УДК 343.132
ББК 67.410.212.2

А. А. Бондаренко

НОВЫЕ ПРАВИЛА ПРОИЗВОДСТВА СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТА В КОНТЕКСТЕ ПРЕДЕЛОВ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

Статья посвящена анализу новых правил производства следственных действий в отношении адвоката. Основная идея законодателя, основанная на правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации, видится в том, чтобы путем установления границ усмотрения должностных лиц при производстве обыска, выемки и (или) осмотра оградить адвокатское производство от чрезмерного вмешательства в него правоохранительных органов и создать дополнительные гарантии конфиденциальности оказания квалифицированной юридической помощи адвокатом своему доверителю.

Анализируя ст. 450.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, автор обращает внимание, что из текста нормы не совсем ясно, действуют ли новые особенности только в тех случаях, когда в отношении адвоката возбуждено уголовное дело или вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого, но и в тех случаях, когда уголовное преследование в отношении адвоката не осуществляется. Показана связь особенностей производства следственных действий в отношении адвоката с пределами производства по уголовному делу, в том числе по преступлениям, совершенным в соучастии или при фактическом уголовном преследовании.

Кроме того, нельзя с уверенностью сказать, что новые ограничения будут отвечать заявленным целям и не станут дополнительной привилегией для лиц, пытающихся уйти от установленной законом ответственности.

Ключевые слова: адвокат, следственные действия, пределы производства, уголовное преследование, адвокатское производство, адвокатская тайна.

A. A. Bondarenko

NEW RULES OF PRODUCTION OF INQUISITIONAL ACTIONS IN REGARD TO AN ADVOCATE IN THE CONTEXT OF LIMITS OF PRODUCTION IN CRIMINAL CASE

The article is sanctified to the analysis of new rules of production of inquisitional actions in regard to an advocate. The basic idea of legislator, based on legal positions of Constitutional Court of Russian Federation, is seen in that by establishment of borders of discretion of public servants at the production of search, coulisse and (or) examination to barrier an advocate production from excessive interference with him law enforcement authorities and to create the additional guarantees of confidentiality of providing of skilled legal help an advocate to the principal.

Analyzing the article 450.1 of Code of criminal procedure of Russian Federation, an author pays attention, that from text of norm not quite clear, whether new features operate only in those cases, when in regard to an advocate laid an action or a decision is taken away about bringing in of him as a defendant, but also in those cases, when the criminal proceeding in regard to an advocate does not come true. Connection of features of production of inquisitional actions is shown in regard to an advocate with the limits of production in criminal case, including for crimes.

In addition it is impossible safely to say that new limitations will answer the declared aims and will not become an additional privilege for persons trying to go away from the responsibility set by a law.

Key words: advocate, inquisitional actions, limits of production, criminal proceeding, advocate production, advocate secret.

В отношении адвоката (ч. 1 ст. 447 Уголовно- (далее — УПК РФ) предусмотрен особый порядок
процессуального кодекса Российской Федерации производства по уголовному делу,

предусматривающий особенности возбуждения уголовного дела и привлечения в качестве обвиняемого. Производство следственных действий в отношении адвоката до апреля 2017 г. осуществлялось в общем порядке с изъятиями, предусмотренными ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ, в соответствии с которой проведение оперативно-разыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускалось только на основании судебного решения.

Федеральным законом от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ в главу 52 УПК РФ внесена ст. 450.1 «Особенности производства обыска, осмотра и выемки в отношении адвоката». Основная идея законодателя, основанная на правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации [1], видится в установлении границ усмотрения следователя при производстве обыска, осмотра и осмотра в целях защиты адвокатского производства от чрезмерного вмешательства в него органов расследования и в создании дополнительных гарантий конфиденциальности оказания квалифицированной юридической помощи адвокатом своему доверителю.

В соответствии с ч. 1 ст. 450.1 УПК РФ обыск, осмотр и выемка в отношении адвоката в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности, производятся только после возбуждения в отношении адвоката уголовного дела или привлечения его в качестве обвиняемого. Таким образом, производство следственных действий в отношении адвоката возможно при объявлении официального уголовного преследования путем вынесения решения о возбуждении уголовного дела в отношении лица, обладающего статусом адвоката, или привлечения его в качестве обвиняемого. На наш взгляд, особый порядок производства следственных действий в отношении адвоката должен быть применим также в тех случаях уголовного преследования, которые напрямую в ст. 450.1 УПК РФ не названы, а именно при задержании лица в порядке, предусмотренном ст. 91 УПК РФ, при избрании меры пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 100 УПК РФ, а также при уведомлении о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ.

