

Ю. П. Гармаев

**НЕЗАКОННАЯ
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ АДВОКАТОВ
В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ
СРЕДСТВА ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ
И НЕЙТРАЛИЗАЦИИ**

Монография

Москва — 2010

Юрий Гармаев

**Незаконная деятельность
адвокатов в уголовном
судопроизводстве,
средства предупреждения
и нейтрализации**

«Автор»

2010

Гармаев Ю. П.

Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве, средства предупреждения и нейтрализации / Ю. П. Гармаев — «Автор», 2010

В книге дается межотраслевая характеристика незаконной деятельности адвокатов в уголовном судопроизводстве. Дана оценка пределам прав и полномочий защитника, рассмотрены типичные преступления, нарушения УПК РФ, закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», иного законодательства, а так же Кодекса профессиональной этики адвоката, предложены правовые средства предупреждения и нейтрализации правонарушений. Поскольку исследование носит междисциплинарный характер, его результаты могут быть использованы учеными – представителями разных юридических наук, преподавателями и студентами юридических вузов – всеми, кто интересуется уголовным правом и уголовным процессом, криминалистикой, оперативно-розыскной и адвокатской деятельностью. Может быть полезной работникам правоохранительных органов, судьям и адвокатам, а также гражданам, обращающимся в адвокатуру за юридической помощью.

© Гармаев Ю. П., 2010

© Автор, 2010

Содержание

| | |
|---|----|
| Принятые сокращения | 7 |
| Терминологический словарь | 8 |
| Введение | 10 |
| Как пользоваться электронными приложениями | 15 |
| Глава. 1 | 16 |
| 1.1. Общие положения | 16 |
| 1.2. Процессуальная дисциплина для адвоката | 18 |
| 1.3. Кто может быть допущен в качестве защитника | 20 |
| 1.4. Момент начала участия защитника | 21 |
| 1.5. Беседа с подозреваемым (обвиняемым): обязательно ли присутствие защитника? | 24 |
| 1.6. Осуществление защиты не запрещенными средствами и способами | 25 |
| 1.7. Право на свидание с подзащитным | 26 |
| 1.8. Пределы полномочий защитника по собиранию доказательств | 28 |
| 1.9. Проверка и оценка доказательств, собранных защитником | 31 |
| 1.10. Право на привлечение специалиста | 33 |
| 1.11. Полномочия защитника по изучению материалов дела, по доступу к охраняемой законом тайне | 35 |
| 1.12. Право адвоката на участие в допросе свидетеля | 39 |
| 1.13. Присутствие адвоката при обыске | 41 |
| 1.14. Пределы конфиденциальности свиданий адвоката с клиентом | 42 |
| 1.15. Вкратце о том, что защитнику запрещено законом | 50 |
| 1.16. Недопустимость «обвинительного уклона» у должностных лиц – представителей стороны обвинения | 53 |
| Глава 2 | 54 |
| Глава 3 | 59 |
| 3.1. Классификация незаконной деятельности адвокатов | 60 |
| 3.2. Обобщенные данные о личности адвокатов и характеристика допускаемых правонарушений | 69 |
| 3.2.1. Адвокат «с предшествующим опытом» | 70 |
| 3.2.2. Адвокат – «молодой пенсионер» | 72 |
| 3.2.3. Адвокат «без предшествующего опыта» | 73 |
| 3.2.4. Неквалифицированный адвокат | 75 |
| 3.2.5. Высококвалифицированный адвокат | 76 |
| 3.2.6. «Вовлеченный» адвокат | 77 |
| 3.2.7. «Невовлеченный» адвокат | 79 |
| 3.2.8. «Неконтактный» адвокат | 80 |
| 3.2.9. Адвокат-«скандалист» | 80 |
| 3.2.10. «Контактный» адвокат | 81 |
| 3.2.11. «Коррупцированный» адвокат | 82 |
| 3.2.12. «Оплаченный» и «неоплаченный» адвокат | 85 |
| Глава 4 | 91 |
| 4.1. Классификация преступлений адвокатов | 94 |

| | |
|--|----|
| 4.2. «Основные» адвокатские преступления или преступления адвоката-исполнителя | 96 |
| 4.2.1. Воспрепятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследования (ст. 294 УК РФ) | 96 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 98 |

Юрий Петрович Гармаев

Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве, средства предупреждения и нейтрализации. Монография

Рецензенты:

Ищенко Евгений Петрович – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки РФ, Заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой криминалистики Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина

Баев Олег Яковлевич – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки РФ, академик РАЕН, заведующий кафедрой криминалистики Воронежского государственного университета

Желающие могут скачать электронные приложения к книге по ссылке <https://yadi.sk/d/08vy2nQGoG7WJ>

Принятые сокращения

Закон об адвокатуре – Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.02 № 63-ФЗ

ИВС – изолятор временного содержания

МГКА – Московская городская коллегия адвокатов

МСОГ – межведомственная следственно-оперативная группа

НАЗ – негласная аудиозапись

ОБЭП – отдел по борьбе с экономическими преступлениями

ОД – отдел дознания

1) Особый порядок – речь идет о двух институтах уголовного процесса, двух группах норм: 1) обеспечивающих особый порядок принятия судебного решения *при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением* (глава 40 УПК РФ); 2) обеспечивающих возможность заключения *досудебных соглашений между сторонами обвинения и защиты* (п. 61 ст. 5, глава 40.1 УПК РФ);

ОПГ (ОПС) – организованная преступная группа (организованное преступное сообщество)

ОРД – оперативно-розыскная деятельность

ОРМ – оперативно-розыскные мероприятия

ОТМ – оперативно-технические мероприятия

ПТП – прослушивание телефонных переговоров

Руководитель СО – руководитель следственного органа

СИЗО – следственный изолятор

СМИ – средства массовой информации

УР – уголовный розыск

УК РФ – уголовный кодекс Российской Федерации

УПК РФ – уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

Терминологический словарь

1. *Адвокатское образование* – существует в следующих формах: адвокатский кабинет, коллегия адвокатов, адвокатское бюро, юридическая консультация (ч. 1 ст. 20 Закона об адвокатуре)

2. *Адвокат «с предшествующим опытом работы»* – адвокат, работавший в правоохранительных органах или в суде до получения статуса (См. 3.2.1)

3. *Адвокат «без предшествующего опыта»* – адвокат, не работавший в правоохранительных органах или в суде до получения статуса (См. 3.2.3)

4. *Адвокат – «молодой специалист»* – адвокат без предшествующего опыта работы, работающий в адвокатуре непродолжительное время

5. *«Вовлеченный» адвокат* – адвокат – член ОПГ (ОПС), выступающий не только в качестве защитника по уголовным делам против членов преступной группы (сообщества), но и как соучастник преступлений, совершаемых преступным формированием (См. 3.2.6)

6. *«Коррупцированный» адвокат* – адвокат, состоящий в коррупционных связях с должностными лицами суда и/или правоохранительных органов – представителей стороны обвинения (См. 3.2.11)

7. *«Контактный» адвокат* – адвокат, поддерживающий конструктивные, доброжелательные отношения с судьями и представителями стороны обвинения (См. 3.2.10)

8. *«Неконтактный» адвокат* – адвокат, не умеющий или не считающий нужным поддерживать указанные отношения (См. 3.2.8)

9. *«Адвокат-скандалист»* – (здесь) крайняя степень «неконтактности», адвокат, постоянно вступающий в конфликты с участниками процесса (См. 3.2.9)

10. *«Неоплаченный адвокат»* – (здесь) адвокат, участвующий в уголовном судопроизводстве в качестве защитника по назначению органов дознания, органов предварительного расследования или суда, в порядке ч. 3 ст. 51 УПК РФ (См. 3.2.12)

11. *«Оплаченный адвокат»* – адвокат, участвующий в уголовном судопроизводстве в качестве защитника по соглашению с доверителем, в порядке ч. 1 ст. 50 УПК РФ (См. 3.2.12)

12. *Заподозренный (заподозренное лицо)* – физическое лицо, в отношении которого у представителей стороны обвинения фактически имеется подозрение в совершении преступления, но статусом подозреваемого (ст. 46 УПК РФ) оно не обладает. Речь идет, например, о лице, в отношении которого проводится проверка (ст. 144 УПК РФ) или ОРМ до возбуждения уголовного дела.

13. *Коллегия адвокатов* – добровольное объединение лиц, занимающихся адвокатской деятельностью. Основное адвокатское образование по закону «Об адвокатуре в СССР», действовавшему до вступления в силу действующего Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»

14. *Президиум коллегии адвокатов* – исполнительный орган коллегии адвокатов по закону «Об адвокатуре в СССР», действовавшему до вступления в силу Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»

15. *Правило ч. 2 ст. 18 закона об адвокатуре* – норма действующего закона об адвокатуре, о том, что адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии) (См. гл. 2)

16. *Субъект противодействия* – лицо, совершающее умышленные действия, направленные на воспрепятствование выполнению задач предварительного расследования и уста-

новлению объективной истины по уголовному делу См. Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 18, 29–31.

Введение

В настоящее время адвокатская деятельность, адвокатура в Российской Федерации переживает период кардинальных преобразований. В связи с вступлением в законную силу уголовно-процессуального кодекса РФ, Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» происходит трансформация самой формы уголовного судопроизводства с розыскной на состязательную, «защитительная функция» юстиции получает приоритет над «карательной»¹.

В этих условиях обновление законодательства об адвокатуре не только закономерно, но и жизненно необходимо. С 1 июля 2002 г. вступил в силу новый Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» (Далее – Закон об адвокатуре). В нем статус члена этого профессионального сообщества выведен на качественно новый уровень.

С учетом предоставленных прав и полномочий профессиональная защита по уголовному делу уже далеко не бесправна. Ушли в прошлое те времена, когда адвокаты были полностью зависимы от власти, беззащитны перед ее произволом и не имели эффективных механизмов реализации целей своей деятельности. Ныне адвокат-защитник – это достойный, уважаемый и сильный противник, с позицией которого стороне обвинения необходимо считаться, а потому тщательно готовиться к каждому состязательному «поединку»².

Вместе с тем законодательством повышены и требования к профессиональным, нравственным качествам адвоката. Представители корпорации глубоко осознают всю меру возложенной на них ответственности. По моему глубокому убеждению *подавляющее большинство адвокатов – честные и порядочные специалисты, все свои силы отдающие высоким целям правозащитной деятельности и не допускающие в своей работе каких-либо правонарушений.*

В то же время нельзя не отметить весьма опасные, нездоровые тенденции в адвокатском сообществе. Ведущие адвокаты страны признают: «Беды адвокатуры не только во вне – они и внутри нее»³. Непрофессионализм, некорректность, коррумпированные связи с представителями органов правосудия и предварительного расследования – вот лишь некоторые из широко распространенных в адвокатской среде нарушений, которые с тревогой отмечают сами представители корпорации⁴.

Как и в любой профессиональной среде, в адвокатуре появляются случайные люди, которые ради сиюминутных интересов, легкой наживы готовы на любое нарушение закона и этических норм. Поставить им заслон – жизненно важная задача даже не столько для их процессуальных противников, сколько для самой адвокатуры и для всего общества, для каждого, кто идет к адвокату в надежде на праведную защиту, квалифицированную и честную юридическую помощь.

И здесь методические рекомендации по нейтрализации незаконной деятельности недобросовестных адвокатов, на мой взгляд, должны сыграть важную роль. Обратим внимание на то, что если по вопросам борьбы с противоправными проявлениями в деятельности судей и представителей стороны обвинения, в рамках наук криминального цикла проводи-

¹ Михайловская И. Права личности — новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 3.

² Чему сейчас уделяет приоритетное внимание Генеральная прокуратура РФ. См., например: Приказ Генерального прокурора РФ «Об организации работы прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства» от 3.08.2002 г. № 28.

³ Резник Г.М. Спасите адвокатуру / Рассказывают адвокаты. – М., 2000. – С. 167.

⁴ Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов // Рассказывают адвокаты / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 113–115.

лись глубокие исследования⁵, то рекомендаций по борьбе с противоправной деятельностью представителей стороны защиты наука пока не предлагала.

Отчасти поэтому наблюдается своеобразный дисбаланс: нарушения закона со стороны органов расследования выявляются в «массовом порядке» и многими уполномоченными субъектами: надзирающими прокурорами, руководителями соответствующих подразделений, адвокатами и др. Безусловно, это необходимо и оправданно. Должностные лица должны по всей строгости закона отвечать за допускаемые правонарушения.

Но вместе с тем факты противоправной деятельности со стороны профессиональных защитников, несмотря на их широкую распространенность, высокую общественную опасность, выявляются значительно реже, точнее лишь эпизодически. Не всегда органы адвокатских палат принципиально реагируют на выявленные нарушения. Отчасти поэтому в определенных, прежде всего в криминальных кругах способность адвоката нарушать закон в интересах доверителя считается чуть ли не важнейшим критерием профессионализма, похвальной «ловкостью и изворотливостью». Нечистоплотные адвокаты порой имеют самую широкую клиентуру, их работа хорошо оплачивается.

В результате добропорядочные и высококвалифицированные адвокаты, глядя на сомнительные успехи бесчестных и некомпетентных «коллег», без труда находят повод разувериться в необходимости соблюдать закон, совершенствовать профессиональное мастерство. Многие из опрашиваемых адвокатов откровенно заявляли, что в ряде случаев даже законный интерес доверителя можно эффективно защитить только незаконными средствами, в том числе путем дачи взяток. Реальные масштабы коррупции в правоохранительных органах указывают на то, что такого рода суждения небезосновательны.

И здесь следует отметить, что одной из самых важных детерминант незаконной деятельности профессиональных защитников были и остаются противоправные и аморальные действия недобросовестных работников правоохранительных органов и судей. Часто допускаемые адвокатами правонарушения являются ответной реакцией на злоупотребления должностных лиц. Как верно заметил В.Н. Карагодин, уже только проявление нетактичного отношения со стороны работников органов расследования к участникам процесса зачастую ведет к тому, что эти субъекты начинают оказывать противодействие расследованию⁶.

Многолетнее исследование, результаты которого представлены в этой книге, стали итогом, в том числе, программированного изучения свыше 1 000 уголовных дел различных категорий. Это дела, в которых в качестве защитников участвовали многие адвокаты Республики Бурятия, Иркутской, Читинской областей, Красноярского и Приморского края, городов Москвы и Санкт-Петербурга. В рамках исследования использовались результаты опроса и анкетирования как адвокатов (86 чел.), так и работников правоохранительных органов, судей (1250 человек), было изучено более ста дисциплинарных производств из нескольких коллегий адвокатов. Использованы личные наблюдения автора за годы следственной работы.

Сложность проводимого исследования была предопределена многими факторами. Среди них отмечу следующий: если деятельность органов расследования подробно и строго регламентирована уголовно-процессуальным и иным законодательством, ведомственными нормативными актами, то: «тактика и методика защиты в значительной части имеют ненор-

⁵ См., например: *Расследование преступлений против правосудия, совершаемых работниками правоохранительных органов: Методическое пособие / Коллектив авторов под рук. А.А. Эйсмана.* – М., 1991; *Карагодин В.Н.* Пути оптимизации деятельности следователя в условиях противодействия работников правоохранительных органов // *Преодоление противодействия предварительному расследованию.* – Свердловск, 1992; *Защляпин Л.А.* Основы методики расследования должностной преступной деятельности следователей и дознавателей: Дис. канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1993 и др.

⁶ *Карагодин В.Н.* Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 45.

мативную основу, т. е., находясь в правовых границах, сами по себе нормами права не регулируются»⁷.

В результате в сознании многих правоприменителей сформировалось стойкое заблуждение о том, что адвокат в своей работе вообще не обременен правовыми ограничениями. Некоторые новеллы уголовно-процессуального законодательства, призванные обеспечить необходимое *favor defensionis* (благоприятствование защите), действительно создают такое впечатление.

Между тем, как показал проведенный анализ, деятельность адвоката в уголовном процессе находится в довольно жестких рамках. Один из важнейших выводов исследования можно сформулировать так: **правовых средств предупреждения и нейтрализации незаконной деятельности адвокатов вполне достаточно**. Задача заключается только в том, чтобы довести до практических работников сущность, содержание и порядок применения этих средств.

Поэтому задачи данного исследования автор видел в том, чтобы:

- охарактеризовать предусмотренные законодательством и нормами профессиональной этики границы правомерной деятельности адвокатов;
- описать часто встречающиеся в практике неправомерные действия, находящиеся за этими границами, и оценить (квалифицировать) их с позиции конкретных правовых норм, которые нарушил недобросовестный адвокат;
- выделить криминалистически значимые признаки противоправной деятельности, имеющие важное значение для разработки мер по ее предупреждению и нейтрализации.
- указать на правовые средства предупреждения и нейтрализации типичных правонарушений.

Особо следует отметить, что адресатами прикладных рекомендаций являются не только и даже не столько представители стороны обвинения. В методическом обеспечении борьбы с противоправной деятельностью в собственных рядах нуждаются прежде всего сами адвокаты. Приведенные рекомендации могут оказаться полезными и для судей, территориальных органов юстиции, прокуратуры. О средствах и способах незаконной деятельности недобросовестных адвокатов должны знать и граждане-доверители.

