

# **ОСОБЕННОСТИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТА КАК ГАРАНТИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЕГО НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ**

**Е.И. ФАДЕЕВА**

Фадеева Е.И., аспирантка кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарева.

Автор обращается к проблеме проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвоката, предлагает конкретизировать вопрос о порядке производства личного обыска в отношении адвокатов. Практика показывает, что довольно часто при решении вопроса о проведении обыска у адвокатов правоохранительные органы и суды не исследуют обоснованность его проведения, не указывают конкретных адвокатов, у которых следует провести обыск. На основе проведенного анализа автор считает, что производство всех следственных действий в отношении адвокатов исключительно на основании судебного решения не является оправданным.

Одним из важнейших субъектов уголовно-процессуальной деятельности является адвокат - лицо, осуществляющее защиту прав и законных интересов лиц путем оказания квалифицированной юридической помощи. И.Я. Фойницкий говорил относительно роли адвокатуры в обществе следующее: "Институт адвокатуры имеет огромную важность не только для интересов сторон, но и для общих интересов надлежащего отправления правосудия, т.к. она является неременной и лучшей помощницей суда. Стеснение адвокатской деятельности уменьшает вероятность правильного судебного решения, а отсутствие ее порождает величайшее неравенство перед судом сторон, из которых одна опытна в судебном производстве, а другая такой

опытности не имеет. Пороки, адвокатуру разъедающие, оказывают влияние на судебную деятельность и на сам суд" <1>.

-----  
<1> Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. I. СПб.: Издательство "Альфа", 1996. С. 467 - 468.

Однако адвокаты в России никогда не обладали равными правами с представителями правоохранительных или судебных органов. Например, возбудить уголовное дело в отношении судей или прокуроров всегда было крайне сложно. К адвокатам же закон относился как к обычным гражданам. Достаточно сказать о том, что особенности при производстве по уголовным делам в их отношении были закреплены только в 2002 г. УПК РФ и ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ" (далее - ФЗ "Об адвокатской деятельности..."), тогда как гарантиями неприкосновенности судьи были наделены Закон "О статусе судей в РФ" 1992 г., а прокуроры - ФЗ "О прокуратуре РФ" также 1992 г.

Вместе с тем, как справедливо отмечается в юридической литературе, адвокат является оппонентом власти имущих, поэтому на него пытались и пытаются воздействовать как возбуждением уголовных дел, так и отказом в их возбуждении <2>. В связи с данным обстоятельством адвокат сам нуждается в предоставлении ему правовых гарантий неприкосновенности для беспрепятственного осуществления своих полномочий, чтобы не бояться незаконно и необоснованно быть подвергнутым уголовному преследованию.

-----  
<2> См.: Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. Часть I: Учебник / Под ред. И.Л. Трунова. М.: Эксмо, 2006. С. 201.

Адвокатская неприкосновенность, регламентированная законодательством РФ, в основном соответствует действующим

международно-правовым нормам, и понимать ее следует как организационные и правовые гарантии, которое должно создавать государство для эффективной деятельности, что является основой права на получение квалифицированной юридической помощи как одного из основных прав и свобод человека <3>.

-----

<3> См.: Адвокат - защитник прав и свобод: Постатейный комментарий к Федеральному закону "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" / Авт. коллектив ученых-юристов под рук. проф. МГАТ, д.ю.н. И.Л. Трунова, М.К. Кислицина. Вып. N 4. 2004. С. 32.

Одной из гарантий обеспечения неприкосновенности адвоката являются особенности осуществления следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий в отношении рассматриваемого субъекта. В ч. 3 ст. 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности..." закреплено положение о том, что проведение оперативно-розыскных мероприятий 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. Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления, а также на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Согласно же ч. 5 ст. 450 УПК следственные и иные процессуальные действия (которые проводятся в том числе в отношении адвокатов), осуществляемые не иначе как на основании судебного решения, должны

проводиться с согласия суда (см. в ч. 1 ст. 448 УПК РФ). Налицо противоречие между указанными законодательными актами. Взгляды ученых на данную проблему также разделились.

Д.Т. Арабули считает, что регулирование иных процессуальных действий будет происходить в соответствии с ч. 5 ст. 450 УПК РФ, а следственных действий (оперативно-розыскных мероприятий) в соответствии с п. 3 ст. 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности...", т.к. устанавливаются более широкие гарантии прав и интересов адвоката (его доверителей), т.е. любое следственное действие (оперативно-розыскное мероприятие) в отношении адвоката должно проводиться с согласия суда (см. ч. 1 ст. 448 УПК РФ), а не только то, которое осуществляется на основании судебного решения <4>.