Кроме того, остаются неурегулированными ситуации, когда действия адвоката сами по себе

не имеют признаков преступления, а его доверители или лица, не связанные с ним профессиональными обязанностями, допустим его родственники, могут использовать его жилые или служебные помещения в целях подготовки к преступлению или сокрытию его следов.

Касаясь процедурных моментов производства обыска, выемки и осмотра, можно выделить ряд правил, от которых зависит законность и обоснованность действий следователя и решений суда. Назовем их и кратко проанализируем некоторые из них.

Обязательное присутствие представителя адвокатской палаты субъекта Российской Федерации (ч. 1 ст. 450.1 УПК РФ).

По нашему мнению, можно с одобрением отнести к названному правилу, так как представитель адвокатского сообщества в условиях уголовного преследования своего «коллеги» будет выступать дополнительным гарантом защиты адвокатского производства. Тем не менее в литературе высказано мнение о том, что правоприменитель может столкнуться со сложностями обеспечения участия данного лица при производстве следственных действий, а также определением его полномочий [2].

Более детального внимания требуют правила, касающиеся оформления постановления о производстве следственного действия и ограничений по изъятию адвокатского производства, а также использованию средств фиксации при его исследовании.

В постановлении судьи о разрешении производства обыска, осмотра и (или) выемки в отношении адвоката, кроме оснований, указываются конкретные отыскиваемые объекты. Изъятие иных объектов не допускается, за исключением предметов и документов, изъятых из оборота (ч. 2 ст. 450.1 УПК РФ).

Запрещается изъятие всего производства адвоката по делам его доверителей, а также фотографирование, киносъемка, видеозапись и иная фиксация материалов указанного производства (ч. 2 ст. 450.1 УПК РФ).

Перед детальным рассмотрением обозначенных условий еще раз обратим внимание на цель, которую преследовал законодатель, создавая специальное правовое регулирование — защита адвокатской тайны от чрезмерного вмешательства правоохранительных органов и создание дополнительных гарантий конфиденциальности оказания квалифицированной юридической помощи адвокатом своему доверителю.

Кроме того, необходимо определиться в том, что законодатель имел в виду под производством адвоката по делам его доверителей (*в настоящей*

статье под доверителем понимаются участники уголовного судопроизводства, которым оказывается юридическая помощь адвокатом (подозреваемый, обвиняемый, свидетель, гражданский ответчик, потерпевший, гражданский истец и т. д.). Может быть сформировано адвокатское производство, свидетельствующее об оказании юридической помощи участником гражданского судопроизводства). УПК РФ не содержит прямого требования об обязательности ведения адвокатского производства. Необходимость его формирования вытекает из содержания п. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ, в соответствии с которым полученные в ходе оперативно-разыскных мероприятий или 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. Ведение адвокатского производства является необходимым также по смыслу п. 9 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката: «В целях сохранения профессиональной тайны адвокат должен вести делопроизводство отдельно от материалов и документов, принадлежащих доверителю. Материалы, входящие в состав адвокатского производства по делу, а также переписка адвоката с доверителем должны быть ясным и недвусмысленным образом обозначены как принадлежащие адвокату или исходящие от него» [3]. В указанное производство, в соответствии с методическими рекомендациями, разработанными Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации, могут входить: «любые документы и их копии, любые записи, выписки, содержащие любую информацию по делу, выполненные как на бумажных, так и на других носителях информации (фотопленка, цифровые носители информации и т. д.)» [4].

Несомненно, защита адвокатской тайны зависит от соблюдения требований при формировании адвокатского производства в соответствии с указанными методическими рекомендациями. Так, адвокатское досье должно быть сформировано в отдельной папке или файле, если речь идет об электронном делопроизводстве. На лицевой стороне должна содержаться следующая информация: наименование адвокатского образования; данные адвоката и его доверителя с указанием оснований оказания юридической помощи, наименование органа, в производстве которого находится уголовное дело, уголовно-правовая квалификация. Рекомендуется иметь гриф

следующего содержания: «Адвокатское производство — содержащиеся в нем сведения составляют охраняемую законом адвокатскую тайну и не могут использоваться в качестве доказательств обвинения».

