина жилища или членов его семьи не было обязательным. В практике уже отмечены случаи, когда подозреваемые и иные заинтересованные лица препятствуют производству обыска жилища самым банальным способом – отсутствуют дома необходимое, порой длительное время.

Недобросовестные защитники, знакомые с тактикой производства обыска, знающие, что может найти и изъять следователь, могут подсказать в беседе с клиентом, что и как следует сокрыть, как избежать обыска и т. д.⁵⁷. Для нейтрализации таких незаконных действий следует помнить положение ч. 8 ст. 182 УПК РФ, согласно которому следователь вправе запретить присутствующим лицам покидать место обыска, а так же общаться друг с другом или иными лицами до его окончания. Этим перечень средств нейтрализации подобного противодействия не ограничивается.

⁵⁷ Подробно о незаконной деятельности защитника, связанной с этим правом см. гл. 5.11.

1.14. Пределы конфиденциальности свиданий адвоката с клиентом

Право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное ст. 48 Конституции РФ, является одним из важнейших в системе прав и свобод личности. Как уже было отмечено, в гл. 1.6, вступивший в законную силу УПК РФ предоставил подозреваемому, обвиняемому и его защитнику право иметь свидания наедине и конфиденциально, в том числе и до первого допроса (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 9 ч. 4 ст. 47 и п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Однако гарантируют ли данные нормы неприкосновенность таких свиданий, да и вообще любых контактов защитника со своим клиентом (по телефону, в общении за пределами помещений и т. п.) от проведения оперативно-розыскных мероприятий, проводимых в порядке, установленном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»?

Этот крайне актуальный в практике вопрос в актах легального и судебного толкования не рассматривался. В научных работах по данному вопросу высказывались отдельные суждения. Так, авторы одного из комментариев УПК РФ констатируют, что «из требования закона о создании условий конфиденциальности переговоров обвиняемого со своим защитником вытекает запрет проводить оперативно-розыскные мероприятия технического или иного характера в целях получения информации о содержании таких контрактов»⁵⁸.

Имею иную позицию по данному вопросу и уже высказывал ее в научной литературе⁵⁹. Полагаю, субъекты расследования вправе назначать и проводить оперативно-розыскные мероприятия в отношении адвоката и его подзащитного, в том числе, и во время их конфиденциальных свиданий. Безусловно, такое возможно только при наличии предусмотренных законодательством оснований и при строгом соблюдении условий, а так же с соблюдением ряда процессуальных ограничений, касающихся, в частности, использования полученной информации.

Попробуем обосновать эту точку зрения на примере следственной практики автора с системным анализом ситуации с норм различных отраслей права.

В 2000 году, в одном из городов Сибири была изобличена преступная группа лиц, занимавшаяся закупкой героина, ввезенного контрабандным путем из Таджикистана, с последующей расфасовкой и перевозкой наркотика в другие города Сибири и Дальнего Востока. В связи со сложностью дела, многоэпизодностью, межрегиональным характером преступной деятельности была создана следственно-оперативная группа в составе работников прокуратуры, УФСБ и МВД. Заинтересованные лица после ареста членов преступной группы делали попытки спрятать укрывшихся преступников, следы преступления, иным образом противодействовать расследованию.

Так, защитник одной из обвиняемых, гр-ки **Б.** в ходе следствия предпринял целый ряд незаконных способов защиты. Об этом следственной группе стало известно, в том числе, по результатам оперативного эксперимента, проведенного в строгом соответствии с требованиями п. 14 ст. 6, ст. 7, 8, 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и совместной Инструкции «О порядке предоставления результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд» (утвержденной совместным приказом ФСБ, ФСНП, МВД, ФСО, ФПС, ГТК и СВР России от 13.05.98)⁶⁰.

⁵⁸ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. В.В. Мозякова. – М., 2002. – С. 151.

⁵⁹ Гармаев Ю.П. Противодействие незаконным способам защиты на предварительном следствии // Российский следователь. – 2002. – № 8. – С. 16–19.

⁶⁰ В настоящее время действует принятая ей на замену Инструкция «О порядке представления результатов опера-

Оперативный эксперимент был проведен на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, по поручению руководителя следственно-оперативной группы о проведении ОРМ, направленных на розыск одного из соучастников преступлений – г-на Таджикистана **Х.** Было получено и постановление суда на проведение данного вида ОРМ. Еще до его проведения оперуполномоченными были получены данные о том, что находящаяся под арестом обвиняемая **Б.** знает о конкретном местонахождении и укрывает **Х.** (своего сожителя), обвиняемого в особо тяжком преступлении. Так по делу появились основания к проведению оперативного эксперимента согласно ч. 8 ст. 8 Закона «Об ОРД», т. е. с целью выявления лица, совершившего тяжкое преступление.

Смысл эксперимента заключался в создании для обвиняемой специфической негласной, но полностью контролируемой обстановки, через умелое использование которой оперативникам удалось бы узнать местонахождение разыскиваемого **Х.** На основании ч. 3 ст. 6 Закона «Об ОРД» в качестве одного из технических средств при проведении эксперимента применялась негласная аудиозапись (НАЗ).

