

# **О ПРАВОМЕРНОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТА ВО ВРЕМЯ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОГО СВИДАНИЯ С ПОДЗАЩИТНЫМ В УСЛОВИЯХ СЛЕДСТВЕННОГО ИЗОЛЯТОРА ЛИБО ИВС**

**А.В. ЧУРКИН**

А.В. Чуркин, адвокат Адвокатской палаты Московской области, кандидат юридических наук, доцент.

Обратиться к этому вопросу автора побудил пример из практики.

Адвокат пришел на свидание в следственный изолятор (СИЗО) к своей подзащитной, обвиняемой в совершении особо тяжкого преступления. Ранее уже было вынесено постановление о проведении в отношении адвоката и его подзащитной оперативного эксперимента в условиях следственного изолятора с применением негласной аудио- и видеозаписи. Суд санкционировал это постановление, вынесенное начальником подразделения, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ОРД). В кабинете следственного изолятора, где проводилось свидание, установили соответствующую техническую аппаратуру. Целью проведения такого оперативного эксперимента было выявление лица, совершившего тяжкое преступление (п. 8 ст. 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"). В ходе проведения оперативного эксперимента были получены данные о том, что:

- находящаяся под стражей обвиняемая знает место нахождения своего сожителя, который также вместе с ней по данному делу подозревался в совершении особо тяжкого преступления и числился в розыске (после проведения оперативного эксперимента разыскиваемый сожитель был задержан и арестован);

- адвокат в ходе состоявшейся беседы рекомендовал своей подзащитной

отказаться от предшествующих показаний, в которых она полностью признавала себя виновной, и дать новые показания, существенно смягчающие ее ответственность в плане квалификации деяния и возможной меры наказания.

На основании представленных материалов ОРД, а также последующих показаний обвиняемой по обстоятельствам беседы с адвокатом (эти показания она давала с участием другого адвоката, а от услуг первого, который приходил к ней на свидание в следственный изолятор, отказалась) прокуратура внесла представление на имя руководства адвокатской палаты. В представлении прокурора отмечалось нарушение адвокатом требований ст. 49 и 53 УПК РФ, предлагалось возбудить в отношении его дисциплинарное производство и прекратить его правовой статус адвоката.

Рассмотрев представление прокурора, адвокатская палата объявила адвокату выговор из-за срыва им следственных действий (это отмечалось и в представлении прокурора) и предоставления подзащитной необоснованных гарантий <\*>.

-----

<\*> Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве: Учеб. М.: Экзамен, 2005. С. 49 - 51.

Проанализируем рассмотренный пример.

Во-первых, использование признания обвиняемым своей вины в совершении инкриминируемого ему деяния в ходе личной беседы с адвокатом, пусть даже в условиях следственного изолятора, - бесспорное нарушение закона. Эти материалы ОРД являются недопустимым уголовно-процессуальным доказательством вины арестованной обвиняемой и не могут быть положены в основу обвинительного приговора.

Во-вторых, по данным вопросам имеется практика Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), которую в силу положений ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. N 54-ФЗ "О ратификации

Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней", абз. 3 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" необходимо учитывать в правоприменительной деятельности.

Дело Голдер. Гражданин Великобритании Голдер, имея статус арестованного, писал письма своему солиситору (адвокату) и в Европейскую комиссию по правам человека с целью возбудить гражданский иск о клевете в отношении тюремного надзирателя, необоснованно обвинившего Голдера в тайной связи с тюремной администрацией. Данные письма перлюстрировались тюремной администрацией и не направлялись после их прочтения адресатам. По данному делу ЕСПЧ определил нарушение права гр-на Голдера на переписку в соответствии со ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также нарушение права гр-на Голдера на доступ в суд в соответствии ч. 1 ст. 6 данной Конвенции <\*>.

-----  
<\*> См.: решение ЕСПЧ по делу "Голдер против Соединенного Королевства" от 21 февраля 1975 г. // Series A. N 18.

