

К ВОПРОСУ ОБ УЧАСТИИ АДВОКАТА В ГЛАСНЫХ ОРМ

М.Р. ГЛУШКОВ

Глушков Максим Рудольфович, заведующий кафедрой криминалистики шестого факультета повышения квалификации Института повышения квалификации ФГКОУ ВО "Академия СК России" (г. Санкт-Петербург).

Отмеченная в заголовке проблема рассмотрена с позиции решений Конституционного Суда Российской Федерации. На основе их анализа делается вывод о необходимости соблюдать право на защиту в ходе оперативно-розыскных мероприятий. Однако в случае безотлагательности конкретного ОРМ его проведение в отсутствие адвоката не может быть признано нарушением конституционных прав.

Ключевые слова: адвокат, нарушение конституционного права, право на защиту, оперативно-розыскная деятельность, неотложный характер мероприятия.

On the issue of participation of an advokat in public-disclosed operational-search measures

M.R. Glushkov

Glushkov Maksim R., head, Chair of Criminalistics, the 6th Faculty of Advanced Training (Saint-Petersburg), Institute of Advanced Training, Federal State Governmental Educational Institution of Higher Professional Education "Academy of the Investigation Committee of Russia".

Title problem is considered from the standpoint of the Constitutional Court of the Russian Federation. Based on their analysis concludes on the need to respect

the right to protection in the course of search operations. However, in case of urgency specific ORM his conduct in the absence of counsel cannot be considered as a violation of constitutional rights.

Key words: a lawyer, a violation of constitutional rights, the right to protection, operational-search activity, urgent measures.

Сведения, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, нередко ложатся в основу доказательственной базы по уголовным делам. При этом допустимость получаемых доказательств ставится в зависимость от того, законно ли проводились ОРМ <1>, а также имелись ли нарушения конституционных прав граждан <2>.

<1> Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. М.: Юрайт, 2013. С. 208.

<2> Из сформулированных в ст. 3 Закона "Об ОРД" принципов этой деятельности конституционные принципы (законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина) имеют приоритет перед отраслевыми (конспирации, сочетания гласных и негласных методов). См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М.: Инфра-М, 2009. С. 27.

Одним из ключевых и практически значимых является вопрос реализации в ходе ОРМ положений ст. 48 Конституции РФ о праве гражданина на квалифицированную юридическую помощь. При этом следует сразу оговориться, что проблема участия адвоката при производстве гласных ОРМ в отношении лица, обладающего статусом обвиняемого, здесь рассматриваться не будет. Она недвусмысленно разрешена Конституционным Судом РФ в Определении от 01.12.1999 N 211-О по жалобе К.О. Барковского <3> - право на участие адвоката должно быть

обеспечено, поскольку нормы отраслевого законодательства (в данном случае - Закона "Об ОРД", регламентирующего проведение опроса) не могут применяться в отношении обвиняемого без учета особенностей его правового положения, в том числе вытекающих из предписаний ст. ст. 48, 49, 51 Конституции РФ.

<3> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 01.12.1999 N 211-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РСФСР, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // Сайт Конституционного Суда РФ. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31721.pdf> (дата обращения: 24.12.2014).

Интерес представляет более проблемная и актуальная <4> ситуация - когда оперативно-розыскные мероприятия проводятся в целях получения сведений, могущих служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела. О значимости этих материалов говорит тот факт, что в последнее время распространяется практика обжалования стороной защиты законности и обоснованности проведенных ОРМ с тем, чтобы, как следствие, поставить под сомнение законность и обоснованность уголовных дел, возбужденных по их результатам <5>.

<4> Тенденция последних лет в уголовном судопроизводстве - перенос уголовно-процессуальной деятельности в стадию возбуждения уголовного дела. См., например: Боруленков Ю.П. Допустимость доказательств: время перемен? // Уголовное судопроизводство. 2013. N 3. С. 13.

<5> Исаенко В.Н. Допустимость доказательств, полученных при исследовании результатов оперативно-розыскной деятельности // Законность.

Рассматривать затронутую проблему целесообразно также в свете решений Конституционного Суда Российской Федерации.

В качестве отправной точки следует взять Постановление N 11-П от 27.06.2000 по жалобе Маслова В.И. <6>, которым были признаны не соответствующими Конституции РФ положения тогдашнего уголовно-процессуального законодательства, ставившие участие адвоката в уголовном деле в зависимость от процессуального статуса лица. Толкуя момент, с которого может быть реализовано право, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, шире, нежели УПК РСФСР, Конституционный Суд РФ обозначил существенные признаки, характеризующие фактическое положение лица как нуждающегося в правовой помощи (абзац третий п. 2 установочной части решения). Такая нуждаемость имеет место в силу реального ограничения конституционного права лица, прежде всего на свободу и личную неприкосновенность (первый признак), в том числе в связи с уголовным преследованием (второй). Такая формулировка означала, что первый признак является, безусловно, решающим и может не сопровождаться вторым.