-----

<4> См.: Арабули Д.Т. Гарантии обеспечения адвокатской тайны в уголовном процессе // Обеспечение законности в российском уголовном судопроизводстве: Материалы Междунар. науч.-практ. конф. МГУ им. Н.П. Огарева, Мордов. гуманитар. ин-т. Саранск: Мордов. кн. изд-во, 2006. С. 79.

Согласно другой точке зрения положения п. 3 ст. 8 данного Закона с учетом норм Конституции Российской Федерации (ст. ст. 23, 24, 25) и УПК РФ (ч. 2 ст. 29) не должны трактоваться как обязывающие дознавателя и следователя обращаться к суду за соответствующим разрешением при необходимости проведения в отношении адвоката любого следственного действия. Такое разрешение является необходимым лишь при проведении таких следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, которые сопряжены с ограничением гражданских прав или неприкосновенности адвоката: заключение под стражу или продление срока содержания под стражей; назначение стационарной судебно-психиатрической или иной судебно-медицинской экспертизы, осмотр жилища, обыск или выемка в жилом и служебном помещениях, личный

обыск, выемка предметов и документов, содержащих информацию о вкладах адвоката в кредитных организациях, наложение ареста на корреспонденцию, выемка корреспонденции в учреждениях связи, наложение ареста на имущество, контроль и запись телефонных переговоров. Что же касается иных следственных действий, в том числе допроса, следственного эксперимента, опознания, освидетельствования, то для их проведения достаточно принятия соответствующего решения органом, производящим следственные действия, оперативно-розыскные мероприятия, при этом судебное решение не требуется. Расширительная же трактовка п. 3 данной статьи, распространяющая требование о необходимости получения судебного разрешения для производства в отношении адвоката любого следственного действия, не имеет под собой достаточных оснований и поставила бы адвокатов в положение, которое не только не присуще всем остальным гражданам, но и не характерно даже для членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы и федеральных судей <5>.

-----  
<5> См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" / Под ред. Д.Н. Козака. М.: Статут, 2003 // Справочно-правовая система "КонсультантПлюс"; Исанов С.Н. О некоторых нормах законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре // Адвокат. 2004. N 11. С. 14.

Имеется точка зрения, согласно которой требование о необходимости получения разрешения суда на проведение следственного действия в отношении адвоката распространяется на случаи, когда уголовное дело возбуждено и расследование ведется не в отношении данного адвоката, а в отношении другого человека или по факту деяния. Если же уголовное дело в установленном порядке возбуждено в отношении адвоката, то разрешения суда на проведение следственных действий в отношении его не требуется, равно как и на проведение оперативно-розыскных мероприятий, поскольку

уголовное дело возбуждается на основании заключения судьи районного суда <6>. Сеем не согласиться с данной позицией. Как нам представляется, сама по себе дача судом заключения о наличии в действиях адвоката признаков преступления не исключает необходимости получения решения суда на производство следственных или иных процессуальных действий, требующих получения такого решения.

-----  
<6> См.: Гуляев А.П., Ривкин К.Е., Сарайкина О.В., Юдушкин С.М. Комментарий к Федеральному закону "Об адвокатской деятельности и адвокатуре" с приложениями. М.: Издательство "Экзамен", 2004. С. 87.

Кроме того, данная группа ученых отстаивает позицию, согласно которой "считать, что оперативно-розыскное мероприятие или следственное действие проводится в отношении адвоката, можно лишь в том случае, если адвокат является непосредственным объектом оперативно-розыскного мероприятия или следственного действия либо в той или иной мере затрагиваются его права и свободы. В других случаях судебного решения не требуется, хотя в ходе оперативно-розыскного или следственного действия не исключается получение сведений, относящихся или касающихся адвоката или его действий" <7>.

-----  
<7> Там же. С. 87.

Как разъяснил Конституционный Суд РФ, "в соответствии с Определением Конституционного Суда положения статей 7, 29 и 182 УПК Российской Федерации в их конституционно-правовом истолковании, вытекающем из сохраняющих свою силу решений Конституционного Суда Российской Федерации, и в системном единстве с положениями пункта 3 статьи 8 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" не предполагают возможность производства обыска

в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения" <8>.

-----

<8> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 ноября 2005 г. N 439-О по жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская газета. 2006. 31 янв.

На основе анализа вышеизложенных позиций считаем, что производство всех следственных действий в отношении адвокатов исключительно на основании судебного решения не является оправданным. Однако представляется, что в ст. 29 УПК РФ следует предусмотреть запрет обыска и выемки в служебном помещении адвоката без судебного решения, что обеспечит дополнительный контроль за сохранением адвокатской тайны.

При этом считаем, что установленное ч. 5 ст. 165 УПК РФ право следователя в исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, а также личного обыска не терпит отлагательства, производить такие следственные действия на основании постановления без получения судебного решения, с последующим уведомлением о таком действии судьи, должно действовать и в отношении адвокатов.

