

ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТОВ

А.В. ЧУРКИН

Чуркин Александр Васильевич, доцент кафедры уголовного процесса Военного университета Министерства обороны России, кандидат юридических наук, доцент.

В статье рассматривается правовая позиция Конституционного Суда РФ, которая касается проведения оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) в отношении адвокатов в их офисах и при определенных обстоятельствах факты дела существенно изменяет практику применения норм Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ", когда не требуется судебное решение. Также на основе судебной практики Европейского суда по правам человека и международных нормативно-правовых актов автор обосновывает вывод о недопустимости проведения ОРМ в отношении адвокатов во время проведения ими конфиденциальных свиданий со своими подзащитными в условиях мест содержания задержанных и заключенных под стражу.

Ключевые слова: адвокат, оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ), оперативно-розыскная деятельность (ОРД).

Carrying out Special Investigative Measures Concerning Lawyers

A.V. Tchurkin

Tchurkin Aleksandr V., Assistant Professor of the Criminal Trial Department at the Military University of the Ministry of Defense of Russia, Candidate of Legal Sciences, Assistant Professor.

In the present article devoted to a topical practical issue innovations of legal position of the Constitutional Court of Russia are considered which concern carrying out special investigative measures (SIM) concerning lawyers at their offices and under the certain circumstances of the case theory, essentially change practice of enforcement of law norms of Federal Law "On Lawyer's Activities and Legal Profession in the Russian Federation", without demanding a judgment to carry out SIM. Basing on judiciary practice of the European Court of Human Rights and international regulation, the author also substantiates his conclusion about inadmissibility of carrying out SIM against lawyers during their confidential meetings with their clients at places of detention/confinement.

Key words: Lawyer, special investigative measures (SIM), operational investigative activity (OIA).

Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) распространяет понятие "жилище" на помещения, используемые для профессиональной или служебной деятельности, в частности адвокатской, поскольку эта деятельность не может исключаться из содержания личной (частной) жизни граждан <1>. Согласно п. 3 ст. 8 Федерального закона N 63-ФЗ от 31.05.2002 "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ" (далее - ФЗ "Об адвокатуре") проведение ОРМ и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения. Определения Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 N 439-О <2> и от 21.10.2008 N 673-О-О <3> также связаны с применением названного пункта, но в рамках следственных действий, производимых в служебных помещениях адвокатов. В первом случае в помещении юридической фирмы "Юстина" (Москва) проводился обыск по уголовному делу, возбужденному в отношении граждан (коммерсантов),

которых защищали адвокаты этой фирмы, и противоправные действия коммерсантов не были связаны с деятельностью фирмы "Юстина". Во втором случае до возбуждения уголовного дела на основании оперативной информации Управления ФСБ России по Курской области следователь провел осмотр места происшествия в служебном помещении коллегии адвокатов "Защитник" Курской коллегии адвокатов. В этих двух случаях при производстве следственных действий изымались предметы и документы, составляющие адвокатскую тайну.

<1> См.: Постановление ЕСПЧ от 16.12.1992 по делу "Нимитц (Niemietz) против Германии" // ЕСПЧ. Избр. решения. В 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 768 - 773. Следует отметить, что заявитель жалобы гражданин Нимитц (Niemietz) являлся адвокатом. Постановление ЕСПЧ по делу "Компания "Кола Эст" и др. против Франции" (Stes Colas Est and others - France) от 16.04.2002 // Бюллетень ЕСПЧ. 2002. N 4. С. 21, 22. Постановление ЕСПЧ по делу "Пантелеенко против Украины" (Panteleyenko - Ukraine) от 29.06.2006 // Бюллетень ЕСПЧ. 2007. N 1. С. 31, 32.

<2> По жалобе гр. С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и др. на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 УПК РФ: Определение КС РФ от 08.11.2005 N 439-О // СПС "Гарант".

<3> Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гр. Крюкова В.Ф. и Забелина Н.Г. на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 176, 177 и 450 УПК РФ: Определение КС РФ от 21.10.2008 N 673-О-О // СПС "Гарант".