Дело "А.Б. против Нидерландов" по своим фактическим обстоятельствам в аспекте переписки заключенного с адвокатом идентично делу Голдера. По делу "А.Б. против Нидерландов" гражданин, представлявшийся адвокатом осужденного, в прошлом сам отбывал уголовное наказание в этом же пенитенциарном учреждении, где находился в момент переписки заключенный гр-н А.Б. Этот участник переписки официально не представлял интересы гр-на А.Б. в качестве защитника-адвоката по его уголовному делу. Бывший заключенный, который в переписке называл себя адвокатом, ставил на своих конвертах, адресованных А.Б. в места лишения свободы, пометку "письмо адвоката клиенту". ЕСПЧ усмотрел нарушение права гр-на А.Б. на

переписку в соответствии со ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека <\*>.

-----  
<\*> Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2002. N 1. С. 24, 25.

Дело Кэмбелл и Фел. Граждане Великобритании Кэмбелл и Фел были заключены под стражу и обвинялись в дисциплинарных правонарушениях в связи с участием в сидячей забастовке. Им было отказано в просьбе проконсультироваться с адвокатом. В конечном итоге они получили доступ к адвокату, но им было разрешено разговаривать с ним только в присутствии и в пределах слышимости сотрудника тюремной администрации. ЕСПЧ, выявив нарушение в данном случае положений ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, постановил, что отсутствие конфиденциальных контактов между адвокатом и клиентом равносильно нарушению права на доступ к правосудию <\*>.

-----  
<\*> См.: решение ЕСПЧ по делу "Кэмбелл и Фел против Соединенного Королевства" от 28 июня 1984 г. // Series A. N 80.

Дело "Оджалан против Турции" аналогично делу Кэмбелл и Фел. У обвиняемого Оджалана также не было возможности беседовать с адвокатом наедине. ЕСПЧ расценил это как нарушение подп. "с" п. 3 ст. 6 Европейской конвенции, которая гарантирует каждому обвиняемому защищать себя посредством выбранного защитника <\*>.

-----  
<\*> Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2003. N 8. С. 25.

Дело "М.М. против Королевства Нидерландов". Фабула его такова: гр-н М.М., будучи адвокатом своего клиента, находящегося в предварительном

заклучении, познакомился с его супругой - очаровательной С. Впоследствии С. сообщила своему мужу о том, что адвокат домогался ее сексуально. Муж заявил об этом в полицию, которая, в свою очередь, поставила в известность прокурора. С. предложили подсоединить к ее телефону записывающее устройство для фиксирования всех входящих звонков, поступающих от адвоката. Сотрудники полиции прибыли к ней домой, с тем чтобы подключить записывающее устройство к ее телефону и показать, как оно работает. Они посоветовали С. завести с адвокатом разговор на тему сексуальных домогательств. Впоследствии сотрудники полиции забрали с собой записи нескольких телефонных переговоров. Адвокат был осужден за сексуальное домогательство. Апелляционный суд также признал адвоката виновным за сексуальное домогательство. После вступления приговора в законную силу осужденный адвокат обратился с жалобой в ЕСПЧ, оспаривая законность вышеописанных действий полиции, связанных с прослушиванием его телефонных переговоров с женой своего подзащитного клиента. ЕСПЧ по данному делу пришел к выводу, что властями Нидерландов были допущены нарушения положений ст. 8 Европейской конвенции. Аргументацией явилось следующее: "Сотрудники полиции предложили С. записывать телефонные переговоры с адвокатом ее арестованного мужа. Сотрудники полиции с санкции прокурора подсоединили записывающее устройство к телефону С., дали ей указание, как им пользоваться, предложили гр-ке С. перевести разговор на тему сексуальных приставаний и забрали записи из ее дома. Таким образом, полиция внесла решающий вклад в претворение задуманной схемы в жизнь, была ответственна за ее начало. При этом как сотрудники полиции, так и прокурор находились при исполнении своих служебных обязанностей. Следовательно, государство было ответственно за эти действия. В связи с этим имело место вмешательство "публичных властей" в право заявителя на уважение его корреспонденции". В то же время ЕСПЧ не присудил заявителю М.М. компенсацию морального вреда, но вынес решение о возмещении ему судебных издержек и иных расходов,

понесенных в связи с судебным разбирательством <\*>.