<6> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27.06.2000 N 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" // Сайт Конституционного Суда РФ. URL: <http://doc.ksrf.ru/decisionKSRFDecision30320.pdf> (дата обращения: 24.12.2014).

В следующем документе - Определении от 20.12.2005 N 473-О по жалобе А.Ю. Корчагина <7> уже применительно к оперативно-розыскной

деятельности те же признаки отмечены вновь, но на этот раз по отдельности - в шестом и седьмом абзацах п. 2, предлога "в связи" между ними нет.

<7> Определение Конституционного Суда Российской Федерации N 473-О от 20.12.2005 "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Корчагина Алексея Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // Сайт Конституционного Суда РФ. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31255.pdf> (дата обращения: 24.12.2014).

И наконец, в Определении от 15.11.2007 N 924-О-О по жалобе Д.Б. Козлова <8> первый признак (ограничение права на свободу и личную неприкосновенность) исключен <9>. По поводу оставшегося признака, уголовного преследования, Конституционный Суд РФ воспроизводит формулировки Постановления от 27.06.2000 N 11-П, о котором уже шла речь - факт уголовного преследования может подтверждаться актом о возбуждении уголовного дела, проведением в отношении лица следственных действий и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений в отношении него.

<8> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.11.2007 N 924-О-О "По жалобе гражданина Козлова Дмитрия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 13 части четвертой статьи 47, пунктом 1 части второй статьи 75, частью первой статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // Сайт Конституционного Суда РФ. URL: <http://doc.ksrf.ru> (дата обращения: 24.12.2014).

<9> Судя по фабуле дела, приведенной в Определении, Д.Б. Козлов не

задерживался - в отличие от В.И. Маслова и А.Ю. Корчагина.

Как видим, и здесь трактовка Конституционного Суда РФ шире, чем в уголовно-процессуальном законе - п. 55 ст. 5 УПК РФ связывает уголовное преследование лишь с фигурами подозреваемого и обвиняемого.

Под такое понимание уголовного преследования подпадают, очевидно, и проводимые в отношении лица оперативно-розыскные мероприятия, поскольку в силу ч. 2 ст. 11 Закона "Об ОРД" результаты оперативно-розыскной деятельности, помимо прочего, могут использоваться в доказывании по уголовным делам (говоря об изобличении, нужно помнить, что "улика" и "доказательство" - синонимы <10>). В том же ключе (как элемент уголовного преследования) рассматривают ОРМ и другие исследователи - указывая, что право на помощь адвоката обусловливается "совершением в отношении лица процессуальных или оперативно-розыскных действий, направленных на изобличение его в совершении преступления" <11>. Наконец, следует учитывать и упомянутое Определение от 01.12.1999 N 211-О по жалобе К.О. Барковского, в котором Конституционным Судом РФ пусть и не так аргументировано, как в других решениях, но вполне ясно указано, что право на защиту для обвиняемого должно обеспечиваться и при производстве ОРМ.

<10> Полный словарь синонимов русского языка. URL: <http://словарь-синонимов.рф/words?keyword=улика> (дата обращения: 24.12.2014).

<11> Лазарева В.А. Особенности проведения оперативно-розыскных мероприятий для установления оснований уголовной ответственности. URL: http://edu.tltsu.ru/sites/sites_content/site1238/html/media71251/Lazareva.pdf (дата обращения: 24.12.2014); Супрун С.В. Оперативно-розыскное задержание при проведении ОРМ "проверочная закупка" // Уголовный процесс. 2014. N 3. С. 53.

Итак, оперативно-розыскные мероприятия представляют собой не что иное, как элемент уголовного преследования и, как следствие, предполагают право гражданина на квалифицированную юридическую помощь.

Однако приведенный здесь краткий обзор останется неполным, если не учесть специфику оперативно-розыскной деятельности. Конституционный Суд РФ обращает на нее внимание в Определении от 21.04.2011 N 580-О-О по жалобе гражданина Ю.Г. Панова <12>. В документе констатируется, что Закон "Об ОРД" не предусматривает участие в ней адвоката, однако это обстоятельство не может рассматриваться как нарушение прав заявителя в указанном им аспекте <13>. Причины заключаются в том, что, во-первых, названный Закон не регламентирует правовой статус подозреваемого и обвиняемого, а во-вторых (что важнее), - в преимущественно негласном характере и безотлагательности оперативно-розыскных мероприятий (абзац 3 п. 2 установочной части Определения).

<12> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21.04.2011 N 580-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Панова Юрия Георгиевича на нарушение его конституционных прав статьей 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // Сайт Конституционного Суда РФ. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision63242.pdf> (дата обращения: 24.12.2014).

<13> Сотрудниками ФСКН было проведено обследование жилища заявителя, к участию в котором не был допущен его адвокат.