В то же время в Определениях от 22.03.2012 N 629-О-О <4> и от 17.07.2012 N 1472-О <5> Конституционный Суд РФ разъяснил, что:

- при проведении ОРМ, в ходе которых может быть ограничена адвокатская тайна, следует руководствоваться п. 3 ст. 8 ФЗ "Об адвокатуре" о необходимости получения судебного решения;

- для проведения ОРМ, которые не предполагают ограничения

адвокатской тайны, судебное решение не требуется. (Например, адвокат в помещении адвокатского образования передает взятку следователю, и сведения о преступном деянии адвоката не образуют адвокатской тайны, если они не являлись предметом оказания юридической помощи самому адвокату в связи с совершенным им преступлением.)

<4> Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Абдулхамидова А.Г. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 8 и 9 ФЗ "Об ОРД", а также ст. 7, 29 и 450 УПК Российской Федерации: Определение КС РФ от 22.03.2012 N 629-О-О // СПС "Гарант".

<5> Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Лукаша В.И. на нарушение его конституционных прав ст. 86, 166, ч. 2 ст. 176, ст. 180 и 186 УПК РФ, п. 3 ст. 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ" и положениями ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности": Определение КС РФ от 17.07.2012 N 1472-О // СПС "Гарант".

Думается, что правоприменители должны принять к сведению правовую позицию Конституционного Суда России.

Фабула дела такова: адвокат пришел 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 как ОРМ в условиях следственного изолятора с применением негласной аудио- и видеозаписи. Суд санкционировал это постановление, вынесенное начальником подразделения, осуществляющего ОРД. В кабинете следственного изолятора была установлена соответствующая техническая аппаратура для производства негласной аудио- и видеозаписи. Основанием для проведения такого оперативного эксперимента было выявление лица, совершившего тяжкое преступление (ч. 8 ст. 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - ФЗ "Об ОРД")). В ходе проведения

оперативного эксперимента в отношении адвоката и его подзащитной 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 находился в розыске (после проведения оперативного эксперимента разыскиваемый сожитель был задержан и арестован);

- что адвокат в ходе состоявшейся беседы рекомендовал своей подзащитной отказаться от предшествующих показаний, в которых она полностью признавала себя виновной, и дать новые показания, которые могут существенно смягчить меру ее ответственности в плане квалификации деяния и возможного наказания.

На основании материалов ОРД, а также последующих показаний, данных обвиняемой по обстоятельствам этой беседы с адвокатом с участием уже другого, нового адвоката, который стал осуществлять ее защиту, а от услуг первого отказалась, прокуратура внесла представление на имя руководства адвокатской палаты, в котором отмечалось нарушение адвокатом требований ст. 49 и 53 УПК РФ, предлагалось возбудить в отношении его дисциплинарное производство и прекратить правовой статус адвоката. Рассмотрев представление прокурора, адвокатская палата объявила адвокату выговор. В приказе о наказании акцент был сделан на срыв адвокатом следственных действий (это также отмечалось в представлении прокурора) и предоставлении подзащитной необоснованных гарантий <6>.

<6> Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве: учебник. М.: Экзамен, 2005. С. 49 - 51.

В связи с изложенным отметим следующее.

Во-первых, бесспорным нарушением закона было бы использование признания обвиняемого своей вины в совершении инкриминируемого ему

деяния в ходе личной беседы с адвокатом, пусть даже в условиях следственного изолятора. Эти материалы ОРД являются недопустимым уголовно-процессуальным доказательством вины обвиняемого и не могут быть положены в основу обвинительного приговора (с этим тезисом согласен Ю.П. Гармаев).

Во-вторых, по данным вопросам имеется практика ЕСПЧ, которую в силу положений ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ст. 1 Федерального закона от 30.03.1998 N 54-ФЗ "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней", Постановления Конституционного Суда РФ от 05.02.2007 N 2-П, абз. 3 п. 10 и абз. 1 п. 11 Постановления N 5 Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ", п. п. 1 - 3, 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 N 21 "О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и протоколов к ней" 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 его в тайной связи с тюремной администрацией. Данные письма перлюстрировались тюремной администрацией и не направлялись после их прочтения адресатам. По данному делу ЕСПЧ определил нарушение прав гр-на Голдера на переписку в соответствии со ст. 8 Конвенции о защите прав и основных свобод человека (далее - Конвенция, Европейская конвенция) и на доступ в суд в соответствии с ч. 1 ст. 6 данной Конвенции <7>.

<7> Постановление ЕСПЧ по делу "Голдер против Соединенного Королевства" от 21.02.1975. Series A., N 18.