-----  
<\*> Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2003. N 9. С. 33, 34.

В-третьих, согласно абз. 2 п. 3 ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" полученные в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) сведения могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей.

В-четвертых, если бы на основании представленных данных, полученных в ходе рассматриваемых ОРМ, адвокатская палата в отношении первого защитника обвиняемой вынесла решение о прекращении его статуса адвоката, а он обжаловал бы это решение в суд, то тогда получился бы "двойной" стандарт правовой оценки одних и тех же фактических обстоятельств как доказательств. С одной стороны, материалы ОРД являлись недопустимым уголовно-процессуальным доказательством вины арестованной обвиняемой и не могли быть положены в основу обвинительного приговора в отношении ее. С другой, по версии прокуратуры, они должны служить надлежащим доказательством в другой сфере правоотношений, которые регламентируются Законом об адвокатуре и ст. 55 ГПК РФ. Представляется, что такой двойной подход недопустим, поскольку не способствует укреплению единого принципа законности в уголовном и гражданском процессах, в сфере ОРД и законодательства об адвокатуре. Не случайно многие суды (судьи) порой отказывают органам, осуществляющим ОРД, санкционировать ОРМ, прямо не предусмотренные Законом об оперативно-розыскной деятельности, но в то же время предусмотренные п. 3 ст. 18 Закона об адвокатуре. Налицо взаимная несогласованность этих двух федеральных законов. Судьи по своему

усмотрению отдают предпочтение положениям то одного, то другого закона. Законодателю необходимо обратить внимание на эту проблему, внося соответствующие коррективы в каждый из этих двух законов, учитывая изложенную выше практику ЕСПЧ, дав на законодательном уровне понятие конфиденциальности встреч адвоката со своим доверителем в аспекте положений п. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ст. 47 УПК РФ.

В-пятых, допрос арестованной обвиняемой с участием нового адвоката по обстоятельствам ее конфиденциальной беседы с первым защитником не входил в предмет доказывания по ее обвинению. В связи с этим в ходе данного допроса нарушались положения ст. 73 УПК РФ, определяющие предмет доказывания по уголовным делам.

В-шестых, в отношении первого адвоката уголовное дело по обстоятельствам его конфиденциальной встречи со своей подзащитной согласно положениям ст. 146, 447 и 448 УПК РФ не возбуждалось. При таких обстоятельствах допрос бывшей подзащитной даже с участием нового адвоката по обстоятельствам конфиденциальной встречи с первым адвокатом является юридически ничтожным и незаконным следственным действием.

В-седьмых, при проведении данного ОРМ можно усмотреть нарушение положений ст. 2 Закона об оперативно-розыскной деятельности, где сформулированы задачи ОРД. Сама ОРД не предназначена для решения задач, которые преследовал проведенный в следственном изоляторе оперативной эксперимент в ракурсе выявления взаимоотношений адвоката со своей подзащитной и тайного прослушивания обсуждения ими в ходе конфиденциального свидания тактики защиты.

В-восьмых, согласно положениям ст. 3 Закона об оперативно-розыскной деятельности, ст. 7 УПК РФ, ст. 1 Закона РФ "О прокуратуре Российской Федерации" все решения (в том числе представления) прокурора должны быть законными, обоснованными и мотивированными, чего нельзя сказать применительно к рассматриваемому случаю.

---

**Информация для оформления библиографической ссылки на данную публикацию:**

Чуркин А.В. О ПРАВОМЕРНОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТА ВО ВРЕМЯ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОГО СВИДАНИЯ С ПОДЗАЩИТНЫМ В УСЛОВИЯХ СЛЕДСТВЕННОГО ИЗОЛЯТОРА ЛИБО ИВС //Адвокат. 2006. № 2.