Автор не вправе разглашать более подробно все вопросы организации и тактики данного ОРМ, поскольку законом они отнесены к государственной тайне. Можем лишь заверить, что все было организовано в точном соответствии с Законом «Об ОРД», названной Инструкцией, секретными приказами, а также широко распространенными комментариями научного и методического характера⁶¹.

Цель эксперимента была достигнута, обвиняемая проговорила о месте пребывания своего сожителя-соучастника, ее слова были записаны на диктофон, и скрывавшийся **Х.** на следующий же день был задержан и изобличен. В соответствии с п. 18 названной Инструкции, по материалам НАЗ были подготовлены письменные стенограммы, в точности соответствующие нескольким фонограммам, записанным на аудиокассете. Все материалы были процессуально оформлены в полном соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона, законодательства об ОРД и названной инструкции и поступили для приобщения к материалам уголовного дела.

Однако, в качестве одного из, подчеркнем особо – *побочных результатов* оперативного эксперимента на диктофон, кроме прочих бесед, оказался записанным и разговор арестованной **Б.** со своим защитником.

Из разговора стало известно, что адвокат принимал меры, чтобы разыскиваемый **Х.** не был найден и ушел от уголовной ответственности. Адвокат поговорил с одним из свидетелей, чтобы тот предупредил **Х.** о необходимости скрыться. Со слов адвоката: «... Чем быстрее его поймают, тем быстрее все дело осложнится ... еще не известно, что **Х.** начнет по этому поводу рассказывать ...».

Кроме того, адвокат, зная о ранее данных признательных показаниях своей подзащитной, давал ей конкретные указания о том, что из известной ему и ей правды можно говорить на следствии, а что нельзя. К примеру, **С.** говорил следующее: «... чем меньше будешь говорить, чем меньше будешь признавать, тем легче будет на суде...»; «... главное запомни одно: о том, что там был героин, ты узнала после того как отдала. На тот момент, когда ты таскала пакет, ты не знала, что там лежит...». Безусловно, каждый защитник знает: «Как не велико искушение, адвокат не имеет права принимать за клиента решение о том, признавать ему свою вину или нет»⁶².

тивно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденная совместным приказом МВД, ФСБ, ФСО, ФТС, СВР, ФСИН, ФСНК и МО РФ от 17.04.2007 № 368/185/164/481/32/184/97/147.

⁶¹ См., например, Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С. постановительным приложением нормативных актов и документов 5-е изд., испр. и доп. – М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2003. – С. 71–73.

⁶² Защита по уголовному делу: Пособие для адвокатов. / Под ред. Е.Ю. Львовой. – М.: Юрист, 1999. – С. 18. Подробно

Недобросовестный защитник этого искушения не избежал и, убеждая свою арестованную, ссылаясь на свой опыт и знания в оперативной работе, поскольку сам ранее работал оперуполномоченным. Он рассказал ей о некоторых негласных средствах, источниках и методах оперативно-розыскной деятельности, об организации и тактике проведения ОРМ в СИЗО с тем, чтобы его подзащитная была «во всеоружии» против закона. Здесь же он обещал арестованной «нужные» ей встречи в следственном изоляторе, т. е. с ее же сообщниками, говорил, что сам может передавать им информацию записками и иными способами⁶³. Но не только эти данные – результаты ОРМ, подтверждали незаконные способы защиты. В ходе следствия тот свидетель, через которого адвокат пытался укрыть разыскиваемого **Х.**, в своих показаниях подтвердил результаты оперативного эксперимента. В дальнейшем подзащитная **Б.**, огорченная тем, что ее защитник взял с нее деньги, а после этого ни разу не явился на свидания и полтора месяца срывал следственные действия, письменно отказалась от его услуг и наняла другого адвоката. А в присутствии последнего на допросе она полностью подтвердила содержание того разговора.

Эти и ряд других обстоятельств послужили основанием для внесения прокуратурой представления в адрес соответствующего Президиума коллегии адвокатов о нарушении требований ст. 51 УПК РСФСР (ст. ст. 49 и 53 действующего УПК РФ), незаконном противодействии расследованию. В представлении были перечислены допущенные адвокатом нарушения закона, предлагалось возбудить дело о дисциплинарной ответственности в отношении **С.** и решить вопрос об исключении его из коллегии.

В ответе на представление Коллегия приняла решение объявить адвокату **С.** выговор. При этом в соответствующем приказе акцент в большей степени был сделан на срыве им следственных действий по делу и предоставлении подзащитному необоснованных гарантий.

У адвоката представление вызвало «праведный гнев». Он направил жалобы по всем инстанциям: в районный суд, в Генеральную прокуратуру и в ФСБ России. Однако при первом же обсуждении жалобы в суде, услышав аргументированные доводы прокуратуры, жалобу он тут же отозвал. Результат рассмотрения остальных жалоб так же был не в его пользу. И Генеральная прокуратура РФ, и ФСБ РФ в удовлетворении жалоб защитнику отказали.