Предупреждение незаконной деятельности адвокатов в прикладном значении представляет собой деятельность, направленную на недопущение совершения адвокатами правонарушений, путем выявления и устранения их причин, условий, способствующих их совершению, оказания предупредительного воздействия на лиц с противоправным поведением. Говоря о предупреждении этих правонарушений, следует исходить из того, что следователь, расследующий уголовное дело, судья, его рассматривающий, территориальные органы юстиции, адвокатская палата, другие заинтересованные субъекты, уже только зная о пределах полномочий адвоката и умея дать правовую оценку типичным правонарушениям, могут предупреждать их путем:

- улучшения качества расследования и судебного разбирательства по уголовным делам различных категорий;
- применения уголовного закона, уголовно-процессуальных, технико- и тактико-криминалистических средств и приемов, делающих бессмысленными типичные нарушения;
- недопущения нарушений закона со своей стороны, прежде всего, тех, что нарушают законные интересы стороны защиты в уголовном процессе;

⁷ См., например: *Зашлятин Л.А.* Криминалистика как основа разработки теоретических аспектов профессиональной защитительной деятельности // Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам: Сб. статей. – Екатеринбург, 2001. – С. 53.

- принятия всех необходимых мер, направленных на реализацию адвокатами своих полномочий, а так же на своевременную оплату труда адвокатов, участвующих в уголовном деле по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда;
- реализации индивидуального профилактического воздействия на адвокатов, склонных к противоправному поведению;
- предотвращения планируемых и готовящихся конкретных правонарушений.

Говоря о нейтрализации незаконной деятельности, следует исходить из того, что, выявив и дав оценку тому или иному правонарушению со стороны адвокатов, указанные выше субъекты могут предпринять все предусмотренные законодательством меры для того, чтобы сделать ее нейтральной⁸ по отношению к охраняемым законом интересам граждан и организаций, интересам правосудия и предварительного расследования, интересам самого адвокатского сообщества.

Исходя из этого, средствами нейтрализации могут быть:

- возбуждение и расследование уголовного дела против адвоката;
- применение к нему мер уголовно-процессуального характера;
- внесение представления⁹ (частного определения, жалобы), рассмотрение квалификационной комиссией адвокатской палаты вопроса о дисциплинарной ответственности адвоката¹⁰;
- предупреждение адвоката о недопустимости противоправного, неэтичного поведения, убеждение в нецелесообразности незаконного противодействия¹¹ предварительному расследованию, судебному рассмотрению дела;
- уступки, законный и этически допустимый компромисс со стороны защиты, и многие другие.

Все эти меры предупреждения и нейтрализации в той или иной мере рассмотрены в главах книги, а так же в электронных приложениях к ней¹².

Таким образом, в монографии предлагается комплексная, межотраслевая характеристика правонарушений, совершаемых адвокатами и характеристика правовых средств предупреждения и нейтрализации типичных правонарушений¹³.

Надеюсь, что работа найдет отклик у читателей. Особенно хотелось бы принять критические замечания и предложения. Автор не настаивает на абсолютной правильности своих суждений и приглашает заинтересованных читателей к конструктивной дискуссии.

* * *

Материалы для книги собирались на протяжении почти двух десятилетий, и она не появилась бы без помощи многих талантливых и щедрых людей. Прежде всего, сердечно

⁸ «Нейтрализовать» – сделать нейтральным // *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – С. 406.

⁹ Проект подобного представления с комментариями включен в Приложение 28.

¹⁰ Вопросы выявления и расследования соответствующих преступлений, внесения представлений, подачи жалоб, использования иных средств нейтрализации, рассматриваются в электронных приложениях к книге, в основном, в виде реальных обезличенных документов правоприменительной практики. См. *«Как пользоваться электронными приложениями»* в начале книги.

¹¹ А во многих случаях и незаконного содействия. См. гл. 3.1. Между тем законное противодействие уголовному преследованию не только право, но и обязанность адвоката.

¹² См. следующий параграф: «Как пользоваться электронными приложениями».

¹³ Отдельной важной задачей будущих исследований автор считает разработку мер по борьбе с незаконными средствами и методами противодействия адвокатам со стороны недобросовестных представителей правоохранительных органов и суда.

благодарю своих учителей и наставников – Владимира Ивановича Шиканова и Александра Федоровича Лубина.

Автору посчастливилось воспользоваться ценными советами и поддержкой известных ученых-юристов: Олега Яковлевича Баева, Вениамина Константиновича Гавло, Генриха Арсентьевича Густова, Юрия Альбертовича Дмитриева, Леонида Яковлевича Драпкина, Виктора Андреевича Жбанкова, Леонида Александровича Зашляпина, Игоря Эдуардовича Звечаровского, Георгия Алексеевича Зорина, Валерия Николаевича Карагодина, Марата Константиновича Каминского, Николая Николаевича Китаева, Валентина Яковлевича Колдина, Анатолия Николаевича Ларькова, Натальи Александровны Лопашенко, Виктора Александровича Образцова, Николая Александровича Подольного, Ираиды Вячеславовны Смольковой, Александра Борисовича Соловьева, Александра Яковлевича Сухарева, Юрия Григорьевича Торбина, Александра Георгиевича Филиппова, Бориса Цыбиковича Цыденжапова, Сергея Петровича Щербы, Николая Павловича Яблокова, Павла Сергеевича Яни и др.

Крайне важной была помощь и поддержка многих опытных и высококвалифицированных практических работников, среди которых Борис Николаевич Ботоев, Виктор Яковлевич Гринь, Сергей Петрович Казаков, Сергей Николаевич Лучанинов, Игорь Александрович Мясников, Валерий Георгиевич Петров, Вячеслав Викторович Сухоруков, Владимир Александрович Фалилеев, Ольга Максимилиановна Хабази, Анатолий Орхокович Хориноев, Яков Евгеньевич Хорошев, Олег Валентинович Хышиктуев, и многие другие.

Автор признателен всем следователям, прокурорам, судьям и адвокатам, любезно согласившимся принять участие в анкетировании и интервьюировании. Мнения последних оказались особо ценны, поскольку постоянно напоминали о необходимости сохранения объективной, непредвзятой оценки деятельности профессиональных защитников. Удалось ли это автору – судить прежде всего им – уважаемым представителям адвокатского сообщества.

Большое спасибо всем моим коллегам из Бурятской транспортной прокуратуры, Восточно-Сибирской транспортной прокуратуры, прокуратуры Республики Бурятия, всем тем, с кем автор провел незабываемые годы следственной работы, с кем вместе расследовали уголовные дела, поровну делили успехи и неудачи, набирались опыта и щедро делились им. Без их ежедневного участия, дружеской поддержки не было бы, в том числе, и этой книги.

И, наконец, особый адресат для выражения признательности – мои дорогие родители – Петр Базаржапович и Надежда Арьяевна Гармаевы. Их любовь и забота всегда остаются главной опорой во всем.

Как пользоваться электронными приложениями

В процессе работы над книгой перед автором стояла задача сделать ее максимально практичной. Для этого мало только анализировать законодательство и публикации, давать советы. Нужно предоставить возможность действующим и будущим юристам, при необходимости, применить совет на практике. А это, прежде всего, означает составить процессуальный или иной документ. С тех пор как у юристов всех профессий появилась компьютерная техника, это делается на основе разнообразных электронных шаблонов, которые тысячами оседают в персональных компьютерах и локальных сетях каждого профессионала. Есть у таких подходов и свои минусы. Но и совсем отходить от сложившейся практики тоже не выход.

Поэтому автор решил подготовить и разместить в Интернете для открытого пользования электронные документы – образцы и примеры процессуальных и иных документов. Для этого после специальной выборки материалов уголовных дел, проверок, дисциплинарных производств, некоторые были отсканированы, отредактированы и обезличены.

Адвокаты, работники судебных и правоохранительных органов, преподаватели и студенты вузов, граждане, обращающиеся за юридической помощью – все, кто пожелает использовать весь объем электронных приложений, могут их просмотреть и скачать по ссылке <https://yadi.sk/d/08vy2nQGoG7WJ>.

Все желающие могут направлять свои примеры и образцы электронных документов на адрес: garmaeff1@mail.ru.

Убедительно просьба, чтобы эти документы соответствовали следующим требованиям:

- они должны быть получены законным путем, в частности, в необходимых случаях – с согласия их составителей;
- их источником должны быть уголовные дела и материалы, по которым правовые решения вступили в законную силу;
- они не должны содержать сведения, составляющие государственную или иную охраняемую законом тайну, относиться к объектам авторского права;
- в них по возможности не должно быть ошибок и нарушений закона. Если таковые имеются, необходимо сопроводить текст соответствующими сносками или примечаниями о том, в чем заключается ошибка (нарушение закона), как ее следует исправить.

Искренне надеюсь, что книга и электронные приложения к ней принесут реальную пользу как действующим, так и будущим юристам, гражданам, обращающимся за квалифицированной юридической помощью.

Глава. 1

Пределы прав и полномочий адвоката

1.1. Общие положения

Для того, чтобы дать оценку правонарушениям, допускаемым адвокатами в рамках уголовного судопроизводства и предложить средства их предупреждения и нейтрализации, необходимо сначала выяснить, а каковы же критерии, пределы законного поведения защитника и представителя, каков объем их полномочий по действующему законодательству, за пределы которого адвокат, будучи участником уголовного судопроизводства, не вправе выходить, за нарушения каких правовых норм он может быть подвергнут тому или иному виду юридической ответственности.

В отдельных криминалистических исследованиях объем предоставленных конкретному лицу прав и полномочий принято называть «нормативной моделью профессиональной деятельности лица» в противовес «фактической модели профессиональной деятельности», т. е. того, как в действительности ведет себя тот или иной индивид. Следующий после этого сравнительный анализ нормативной и фактической модели дает правоприменителю основания для вывода о наличии либо отсутствии в деяниях конкретного лица состава правонарушения¹⁴.

Установление нормативной модели деятельности защитника в уголовном судопроизводстве в настоящее время представляется довольно сложной задачей, поскольку:

1. Данная модель, полномочия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, регулируется разноотраслевым законодательством, включающим конституционные нормы, общепризнанные принципы и нормы международного права, уголовно-процессуальное законодательство, законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре и др.

2. В настоящее время адвокатская деятельность, адвокатура в Российской Федерации переживает сложный и важный период. В связи со вступлением в законную силу уголовно-процессуального кодекса РФ, Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», призванных обеспечить реальную состязательность уголовного судопроизводства, коренным образом меняется вся система деятельности адвокатуры и на нормативном, организационном, и на содержательном уровне.

3. Анализ действующего законодательства показал, что деятельность защитника в уголовном судопроизводстве по-прежнему регулируется только в наиболее общих чертах, во многом без конкретизации полномочий, ответственности, без четкого определения критериев законности, допустимости, этичности действий адвоката в уголовном процессе.

Именно в силу названных причин приведенный ниже анализ будет основан, во многом, на субъективной оценке комплекса правовых норм, собственном, далеко не бесспорном толковании автора тех или иных противоречий, пробелов, имеющих в действующем законодательстве, анализе научной и методической литературы по вопросам о критериях этичности и законности деятельности адвокатов-защитников.

Позиция автора во многом продиктована и спецификой профессионального опыта работы в следственных органах прокуратуры, а потому многим читателям может показаться несколько необъективной. Полагаю, что, критически оценивая излагаемые мнения, приводя

¹⁴ См., например, Методика расследования преступлений, связанных с профессиональной деятельностью // Криминалистика / Под ред. В.А. Образцова. – М., 1997. – С. 633–640.

иные, нежели предложенные здесь доводы, каждый сможет выработать собственную позицию.

Итак, полномочия адвоката-защитника в действующем уголовном судопроизводстве определяются комплексом норм, среди которых, с определенной степенью условности можно выделить:

1. Конституционно-правовые нормы, нормы международного права, имеющие отношение к правам подозреваемого (обвиняемого) в уголовном судопроизводстве и деятельности адвоката по защите его интересов.

2. Нормы УПК РФ.

3. Положения Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

4. Иные нормативно-правовых актов федерального законодательства и законодательства субъектов РФ¹⁵.

Важное значение в регулировании деятельности профессиональных защитников имеют акты Конституционного суда РФ. Существенную роль они сыграли до вступления в силу УПК РФ, поскольку отменяли не соответствующие Конституции нормы УПК РСФСР 1960 года, давали легальное толкование важнейшим правовым категориям, таким, как право на защиту (в различных аспектах применения), конфиденциальность отношений адвоката со своим подзащитным и др. Многие положения актов Конституционного суда легли в основу норм Уголовно-процессуального кодекса РФ.

Своеобразным регулятором деятельности профессиональной защиты являются правила адвокатской этики, как корпоративные этические нормы адвокатского сообщества.

На первом Всероссийском съезде адвокатов, проходившем в г. Москве 31.01.03, в соответствии со ст. 36 Закона об адвокатуре был принят Кодекс профессиональной этики адвоката. С принятием этого документа адвокатское сообщество, да и все работники правоохранительной и судебной системы связывают большие надежды на упорядочение адвокатской деятельности, обеспечение адвокатуры полноценным кадровым составом. Предписание, обязывающее каждого адвоката соблюдать кодекс, уже имеется в Законе об адвокатуре, в частности, в п. 4 ч. 1 ст. 7 Закона, а так же в тексте присяги адвоката (ст. 13), что, по сути, делает кодекс неотъемлемой частью закона. (См. Приложение 27).

УПК РФ существенно расширил полномочия защитника в уголовном судопроизводстве. Кроме того, необходимо учитывать, что правомочия защитника во многом производны от прав и обязанностей обвиняемого, подозреваемого. А поскольку новым кодексом существенно расширены права последних, то соответственно расширились и полномочия защитника.

Автор не описывает весь спектр полномочий, процессуальных и тактических возможностей адвоката. В научной, методической и учебной литературе в последние годы публикуется довольно много исследований такого рода. Впечатляющими темпами развивается относительно новое направление в криминалистической науке – «криминалистика защиты»¹⁶.

¹⁵ Ст. 4 Закона об адвокатуре. Подробно о соответствующем законодательстве см. Питулько К.В., Коряковцев В.В. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». – СПб., 2002. – С. 31–33.

¹⁶ Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам: Сб. статей. – Екатеринбург, 2001; Тактика, методика и стратегия профессиональной защиты: Сб. статей. / Сост. Л.А. Зашляпин. – Екатеринбург, 2002; и др.

1.2. Процессуальная дисциплина для адвоката

Сложность проводимого исследования была предопределена многими факторами. Среди них следует отметить следующий: в сознании многих правоприменителей сформировалось стойкое заблуждение о том, что адвокат в своей работе вообще не обременен какими-либо правовыми ограничениями. Ошибочность такого мнения очевидна, однако требует специальной аргументации.

Прежде всего, необходимо отметить, что в соответствии с ч. 2 ст. 1 УПК РФ порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным, не только для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, но и для иных участников уголовного судопроизводства.

Адвокат, как и любой участник судопроизводства, не вправе нарушать этот порядок. В его прямые обязанности входит соблюдение процессуальной дисциплины на протяжении всего производства по делу.

«Если учесть задачи уголовного судопроизводства и правовую урегулированность положения защитников, то становится ясно, что все обвиняемые, адвокаты, потерпевшие и другие лица, независимо от характера дела, подчиняются велениям соответствующего органа уголовного судопроизводства (следователя, прокурора, суда)»¹⁷.

На это, в частности, указывают положения статей 117 и 118 УПК РФ. В них указано, что в случаях неисполнения участниками уголовного судопроизводства процессуальных обязанностей, предусмотренных настоящим Кодексом, а также нарушения ими порядка в судебном заседании на них может быть наложено денежное взыскание в размере до 25 МРОТ (ст. 117 УПК РФ). Оно налагается судом, а если соответствующее нарушение допущено в ходе досудебного производства, то субъект расследования составляет протокол о нарушении, который направляется в суд (из ч. 1 и 3 ст. 118 УПК РФ)¹⁸.

Частью 1 статьи 258 УПК РФ установлено, что при нарушении порядка в судебном заседании, неподчинении распоряжениям председательствующего или судебного пристава, лицо, присутствующее в зале судебного заседания, предупреждается о недопустимости такого поведения, либо удаляется из зала судебного заседания, либо на него налагается денежное взыскание в порядке, установленном статьями 117 и 118 Кодекса.

При неподчинении защитника распоряжениям председательствующего слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено. Одновременно суд сообщает об этом в адвокатскую палату (ч. 2 ст. 258 УПК РФ).

В соответствии с ч. 1 ст. 6 закона об адвокатуре полномочия адвоката, участвующего, в том числе, в качестве защитника доверителя в уголовном судопроизводстве, регламентируются соответствующим процессуальным законодательством РФ, т. е. в данном случае – уголовно-процессуальным законодательством (ч. 1 ст. 6). При этом адвокат вправе совершать действия, не противоречащие законодательству РФ (п. 7 ч. 3 ст. 6 закона об адвокатуре). Соответственно, вполне правомерным будет следующее толкование данной нормы: «Адвокат не вправе совершать действия, противоречащие законодательству РФ». Кроме того, адвокат обязан исполнять требования закона об обязательном участии в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда (п. 2 ч. 1 ст. 7 закона об адвокатуре). При этом за неисполнение

¹⁷ Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: Учебник. — М., 2001. — С. 429.

¹⁸ Законом «О внесении изменений и дополнений в УПК РФ» от 4.07.03 № 92-ФЗ изменена ч. 2 ст. 111 УПК РФ. В результате защитник и законный представитель, как участники уголовного судопроизводства теперь не могут быть привлечены к такой мере процессуального принуждения как денежное взыскание.

или ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную законом об адвокатуре (ч. 2 ст. 7, п. 1 ч. 2 ст. 17) и Кодексом профессиональной этики.

К вопросу о процессуальной дисциплине для адвоката весьма интересной и значимой представляется одна из норм Кодекса профессиональной этики: «При невозможности по уважительным причинам прибыть в назначенное время для участия в судебном заседании или следственном действии, а также при намерении ходатайствовать о назначении другого времени, адвокат по возможности должен заблаговременно уведомить об этом суд или следователя, а также сообщить об этом другим адвокатам, участвующим в процессе и согласовать с ними взаимно приемлемое время» (ч. 1 ст. 14 Кодекса).