Дело гр-на А.Б. против Нидерландов (А.В. - Netherlands) N 37328/97, рассмотренное 29.01.2002. По своим фактическим обстоятельствам это дело во многом идентично делу Голдера. Более того, гражданин, незаконно представлявшийся адвокатом осужденного гр-на А.Б., в прошлом сам отбывал срок уголовного наказания в пенитенциарном учреждении, где в момент переписки находился заключенный (заявитель жалобы в ЕСПЧ). Второй участник переписки официально не представлял интересы гр-на А.Б. в качестве защитника по его уголовному делу, но имел правовой статус адвоката. Он лишь ставил на своих почтовых конвертах, адресованных заключенному гр-ну 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 Конвенции <8>.

<8> Бюллетень ЕСПЧ. 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 проконсультроваться с солиситором. В конечном итоге они получили доступ к солиситору, но им было разрешено проконсультроваться 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, постановил, что отсутствие конфиденциальных контактов между адвокатом и клиентом равносильно нарушению права на доступ к правосудию <9>.

<9> Постановление ЕСПЧ по делу "Кэмбелл и Фел против Соединенного Королевства" от 28.06.1984. Series A., N 80.

Дело N 46221/99 "Оджалан против Турции" (calan - Turkey), рассмотренное 12.03.2003. Данное дело аналогично предыдущему делу. У обвиняемого Оджалана также не было возможности беседовать с адвокатом наедине в таких условиях, чтобы их беседы не были слышны тюремной охране. ЕСПЧ расценил это как нарушение пп. "с" п. 3 ст. 6 Конвенции, который гарантирует каждому обвиняемому защищать себя посредством выбранного защитника <10>.

<10> Бюллетень ЕСПЧ. 2003. N 8. С. 25.

Дело N 39339/98 "М.М. против Королевства Нидерландов" (M.M. - Netherlands), рассмотренное 08.04.2003. Фабула дела такова: гр-н М.М., будучи адвокатом своего клиента, находящегося в предварительном заключении, познакомился с его супругой С. и решил вступить с ней в сексуальную связь. Гр-ка С. сказала мужу о домогательстве адвоката. Муж сообщил об этом в полицию, которая в свою очередь поставила в известность прокурора. Гр-ке С. было предложено подсоединить к домашнему телефону записывающее устройство для фиксирования звонков, поступающих от адвоката. Сотрудники полиции посоветовали гр-ке С. вести все разговоры с адвокатом в русле "сексуальных услуг", а впоследствии забрали у нее несколько телефонных записей. Адвокат был осужден за сексуальное домогательство. Апелляционный суд также признал адвоката виновным. Решение судов не основывалось на записях телефонных разговоров как доказательствах по делу. После вступления приговора в законную силу осужденный адвокат М.М. обратился с жалобой в ЕСПЧ, оспаривая законность действий полиции, связанных с прослушиванием телефонных переговоров. ЕСПЧ пришел к выводу, что власти Нидерландов нарушили положения ст. 8 Конвенции, приведя следующий аргумент: "Тот факт, что сотрудники полиции предложили гр-ке С. записывать телефонные переговоры с адвокатом ее арестованного мужа по данному делу, никем не

оспаривался. Сотрудники полиции с санкции прокурора подсоединили записывающее устройство к телефону гр-ки 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 этой связи имело место вмешательство "публичных властей" в право заявителя на уважение его корреспонденции". В то же время ЕСПЧ не компенсировал заявителю М.М. моральный вред, но вынес решение о возмещении ему судебных издержек и иных расходов, понесенных в связи с судебным разбирательством <11>.

<11> Бюллетень ЕСПЧ. 2003. N 9. С. 33, 34.

По делу "С. против Швейцарии", рассмотренному в 1991 г., ЕСПЧ отметил: "Право обвиняемого сноситься со своим адвокатом вне пределов слышимости третьего лица представляет собой одно из основных требований справедливого судебного процесса в демократическом обществе и вытекает из положений п. 3 "с" ст. 6 Европейской конвенции. Если адвокат не имеет возможности связаться со своим клиентом и получить от него конфиденциальные инструкции, не подвергаясь такому надзору, то его помощь в значительной степени утрачивает свою полезность, в то время как Конвенция призвана гарантировать право, которое носит практический и действенный характер" <12>.

<12> Цит. по: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 250.

В-третьих, согласно абзацу второму ч. 3 ст. 8 ФЗ "Об адвокатуре" полученные в ходе проведения ОРМ сведения могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей.