Аргументация представляется вполне оправданной, учитывая реалии, в которых подчас осуществляются ОРМ. Действительно, вряд ли можно настаивать, чтобы гражданину было в обязательном порядке обеспечено право, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, сотрудниками той же ФСКН, которые задерживают фигуранта с поличным при попытке скрыться

или сбросить наркотик.

Представляется очевидным, что позиция Конституционного Суда РФ, сформулированная в решении по жалобе Панова Ю.Г., распространяется на любое оперативно-розыскное мероприятие, проводимое негласно и (или) безотлагательно, а не только на обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, о котором указывал заявитель <14>.

<14> Иная точка зрения, правда, тоже существует. См.: Болежанова Г.Б., Малахов А.С. Участие адвоката в проведении отдельных оперативно-розыскных мероприятий // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2013. N 10. С. 313 - 314. URL: www.rae.ru/upfs/?section=content&op=show_article&article_id=4196 (дата обращения: 24.12.2014).

Стоит предостеречь также и от расширительного понимания Определения от 21.04.2011 N 580-О-О: безотлагательность, которую Конституционный Суд РФ рассматривает как возможное условие ограничения права на юридическую помощь, не является неотъемлемым свойством любого ОРМ <15>. Если мероприятие (например, то же обследование помещения) спланировано и проведено так, что явка адвоката может быть обеспечена не в ущерб оперативности ОРМ и не поставит под угрозу его исход, то право, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, может быть реализовано и, разумеется, подлежит разъяснению. То же относится и к получению у гражданина сведений об обстоятельствах происшествия, будь то опрос или заявления, сделанные в ходе иного мероприятия. Такое получение сведений не является ни негласным, ни безотлагательным, соответственно, исключение из общего правила, сформулированного Конституционным Судом РФ в Постановлении от 27.06.2000 N 11-П, на подобную ситуацию не распространяется.

<15> Болежанов Г.Б., Малахов А.С. Указ. соч. С. 314. Авторы полагают, что Определение от 21.04.2011 N 580-О-О признает конституционной практику неучастия адвоката в любых ОРМ, предусмотренных п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона "Об ОРД" (обследование помещений, зданий и т.д.).

Безотлагательность оперативно-розыскного мероприятия, такого, например, как оперативный эксперимент или проверочная закупка, которыми зачастую реализуется задержание с поличным, как правило, приводит к тому, что участие адвоката не может быть реально обеспечено. В такой ситуации разъяснение задерживаемому права на юридическую помощь, казалось бы, теряет смысл.

Однако сам вопрос о возможности или невозможности немедленной явки не может быть поставлен абстрактно, вне связи с конкретным юристом. При этом только задержанному может быть известно лицо, которое он в сложившейся ситуации рассматривает как своего потенциального адвоката.

Поэтому право на получение квалифицированной юридической помощи, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, должно быть разъяснено гражданину вне зависимости от того, насколько вероятна его реализация в данных условиях. Если при этом незамедлительная явка адвоката невозможна, а ситуация не терпит отлагательства, то оперуполномоченный проводит ОРМ в отсутствие адвоката - в соответствии с Законом "Об ОРД" и Определением Конституционного Суда РФ от 21.04.2011 N 580-О-О.

Если же прибытие адвоката возможно без промедления, то он допускается к участию в ОРМ. Здесь, правда, правильнее было бы говорить не об участии как таковом <16> - Закон "Об ОРД" допускает такое участие лишь для должностных лиц, специалистов и граждан (ч. 5 ст. 6). Адвокат сможет согласно ст. 48 Конституции РФ оказывать гражданину квалифицированную юридическую помощь - в данном случае, очевидно, в виде консультаций.

<16> Заголовок данной статьи поэтому небезупречен, хотя суть проблемы передает верно и кратко.

Литература

1. Болежанова Г.Б., Малахов А.С. Участие адвоката в проведении отдельных оперативно-розыскных мероприятий // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2013. N 10. С. 313 - 314. URL: www.rae.ru/upfs/?section=content&op=show_article&article_id=4196.

2. Боруленков Ю.П. Допустимость доказательств: время перемен? // Уголовное судопроизводство. 2013. N 3. С. 13.

3. Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. М.: Юрайт, 2013.

4. Исаенко В.Н. Допустимость доказательств, полученных при исследовании результатов оперативно-розыскной деятельности // Законность. 2011. N 1.

5. Лазарева В.А. Особенности проведения оперативно-розыскных мероприятий для установления оснований уголовной ответственности. URL: http://edu.tltsu.ru/sites/sites_content/site1238/html/media71251/Lazareva.pdf.

6. Полный словарь синонимов русского языка. URL: <http://словарь-синонимов.рф/>.

7. Супрун С.В. Оперативно-розыскное задержание при проведении ОРМ "проверочная закупка" // Уголовный процесс. 2014. N 3.

8. Теория оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М.: Инфра-М, 2009.

Информация для оформления библиографической ссылки на данную публикацию:

Глушков М.Р. К вопросу об участии адвоката в гласных ОРМ // Адвокатская практика. 2015. № 3. С. 3 - 6.