Нарушение адвокатом данной, равно как и других норм Кодекса этики, законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, совершенное умышленно или по грубой неосторожности, влечет применение к нему мер дисциплинарной ответственности, предусмотренных законом об адвокатуре и настоящим Кодексом, установленных собранием (конференцией) соответствующей адвокатской палаты (ч. 1 ст. 18 Кодекса)¹⁹.

Таким образом, если защитник нарушает процедуру следственных и судебных действий, препятствует их проведению незаконными средствами и способами, то он может быть привлечен к юридической ответственности.

¹⁹ Подробно об этом – в гл. 9 книги.

1.3. Кто может быть допущен в качестве защитника

В 1 ст. 49 УПК РФ впервые дано легальное определение защитника, как участника уголовного судопроизводства. Им является лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В части 2 статьи указано, что в качестве защитников допускаются адвокаты, а так же по определению или постановлению суда, наряду с адвокатом, один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый.

Используя буквальное толкование закона, указанные лица – не адвокаты, т. е. дополнительные (субсидиарные) защитники, вправе участвовать лишь в суде, поскольку допускаются только по его решению. В период действия УПК РСФСР возможность участия защитника – не адвоката на предварительном следствии могла быть реализована в случае возвращения дела судом для дополнительного расследования (ст. 232 УПК РСФСР)²⁰. В связи с отменой правового института возвращения дела судом на доследование в новом кодексе полностью исключается и возможность участия на стадии следствия (дознания) такого защитника.

Из числа защитников в новом законе исключен представитель профессионального союза или другого общественного объединения. Законодатель, по всей видимости, учел, что в практике такой защитник не обеспечивает своему подзащитному квалифицированной юридической помощи, особенно если кроме него в деле не участвует профессиональный адвокат.

«Законодательная практика всех цивилизованных стран мира определила право на защиту не только как возможность обвиняемого осуществлять защиту собственными силами, но и как допустимость привлечения для осуществления этой деятельности другого лица, которое в силу имеющейся квалификации способно грамотно и эффективно осуществить защиту»²¹.

²⁰ Уголовный процесс: Учебник / Под ред. К.Ф. Гуценко. – М., 2000. – С. 117.

²¹ Волков В., Подольный А. Как гарантировать квалифицированную юридическую помощь? // Российская юстиция. – 2000. – № 9. – С. 38.

1.4. Момент начала участия защитника

Важнейшим, определяющим аспектом защиты является момент начала участия защитника²² в уголовном деле.

Согласно ч. 3 ст. 49 УПК РФ защитник участвует в деле:

1. С момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, а не с момента предъявления обвинения, как это было по старому УПК (ч. 1 ст. 47 УПК РСФСР).

Известно, что между двумя этими юридическими фактами проходит значительный промежуток времени – от суток и более. Таким образом, следователь обязан не только вручить лицу копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого (ст. 47 ч. 4 п. 2 УПК РФ), заранее известить его о дне предъявления обвинения (ст. 172 ч. 2 УПК РФ), но и разъяснить обвиняемому право на защиту, допустив к участию в деле защитника.

2. С момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица²³.

Это одна из наиболее существенных новаций уголовно-процессуального закона. Поскольку именно с момента начала своего участия в уголовном деле защитник приобретает целый комплекс прав и обязанностей, вопрос о более раннем вступлении его в процесс становится крайне важным для тактики обеих сторон. Следственная практика показывает, что момент появления адвоката в кабинете следователя, дознавателя, момент, с которого защитник впервые имеет возможность побеседовать наедине и конфиденциально со своим подзащитным, который, в данном случае не подвергнут задержанию, имеет важнейшее, а иногда и решающее тактическое, психологическое значение. Многие подозреваемые по только что возбужденному делу, еще не встречавшиеся с адвокатом, которым (подозреваемым) это право еще не разъяснено, дают следователю признательные показания. Весьма распространены случаи, когда уже после первой конфиденциальной беседы с адвокатом заподозренный отказывается от ранее данных признательных показаний²⁴.

По этой причине многие следователи, дознаватели, оперуполномоченные в ранее действовавших процессуальных условиях старались на как можно более поздний срок отложить эту встречу, по возможности дольше контактировать с заподозренным²⁵ без адвоката, проводить с ним беседы, следственные действия и т. д. Робкие поползновения заподозренного о приглашении адвоката часто пресекались недобросовестными представителями стороны обвинения со ссылкой на то, что:

- лицо еще не задержано;
- к нему не применена мера пресечения в виде заключения под стражу до предъявления обвинения и т. д. (ч. 1 ст. 47 УПК РСФСР);
- он допрашивается формально в качестве свидетеля, а потому право на защиту еще пока не имеет.

В период действия УПК РФ эта порочная практика лишилась всякой целесообразности. С учетом положения п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ следователю вряд ли выгодно допрашивать подозреваемого без адвоката, особенно если подследственный дает признательные показания.

²² А не момент его допуска, как это было сформулировано в редакции ст. 49 УПК РФ до введения в нее изменений Федеральным законом № 58-ФЗ от 29.05.02.

²³ П. 2 ч. 3 ст. 49 УПК РФ.

²⁴ См., в частности, гл. 10.2.

²⁵ Данный термин используется постольку, поскольку в соответствующих процессуальных условиях лицо еще не могло быть признано подозреваемым.

Теперь, уже только при наличии факта возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица следователь обязан обеспечить ему участие защитника.

Таким образом, закон классифицирует все уголовные дела на:

- возбуждаемые в отношении конкретного лица;
- возбуждаемые по факту.

Последнее, как правило, означает, что дело возбуждено на основании достаточных данных, указывающих на признаки преступления, но без признаков совершения его конкретным лицом (например, по факту обнаружения трупа с признаками насильственной смерти без каких-либо данных об убийце, т. е. неочевидное убийство; по факту аварии или крушения, когда на момент происшествия ответственные за нее лица не установлены и др.).

Можно предположить, что в целях достижения мнимых тактических преимуществ, некоторые следователи будут возбуждать дела без указания в постановлении о возбуждении на данные о конкретном лице, даже когда в сообщении о преступлении, материалах проверки сообщения, данные о таком лице будут реально фигурировать.

Такие действия следователя следует признать нарушением закона, а заподозренное лицо вправе обжаловать эти действия и быть обеспеченным участием защитника с момента возбуждения такого дела. Кроме того, и с точки зрения следственной тактики попытки ограничить, отсрочить начало участия защитника в деле не дают органу расследования каких-либо преимуществ. Как уже хорошо известно правоприменителям, в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ к недопустимым доказательствам относятся показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде.

Таким образом, какие бы признательные и иные интересующие сторону обвинения показания не дал подозреваемый до начала участия в деле защитника, в суде они могут быть признаны недопустимыми (в случае отказа от них подсудимого). Сказанное означает, что максимально раннее, начиная с момента возбуждения дела, начало участия защитника, соответствует интересам не только стороны защиты, но и стороны обвинения. А для получения от подозреваемого правдивых показаний необходимо выбирать другие, более эффективные тактические приемы, нежели незаконное противодействие защите.

Не имеет ничего общего с законностью и распространенная уловка следствия допрашивать фактически подозреваемое лицо в качестве свидетеля, избегая, таким образом, необходимости разъяснения ему соответствующих прав, в том числе и права на защиту. Такие показания так же могут и должны быть признаны недопустимыми в суде.

3. Относительной новеллой следует признать и положение УПК РФ, допускающее участие в деле защитника с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). Относительна эта новелла потому, что аналогичное положение было введено еще в УПК РСФСР (ч. 1 ст. 47) с 23.03.01²⁶.

Точного перечня такого рода мер кодекс не содержит. Тем не менее, этот перечень можно определить, отчасти, путем анализа статей раздела IV УПК РФ «Меры процессуального принуждения». Так, к иным мерам и процессуальным действиям можно отнести личный обыск (ст. 93 УПК), обязательство о явке (ст. 112 УПК), привод (ст. 113 УПК), наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК) и др.

Подробно содержание соответствующих мер и действий комментирует Конституционный суд. В своем постановлении от 27.06.00²⁷ суд указывает на те ситуации, в которых

²⁶ Федеральным законом от 20.03.01 № 26-ФЗ.

²⁷ Постановление № 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». // СЗ РФ. – 2000. – № 27. – Ст. 2882; Российская газета. – 2000. – 04 июля. – № 128.

управомоченными органами власти предприняты меры, реально ограничивающие свободу и личную неприкосновенность, включая свободу передвижения – удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а так же какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность. Эти меры, как отмечает Конституционный суд, могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений.

Таким образом, Конституционный суд дает открытый перечень процессуальных действий и иных мер, которые, в зависимости от ситуации, могут считаться основаниями для вступления в дело защитника. Очевидно, что перечислить все эти меры не только не реально, но и не имеет смысла.

Стороне обвинения следует лишь уяснить, что фактически любые процессуальные действия²⁸, направленные против конкретного лица, могут стать основанием для участия защитника в следственных действиях.

Другие, предусмотренные ч. 3 ст. 49 УПК временные рамки начала участия защитника в деле (п.п. 3 и 4), существенных затруднений в практике не вызывают, а потому подробно рассматриваться не будут.

²⁸ Об некоторых исключениях см. гл. 1.12.

1.5. Беседа с подозреваемым (обвиняемым): обязательно ли присутствие защитника?

Многие адвокаты требуют от следователей, дознавателей и оперуполномоченных оповещения о проведении и допуске к участию не только в следственных действиях, но и в иных мероприятиях. Например, в беседах оперативных работников с заподозренным лицом – клиентом адвоката. Практикам хорошо известно, что именно в результате таких бесед часто удается убедить лицо давать правдивые показания. Признания, которые дает в ходе устной беседы подозреваемое в совершении преступления лицо, далеко не всегда подтверждаются им же на следственных действиях с участием защитника, а потому допустимыми доказательствами в этом случае не являются.

Но, несмотря на это, и такие беседы дают важную для следователей и оперативников ориентирующую информацию, которая может быть использована в самых различных целях²⁹, представляют им определенное тактическое, психологическое преимущество.

Об этих нежелательных для стороны защиты последствиях бесед хорошо знают так же и опытные адвокаты, а потому они всячески стараются препятствовать таким встречам и беседам. В определенных формах они вправе это делать. Защитник может согласовать со своим клиентом отказ от дачи показаний вообще, либо подозреваемый, обвиняемый соглашается давать показания только в рамках следственных действий и только в присутствии защитника.

Однако важно подчеркнуть то, что сторона обвинения, на мой взгляд, вправе проводить такого рода беседы. Так, работник органа – субъекта ОРД (ст. 13 Закона «Об ОРД»), в рамках расследования вправе по поручению следователя гласно и негласно проводить оперативно-розыскные мероприятия (ст. 15 ч. 1 п. 1), в том числе опрос (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закона), устанавливать отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД (п. 2 ч. 1 ст. 15 Закона) при обязательном соблюдении принципов ОРД (ст. 3 Закона).

Также, например, работники милиции вправе вызывать граждан по делам и материалам, находящихся в их производстве, получать от них необходимые пояснения, сведения и т. д. (п. 3 и 4 ч. 1 ст. 11 Закона «О милиции» от 18.04.91 № 1026).

Таким образом, полагаю, что оперативные работники и другие должностные лица стороны обвинения вправе не только проводить подобные беседы в пределах своей компетенции, но и из тактических соображений, в случае необходимости, не допускать к их участию защитника. Хотя, если подозреваемый настаивает, чтобы при беседе его адвокат присутствовал, его участие все-таки необходимо.

²⁹ Например, для целей, обозначенных в ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.95 № 144-ФЗ. Далее, для краткости – закон «Об ОРД».

1.6. Осуществление защиты не запрещенными средствами и способами

Большая часть полномочий защитника в уголовном судопроизводстве регламентирована статьей 53 УПК РФ. Эта статья содержит открытый перечень прав защитника, единственным и достаточно неопределенным ограничением которого является указание на то, что защитник вправе использовать только **не запрещенные настоящим Кодексом** средства и способы защиты (п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Уместно будет вспомнить, что по УПК РСФСР (ст. 51) защитник вправе был использовать любые средства и способы защиты, не противоречащие закону. Таким образом, формула: «разрешено все, что не противоречит закону», была заменена на: «разрешено все, что не запрещено данным законом». Сущностную разницу между двумя этими формулами уловить не сложно. Законодатель, на мой взгляд, необоснованно установил ограничения в выборе защитником средств и способов защиты только не запрещенными действующим УПК РФ. Очевидно, что недопустимыми в уголовном судопроизводстве являются и те средства защиты, которые нарушают нормы уголовного законодательства, законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, административные и другие нормы. Этот вывод подтверждают и положения Закона об адвокатуре (п. 7 ч. 3 ст. 6 и п. 1 ч. 1 ст. 7).

В связи с этим полагаю, что п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ необходимо было бы сформулировать следующим образом: «11) Использовать иные, не запрещенные законодательством РФ средства и способы защиты».

Итак, защитнику разрешено осуществлять защиту любыми, не запрещенными законом средствами и способами. Эта широкая и неопределенная законодательная конструкция во многом создает проблемы предмета исследования данной работы. Что значит «незаконные средства защиты»? Где та грань между законностью и незаконностью? Только с максимально возможной степенью определенности ответив на эти вопросы, можно провести настоящее исследование и предлагать какие-то рекомендации для практики.

Как уже отмечалось во введении к книге, тактика и методика защиты в значительной части имеют ненормативную основу, т. е., находясь в правовых границах, сами по себе нормами права не регулируются³⁰. Однако автор не ратует за введение четкой регламентации процессуального порядка, тактики и методики защиты. Это невозможно, да и нецелесообразно. Отмечу лишь, что, по крайней мере, на уровне методического обеспечения, доктринального толкования закона, необходимо более четкое определение пределов правомерности средств и способов защиты. Итак, в связи с неопределенностью этих границ хотелось бы при анализе конкретных фактов из числа распространенных в правоприменительной практике давать небесспорную оценку законности поведения адвоката.

Здесь же обратим внимание лишь на пределы законности тех общих полномочий защитника, которые регламентированы ч. 1 ст. 53 УПК РФ.

³⁰ Зашляпин Л.А. Криминалистика как основа разработки теоретических аспектов профессиональной защитительной деятельности. // Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам: Сб. статей. – Екатеринбург, 2001. – С. 53.

1.7. Право на свидание с подзащитным

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, защитник, с момента начала участия в уголовном деле, вправе иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47 настоящего кодекса, т. е. наедине и в условиях конфиденциальности, без ограничения числа и продолжительности таких свиданий.

Не будем так же забывать, что в соответствии с частью 4 статьи 92 УПК РФ в «В случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого продолжительность свидания свыше 2 часов может быть ограничена дознавателем, следователем с обязательным предварительным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника. В любом случае продолжительность свидания не может быть менее 2 часов».

Таким образом, законодатель, с одной стороны, еще более укрепил право подозреваемого на квалифицированную юридическую помощь, в данном случае в части встречи наедине и конфиденциально с защитником до начала производства с ним первых процессуальных действий. Как уже было отмечено, именно в первой беседе адвоката с клиентом закладываются основные параметры защиты, вырабатывается линия поведения, подозреваемый обсуждает с защитником те показания, которые ему предстоит дать на первом и последующем допросах. Теперь временной интервал такой беседы не может быть менее 2 часов в случае, если лицо задержано. Прежде всего, это оградит сторону защиты от возможных незаконных действий недобросовестных следователей, пытающихся лишить ее права на такое свидание или ограничить его искусственно на срок менее двух часов.

С другой стороны, законодатель дал возможность стороне обвинения, при необходимости проведения следственных действий, ограничить время свидания адвоката с подзащитным только двумя часами с обязательным предварительным уведомлением обоих.

Уяснение значения термина «наедине» в практике не вызывает особых затруднений. Наедине – означает один на один, вдвоем, без свидетелей³¹. Значительно большие трудности на практике вызывает понимание значения термина «конфиденциальность».

Бесспорно, что при заявлении соответствующего ходатайства следователь (дознаватель) обязан создать защитнику и обвиняемому (подозреваемому) такие условия, при которых они могли бы остаться наедине вдвоем в определенном помещении (в кабинете, в камере ИВС, СИЗО и т. п.) или ином месте для обсуждения возникших вопросов, выработки единой позиции по делу.

Обеспечение права на свидание не может быть поставлено в зависимость от предварительного допроса обвиняемого или подозреваемого либо производства других следственных действий³².

Порядок свидания защитника с обвиняемыми и подозреваемыми, в отношении которых в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу (ст. 108 УПК РФ) регламентируется ст. 18 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»³³.

Закон и судебная практика всемерно защищают это право стороны защиты. Так, неправомерными и несоответствующими Конституции РФ признал Конституционный Суд в своем Постановлении от 25.10.01 № 14-П «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 Федерального закона «О содер-

³¹ Словарь русского языка: в 4-х томах. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – М., 1981–1984. – Т. 2. – С. 350.

³² Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьев. – М., 2002. – С. 123.

³³ ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». № 103-ФЗ от 15.07.95.

жании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева» ведомственные ограничения на свидание обвиняемого (подозреваемого) в зависимости от наличия разрешения на это от лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело.

В ч. 2 статьи 18 закона «О содержании под стражей...» указано, что «свидания подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволяющих сотруднику места содержания под стражей видеть их, но не слышать». Подчеркнем, что запрещено «сотруднику места содержания под стражей», а не любому сотруднику правоохранительных органов.