На наш взгляд, любая информация, находящаяся на обозначенных носителях, по своему содержанию должна являться результатом законного общения адвоката и доверителя, тогда она будет являться адвокатской тайной. Не могут находиться под охраной государства, например подложные документы, хранящиеся по каким-либо причинам в адвокатском производстве. Их противозаконное формирование и использование в целях совершения преступления или его сокрытия не позволяет им стать частью адвокатского досье, в связи с чем возможно их изъятие и использование в качестве доказательств обвинения. Изъятию подлежат только те материалы конкретного адвокатского досье, которые содержат сведения, явно выходящие за рамки оказания собственно профессиональной юридической помощи как по уголовному делу, в котором адвокат является защитником, так и по каким-либо другим делам, находящимся в производстве адвоката. При этом вопрос изъятия всего адвокатского производства, имеется в виду конкретное адвокатское производство по делу одного доверителя, надлежит рассматривать с учетом обстоятельств конкретного уголовного дела.

Рассмотрим две ситуации. Первая. В отношении адвоката возбуждено уголовное дело в связи с совершением преступления по предварительному сговору с доверителем. В такой ситуации безусловный запрет на изъятие адвокатского досье, на наш взгляд, недопустим, так как материалы адвокатского производства могут сами по себе свидетельствовать о предварительном сговоре, планировании преступления, сокрытии его следов. В приведенной ситуации адвокатское досье содержит информацию о тех лицах, в отношении которых осуществляется уголовное преследование, соответственно, интересы третьих лиц его исследованием и изъятием не будут нарушены. При этом в условиях соединенного производства по уголовному делу особый порядок производства следственных действий распространяется как на адвоката, так и на его доверителя, являющегося соучастником совершенного преступления.

Вторая ситуация. Адвокат совершил преступление единолично или совместно с лицом, перед которым он не имеет обязательств по оказанию юридической помощи. Совершенное

адвокатом преступление не связано с каким-то конкретным адвокатским производством, поэтому при производстве обыска, выемки, осмотра не подлежат изъятию производства в отношении всех его доверителей, так как в них содержится информация, касающаяся третьих лиц, не имеющих прямого отношения к уголовному преследованию адвоката или его соучастника. В целях отыскания объектов, имеющих значение для уголовного дела, может проводиться только их исследование, но с соблюдением новых правил применения технических средств фиксации документов, составляющих адвокатскую тайну, а также под контролем представителя адвокатского сообщества. О необходимости отыскания этих объектов непосредственно в адвокатском производстве можно будет судить по характеристике отыскиваемых объектов и вида совершенного преступления. Так, например, вряд ли следователь сможет обосновать свои действия по отысканию огнестрельного оружия в папке с документами.

В приведенных ситуациях в ходе производства следственного действия в жилом или служебном помещении адвоката следователь уже обнаружил адвокатское производство и решает вопрос о его изъятии. На наш взгляд, новые правила применимы только к регулированию изъятия непосредственно адвокатского производства, но они не должны ограничивать следователя в других областях поиска в самом помещении, пусть и официально принадлежащем или используемом адвокатом для выполнения своих профессиональных обязанностей. Статус помещения должен ориентировать следователя на необходимость получения разрешения суда на производство следственного действия с учетом возможного хранения в нем материалов, составляющих адвокатскую тайну.

Широкие ограничения установлены путем закрепления обязанности суда указывать в постановлении *конкретные отыскиваемые объекты*. Без ограничений подлежат изъятию только предметы и документы, изъятые из оборота.

Позиция законодателя основана на решении Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которому в судебном решении должны быть указаны конкретные объекты поиска и изъятия в ходе следственного действия [1]. Выводы суда следует понимать как требование обеспечить такой уровень конкретизации объекта, который позволит обосновать необходимость их поиска в адвокатском досье, а в случае наличия доступа к нему отличить его от материалов, составляющих адвокатскую тайну. Следователь на момент обращения в суд с ходатайством не

обладает исчерпывающей информацией о том, какие характеристики может иметь объект, который он желает отыскать, а фактически ни разу его не наблюдал.

На наш взгляд, новый порядок производства следственных действий в отношении адвоката в действительности ограничивает не только доступ органов расследования к адвокатскому производству, но и самостоятельность следователя в определении предмета изъятия при производстве обыска. Вместе с тем отметим, что ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ допускает изъятие *орудий преступления*, что, на наш взгляд, не противоречит положениям ст. 450.1 УПК РФ.

Продолжая анализ ст. 450.1 УПК РФ, отметим, что законодатель исключил возможность производства следственных действий в отношении адвоката в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК РФ, т. е. в случаях, не терпящих отлагательства. Производство обыска, выемки и (или) осмотра в отношении адвоката возможно только с разрешения суда. Исключением стало производство осмотра до возбуждения уголовного дела в отношении адвоката или до привлечения его в качестве обвиняемого, если уголовное дело возбуждено по факту или в отношении других лиц *только в случаях, когда в помещениях адвоката обнаружены признаки преступления* (ч. 3 ст. 450.1 УПК РФ). Законодатель имел в виду порядок производства исключительно *осмотра места происшествия*.