В-четвертых, допустим, что на основании данных, полученных при проведении ОРМ, адвокатская палата вынесла в отношении первого защитника обвиняемой решение о прекращении статуса адвоката, а он обжаловал это решение в суде, возник бы двойной стандарт правовой оценки одних и тех же фактических обстоятельств как доказательств. С одной стороны, материалы ОРД являются недопустимым уголовно-процессуальным доказательством вины обвиняемой и не могут быть положены в основу обвинительного приговора в отношении ее, с другой - по версии прокуратуры, эти материалы должны служить надлежащим доказательством в сфере правоотношений, которые регламентируются ФЗ "Об адвокатуре" и ст. 55 ГПК РФ, когда прокурором был затронут вопрос о прекращении адвокатского статуса первого защитника обвиняемой. Представляется, что такой двойной подход недопустим, поскольку он 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 такие ОРМ, которые прямо не предусмотрены ФЗ "Об ОРД", но в то же время предусмотрены ст. 8 и 18 ФЗ "Об адвокатуре". Усмотрев несогласованность этих двух Федеральных законов, судьи отдают предпочтение положениям то одного, то другого из них. Законодателю целесообразно обратить внимание на эту проблему и внести соответствующие коррективы, учитывая практику ЕСПЧ и определив понятие конфиденциальности встреч адвоката с подзащитными в аспекте положений п. 5 ч. 3 ст. 6 ФЗ "Об адвокатуре", п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 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 допроса были нарушены положения ст. 73 УПК РФ, определяющей предмет доказывания по уголовным делам.

В-шестых, в отношении первого адвоката по обстоятельствам встречи с подзащитной уголовное дело, согласно ст. 146, 447 и 448 УПК РФ, не возбуждалось, поэтому допрос бывшей подзащитной с участием нового адвоката в силу положений ст. 73 УПК РФ является юридически ничтожным и незаконным следственным действием.

В-седьмых, при проведении ОРМ были нарушены положения ст. 2 ФЗ "Об ОРД" о задачах осуществления ОРД. Последняя не служит для решения тех задач, которые преследовал проведенный в следственном изоляторе оперативный эксперимент с целью выявления взаимоотношений адвоката и подзащитной, прослушивания обсуждаемой ими тактики защиты от обвинения.

В-восьмых, согласно ст. 3 ФЗ "Об ОРД", ч. 4 ст. 7 УПК РФ, ч. 2 ст. 1 Закона РФ "О прокуратуре РФ" все решения, в том числе представления прокурора, должны быть законными, обоснованными и мотивированными, что нельзя сказать применительно к рассматриваемому случаю.

В-девятых, ст. 93 Стандартных минимальных правил обращения с заключенными (приложение к Резолюции (73) 5 Комитета министров Совета Европы, или Европейские тюремные правила) устанавливает: "Подследственный заключенный имеет право... встречаться со своим адвокатом... вручать ему и получать от него конфиденциальные инструкции... Беседы заключенного с его адвокатом могут проходить на глазах, но вне пределов слышимости, прямой или косвенной, сотрудника полиции" <13>. В пункте 10 Европейских тюремных правил под заключенными понимаются как лица, взятые под стражу в рамках предварительного расследования, так и осужденные по приговору суда к лишению свободы. Европейские тюремные правила в новой редакции (приложение к Резолюции (2006) 2 Комитета

министров Совета Европы), наряду с общим правилом о том, что общение между заключенными и их юристами, включая переписку по правовым вопросам, носит конфиденциальный характер (пп. 4 п. 23), предусматривают отход от этого правила: "В исключительных обстоятельствах судебный орган может установить ограничения в отношении такой конфиденциальности с целью предотвращения тяжких преступлений или серьезной угрозы безопасности в пенитенциарном учреждении" (пп. 5 п. 23) <14>.

<13> Цит. по: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Указ. соч. С. 249.

<14> Европейские тюремные правила (приложение к Резолюции (2006) 2 Комитета министров Совета Европы) / URL: <http://prison.org/index.shtml>.

Представляется, что положения, затронутые выше, будут способствовать единству правоприменительной практики, а названные нормы Европейских тюремных правил судьи могут применять уже сегодня.

Литература

1. Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве: учебник. М.: Экзамен, 2005.

Информация для оформления библиографической ссылки на данную публикацию:

Чуркин А.В. Проведение оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвокатов // Адвокатская практика. 2016. N 1. С. 34 - 39.