Данная норма гарантирует адвокату и его подзащитному условия общения наедине и конфиденциально. Но гарантирует ли она неприкосновенность таких свиданий, да и вообще любых контактов защитника со своим клиентом (по телефону, в общении за пределами помещений и т. п.) от проведения оперативно-розыскных мероприятий, проводимых в порядке, установленном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»?

Этот крайне актуальный в практике вопрос в актах легального и судебного толкования не рассматривался. На мой взгляд, субъекты расследования вправе назначать и проводить оперативно-розыскные мероприятия в отношении адвоката и его подзащитного, в том числе и во время их конфиденциальных свиданий. Безусловно, такое возможно только при наличии предусмотренных законодательством оснований и при строгом соблюдении условий, а так же с соблюдением ряда процессуальных ограничений. Комплекс норм, обеспечивающих стороне обвинения право на проведение соответствующих мероприятий, относится не только к УПК РФ, но и к другим нормативно-правовым актам разноотраслевого характера. Поэтому свою точку зрения более подробно я обосную в отдельной главе (1.13)³⁴.

На практике нередко возникает вопрос: как действовать, если защитник, участвующий в производстве следственного действия, просит прервать его и предоставить свидание с подзащитным наедине? Нетрудно понять причины, по которым часто адвокаты настаивают на таком свидании. Тем самым можно свести на нет использование следователем всех тактических приемов допроса. Недобросовестные защитники не избежат искушения дать указания подзащитному о даче тех или иных, далеко не всегда правдивых, но выгодных стороне защиты показаний (подробно об этом См. гл. 10.2).

Между тем, в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ следователь уполномочен самостоятельно направлять ход расследования, принимать решения о производстве следственных и иных процессуальных действий. В рамках допроса следователь свободен в выборе его тактики (ч. 2 ст. 189 УПК РФ).

Присоединяюсь к мнению о том, что, следователь вправе, не нарушая права обвиняемого (подозреваемого) на защиту, отказать защитнику в предоставлении свидания с подзащитным во время проведения следственного действия, если до его начала защитнику была предоставлена возможность встретиться с подзащитным наедине и если о предоставлении свидания не ходатайствует обвиняемый или подозреваемый³⁵.

³⁴ См. так же: Гармаев Ю.П., Раднаев В.С. Конфиденциальность свидания адвоката с клиентом: каковы ее пределы? // Журнал российского права. – 2001. — № 6.

³⁵ Подробно об этом см.: Лисицин Р. Что делать следователю, если защитник не явился на допрос // Российская юстиция. – 2000. – № 6. – С. 41.

1.8. Пределы полномочий защитника по сборанию доказательств

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник впервые в истории российского уголовно-процессуального законодательства получил право не только представлять, но и собирать доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 кодекса.

В данной норме указано, что защитник вправе собирать доказательства путем:

1. получения предметов, документов и иных сведений;
2. опроса лиц с их согласия;

3. истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Анализ этих положений указывает, что после многочисленных дискуссий в основу концепции УПК РФ не была положена идея введения параллельного расследования, проводимого стороной защиты³⁶. Хотя многие ученые высказывались по вопросу о возможности надления защитника обвиняемого правом проводить следственные действия с целью выявления оправдывающих или смягчающих ответственность обстоятельств с изложением своих выводов в «оправдательном заключении», которое можно было бы направлять в суд вместе с уголовным делом³⁷.

Однако представляется, что новеллы закона, связанные с различными аспектами собирания доказательств защитниками вызовут серьезные сложности на практике. В той или иной мере неизбежны перегибы, и в то же время недооценка этих важных и эффективнейших инструментов защиты в руках адвокатов.

Прежде всего, необходимо отметить, что всей полнотой государственно-властных, в том числе процессуальных полномочий по сборанию доказательств, российский уголовно-процессуальный закон традиционно наделил только участников уголовного судопроизводства, ответственных за ведение уголовного дела. Собирание доказательств они производят посредством проведения всех предусмотренных действующим законом следственных действий, включая обыск, личный обыск, выемку, осмотр, освидетельствование и др.

Для защитников УПК РФ предусмотрел полномочия по осуществлению только трех вышеупомянутых мер, ни одно из которых следственным действием не является.

Если в ходе проведения следственных и иных действий следователь (дознатель) вправе реализовывать властные полномочия, т. е. давать обязательные для исполнения распоряжения в отношении лиц, не находящихся у него в служебной зависимости, принимать решения, обязательные для исполнения гражданами и организациями независимо от их ведомственной принадлежности³⁸, в том числе, применять принудительные меры, связанные с ограничением прав и свобод граждан³⁹, то защитник при проведении опроса лиц, получе-

³⁶ Lupinskaya P.A. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 6.

³⁷ См., например, Горя Н. Принципы состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. – 1990. – № 7. – С. 21–24; Ларин А.М. Доказывание и предпроцессуальная деятельность защитника. // В сб. «Адвокатура и современность». – М.: ИГПАН, 1987. – С. 84–85.

³⁸ О содержании властных полномочий см., например, п. 2 Постановления Пленума Верховного суда РФ № 6 от 10.02.2000 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе»

³⁹ Например, насильственное проникновение в жилое помещения для производства обыска, обнажение лица при освидетельствовании и т. п.

нии предметов, документов и иных сведений, истребовании справок и т. д. ни в коей мере не вправе присваивать какие-либо властные полномочия.

В уголовно-процессуальном законе не решен вопрос: должен ли адвокат в разговоре с опрашиваемым им лицом сказать, что является защитником подозреваемого или обвиняемого, или достаточно простого согласия данного лица. Согласен с позицией Н. Кузнецова и С. Дадонова, которые утверждают, что адвокат если не сразу, то хотя бы во время опроса должен сообщить опрашиваемому для чего нужны получаемые от него сведения. И уж конечно адвокат не вправе придумывать для более успешного опроса лица «легенду» о своей принадлежности к какому-нибудь «компетентному ведомству», а тем более принуждать опрашиваемого к даче ложных показаний⁴⁰. Граждане не обязаны, а лишь вправе давать показания защитнику, если они на то согласны.

Защитник не вправе обязывать явкой в адвокатский кабинет (бюро, юридическую консультацию) лиц, которых он намерен опросить по обстоятельствам, имеющим отношение к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь. Он не вправе официально предупредить опрашиваемое лицо об уголовной ответственности за дачу ложных показаний и за отказ от дачи показаний (ст. ст. 307 и 308 УК РФ) в рамках данного опроса и отбирать соответствующую подписку. Он, разумеется, может разъяснить лицу перспективы привлечения к уголовной ответственности за дачу ложных показаний или за отказ от дачи показаний на допросе у следователя, но никак не за аналогичные действия на проводимом им самим опросе. В равной мере защитник не имеет права изымать либо даже просто требовать те или иные предметы и документы у их владельца – физического лица, как это вправе делать следователь (дознатель) в рамках обыска или выемки.

Формируемая в настоящее время адвокатская практика дает примеры превышения полномочий со стороны защитников по уголовным делам. Недобросовестные адвокаты порой стремятся де-факто приравнять свои полномочия к полномочиям следователей (разумеется, без той ответственности, под грузом которой ходит это должностное лицо), т. е. пытаться проводить опрос как допрос, получение предметов и документов, как их выемку или даже обыск и т. п. Правоохранительные органы и суд вправе и обязаны пресекать такие нарушения закона, используя весь комплекс мер, о которых будем говорить в дальнейшем⁴¹.

Далее, показания лиц, опрошенных защитниками, предметы, документы и иные сведения могут по своему содержанию являться доказательствами (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), но сами по себе, вне их процессуального оформления судом, следователем или дознавателем не могут быть признаны допустимыми.

В литературе по данному вопросу высказываются и противоположные мнения. Например, предлагается представляемые защитником объяснения опрошенных лиц, справки о проведенном исследовании, приобщать к делу как «иные документы», которые, исходя из перечня ч. 2 ст. 74 УПК РФ, допускаются в качестве доказательств⁴². Полагаю, что данная позиция ошибочна, поскольку не соответствует положениям норм, предусмотренных статьями 74–84 УПК РФ. Так, в качестве доказательств допускаются показания свидетеля (п. 2 ч. 2 ст. 74 УПК РФ). При этом, допустимые показания свидетеля – это только те сведения, которые он сообщил на допросе суду или должностному лицу, производящему расследование (ст. 79 УПК РФ), но никак не показания, данные свидетелем в рамках опроса у защитника. То есть протокол опроса лица, составленный защитником, содержит показания свиде-

⁴⁰ Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. – 2002. – № 8. – С. 32.

⁴¹ Отрадно, что в некоторых адвокатских палатах субъектов Федерации разработаны бланки протоколов опросов. В этих бланках отмечаются названные пределы полномочий защитника.

⁴² См., например, Рыжаков А.П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М., 2002. – С. 180.

теля, а они могут быть процессуально легализованы только через допрос этого свидетеля уполномоченным должностным лицом, а никак не через приобщение протокола опроса в качестве «иного документа» (ст. 84 УПК РФ)⁴³. Здесь ситуация аналогична той, что складывается при решении вопроса о допустимости протоколов опроса (пресловутые «объяснения», «чистосердечные признания»), произведенного оперуполномоченными. Как известно, такие документы и содержащиеся в них показания, как правило, признаются судами недопустимыми доказательствами⁴⁴.

Это означает, что даже если защитник в рамках проведенного им опроса получил сведения, интересующие сторону защиты, то эти сведения только тогда станут допустимыми доказательствами, когда названные уполномоченные субъекты допросят это лицо⁴⁵. К примеру, если защитник требует приобщить к делу протокол опроса нужного ему лица – предполагаемого свидетеля защиты, но следователь по тем или иным объективным причинам не может допросить указанное лицо (свидетель тяжело болен, выехал в неизвестном направлении и т. п.), то такие показания не являются допустимыми доказательствами и не имеют юридической силы. Если и в суд такой свидетель не явится, то даже ссылаться на его показания защитник не вправе.

Аналогичным образом недопустимы и справки об исследовании, проведенном по инициативе защитника. Допустимым доказательством является только заключение эксперта (п. 3 ч. 2 ст. 74 и ст. 80 УПК РФ), а оно содержит результаты исследования, которое проводится только на основании постановления лица, ведущего производство по делу (ст. 195 УПК РФ).

Вещественными доказательствами признаются только те предметы, которые проверены, оценены и признаны таковыми судом, следователем или дознавателем (ст. 81 УПК РФ), но никак не те предметы, которые получены только защитником. Лишь тот полученный адвокатом предмет (документ) будет процессуально легализован как вещественное доказательство, который будет затем проверен, оценен и приобщен к делу следователем, судом.

Все собранные и представленные защитником в нарушении комментируемых положений закона доказательства должны быть признаны недопустимыми, согласно положениям ч. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ.

⁴³ Об аналогичной позиции более подробно см. Соловьев А.Б., Токарева М.Е., Воронцова Н.С. Проблемы законности и качества расследования в свете требований УПК РФ // Уголовное право. – 2002. – № 2. – С. 74.

⁴⁴ В научной литературе этот вопрос также не вызывает особых дискуссий. См., например, Корневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. – М., 2000. – С. 68; Сильнов М.А. Вопросы обеспечения допустимости доказательств в уголовном процессе. – М., 2001. – С. 55; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М., 1995. – С. 44–45; и др.

⁴⁵ Эту позицию разделяют разработчики авторитетного Научно-практического комментария к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. В.М. Лебедева. – М., 2002. – С. 202.

1.9. Проверка и оценка доказательств, собранных защитником

Следует выделить и некоторые особенности, связанные с процедурой проверки и оценки доказательств, собранных и представленных защитником для приобщения к делу.

Как известно, субъектами проверки и оценки доказательств являются только дознаватель, следователь, прокурор или суд (ст. ст. 87 и 88 УПК РФ). Проверка доказательств производится путем их сопоставления с другими доказательствами, имеющимися в деле, а так же установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87 УПК РФ). Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела (ст. 88 УПК РФ).

Предположим, что защитник в порядке ч. 3 ст. 86 УПК РФ лично добыл или получил от третьих лиц предмет или документ, оправдывающий или смягчающий вину его подзащитного. Следователь должен произвести выемку такого предмета или документа у защитника. Далее только он, а так же дознаватель, прокурор или суд, вправе произвести проверку и оценку данного доказательства, если оно таковым является. Так, с точки зрения источника получения, такой предмет может (хотя и не обязательно) вызывать обоснованные сомнения, поскольку получен от заинтересованного лица – защитника. Подобного же рода обстоятельства будут учитываться при оценке допустимости и достоверности. В любом случае следователь должен проверить данное доказательство в сопоставлении с другими, собранными по делу и оценить его в соответствии с правилами оценки (ст. 88 УПК РФ), по своему внутреннему убеждению, руководствуясь при этом законом и совестью (ч. 1 ст. 17 УПК РФ).

Обобщая вышеизложенное, полагаю, что в практике в основном только непосредственное изъятие следователем (дознавателем), того или иного предмета или документа может обеспечить надежную перспективу признания их относимости, допустимости и достоверности как доказательства.

Но следует особо подчеркнуть, что перегибы в сторону излишнего недоверия к деятельности защитника по собиранию доказательств недопустимы, да и не выгодны стороне обвинения. Очень многие адвокаты являются высококвалифицированными юристами, имеющими богатый опыт работы в правоохранительных органах. Большинство адвокатов – принципиальные и порядочные люди. Сплошь и рядом их квалификация оказывается выше, опыт богаче, чем у их процессуальных противников – следователей и дознавателей. Работа такого защитника по собиранию доказательств может существенно помочь правосудию и пренебрегать этим нельзя ни в коем случае.

И, тем не менее, у следователя всегда есть право пресекать всякие попытки недобросовестного адвоката превысить предоставленные ему законом полномочия по сбору доказательств, попытки навязать признание допустимыми тех из них, которые при тщательной проверке и оценке не удовлетворяют требованиям закона.

Некоторые новые полномочия адвоката

Комментируемая ст. 53 УПК РФ так же предоставляет защитнику, помимо уже известных по УПК РСФСР, полномочия, бесспорно усиливающие его потенциальные возможности. К их числу можно отнести:

- право на привлечение специалиста;
- обеспечение доступа к более широкому кругу документов в ходе расследования;

– предоставление возможности по окончании расследования не только выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, но и снимать копии с материалов дела, в том числе с помощью технических средств.

Другие нормы УПК РФ так же обеспечивают новые полномочия адвоката-защитника и адвоката-представителя, в частности:

- право на участие в допросе свидетеля;
- право адвоката присутствовать при обыске и другие.

Все эти дополнительные полномочия вызывают у практических работников стороны обвинения определенные опасения, а порой даже своеобразную панику, которую они объясняют тем, что теперь противостоять преступности, в особенности организованной и коррумпированной, будет значительно сложнее.

Попробуем путем определения пределов этих полномочий, выяснить так ли это, действительно ли закон, обеспечивая сторону защиты более эффективными процессуальными средствами, не лишил сторону обвинения возможностями адекватного противостояния в рамках провозглашенного принципа состязательности сторон?

1.10. Право на привлечение специалиста

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник вправе привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 данного Кодекса⁴⁶. В части 1 данной статьи указывается, что специалист привлекается к участию в процессуальных действиях, в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов дела, для постановки вопросов эксперту и т. д.

Анализ этих положений позволил некоторым авторам предположить, что теперь защитник, наряду со следователем, наделен правом привлекать специалиста к участию в следственных действиях для осуществления перечисленных и других функций, а следователь не вправе воспрепятствовать участию такого специалиста, за исключением случаев, предусмотренных ст. 62 УПК РФ, где речь идет о недопустимости участия в производстве по уголовному делу лиц, подлежащих отводу⁴⁷.

Вряд ли можно согласиться с такой позицией. Прежде всего, в соответствии с ч. 1 ст. 168 УПК РФ к участию в следственном действии специалиста вправе привлечь именно следователь. Защитник такими полномочиями ни в этой, ни в других статьях кодекса не наделяется. Только в компетенцию следователя входит удостоверение личности специалиста, разъяснение ему его прав и обязанностей, порядка производства следственного действия, предупреждение его об уголовной ответственности, предусмотренной ст. 307 и 308 УК РФ и др. (ч. 5 ст. 164 УПК РФ). Наконец, только следователь наделен полномочиями убедиться в компетентности специалиста, проверить его отношение к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему (ч. 2 ст. 168 УПК РФ).

Таким образом, исходя из смысла анализируемых норм, следователь не только по своему усмотрению привлекает специалиста к участию в процессуальных действиях, но и вправе не допустить того или иного специалиста по мотивам недостаточной компетентности, невозможности установить его личность, а так же при наличии оснований для отвода (ст. 61, ч. 2 ст. 70 УПК РФ).

Кроме того, право на принятие решения об отводе специалиста имеет следователь (а так же дознаватель, суд), как это указано в ст. 72 и 69 УПК РФ. Основаниями же для отвода специалиста, кроме «общих случаев», предусмотренных ч. 1 ст. 61 УПК РФ, могут быть так же:

- если он находился или находится в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей;
- если обнаружится его некомпетентность (ст. 71 ч. 2 и 70 ч. 2 п. 2 и 3 УПК РФ);
- если имеются иные обстоятельства, дающие основания полагать, что он лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе данного уголовного дела (ч. 1 ст. 62 ч. 2 и 61 УПК РФ).

Очевидно, что во многих, хотя и далеко не во всех случаях, защитники будут настаивать на привлечении в качестве специалиста лицо, лично заинтересованное в исходе дела, которому, например, сторона защиты заплатила или пообещала вознаграждение за «нужное участие», или специалист является родственником, другом защитника, обвиняемого и т. д.