При более широком толковании могут возникнуть ситуации, когда органы расследования будут проводить *осмотр места происшествия* (осмотр, производимый в соответствии с ч. 3 ст. 450.1 УПК РФ) не только при непосредственном обнаружении признаков преступления, но и при фактическом обнаружении тех объектов, которые не были указаны в постановлении суда о производстве обыска, однако могут иметь значение для расследуемого уголовного дела.

Полагаем, что *обнаружение признаков преступления* в указанной ситуации необходимо толковать буквально, когда в ходе производства следственных действий установлены признаки новых эпизодов или иных преступлений, соучастники преступления или необходимо изъятие объектов, находящихся в розыске и т. д., т. е. требуется незамедлительное реагирование на информацию о совершенном или готовящемся преступлении.

Анализ новых правил производства следственных действий в отношении адвоката

позволяет сделать следующие выводы.

Создано регулирование, направленное на защиту адвокатской тайны, но в условиях соединенного производства по уголовному делу особый порядок производства следственных действий будет распространен как на адвоката, так и на его доверителя, являющегося соучастником совершенного преступления, в отношении которого следственные действия должны проводиться на общих основаниях. По нашему мнению, это может создать дополнительные трудности в доказывании по уголовному делу.

На наш взгляд, новый порядок производства следственных действий применим не только при возбуждении уголовного дела в отношении адвоката или привлечении его в качестве обвиняемого, но и при задержании адвоката в порядке, предусмотренном ст. 91 УПК РФ, при избрании меры пресечения, а также при уведомлении о подозрении в совершении преступления.

Производство следственных действий в отношении адвоката в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК РФ, т. е. в случаях, не терпящих отлагательства, по общему правилу невозможно. Исключение составляет производство осмотра места происшествия в случаях, когда в помещениях адвоката обнаружены признаки преступления. Проблемы могут также возникнуть при обнаружении тех объектов, которые не были прямо указаны в постановлении суда о производстве обыска.

Описание конкретных отыскиваемых объектов, указанных в постановлении суда, должно обосновывать необходимость их поиска в адвокатском досье, а в случае наличия доступа к нему отличить его от материалов, составляющих адвокатскую тайну.

1. По делу о проверке конституционности пункта 7 части второй статьи 29, части четвертой статьи 165 и части первой статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан А. В. Баляна, М. С. Дзюбы и других: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 декабря 2015 г. № 33-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

2. Семенцов В. А. Новеллы закона о производстве следственных действий по судебному решению // Современное уголовно-процессуальное право России — уроки истории проблемы дальнего реформирования: сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. / редкол.: А. В. Гришин [и др.]. Орел. 2017. С. 383—390.

3. Кодекс профессиональной этики адвоката (принят I Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.) в ред. от 20.04.2017. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

4. О Методических рекомендациях (вместе с Методическими рекомендациями по ведению адвокатского производства): выписка из протокола заседания Совета Федеральной палаты адвокатов от 21 июня 2010 г. № 5 (ред. от 28.09.2016). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

© Бондаренко А. А., 2018

1. In the case about the verification of constitutionality of paragraph 7 of article 29, the fourth part of article 165 and the first paragraph of article 182 of the Criminal procedure code of the Russian Federation in connection with complaints of citizens A. V. Balian, M. S. Dzuba and others: decision of the constitutional Court of the Russian Federation from December 17, 2015, No. 33-p. Access from help.-legal system «ConsultantPlus»

2. Sementsov V. A. Novella law on the production of investigative actions by judicial decision // Modern criminal procedure law of Russia — lessons in the history of the problem of long-term reformation: collection of materials of international studies practical conf / redkol. A. V. Grishin [and others]. 2017. Pp. 383—390.

3. The code of professional ethics of lawyer (adopted by the first all-Russian Congress of advocates 31.01.2003) ed. from 20.04.2017. Access from help.-legal system «ConsultantPlus»

4. Extract from the minutes of the meeting of the Board of the Federal chamber of lawyers from 21.06.2010 No 5 (ed. by 28.09.2016) «On Methodological recommendations» (together with «Methodical recommendations on keeping the law of production»). Access from help.-legal system «ConsultantPlus»

© Bondarenko A. A., 2018