Однако в адрес прокуратуры из Гильдии Российских адвокатов поступило заключение одного из известных ученых. Автор заключения сделал категоричный вывод о том, что действия прокуратуры, следователей и оперативников являются незаконными и грубо нарушают право на защиту. Основная мысль автора – общий вывод о том, что защитник обладает безусловным иммунитетом от проведения ОРМ в отношении него в общении с подследственным. Проще говоря, адвокат наедине с подзащитным имеет права на любые, в том числе и незаконные деяния, а правоохранительные органы ни то, что пресечь, но даже узнать об этом не вправе. А потому «пострадавшего» адвоката следует не только освободить от дисциплинарного взыскания, но и предложить ему жаловаться во все инстанции и требовать возмещения причиненного ему морального вреда. Наказать же автор заключения потребовал меня, как руководителя той следственной группы, всех следователей и оперативников, имевших отношение к эксперименту, а так же надзирающего прокурора, для чего Гильдия так же обратилась в Генеральную прокуратуру РФ.

С подачи Гильдии адвокатов «наказать виновных» гневно потребовала газета «Юридический вестник» (№ 16, август, 2000). Не потрудившись ознакомиться ни с делом, ни с соответствующим законодательством, автор статьи с пафосом гонимого правозащитника обвинила правоохранительные органы в должностных злоупотреблениях, «профессиональной беспомощности» и враждебности правовому государству.

о пределах воздействия адвоката на показания подзащитного см. 10.2.

⁶³ Подробно об этих видах нарушений см. 7.2.

Оба наши оппонента сослались на международные правовые акты, такие, как нормативные акты ООН: «Минимальные стандартные правила обращения с заключенными»⁶⁴ и «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию...»⁶⁵, а в их подтверждение – на российский закон «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»⁶⁶, где, как уже отмечалось, в ч. 2 ст. 18 установлен запрет для сотрудников места содержания под стражей слышать беседу заключенного с защитником.

Но, во-первых: запрещено именно этим сотрудникам, но не всем субъектам оперативно-розыскной деятельности. Во-вторых: вышеперечисленные правовые акты не гарантируют полной конфиденциальности бесед адвоката с клиентом. Если цитировать полнее (а не выборочно, как это делает автор вышеупомянутого заключения) упомянутый им «Свод принципов...», то в п. 3 принципа 18, содержатся 3 основания для ограничения конфиденциальности: 1. Перечень исключительных обстоятельств определяется законом или установленными в соответствии с законом правилами; 2. Когда это необходимо для поддержания безопасности и порядка; 3. Решение судебного или иного органа. По настоящему уголовному делу все три условия соблюдены.

Кроме того, действующая Конституция РФ предусматривает возможность ограничения прав и свобод человека Федеральным законом в целях защиты прав и свобод человека, безопасности общества и государства. ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» как раз и является таким законом. А он дает право на проведение ОРМ при наличии оснований и соблюдении условий (ст. 7–9 Закона «Об ОРД»). Причем прямых ограничений для их проведения⁶⁷ таких, какие имеются в отношении судей, прокуроров, дипломатических работников и др., в отношении адвокатов Федеральным законом не предусмотрены.

Новый закон об адвокатуре, как и другие нормативные акты, не дает четкого определения конфиденциальности. Пределы объема этого понятия можно уяснить, исходя из анализа некоторых положений этого нормативно-правового акта. Так, с целью обеспечения адвокатской тайны, закон не предусматривает иммунитета адвоката, полного запрета проведения соответствующих ОРМ и следственных действий. Отмечается лишь то, что их проведение в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения (ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре).

То есть, даже такие ОРМ, проведение которых, согласно закону «Об ОРД», допускается и без судебного решения (оперативное наблюдение, оперативное обследование нежилых помещений, оперативный эксперимент и др.) в отношении адвокатов допускается только с санкции суда. Но каких-то иных условий, а тем более запрета на проведение ОРМ, законодатель не предусмотрел.

Что касается оценки полученных таким образом сведений, то закон об адвокатуре установил важное ограничение, указав, что полученные в ходе таких ОРМ и следственных действий 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 (ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре).

⁶⁴ Минимальные стандартные правила обращения с заключенными. Приняты I Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 30 августа 1955 г. и одобрены Экономическим и Социальным Советом ООН резолюциями 663 С(XXIV) от 31 июля 1957 г., 2076 (XII) от 13 мая 1977 г. и 1984/47 от 25 мая 1984.

⁶⁵ Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме. Утвержден резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 43/173 от 9 декабря 1988 г.

⁶⁶ ФЗ от 15.07.95 № 103-ФЗ.

⁶⁷ Кроме, разумеется, судебного решения – ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре. Кстати, такого требования в заданный период времени в законодательстве не было.

Однако и это важное ограничение не распространяется на орудия преступления, а так же на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен (абзац 2 п. 3 ст. 8 Закона). Таким образом, законодатель ясно дает понять, что, защищая адвокатскую тайну, конфиденциальность свиданий с доверителем, он не гарантирует защитнику безнаказанности за совершение правонарушений и нарушений норм профессиональной этики.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.