Практика пестрит фактами, когда не только специалисты, но и так называемые «независимые» эксперты принимают поручения непосредственно от защитников и обвиняемых.

⁴⁶ Данное право закреплено так же в п.п. 4 п.3 ст. 6 Закона об адвокатуре.

⁴⁷ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. В.В. Мозякова. — М., 2002. — С. 151.

С целью поиска клиентов в периодической печати содержатся объявления о проведении экспертизы, оказании услуг специалиста. Все это — на основе оплаты работы заказчиком. Тем самым, специалисты и эксперты вступают в личные контакты с участниками процесса со стороны защиты, становятся в известную зависимость от заказчика, что и может поставить под сомнение объективность и незаинтересованность специалиста и эксперта в исходе дела и в определенных случаях дает основания для принятия следователем решения об их отводе⁴⁸.

Нельзя, конечно, не учитывать, что участие специалиста со стороны защиты во многих случаях будет только полезным для дела. Но, как видим, в некоторых, прежде всего конфликтных следственных ситуациях, процессуальный заслон незаконным способам защиты можно поставить и здесь.

⁴⁸ О такого рода «сотрудничестве» экспертов и адвокатов подробно см.: Краснова Н.В. Тактические особенности производства следственных действий с участием защитника. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — Владивосток, 2002. — С. 25.

1.11. Полномочия защитника по изучению материалов дела, по доступу к охраняемой законом тайне

Доступ к более широкому кругу документов в ходе расследования, представление возможности копировать материалы дела с помощью технических средств (ч. 1 п. 6 и 7 ст. 53 УПК РФ и п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре), т. е. цифровых фотоаппаратов, ксероксов, сканеров, видео- и аудио-техники и т. п., по единодушной оценке всех работников правоохранительных органов не только расширяет возможности законной защиты, но и предоставляет уникальные возможности для всякого рода противоправных действий.

По сути, получается, что каждый адвокат вправе иметь в своем личном архиве в полном и бессрочном распоряжении десятки и сотни томов копий уголовных дел, в которых он участвовал в качестве защитника. Как показывала практика, предшествовавшая введению в действие УПК РФ, ни следователь, ни государственный обвинитель, как правило, после передачи дела в суд такой возможности реально не имели. В прокуратуре оставалась лишь папка с документами наблюдательного производства по делу. На практике государственный обвинитель только по содержащимся в ней материалам и готовился к процессу. Конечно, никто не запрещал и не запрещает ему скопировать все дело и/или изучить его более тщательно до начала слушания. Однако, учитывая технические возможности органов прокуратуры, реальную нагрузку прокуроров, их заместителей и помощников далеко не по каждому делу удавалось обеспечить такой уровень подготовки к судебной стадии процесса⁴⁹.

Кроме того, у недобросовестных адвокатов появляется серьезный соблазн использовать полученные сведения (в громадном объеме), вопреки интересам правосудия. Приведем лишь самый «безобидный» пример: каждый молодой и неопытный адвокат, по меньшей мере, захочет показать полностью откопированное дело своему старшему и более опытному коллеге с тем, чтобы посоветоваться о позиции защиты в суде. Некоторые адвокаты не устоят перед просьбами родственников обвиняемого показать им дело, где есть адреса и личные данные о потерпевших, и свидетелях обвинения, данные, часто составляющие их личную и семейную тайну. Представим, каково будет следователю допрашивать свидетеля (потерпевшего, эксперта, специалиста), когда тот знает, что все сообщенные на допросе сведения лягут в архив неизвестно скольких и неизвестно каких адвокатов?!

Кроме того, в откопированном деле могут содержаться и сведения, составляющие государственную тайну. Право знакомиться с информацией, содержащей государственную тайну и даже фиксировать ее с помощью технических средств закреплено действующим законодательством (ч. 5 ст. 49 УПК РФ; п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре; ст. 21.1. Закона «О государственной тайне»).

Возникает, мягко говоря, странный правоприменительный парадокс, когда в соответствии с законодательством о государственной тайне, компетентные органы реализуют особый порядок допуска к секретным сведениям уполномоченных должностных лиц органов государственной власти⁵⁰, с проведением в отношении них проверочных мероприятий, рядом существенных ограничений их прав и т. д.⁵¹. И в то же время любой адвокат, не будучи должностным лицом, без всяких специальных разрешений, проверочных мероприятий и

⁴⁹ В настоящее время, в связи с принятием органами прокуратуры ряда организационных мер, качество подготовки гособвинителей выросло. В частности, появилась возможность копировать в наблюдательное производство все необходимые документы.

⁵⁰ См. Федеральный закон «О государственной тайне» от 21.07.93 № 5485-1.

⁵¹ Ст. 21 Закона «О государственной тайне».

ограничений, в рамках «особого порядка допуска»⁵², фактически, только на основании подписки о неразглашении, имеет доступ к указанным сведениям.

Как бы там ни было, но именно такую позицию занял Конституционный суд в своем Постановлении от 27.03.1996 N 8-П «По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 закона РФ от 21.07.93 «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гуджианца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина».

Так может ли сторона обвинения правовыми средствами нейтрализовать применение незаконных способов защиты со стороны адвокатов в связи с их широкими правами и возможностями доступа к данным предварительного расследования? Авторская позиция — не только может, но и обязана.

Во-первых, следователь, дознаватель должны предупредить защитника об уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования (ст. 161 УПК РФ). На мой взгляд, именно **должны** предупредить, а не «вправе», или «могут в необходимых случаях», как то предлагал УПК РСФСР (ст. 139). В современных условиях, при нынешнем объеме прав и полномочий защитника уместным будет настоятельно рекомендовать всем субъектам расследования по **всем без исключения** уголовным делам брать у защитников соответствующую подписку (ч. 2 ст. 161 УПК РФ). Получение такой подписки должно стать столь же естественным ритуалом вступления в дело защитника, как и получение от него ордера⁵³. Кроме того, необходимо очень серьезно и ответственно отнестись к тактическим, психологическим аспектам такого предупреждения. Хотя признаем, что на сегодняшний день «напугать» этим предупреждением более или менее опытных адвокатов трудно. Разве кто-то еще не знает, насколько слаба судебная практика привлечения к уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ за разглашение данных предварительного следствия? Вынуждены констатировать, что частная превенция этих преступлений в стране, к сожалению, практически отсутствует, но ее необходимо создавать. Все необходимые правовые средства для этого имеются.

Во-вторых, если в материалах уголовного дела имеются сведения, составляющие государственную тайну, и адвокат не имеет соответствующего допуска, с него необходимо взять подписку о неразглашении таких сведений (ч. 5 ст. 49 УПК РФ). Правда не ясно, какой еще «соответствующий допуск» имел в виду в этой норме законодатель? Как уже отмечено, «допуск в особом порядке» имеет каждый адвокат уже в силу своего статуса (ст. 21.1 Закона «О государственной тайне»). Может ли, а главное, нужен ли ему какой-то иной вид допуска?

В-третьих, в случае, если в деле имеются данные, составляющие другие виды охраняемой законом тайны (коммерческая, личная и семейная, врачебная и т. п.) следователь вправе получить подписку о неразглашении и этих данных. Если, разумеется, из тактических соображений следователю вышеописанных двух видов подписок покажется недостаточно. Поскольку тайна расследования, в общем-то, уже охватывает все другие виды охраняемых законом тайн.

И, наконец, в-четвертых, особый механизм защиты сведений, составляющих охраняемую законом тайну, заложен в ч. 2 ст. 217 УПК РФ. В этой норме указано, что защитник хоть и вправе снимать копии документов уголовного дела и делать выписки из него после окончания предварительного расследования, но в случае, если в этом деле содержатся сведения, составляющие государственную **или иную охраняемую федеральным законом тайну** (выделено мной — Ю.Г.), то все эти копии и выписки не могут быть выданы, а хранятся

⁵² Ст. 21.1. Закона «О государственной тайне».

⁵³ Такого рода предложения уже поступали как от ученых, так и от практически работников. См. напр.: Игнатъев М.Е. К вопросу о нейтрализации противодействия расследованию со стороны защитника // Адвокатская практика. — 2001. — № 1. — С. 25.

при уголовном деле и представляются обвиняемому и его защитнику во время судебного разбирательства.

Со сведениями, составляющими государственную тайну все более или менее понятно. Следователь должен определить, какие из копий материалов дела, снятых за свой счет защитником, а так же сделанных им выписок, относятся к таким данным, отсортировать их и не выдавать защитнику, т. е. подшить отдельно и приложить к материалам дела с соответствующей пояснительной запиской.

Но как же быть со сведениями, составляющими «иную охраняемую законом тайну?». Как отмечает И.В. Смолькова, количество нормативных актов, регулирующих те или иные аспекты различных видов тайн перевалило за 50. Все существующие и имеющие правовое значение тайны автор классифицирует на: государственную (в т. ч. военную), профессиональную, личную и семейную. Среди этих видов наиболее широкий перечень тайн образует профессиональная, в том числе коммерческая, дипломатическая, депутатская, адвокатская, врачебная, банковская, нотариальная, усыновления, исповеди, журналистского расследования, представительская, голосования, переписки, телефонного разговора, почтового и телеграфного сообщения и др.⁵⁴. Большинство из этих видов тайн охраняется именно федеральными законами. При этом, законы далеко не всегда дают конкретные дефиниции и перечни: **что** понимать под конкретным видом тайны.

Все это касается и тайны предварительного расследования. Ни в УПК РФ, ни в другом федеральном законодательстве не определено, какие именно данные необходимо понимать под этой тайной. Анализируя положение ч. 3 ст. 161 УПК РФ, можно предположить (именно предположить, большего не дано), что тайной предварительного расследования считаются любые его данные, разглашение которых по субъективному мнению следователя или дознавателя, противоречит интересам предварительного расследования и может нарушить права и законные интересы участников уголовного судопроизводства. Таким образом, это могут быть любые данные, любой документ из уголовного дела или даже все документы, все дело.

Таким образом, исходя из буквального толкования ч. 2 ст. 217 УПК РФ следователь вправе не выдать копии материалов дела, снятые защитником за своей счет, а так же сделанные им самим выписки из дела, если эти выписки и копии содержат данные, составляющие любую из охраняемых федеральным законом тайн, а, учитывая широту и размытость понятия «тайна предварительного расследования», следователь фактически может не выдавать ни одной копии, ни одного документа из законченного производством уголовного дела и ни одной выписки из него?!

Однако следует быть объективными и признать, что подобная крайняя позиция следователя, хотя и может быть признана правомерной, исходя из положений ст. 217 УПК РФ, но во многом противоречит правам и законным интересам стороны защиты. Как отметил Конституционный суд по аналогичному вопросу, способы защиты государственной (равно как и иной охраняемой законом — Ю.Г.) тайны в уголовном судопроизводстве, должны быть соизмеримыми как со значимостью охраняемой тайны, так и с правовым статусом соответствующих участников уголовного процесса⁵⁵. Но вряд ли такое обобщенное суждение будет воспринято адекватно стороной обвинения, пока действует нынешняя редакция ч. 2 ст. 217 УПК РФ. То есть ситуация не имеет однозначного решения в рамках действующих правовых норм. Требуются конкретные изменения в законодательстве, которые дали бы более четкое представление о том, выписки и копии каких материалов уголовного дела сторона обвинения может выдать стороне защиты, а на выдачу каких может быть наложен запрет.

⁵⁴ Смолькова И.В. Тайна и уголовно-процессуальный закон. – М., 1997. – С. 3–7.

⁵⁵ П. 6 вышеупомянутого Постановления КС РФ от 27.03.1996 № 8-П.

Ну, а пока, полагаю, что следователям необходимо руководствоваться тем, что могут и должны быть выданы те копии и выписки, которые содержат данные, распространение которых не нарушит охраняемых законом тайн, в частности, не нанесет ущерба интересам предварительного расследования, не нарушит прав и законных интересов участников судопроизводства.

Здесь нам могут возразить, что разглашение каких-либо данных в рассматриваемой стадии процесса не может причинить ущерб предварительному расследованию, поскольку оно в момент начала ознакомления стороны защиты с материалами уголовного дела уже закончено. Однако не следует забывать, что прокурор своим постановлением вправе вернуть уголовное дело для производства дополнительного расследования в порядке ст. 221 УПК РФ (ч. 1 п. 2), и тогда расследование может продолжаться.

Федеральными законами от 04.07.03 № 92-ФЗ и от 28.04.09 N 65-ФЗ в редакцию ч. 3 ст. 217 УПК РФ введены существенные и ожидаемые стороной обвинения изменения, касающиеся ограничения пределов времени ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела. Закон теперь гласит:

«3. Обвиняемый и его защитник не могут ограничиваться во времени, необходимым им для ознакомления с материалами уголовного дела. Если обвиняемый и его защитник, приступившие к ознакомлению с материалами уголовного дела, явно затягивают время ознакомления с указанными материалами уголовного дела, то на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 125 настоящего Кодекса, устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела. В случае, если обвиняемый и его защитник без уважительных причин не ознакомились с материалами уголовного дела в установленный судом срок, следователь вправе принять решение об окончании производства данного процессуального действия, о чем выносит соответствующее постановление и делает отметку в протоколе ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела».

Региональная практика применения «процедуры ограничения» пока не очень богата. К тому же трудно решить, какой документ необходимо составить следователю для инициирования данной процедуры. В некоторых прокуратурах Республики Бурятия и Иркутской области, с учетом положений ст. 475 УПК РФ, имеются прецеденты вынесения следователем постановления «О возбуждении перед судом ходатайства об установлении предельного срока для ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела». Особых сложностей использования данной процедуры в практике не возникает. Необходимо лишь рекомендовать следователям тщательно аргументировать в постановлении свои доводы о том, что обвиняемый и защитник «явно затягивают» и «без уважительной причины не ознакомились с материалами уголовного дела»⁵⁶.

⁵⁶ Подробно об этом см.: Гармаев Ю. П. Процессуальные способы противодействия затягиванию уголовного судопроизводства: практическое пособие // Бюллетень Верховного суда Республики Бурятия, выпуск № 27. – Улан-Удэ: Изд-во ОАО «Республиканская типография», 2006. – С. 5–75.

1.12. Право адвоката на участие в допросе свидетеля

В соответствии с п. 6 ч. 4 ст. 56 и ч. 5 ст. 189 УПК РФ, впервые в законодательстве закреплено право свидетеля являться на допрос с адвокатом. В данном случае, он присутствует на допросе для оказания юридической помощи свидетелю. В отличие от полномочий защитника, такой адвокат не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы. По окончании допроса адвокат вправе делать заявления, но только по существу одного вопроса: о нарушении прав и законных интересов свидетеля, если таковые были допущены во время допроса. Такие заявления подлежат занесению в протокол допроса (ч. 5 ст. 189 УПК РФ). Цель данной нормы, заключается, прежде всего, в том, чтобы оградить свидетеля от незаконных методов допроса со стороны следователя, не допустить применение насилия, шантажа и т. п. со стороны допрашивающего в целях получения нужных стороне обвинения показаний. Такие гарантии и дает присутствие адвоката на допросе свидетеля.

Следователь должен четко представлять себе пределы полномочий адвоката при допросе своего доверителя — свидетеля. В частности, в ходе допроса, адвокат, в отличие от защитника подозреваемого (обвиняемого), не вправе требовать разговора со свидетелем наедине и конфиденциально, оказывать ему помощь в разработке линии поведения, разъяснять ему его права и т. д. Подчеркиваем — именно в ходе допроса. В остальное время адвокат вправе оказывать свидетелю такую помощь. Если буквально толковать закон, адвокат вообще обязан молчать во время допроса свидетеля (своего доверителя) и лишь после окончания следственного действия делать заявления по вышеупомянутому вопросу.

Заметим, что речь не идет о широко распространенной ранее порочной практике допроса в качестве свидетеля лица, фактически заподозренного в совершении преступления. Как уже было сказано выше, УПК РФ допускает участие в деле защитника, в том числе, с момента начала осуществления любых мер процессуального принуждения или процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Как только в отношении лица начнут применяться процессуальные действия, затрагивающие его права, он автоматически приобретает статус подозреваемого со всеми вытекающими из этого статуса правами. Поскольку перечень названных действий Конституционный суд признал открытым, то многие заинтересованные лица могут предположить, что в любой момент, даже в ходе допроса свидетеля, присутствующий адвокат может выйти из состояния «процессуального молчания», и в ответ на соответствующие действия следователя потребовать признания за своим клиентом статуса подозреваемого, а за собой — статуса его защитника.

Такое толкование закона является необоснованно расширительным. Необходимо помнить, что мерами, затрагивающими права и свободы лица, закон называет «иные меры процессуального принуждения или иные процессуальные меры». То есть, речь не идет о тактических приемах допроса, направленных на создание напряжения у допрашиваемого. Например, если следователь в конфликтной ситуации допроса недобросовестного свидетеля, пытающегося дать ложные показания или умалчивающего правду, применяет такие тактические приемы как разъяснение вредных последствий противодействия расследованию, такие тактические средства не являются основанием для признания свидетеля подозреваемым и, соответственно, превращения адвоката свидетеля в защитника подозреваемого.

Следует отметить так же, что участие недобросовестных адвокатов в допросе свидетелей может использоваться организованными преступными формированиями для контроля и оказания давления не только на следствие, но и на лиц, могущих дать изобличающие показа-

ния против членов преступной группы (сообщества). Участие адвоката также может использоваться преступниками в целях сбора информации о расследуемом деле, сведений, составляющих тайну следствия. Противостоять таким посягательствам следствию крайне сложно.