Практика показывает, что довольно часто при решении вопроса о проведении обыска у адвокатов правоохранительные органы и суды не исследуют обоснованность его проведения, не указывают конкретных адвокатов, у которых следует провести обыск. Например, как пишет В.Н. Буробин, следователи в своих постановлениях, а затем суды в своих судебных актах указывают следующее: "У следователя имеется предположение о том, что в помещении, занимаемом адвокатом, могут находиться разыскиваемые следователем предметы (печати организаций,

документы и др.)". В другом случае суд дал разрешение на проведение обыска у адвокатов, только исходя из того факта, что подозреваемый по уголовному делу в мошенничестве заходил в помещения, занимаемые адвокатами, и общался с адвокатами <9>.

-----

<9> См.: Адвокатская тайна / Под ред. В.Н. Буробина. М.: Статут, 2006 // Справочно-правовая система "КонсультантПлюс".

Считаем, что подобный формальный подход недопустим. При принятии решения суд должен непосредственно исследовать доказательства, обосновывающие необходимость производства следственного действия, а результаты оценки доказательств и мотивы принятого решения отразить в судебном акте (ч. 4 ст. 7, ст. 17 УПК РФ) <10>. Уместно будет еще раз обратить внимание на Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. N 439-О, в котором указано, что в силу п. 3 ст. 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности..." проведение следственных действий, включая производство всех видов обыска, в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только по судебному решению, отвечающему, как следует из ч. 4 ст. 7 УПК РФ, требованиям законности, обоснованности и мотивированности, - в нем должны быть указаны конкретный объект обыска и данные, служащие основанием для его проведения, с тем, чтобы обыск не приводил к получению информации о тех клиентах, которые не имеют непосредственного отношения к уголовному делу <11>.

-----

<10> См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за II квартал 2005 г. (п. 8) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2005. N 12. С. 8.

<11> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 ноября 2005 г. N 439-О по жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н.

Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская газета. 2006. 31 янв.

Судебное решение, разрешающее вопрос о возможности производства обыска в жилом или служебном помещении адвоката, должно отвечать требованиям законности, обоснованности и мотивированности, т.е. в нем должны быть указаны конкретный объект обыска и данные, служащие основанием для его производства, с тем, чтобы обыск не приводил к получению информации о тех клиентах, которые не имеют непосредственного отношения к уголовному делу <12>.

-----  
<12> См.: Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. С. 208.

Требует также конкретизации вопрос о порядке производства личного обыска в отношении адвокатов. Приведем следующий пример из практики. Адвокатом Т., выступившим в защиту интересов адвоката Ф. как лица, подвергнутого задержанию и личному обыску, было обжаловано постановление судьи Р. районного суда Республики Мордовия, которым была оставлена без удовлетворения жалоба адвокатов А. и Ш. о признании незаконными действий сотрудников милиции по факту указанного задержания адвоката Ф. Верховным судом Республики Мордовия данное постановление было оставлено без изменений со следующей мотивировкой: "Довод жалобы о том, что задержание, равно как и личный обыск, как следственное действие может быть применено в отношении адвоката лишь после дачи судом заключения о наличии в его действиях признаков преступления на основании положений ст. 448 УПК РФ и вступления его в законную силу, не соответствует требованиям главы 52 УПК РФ, что подтверждается и правовой позицией, выраженной Конституционным Судом

РФ в его Определении от 18 июля 2006 г. N 286-О. Согласно требованиям УПК РФ задержание подозреваемого следственным действием не является, а представляет собой одну из мер процессуального принуждения. При этом, как верно указано судом, изъятие удостоверений, ключей, сотовых телефонов и денежной суммы произведено в рамках задержания подозреваемого Ф." <13>. Представляется, что личный обыск в отношении адвоката в ходе его задержания в процессе совершения преступления, непосредственно после его окончания либо при попытке скрыться с места преступления, по подозрению в совершении преступления не требует получения судебного решения.

-----  
<13> Наряды кассационных определений Верховного суда Республики Мордовия. Дело N 22-к-139/07 // Архив Верховного суда Республики Мордовия. 2007.

Таким образом, с целью недопущения понимания положения ФЗ "Об адвокатской деятельности..." как подразумевающего получение судебного решения на производство всех следственных действий в отношении адвоката и с учетом вышеуказанных предложений предлагаем абз. 1 ч. 3 ст. 8 данного Закона изложить следующим образом: "Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых для осуществления адвокатской деятельности) осуществляется в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации".

---

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

Фадеева Е.И. Особенности осуществления следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвоката как гарантия обеспечения его неприкосновенности // "Адвокатская практика", 2009, № 3.