Именно поэтому следователь должен внимательно отнестись к участию адвоката в допросе свидетеля. Необходимо предусмотреть самый худший для следствия вариант развития событий, по возможности ограничивать объем передаваемой на допросе информации, предвидеть возможную ее утечку, при необходимости реализовывать меры по защите свидетелей и т. д. Однако, в любом случае необходимо предупредить как свидетеля, так и адвоката об уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ и взять соответствующую подписку.

Примечание: *Содержание данного параграфа подлежит уточнению. Дело в том, что законом «О внесении изменений и дополнений в УПК РФ» от 4.07.03 N 92-ФЗ изменена ч. 5 ст. 189 УПК РФ, в результате чего, адвокат свидетеля пользуется теперь правами, предусмотренными частью второй статьи 53 настоящего Кодекса.*

В новой редакции данная норма гласит:

«2. Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол».

Таким образом, теперь сторона обвинения не вправе требовать от адвоката свидетеля «процессуального молчания». Такой адвокат в полной мере использует права защитника, установленные ч. 2 ст. 53 УПК РФ.

Разъяснений термина «краткие консультации» от законодателя и высших судебных инстанций не поступило. Так, остается не ясным, может ли адвокат свидетеля буквально прервать допрос и без разрешения следователя начать давать краткие консультации? Авторская позиция заключается в следующем: с учетом требований ч. 2 ст. 189 УПК РФ следователь вправе самостоятельно определять тактику допроса, а значит требовать от всех участвующих лиц в пределах закона действовать только с его разрешения. Он же и вправе определять и разъяснять участвующим в допросе лицам что есть «краткость» консультации, а значит определять их продолжительность.

1.13. Присутствие адвоката при обыске

Федеральным законом от 29.05.02 № 58-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» в ст. 182 УПК «Основания и порядок производства обыска» было внесено существенное изменение. Часть 11 статьи была изложена в следующей редакции: «При производстве обыска участвует лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетние члены его семьи. При производстве обыска вправе присутствовать защитник, а так же адвокат того лица, в помещении которого производится обыск».

В первоначальной редакции УПК РФ защитник и адвокат могли присутствовать при обыске лишь с разрешения следователя, а присутствие хозяина жилища или членов его семьи не было обязательным. В практике уже отмечены случаи, когда подозреваемые и иные заинтересованные лица препятствуют производству обыска жилища самым банальным способом – отсутствуют дома необходимое, порой длительное время.

Недобросовестные защитники, знакомые с тактикой производства обыска, знающие, что может найти и изъять следователь, могут подсказать в беседе с клиентом, что и как следует сокрыть, как избежать обыска и т. д.⁵⁷. Для нейтрализации таких незаконных действий следует помнить положение ч. 8 ст. 182 УПК РФ, согласно которому следователь вправе запретить присутствующим лицам покидать место обыска, а так же общаться друг с другом или иными лицами до его окончания. Этим перечень средств нейтрализации подобного противодействия не ограничивается.

⁵⁷ Подробно о незаконной деятельности защитника, связанной с этим правом см. гл. 5.11.

1.14. Пределы конфиденциальности свиданий адвоката с клиентом

Право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное ст. 48 Конституции РФ, является одним из важнейших в системе прав и свобод личности. Как уже было отмечено, в гл. 1.6, вступивший в законную силу УПК РФ предоставил подозреваемому, обвиняемому и его защитнику право иметь свидания наедине и конфиденциально, в том числе и до первого допроса (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 9 ч. 4 ст. 47 и п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Однако гарантируют ли данные нормы неприкосновенность таких свиданий, да и вообще любых контактов защитника со своим клиентом (по телефону, в общении за пределами помещений и т. п.) от проведения оперативно-розыскных мероприятий, проводимых в порядке, установленном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»?

Этот крайне актуальный в практике вопрос в актах легального и судебного толкования не рассматривался. В научных работах по данному вопросу высказывались отдельные суждения. Так, авторы одного из комментариев УПК РФ констатируют, что «из требования закона о создании условий конфиденциальности переговоров обвиняемого со своим защитником вытекает запрет проводить оперативно-розыскные мероприятия технического или иного характера в целях получения информации о содержании таких контрактов»⁵⁸.

Имею иную позицию по данному вопросу и уже высказывал ее в научной литературе⁵⁹. Полагаю, субъекты расследования вправе назначать и проводить оперативно-розыскные мероприятия в отношении адвоката и его подзащитного, в том числе, и во время их конфиденциальных свиданий. Безусловно, такое возможно только при наличии предусмотренных законодательством оснований и при строгом соблюдении условий, а так же с соблюдением ряда процессуальных ограничений, касающихся, в частности, использования полученной информации.

Попробуем обосновать эту точку зрения на примере следственной практики автора с системным анализом ситуации с норм различных отраслей права.

В 2000 году, в одном из городов Сибири была избрана преступная группа лиц, занимавшаяся закупкой героина, ввезенного контрабандным путем из Таджикистана, с последующей расфасовкой и перевозкой наркотика в другие города Сибири и Дальнего Востока. В связи со сложностью дела, многоэпизодностью, межрегиональным характером преступной деятельности была создана следственно-оперативная группа в составе работников прокуратуры, УФСБ и МВД. Заинтересованные лица после ареста членов преступной группы делали попытки спрятать укрывшихся преступников, следы преступления, иным образом противодействовать расследованию.

Так, защитник одной из обвиняемых, гр-ки **Б.** в ходе следствия предпринял целый ряд незаконных способов защиты. Об этом следственной группе стало известно, в том числе, по результатам оперативного эксперимента, проведенного в строгом соответствии с требованиями п. 14 ст. 6, ст. 7, 8, 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и совместной Инструкции «О порядке предоставления результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд» (утвержденной совместным приказом ФСБ, ФСНП, МВД, ФСО, ФПС, ГТК и СВР России от 13.05.98)⁶⁰.

⁵⁸ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. В.В. Мозякова. – М., 2002. – С. 151.

⁵⁹ Гармаев Ю.П. Противодействие незаконным способам защиты на предварительном следствии // Российский следователь. – 2002. – № 8. – С. 16–19.

⁶⁰ В настоящее время действует принятая ей на замену Инструкция «О порядке представления результатов опера-

Оперативный эксперимент был проведен на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, по поручению руководителя следственно-оперативной группы о проведении ОРМ, направленных на розыск одного из соучастников преступлений – г-на Таджикистана **Х**. Было получено и постановление суда на проведение данного вида ОРМ. Еще до его проведения оперуполномоченными были получены данные о том, что находящаяся под арестом обвиняемая **Б**, знает о конкретном местонахождении и укрывает **Х** (своего сожителя), обвиняемого в особо тяжком преступлении. Так по делу появились основания к проведению оперативного эксперимента согласно ч. 8 ст. 8 Закона «Об ОРД», т. е. с целью выявления лица, совершившего тяжкое преступление.

Смысл эксперимента заключался в создании для обвиняемой специфической негласной, но полностью контролируемой обстановки, через умелое использование которой оперативникам удалось бы узнать местонахождение разыскиваемого **Х**. На основании ч. 3 ст. 6 Закона «Об ОРД» в качестве одного из технических средств при проведении эксперимента применялась негласная аудиозапись (НАЗ).

Автор не вправе разглашать более подробно все вопросы организации и тактики данного ОРМ, поскольку законом они отнесены к государственной тайне. Можем лишь заверить, что все было организовано в точном соответствии с Законом «Об ОРД», названной Инструкцией, секретными приказами, а также широко распространенными комментариями научного и методического характера⁶¹.

Цель эксперимента была достигнута, обвиняемая проговорилась о месте пребывания своего сожителя-соучастника, ее слова были записаны на диктофон, и скрывавшийся **Х** на следующий же день был задержан и изобличен. В соответствии с п. 18 названной Инструкции, по материалам НАЗ были подготовлены письменные стенограммы, в точности соответствующие нескольким фонограммам, записанным на аудиокассете. Все материалы были процессуально оформлены в полном соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона, законодательства об ОРД и названной инструкции и поступили для приобщения к материалам уголовного дела.

Однако, в качестве одного из, подчеркнем особо – *побочных результатов* оперативного эксперимента на диктофон, кроме прочих бесед, оказался записанным и разговор арестованной **Б** со своим защитником.

Из разговора стало известно, что адвокат принимал меры, чтобы разыскиваемый **Х** не был найден и ушел от уголовной ответственности. Адвокат поговорил с одним из свидетелей, чтобы тот предупредил **Х** о необходимости скрыться. Со слов адвоката: «... Чем быстрее его поймают, тем быстрее все дело осложнится ... еще не известно, что **Х** начнет по этому поводу рассказывать ...».

Кроме того, адвокат, зная о ранее данных признательных показаниях своей подзащитной, давал ей конкретные указания о том, что из известной ему и ей правды можно говорить на следствии, а что нельзя. К примеру, **С** говорил следующее: «... чем меньше будешь говорить, чем меньше будешь признавать, тем легче будет на суде...»; «... главное запомни одно: о том, что там был героин, ты узнала после того как отдала. На тот момент, когда ты таскала пакет, ты не знала, что там лежит...». Безусловно, каждый защитник знает: «Как не велико искушение, адвокат не имеет права принимать за клиента решение о том, признавать ему свою вину или нет»⁶².

тивно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденная совместным приказом МВД, ФСБ, ФСО, ФТС, СВР, ФСИН, ФСНК и МО РФ от 17.04.2007 № 368/185/164/481/32/184/97/147.

⁶¹ См., например, Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С. статейным приложением нормативных актов и документов 5-е изд., испр. и доп. – М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2003. – С. 71–73.

⁶² Защита по уголовному делу: Пособие для адвокатов. / Под ред. Е.Ю. Львовой. – М.: Юристъ, 1999. – С. 18. Подробно

Недобросовестный защитник этого искушения не избежал и, убеждая свою арестованную, ссылаясь на свой опыт и знания в оперативной работе, поскольку сам ранее работал оперуполномоченным. Он рассказал ей о некоторых негласных средствах, источниках и методах оперативно-розыскной деятельности, об организации и тактике проведения ОРМ в СИЗО с тем, чтобы его подзащитная была «во всеоружии» против закона. Здесь же он обещал арестованной «нужные» ей встречи в следственном изоляторе, т. е. с ее же сообщниками, говорил, что сам может передавать им информацию записками и иными способами⁶³. Но не только эти данные – результаты ОРМ, подтверждали незаконные способы защиты. В ходе следствия тот свидетель, через которого адвокат пытался укрыть разыскиваемого Х., в своих показаниях подтвердил результаты оперативного эксперимента. В дальнейшем подзащитная Б., огорченная тем, что ее защитник взял с нее деньги, а после этого ни разу не явился на свидания и полтора месяца срывал следственные действия, письменно отказалась от его услуг и наняла другого адвоката. А в присутствии последнего на допросе она полностью подтвердила содержание того разговора.

Эти и ряд других обстоятельств послужили основанием для внесения прокуратурой представления в адрес соответствующего Президиума коллегии адвокатов о нарушении требований ст. 51 УПК РСФСР (ст. ст. 49 и 53 действующего УПК РФ), незаконном противодействии расследованию. В представлении были перечислены допущенные адвокатом нарушения закона, предлагалось возбудить дело о дисциплинарной ответственности в отношении С. и решить вопрос об исключении его из коллегии.

В ответе на представление Коллегия приняла решение объявить адвокату С. выговор. При этом в соответствующем приказе акцент в большей степени был сделан на срыве им следственных действий по делу и предоставлении подзащитному необоснованных гарантий.

У адвоката представление вызвало «праведный гнев». Он направил жалобы по всем инстанциям: в районный суд, в Генеральную прокуратуру и в ФСБ России. Однако при первом же обсуждении жалобы в суде, услышав аргументированные доводы прокуратуры, жалобу он тут же отозвал. Результат рассмотрения остальных жалоб так же был не в его пользу. И Генеральная прокуратура РФ, и ФСБ РФ в удовлетворении жалоб защитнику отказали.

Однако в адрес прокуратуры из Гильдии Российских адвокатов поступило заключение одного из известных ученых. Автор заключения сделал категоричный вывод о том, что действия прокуратуры, следователей и оперативников являются незаконными и грубо нарушают право на защиту. Основная мысль автора – общий вывод о том, что защитник обладает безусловным иммунитетом от проведения ОРМ в отношении него в общении с подследственным. Проще говоря, адвокат наедине с подзащитным имеет права на любые, в том числе и незаконные деяния, а правоохранительные органы ни то, что пресечь, но даже узнать об этом не вправе. А потому «пострадавшего» адвоката следует не только освободить от дисциплинарного взыскания, но и предложить ему жаловаться во все инстанции и требовать возмещения причиненного ему морального вреда. Наказать же автор заключения потребовал меня, как руководителя той следственной группы, всех следователей и оперативников, имевших отношение к эксперименту, а так же надзирающего прокурора, для чего Гильдия так же обратилась в Генеральную прокуратуру РФ.

С подачи Гильдии адвокатов «наказать виновных» гневно потребовала газета «Юридический вестник» (№ 16, август, 2000). Не потрудившись ознакомиться ни с делом, ни с соответствующим законодательством, автор статьи с пафосом гонимого правозащитника обви-

о пределах воздействия адвоката на показания подзащитного см. 10.2.

⁶³ Подробно об этих видах нарушений см. 7.2.

нила правоохранительные органы в должностных злоупотреблениях, «профессиональной беспомощности» и враждебности правовому государству.

Оба наши оппонента сослались на международные правовые акты, такие, как нормативные акты ООН: «Минимальные стандартные правила обращения с заключенными»⁶⁴ и «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию...»⁶⁵, а в их подтверждение – на российский закон «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»⁶⁶, где, как уже отмечалось, в ч. 2 ст. 18 установлен запрет для сотрудников места содержания под стражей слышать беседу заключенного с защитником.

Но, во-первых: запрещено именно этим сотрудникам, но не всем субъектам оперативно-розыскной деятельности. Во-вторых: вышеперечисленные правовые акты не гарантируют полной конфиденциальности бесед адвоката с клиентом. Если цитировать полнее (а не выборочно, как это делает автор вышеупомянутого заключения) упомянутый им «Свод принципов...», то в п. 3 принципа 18, содержатся 3 основания для ограничения конфиденциальности: 1. Перечень исключительных обстоятельств определяется законом или установленными в соответствии с законом правилами; 2. Когда это необходимо для поддержания безопасности и порядка; 3. Решение судебного или иного органа. По настоящему уголовному делу все три условия соблюдены.

Кроме того, действующая Конституция РФ предусматривает возможность ограничения прав и свобод человека Федеральным законом в целях защиты прав и свобод человека, безопасности общества и государства. ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» как раз и является таким законом. А он дает право на проведение ОРМ при наличии оснований и соблюдении условий (ст. 7–9 Закона «Об ОРД»). Причем прямых ограничений для их проведения⁶⁷ таких, какие имеются в отношении судей, прокуроров, дипломатических работников и др., в отношении адвокатов Федеральным законом не предусмотрены.

Новый закон об адвокатуре, как и другие нормативные акты, не дает четкого определения конфиденциальности. Пределы объема этого понятия можно уяснить, исходя из анализа некоторых положений этого нормативно-правового акта. Так, с целью обеспечения адвокатской тайны, закон не предусматривает иммунитета адвоката, полного запрета проведения соответствующих ОРМ и следственных действий. Отмечается лишь то, что их проведение в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения (ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре).

То есть, даже такие ОРМ, проведение которых, согласно закону «Об ОРД», допускается и без судебного решения (оперативное наблюдение, оперативное обследование нежилых помещений, оперативный эксперимент и др.) в отношении адвокатов допускается только с санкции суда. Но каких-то иных условий, а тем более запрета на проведение ОРМ, законодатель не предусмотрел.

Что касается оценки полученных таким образом сведений, то закон об адвокатуре установил важное ограничение, указав, что полученные в ходе таких ОРМ и следственных действий сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств

⁶⁴ Минимальные стандартные правила обращения с заключенными. Приняты I Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 30 августа 1955 г. и одобрены Экономическим и Социальным Советом ООН резолюциями 663 C(XXIV) от 31 июля 1957 г., 2076 (XII) от 13 мая 1977 г. и 1984/47 от 25 мая 1984.

⁶⁵ Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме. Утвержден резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 43/173 от 9 декабря 1988 г.

⁶⁶ ФЗ от 15.07.95 № 103-ФЗ.

⁶⁷ Кроме, разумеется, судебного решения – ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре. Кстати, такого требования в заданный период времени в законодательстве не было.

обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей (ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре).

Однако и это важное ограничение не распространяется на орудия преступления, а так же на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен (абзац 2 п. 3 ст. 8 Закона). Таким образом, законодатель ясно дает понять, что, защищая адвокатскую тайну, конфиденциальность свиданий с доверителем, он не гарантирует защитнику безнаказанности за совершение правонарушений и нарушений норм профессиональной этики.

Автор упомянутого заключения ссылался, в том числе, на Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О по жалобе гражданина Паршуткина В.В. на нарушение его конституционных прав и свобод п.1 ч.2 ст. 72 УПК РСФСР, а так же на ст. 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР⁶⁸. В Определении, в частности, указано, что «гарантии конфиденциальности отношений адвоката с клиентом являются необходимой составляющей права на получение квалифицированной юридической помощи»⁶⁹.

Но опять-таки не стоило бы оппоненту расширять содержание термина «конфиденциальность» до полной неприкосновенности адвокатов. Ведь в Определении этим термином обозначается прямо указанный в Законе свидетельский иммунитет защитника в отношении обстоятельств, которые ему стали известны в связи с исполнением им обязанностей защитника.

В условиях, когда легальное толкование термина «конфиденциальность» отсутствует, обратимся к доктринальному, научному толкованию данного термина. М.Ю. Барщевский в наиболее общем виде правило конфиденциальности формулирует следующим образом: адвокат должен держать в тайне всю информацию, касающихся обстоятельств и фактов, сообщенных ему клиентом или ставших известными адвокату в связи с выполнением поручения... пока не будет на то определено и однозначно уполномочен клиентом, а так же если это потребуется на основании закона или разрешено (предусмотрено) Правилами профессиональной этики⁷⁰.

М.С. Строгович, к вопросу об адвокатской тайне отмечал, что обвиняемому и его близким, пользующимся помощью адвоката-защитника, необходимо гарантировать возможность свободно говорить защитнику все, что они считают нужным, без опасения, что сказанное будет обращено во вред обвиняемому⁷¹. Д.П. Ватман обращает внимание, что это процессуальное правило (адвокатская тайна) относится, прежде всего, к самим адвокатам⁷².

Во всех мнениях, на мой взгляд, подчеркивается значение конфиденциальности как обязанности, прежде всего, адвоката о неразглашении получаемых им сведений.

Итак, по смыслу и в своей совокупности, вышеприведенные международные и отечественные нормы, научная общественность под принципом конфиденциальности понимает **гарантии реализации человеком его права на защиту, а не гарантии безнаказанности защитника при совершении им противоправных деяний.**

В русском языке термин «конфиденциальный» означает: «секретный, доверительный»⁷³. Если обратиться к вышеуказанному Определению от 6.07.00 № 128-О по жалобе

⁶⁸ Ныне отменено.

⁶⁹ В УПК РСФСР 1960 года в ст. 51 не было указания на право защитника иметь свидания с подзащитным конфиденциально, как это теперь прямо указано в п. 3 ч. 4 ст. 46 и в п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ. Было указано «наедине...». Однако, на мой взгляд, совокупность всех приводимых здесь норм законодательства обеспечивало конфиденциальность свидания и до 1.07.02. То есть в этой части УПК РФ лишь окончательно закрепил бесспорное право стороны защиты на конфиденциальность свиданий. Вопрос лишь в том, в каком значении понимать термин «конфиденциальность».

⁷⁰ Барщевский М.Ю. Адвокатская этика. – М., 2000. – С. 135.

⁷¹ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. – М., 1968. – С. – 399.

⁷² Ватман Д.П. Адвокатская этика. – М., 1977. – С. 41.

⁷³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – С. 292.

гражданина Паршуткина В.В., то, как представляется, Конституционный Суд РФ констатирует значение конфиденциальности отношений адвоката с клиентом как гарантию конституционных прав на неприкосновенность частной жизни, на квалифицированную юридическую помощь, на защиту. Следовательно, конфиденциальность отношений юридического советника и доверителя можно определить, как такое состояние защищенности информации, при которой последний «может свободно сообщать адвокату сведения, которые не сообщил бы другим лицам» в целях защиты своих прав и интересов. Пункт 3 абзаца 3 Определения указывает, что конфиденциальность является гарантией «того, что информация о частной жизни, конфиденциально доверенная лицом в целях собственной защиты только адвокату, не будет вопреки воле этого лица использована в иных целях, в том числе как свидетельство против него самого». Тем самым, по существу очерчивается круг сведений, не подлежащих огласке – частная жизнь клиента, его личная, семейная и иная охраняемая законом тайна. Встает вопрос: «А является ли сферой частных интересов информация, касающаяся уголовно-наказуемых деяний?» Конституционный Суд РФ в пункте 7 абзаца 3 Определения от 14 июля 1998 г. № 86-О по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой указал: «Преступное деяние не относится к сфере частной жизни лица, сведения о которой не допускается собирать, хранить, использовать и распространять без его согласия, а потому проведение таких оперативно-розыскных мероприятий не может рассматриваться как нарушение конституционных прав». Тем самым выявляется очень важная характеристика конфиденциальной информации – непринадлежность к совершению преступления.

Согласен с оппонентами в том, что бесспорным нарушением закона было бы использование признания обвиняемого своему защитнику наедине, как доказательства его же вины. Уверен, любой суд исключит такое «доказательство», как не отвечающее требованиям допустимости. Но в этом примере прокуратура по результатам расследования и не стала оценивать полученные данные ОРМ, как доказательства вины обвиняемой гр-ки **Б.** В представлении о наказании адвоката речь шла лишь о достаточности этих сведений для решения вопроса о **дисциплинарной ответственности адвоката**, что не противоречит ни одному из отечественных и международных правовых актов.

К тому же, не только результаты ОРМ, но и допросы очевидцев прямо указывали на те же незаконные действия адвоката **С.** А уж они-то, без сомнения, допустимы и процессуально и дисциплинарно. Об этом автор вышеупомянутого заключения умолчал, так же, как не дал оценку и нарушениям норм адвокатской этики (срыв следственных действий, предоставление клиенту необоснованных гарантий и т. д.).

Также в своих выводах оппоненты утверждают, что данное ОРМ незаконно уже потому, что не являлось оперативным экспериментом. Якобы, аудиозапись разговора адвоката с подзащитным не указана в перечне ОРМ статьи 6 Закона «Об ОРД». Однако для таких поспешных выводов необходимо, прежде всего, знать все обстоятельства проведения эксперимента, а, кроме того, не следует подменять понятия «вид ОРМ» (оперативный эксперимент в п. 14 ч. 1 ст. 6 ФЗ «Об ОРД») и средство для проведения ОРМ (аудиозапись, указанная в ч.3 ст. 6 этого Закона).

Изложенное позволяет сделать некоторые выводы и обобщения:

1. При соблюдении предусмотренных законом «Об ОРД», уголовно-процессуальным законом оснований и условий, оперативно-розыскные мероприятия, а так же следственные действия (например, контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ) могут проводиться в отношении подозреваемых (обвиняемых), даже если в рамках этих мероприятий субъектам их проведения становятся известны содержание бесед подозреваемого (обвиняемого) со своим защитником.

2. Проведение таких мероприятий с соблюдением требований закона не нарушает гарантий конфиденциальности взаимоотношений адвоката со своим подзащитным, установленных законодательством РФ и международными правовыми нормами. Гарантии конфиденциальности свидания подозреваемого (обвиняемого) со своим защитником не следует приравнивать к запретам в проведении ОРМ в отношении отдельных категорий лиц. Такие запреты прямо установлены федеральными законами, и в отношении адвокатов их нет. Имеется лишь одно условие для проведения таких ОРМ – наличие судебного решения.

3. Данные, полученные в ходе названных ОРМ и следственных действий, не могут быть использованы в качестве доказательства вины подозреваемого (обвиняемого), в отношении которого производилось ОРМ. Однако они могут быть использованы как доказательства по уголовным делам в отношении других лиц, но только таким образом, чтобы не ухудшить положения лица, сообщившего эти сведения своему защитнику.

4. Эти данные, если в них содержатся признаки противоправной деятельности защитника, так же могут служить основанием лишения статуса адвоката, решение о котором принимается советом адвокатской палаты по заключению ее квалификационной комиссии.

5. Кроме того, в случае совершения защитником в ходе свидания уголовно-наказуемых деяний, указанные результаты ОРМ и следственных действий могут служить поводом к возбуждению уголовного дела в отношении адвоката и в дальнейшем, надлежащим образом легализованные, выступать в качестве доказательств по делу.

Безусловно, авторская позиция является бесспорной. Многим она может показаться необъективной, «обвинительной». Между тем, нам бы не хотелось, чтобы авторские тезисы вопреки элементарным законам логики кем-то необоснованно расширились. В некорректной дискуссии принято расширять тезис оппонента, чтобы затем легче и эффективнее можно было его опровергнуть.

Предугадывая некорректные выпады, хотелось бы отметить, что автор не выступает за насаждение в стране полицейского государства, за «массовое неконтролируемое подслушивание и подглядывание, беспредел спецслужб, пытки и туберкулез в СИЗО, гонения на адвокатуру...». Я так же как, например, И.Л. Петрухин категорически против приоритета интересов борьбы с преступностью над презумпцией невиновности⁷⁴. Ни один трезво мыслящий юрист не будет отрицать необходимость оставления за стороной защиты определенных привилегий по отношению к стороне обвинения, составляющих *favor defensionis* (благоприятствование защите).

В данной части исследования я лишь прихожу к выводу о том, что анализ совокупности правовых норм позволяет говорить о законности проведения ОРМ в отношении адвокатов и их подзащитных. Пусть при наличии определенных, достаточно веских оснований и условий, при соблюдении ограничений, однако позволяет. Не будем пока оценивать полученные выводы с позиции: хорошо – плохо, разумно – не разумно, этично – неэтично. Автор лишь обосновывает соответствие выводов критериям законности.

В последующей части исследования, когда обратимся к анализу мер нейтрализации незаконной деятельности адвокатов, рассмотрим, в том числе, и вопрос о нравственной допустимости тех или иных мер, реализуемых стороной обвинения. Эти меры, на мой взгляд, должны отвечать не только требованиям законности, но и этики. И здесь нет попытки автора противопоставить закон и этику, признать, что одно другому противоречит. Ведь и законодатель в ст. 17 УПК РФ говорит о необходимости оценки доказательств под руководством закона и совести. Правоприменитель, в данном случае следователь, дознаватель, судья должен подбирать те или иные средства и методы нейтрализации, исходя из жестких кри-

⁷⁴ Петрухин И.Л. Контроль над преступностью и права человека / Рассказывают адвокаты. / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 218–219.

териев законности. Но и отобранные таким образом средства и методы должны быть тщательно взвешены на весах профессиональной этики следователя и одобрены судом его человеческой совести.

1.15. Вкратце о том, что защитнику запрещено законом

Ранее рассмотрены лишь некоторые из наиболее актуальных законодательных новшеств, определяющих объем и пределы прав и полномочий защитника.

Теперь, для обеспечения наиболее краткого определения пределов этих полномочий, рассмотрим тезисно то, что запрещено защитнику, со ссылкой на конкретные нормы, обеспечивающие комментируемый запрет.

Защитник не вправе:

1. Нарушать требования не только уголовно-процессуального, но и любого другого действующего законодательства при осуществлении защиты (п. 1 ч. 1 ст. 7, п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре);

2. принимать от подзащитного, от иных заинтересованных в исходе дела лиц поручение в случае, если оно носит заведомо незаконный характер (п. 1 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре). Соответственно защитник не имеет права давать консультации, советы о решении того или иного вопроса средствами и методами, противоречащими законодательству РФ;

3. принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение, в случае, если он:

а) имеет самостоятельный интерес по предмету соглашения с доверителем, отличный от интереса данного лица;

б) участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, присяжного заседателя, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста, переводчика, понятого, секретаря судебного заседания, был или является по данному делу потерпевшим или свидетелем, а так же, если он являлся по делу должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решения в интересах данного лица;

в) состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица;

г) оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам доверителя⁷⁵;

4. занимать по делу позицию, вопреки воле подзащитного, за исключением случаев, когда защитник убежден в наличии самоговора своего клиента⁷⁶;

5. делать публичные заявления о доказанности вины своего подзащитного, если тот ее отрицает⁷⁷;

6. разглашать сведения, сообщенные ему подзащитным в связи с выполнением адвокатом своих профессиональных функций, без согласия самого подзащитного⁷⁸. При этом, уголовно-процессуальное законодательство не устанавливает каких-либо исключений из этого правила, не ограничивает их сведениями, полученными лишь после того, как адвокат был допущен к участию в деле. Как пояснил Конституционный суд, обязательства, связанные с конфиденциальностью информации, предоставленные адвокату клиентом, не ограничены во времени⁷⁹;

⁷⁵ Более подробно об обстоятельствах, исключающих участие в производстве по уголовному делу защитника см. п. 2 ч. 4 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»; ст. 72 УПК РФ.

⁷⁶ Исходя из положений п. 3 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре. См. 6.2.

⁷⁷ Исходя из положений п. 4 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре.

⁷⁸ Исходя, в частности, из положений п. 5 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре и др.

⁷⁹ П. 5 и 6 Определения КС РФ от 6.07.00 № 128-О «По жалобе гражданина Паршуткина В.В. на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом 1 ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения «Об адвокатуре РСФСР»; Более подробно об этом см. 9.4; 5.3.2.

7. отказаться от принятой на себя защиты (п. 6 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре и ч. 7 ст. 49 УПК РФ);

8. Разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, но только если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК РФ⁸⁰;

9. осуществлять негласное сотрудничество с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность⁸¹;

10. нарушать Кодекс профессиональной этики адвоката⁸² (п. 4 ч. 1 ст. 7, п. 2 ч. 2 ст. 17 Закона об адвокатуре). Подробно об этом см. гл. 9.2;

11. игнорировать требования закона об обязательном участии защитника по назначению органов предварительного расследования или суда (п. 2 ч. 1 ст. 7 Закона об адвокатуре);

12. умышленно срывать, затягивать следственные действия, нарушать порядок проведения следственных и иных процессуальных мероприятий, в которых он участвует, отказываться от участия в них, от подписания процессуальных документов, от ознакомления с материалами дела и т. д. в случаях, когда закон предусматривает обязанность защитника производить указанные действия⁸³;

13. не исполнять или не надлежаще исполнять свои профессиональные обязанности перед доверителем, не исполнять решения органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции (п. 1 и 3 ч. 2 ст. 17 Закона об адвокатуре);

14. получать вознаграждение от доверителя без внесения соответствующих денежных средств в кассу адвокатского образования, либо перечисления на расчетный счет адвокатского образования в порядке и сроки, которые предусмотрены соглашением (ч. 6 ст. 25 Закона об адвокатуре).

15. не исполнять или не надлежаще исполнять свои профессиональные обязанности перед доверителем (п. 1 и 3 ч. 2 ст. 17 Закона об адвокатуре), защищать неквалифицированно, несвоевременно (п. 1 ст. 8 КПЭА);

16. защищать преступными методами, например, уголовно наказуемой клеветой (ст. 129, 298 УК РФ); путем подкупа (ст. 309 УК РФ), подстрекательства к даче ложных показаний (ч. 4. ст. 33 и 307 УК РФ); незаконного вмешательства в деятельность суда, субъектов стороны обвинения (ст. 294 УК РФ); фальсификации доказательств (ст. 303 УК РФ) и др.⁸⁴;

17. участвуя или присутствуя на судопроизводстве, проявлять неуважение к суду и другим участникам процесса (ст. 12 КПЭА);

18. подстрекать подзащитного ко лжи, диктовать заведомо ложные показания (в зависимости от ситуации может быть оценено как преступная или безнравственная защита – п. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 10 КПЭА)⁸⁵;

19. заключая соглашение с доверителем, обуславливать размер вознаграждения необходимостью «делиться» с судьями и субъектами-обвинителями (ст. 159, ч. 4 ст. 33 и 291 УК РФ, п. 6 ч. 1 ст. 9 КПЭА).

Данный перечень является открытым и может быть дополнен и конкретизирован, исходя из действующего законодательства. Более подробно эти и другие запреты будут рассмотрены в последующих главах работы.

⁸⁰ Ч. 2 ст. 53 УПК РФ, п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре.

⁸¹ Ч. 5 ст. 6 Закона об адвокатуре, ст. 17 ч. 3 закона «Об ОРД». См. 6.5, 7.1.

⁸² Далее – КПЭА.

⁸³ Данный запрет исходит из общего анализа процессуальных норм, регламентирующих участие адвоката в уголовном судопроизводстве. См. так же ч. 2 ст. 1, 117, 118, 217, 258 УПК РФ. Подробно об этом гл. 1.2, 5.7; 5.15; 5.16 и др.

⁸⁴ Об этом подробно см. гл. 4 и 5.

⁸⁵ Подробно об этом см. гл. 10.2: Гармаев Ю.П. Адвокат не вправе подстрекать своего подзащитного ко лжи // Российская юстиция. – 2003. – № 7. – С. 61–62.

Необходимо иметь в виду, что за неисполнение, либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную законом об адвокатуре (ч. 2 ст. 7 закона). Как и любое другое лицо, адвокат за совершаемые правонарушения несет уголовную, гражданскую и административную ответственность.

В то же время адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (ч. 2 ст. 18 Закона об адвокатуре)⁸⁶.

Перечень запретов и ограничений, предусмотренных законодательством в отношении адвоката, участвующего в уголовном судопроизводстве, может использоваться для подготовки документов реагирования на незаконные действия адвокатов (представления⁸⁷, определения, жалобы, информационные письма, материалы для средств массовой информации, постановления о привлечении в качестве обвиняемого и др.)

⁸⁶ Подробно об этом в гл. 2. Кроме того, порядок привлечения адвоката к уголовной ответственности имеет ряд особенностей, на которых мы остановимся в гл. 2.

⁸⁷ См. Приложение 28.

1.16. Недопустимость «обвинительного уклона» у должностных лиц – представителей стороны обвинения

В заключении главы хотелось отметить, что ничто из изложенного не должно оцениваться как попытка урезать, ограничить права и возможности стороны защиты. Автор не ставит и не вправе ставить такую цель. Это следовало бы расценивать, как проявление пресловутого «обвинительного уклона», недопустимого ни на практике, ни тем более в научной работе.

Следует отметить, что после вступления в силу УПК РФ среди работников правоохранительных органов широкое распространение получает ошибочное мнение о том, что новое уголовно-процессуальное законодательство создало все условия для того, чтобы следователь, дознаватель, прокурор и другие представители стороны обвинения ощущали себя исключительно органами уголовного преследования, в том значении, что «обвинительный уклон» в их деятельности теперь, якобы, официально легализован и криминалом более не является⁸⁸.

Ошибка заключается в том, что производится подмена понятий. Права И. Михайловская, когда утверждает, что реализация функции обвинения и обвинительный уклон – вещи совершенно различные. Обязанность доказывания виновности обвиняемого включает в себя и обязанность органа расследования собирать и исследовать все доказательства, опровергающие версию обвинения (ч. 2 ст. 14 УПК РФ). Обвинительный же уклон – это игнорирование сведений, свидетельствующих о невиновности либо о меньшей степени ответственности обвиняемого, неадекватная оценка собранных доказательств и т. п. Другими словами, обвинительный уклон является проявлением ненадлежащего выполнения функции обвинения соответствующими участниками процесса⁸⁹.

Именно поэтому задачу настоящего исследования я вижу в определении только предусмотренных законодательством границ правомерной деятельности адвокатов. Описывая далее те или иные неправомерные действия, находящиеся за этими границами, автор ссылается на нарушение конкретных правовых норм и приложит все усилия к тому, чтобы не игнорировать известные ему обстоятельства, исключая или ставящие под сомнение вопрос об ответственности адвокатов.

⁸⁸ Эту тенденцию в качестве прогнозируемой отмечал Головкин Л.В. Новый УПК РФ Российской Федерации в контексте сравнительного уголовно-процессуального права // Государство и право. – 2002. – № 5. – С. 55.

⁸⁹ Михайловская И. Права личности – новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 4.

Глава 2

Гарантии независимости адвоката

Новым законом об адвокатуре, уголовно-процессуальным законодательством по существу впервые введены нормы, обеспечивающие гарантии независимости адвоката при осуществлении адвокатской деятельности. Ранее таких гарантий фактически не было. Ни закон «Об адвокатуре СССР» от 30.11.79, ни Положение «Об адвокатуре РСФСР», утв. Законом РСФСР от 20.11.80, не содержали норм, которые обеспечивали бы гарантии независимости, кроме, разве что нормы о защите адвокатской тайны (ст. 15 Положения «Об адвокатуре РСФСР»).

Между тем, гарантии независимости адвоката в осуществлении им своей профессиональной деятельности, безусловно, должны быть обеспечены. Специфика труда адвокатов, в особенности осуществляющих профессиональную защиту в уголовном судопроизводстве, неизбежные конфликты с иными участниками состязательного процесса делают представителей корпорации, в определенном смысле, весьма уязвимыми.

Недобросовестные представители стороны обвинения – следователи, дознаватели, прокуроры, оперуполномоченные, предпринимают попытки незаконными и аморальными средствами и способами ограничить полномочия, реальные возможности адвокатов, отомстить им за их деятельность, которая приносит стороне обвинения, мягко говоря, неудобства: «...увеличились провокации и запугивания со стороны негодных следователей и оперативных работников. Против таких злоупотреблений адвокаты зачастую бессильны»⁹⁰.

Часто адвокат становится мишенью и для собственных клиентов – лиц, совершивших общественно опасные деяния, а так же для преступников, не являющихся клиентами, для которых деятельность адвоката стала помехой в осуществлении криминальных планов⁹¹.

Высокая миссия, возложенная на адвоката конституцией и федеральным законодательством, требует от государства обеспечения особой защиты, поскольку, в частности, «позиция адвоката по делу связана с позицией его подзащитного, в силу чего ответственность за ее выбор не может возлагаться на адвоката».

Поэтому вступивший в силу закон об адвокатуре предал адвокату статус независимого советника по правовым вопросам (ч. 1 ст. 2), а адвокатуру признал профессиональным сообществом, не входящим в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления (ч. 1 ст. 3). В целях обеспечения доступности для населения юридической помощи и содействия адвокатской деятельности, органы государственной власти должны обеспечить гарантии независимости адвокатуры (ч. 3 ст. 3).

К таким гарантиям следует отнести гарантии адвокатской тайны. В частности, адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием (ч. 2 ст. 8). Закон об адвокатуре допускает проведение ОРМ и следственных действий в отношении адвоката (в том числе, в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) 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 слу-

⁹⁰ Резник Г.М. Спасите адвокатуру // Рассказывают адвокаты. / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 170.

⁹¹ В связи с реальностью таких угроз со стороны преступников, при обсуждении проекта закона об адвокатуре предлагалось даже предоставить адвокатам право на ношение огнестрельного оружия. См., например, Воронов А. Может ли академик быть адвокатом? // Российская юстиция. – 2001. – № 12. – С. 15.

чаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Эти ограничения не распространяются только на орудия и преступления, а также на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен (ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре).

Кроме того, оперативно-розыскные подразделения не вправе привлекать адвокатов к негласному сотрудничеству даже с их согласия (ч. 5 ст. 6 Закона об адвокатуре, ч. 3 ст. 7 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»).

Обеспечивая тайну взаимоотношений адвоката с доверителем, закон запрещает кому-либо требовать от них предъявления соглашения об оказании юридической помощи для вступления адвоката в дело. Таким образом, ни субъекты расследования, ни суд не вправе требовать информации о содержании соглашения, его существенных условиях, таких, как размер вознаграждения, условия его выплаты и т. п. (ст. 25 Закона об адвокатуре).

Однако наиболее существенные гарантии адвокатской деятельности закреплены в специальной статье Закона об адвокатуре. Это статья 18 «Гарантии независимости адвоката».

Часть 1 статьи декларирует, что вмешательство в адвокатскую деятельность, осуществляемую в соответствии с законодательством, либо препятствование этой деятельности каким бы то ни было образом, запрещаются. Истребование от адвокатов, а также от работников адвокатских образований, адвокатских палат или Федеральной палаты адвокатов сведений, связанных с оказанием юридической помощи по конкретным делам, не допускается (ч. 3 ст. 18).

Адвокат, члены его семьи и их имущество находятся под защитой государства. Органы внутренних дел обязаны принимать необходимые меры по обеспечению безопасности адвоката, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества (ч. 4 ст. 18).

Раскрывая это положение, Уголовно-процессуальный кодекс в части 2 статьи 11, устанавливает, что при наличии достаточных данных о том, что участникам уголовного судопроизводства, к которым относится и защитник, а так же их родственникам угрожают убийством, насилием, уничтожением или повреждением имущества, иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают перечисленные в законе меры безопасности в отношении указанных лиц.

Уголовное преследование адвоката осуществляется с соблюдением гарантий адвокату, предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством. Эти гарантии закреплены в главе 52 УПК РФ, положения которой являются новеллой уголовно-процессуального законодательства. В статье 447 УПК РФ адвокат отнесен к категории лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам (п. 8 ч. 1 ст. 447).

Если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления, то решение о возбуждении уголовного дела в отношении адвоката, либо о привлечении его в качестве обвиняемого, принимается руководителем следственного органа Следственного комитета при прокуратуре РФ по району, городу. (См. Приложение 2).

Среди всех гарантий независимости адвоката, обратим особое внимание на положение ч. 2 ст. 18 Закона об адвокатуре. В нем говорится, что адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии)⁹². Единственно на что не распространяются указанные ограничения – это на гражданско-правовую ответственность адвоката перед доверителем в соответствии с настоящим законом.

⁹² Далее в тексте работы данная норма, для краткости, будет называться «правило ч. 2 ст. 18 Закона об адвокатуре».

Это положение закона, как нам представляется, сформулировано неудачно, не соответствует целям законодательства и противоречит его смыслу.

Буквальное толкование данного правоустановления приводит к выводу о том, что если адвокат в своей устной и/или письменной речи, при осуществлении адвокатской деятельности, допустит какие-либо незаконные и аморальные высказывания в форме мнения, то он не может быть привлечен к какой-либо ответственности. В том числе он не может быть лишен статуса адвоката, если только его действия не будут подпадать одновременно под признаки преступления, в совершении которого этот адвокат будет признан виновным приговором суда, вступившим в законную силу.

Складывается весьма парадоксальная ситуация. Предположим, что адвокат нарушил профессиональную тайну, отказался от принятой на себя защиты, оскорбил участников процесса, разгласил данные предварительного расследования и т. п. Заметим, приведены весьма распространенные в практике правонарушения.

Заинтересованный орган (суд, прокуратура, территориальный орган юстиции) или гражданин направляют представление (жалобу) в адвокатскую палату субъекта Российской Федерации с предложением о привлечении этого адвоката к дисциплинарной ответственности, вплоть до прекращения его статуса.

Но теперь, с учетом комментируемого положения, адвокатская палата, на основании заключения своей квалификационной комиссии (ч. 2 ст. 17 Закона) может отказать в рассмотрении любого такого обращения со ссылкой на то, что допущенные адвокатом нарушения, какими бы грубыми они ни были, являются «мнением, выраженным при осуществлении адвокатской деятельности». Субъекту внесения представления (жалобы) в таком случае будет предложено «подождать» до вступления в силу приговора суда, который осудит такого адвоката за совершение преступления.

Таким образом, адвокат еще может быть хоть как-то наказан за действия, содержащие признаки состава преступления. Хотя практическим работникам хорошо известно, насколько порой уголовное наказание бывает несоразмерно содеянному, как долго, до полной потери актуальности приходится ждать его назначения. А ведь недобросовестный адвокат все это время продолжает работать, механизма отстранения его от осуществления профессиональной деятельности не существует.

Но это, как говорится, «полбеда». А что, если недобросовестный защитник, например, грубо нарушил адвокатскую тайну (ст. 8, п.п.5 п. 4 ст. 6 Закона), отказался от принятой защиты (п.п. 6 п. 4 ст. 6 Закона), действовал против интересов своего доверителя (п.п. 1 п. 1 ст. 7 Закона), или его действия являются нарушением иного федерального законодательства, Кодекса адвокатской этики, но при этом не подпадают под признаки преступления? Ведь очевидно, что многие, если не большинство нарушений закона (не уголовного), можно оценивать как пресловутое «мнение». Особенно сложно будет добиться наказания адвоката простым гражданам, например, доверителям, в отношении которых недобросовестный адвокат допустил грубые нарушения закона и/или норм профессиональной этики. Как людям добиться справедливости, если нарушитель прикрыт такой неприкосновенностью?

Предположим, что адвокатская палата, выявив грубое нарушение этики и закона, проявив принципиальность, приняла решение о прекращении статуса адвоката. Однако наказанный вправе обжаловать это решение палаты в суд (ч. 5 ст. 17 Закона) именно по этому формальному критерию – отсутствию вступившего в силу приговора суда по вопросу о «мнении». Весьма вероятно, что и суд, при всей очевидности правонарушения, недобросовестности адвоката, вынужден будет отменить решение адвокатской палаты по этому самому, чисто формальному критерию.

Для сравнения заметим, что любой судья, следователь, прокурор, имея определенные гарантии независимости, в том числе и в связи с особым порядком привлечения к уголовной и административной ответственности (глава 52 УПК РФ, положения законов «О милиции», «О прокуратуре РФ» и др.) никак не защищен от дисциплинарного наказания, назначаемого собственным ведомством. И практика показывает, что механизм привлечения к дисциплинарной ответственности представителей стороны обвинения и судей работает бесперебойно. Он чаще всего значительно эффективней любого другого вида ответственности и является самым серьезным сдерживающим от правонарушений фактором.

К примеру, судьи также обеспечены весомыми гарантиями независимости⁹³. Однако за совершение дисциплинарного проступка (нарушение норм закона «О статусе судей в РФ», а также положений кодекса судейской этики) на судью может быть наложено дисциплинарное взыскание вплоть до досрочного прекращения его полномочий (ст. 12.1). Решение о наложении на судью дисциплинарного взыскания принимается квалификационной коллегией судей, и ее компетенция не ограничена никакими «мнениями судьи, выраженными при осуществлении профессиональной деятельности». Получается, что судью наказать за дисциплинарный проступок можно легко, а адвоката практически невозможно?

У адвокатуры и ранее рычаг дисциплинарной ответственности работал, на мой взгляд, не достаточно эффективно. А теперь, со вступлением в силу Закона об адвокатуре он грозит и вовсе превратиться в фикцию.

Сказанное означает, что положение ч. 2 ст. 18 Закона об адвокатуре как гарантия независимости адвоката в действующей редакции на деле может привести к безнаказанности недобросовестных адвокатов за большинство совершаемых ими нарушений закона и норм профессиональной этики.

На мой взгляд, законодатель должен сформулировать новую редакцию комментируемой нормы в таком виде, чтобы, не нарушая необходимых гарантий независимости адвокатов, обеспечить надлежащий механизм привлечения к юридической ответственности недобросовестных представителей профессионального сообщества.

Но как это сделать, чтобы с одной стороны не посягать на действительно необходимые гарантии независимости адвокатов, а с другой стороны, обеспечить надлежащий механизм привлечения к юридической ответственности недобросовестных представителей профессионального сообщества?

Ответ на этот вопрос давно дали нормы международного права, законодательство многих развитых демократических стран. Так, в Основных положениях о роли адвокатов, принятых Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в г. Нью-Йорке, хотя и указано, что: «Адвокат должен обладать уголовным и гражданским иммунитетом от преследований за относящиеся к делу заявления, сделанные в письменной или устной форме...», однако далее следует важное условие такого иммунитета: «... при добросовестном исполнении своего долга и осуществлении профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе».

Если взять за основу приведенную норму, то ч. 2 ст. 18 Закона можно было бы сформулировать в следующей редакции: «Адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если он при этом добросовестно исполнял свои профессиональные обязанности и если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии)»⁹⁴.

⁹³ Ст. 9 Федерального закона «О статусе судей в РФ» от 26.06.1992 N 3132-1.

⁹⁴ Характерно, что вопрос о добросовестности либо недобросовестности поведения адвоката в каждом конкретном

В такой или подобной редакции норма, на мой взгляд, обеспечила бы и гарантии независимости адвокатов, и возможность привлечения некоторых из них к юридической ответственности за противоправное и недобросовестное исполнение своих профессиональных обязанностей.

Глава 3

Общая характеристика правонарушений, совершаемых недобросовестными адвокатами

Приступаем к анализу правонарушений, допускаемых профессиональными защитниками в уголовном процессе. В первой главе с учетом темы исследования рассмотрено правовое положение защитника, пределы его полномочий которыми он может воспользоваться в состязательной, порой конфликтной среде, которой в настоящее время является уголовное судопроизводство.

Таким образом, от нормативной модели профессиональной деятельности защитника приступаем к изучению и анализу фактической модели его поведения в процессе. От того «как должно быть», переходим к тому, «как бывает».

Специфика описания каждого примера в параграфах настоящей и последующих глав заключается в том, что конкретные случаи из правоприменительной практики будут снабжаться кратким обоснованием правомерности либо неправомерности занятой защитником позиции. Для этого, в случае необходимости, будем ссылаться на положения первой главы, где та или иная правовая модель описана более подробно. К отдельным примерам, скрытым, неявным способам правонарушений, приводятся признаки (следы) их совершения, которые может использовать процессуальный противник или суд для нейтрализации незаконных средств и способов деятельности.

3.1. Классификация незаконной деятельности адвокатов

Как уже было отмечено в первой главе, законодательством конкретно не определены пределы полномочий защитника. Это обстоятельство, а так же многообразие форм противоправной деятельности, допускаемой недобросовестными защитниками, создает серьезные сложности не только в описании конкретных незаконных средств и способов, но даже в их классификации. Тем не менее, без распределения известных нам правонарушений по определенным группам на основе выделения сходных признаков (оснований классификации), их изучение и использование для применения мер нейтрализации было бы слишком затруднительным.

Поэтому все незаконные средства и способы деятельности адвокатов в уголовном процессе классифицируются по различным основаниям.

1. Прежде всего, по нормативно-правовому критерию классификации все допускаемые адвокатами нарушения можно поделить на:

- 1) преступления;
- 2) иные правонарушения.

Последние с высокой степенью условности можно разделить на:

- а) нарушения уголовно-процессуального закона;
- б) нарушения закона об адвокатуре;
- в) нарушения иного федерального законодательства⁹⁵;
- г) нарушения норм профессиональной этики (кодекса профессиональной этики адвоката) (См. Приложение 1. п. 1.1–1.5).

Здесь основанием классификации служит нормативно-правовой акт (отрасль, институт законодательства), который нарушает своими действиями недобросовестный адвокат.

Подчеркиваем, что это деление весьма условно, поскольку, например, все преступления, совершаемые недобросовестными адвокатами в связи с осуществлением своей профессиональной деятельности, всегда в той или иной мере являются нарушениями закона об адвокатуре, иного законодательства, и, конечно же, норм адвокатской этики. Так, если адвокат, предупрежденный в установленном законом порядке (ст. 161 ч. 2 УПК РФ), разглашает посторонним заинтересованным лицам данные предварительного расследования, в том числе показания подзащитного без его согласия, то он тем самым совершает преступление, предусмотренное ст. 310 УК РФ. Этими же действиями защитник нарушает названное требование УПК РФ, а так же положение п. 5 ч. 4 ст. 6 закона об адвокатуре (разглашение сведений, составляющих адвокатскую тайну).

Эти же действия запрещает Кодекс профессиональной этики (ст. 6, п. 4 ч. 1 ст. 9 и др.). Описание конкретных посягательств наглядно продемонстрирует эту особенность.

Помимо нормативно-правовой хотелось бы привести ряд других классификаций по иным, криминалистически значимым основаниям, поскольку правовые критерии разграничения не в состоянии обеспечить учет всех особенностей, имеющих значение для выявления и нейтрализации проявлений незаконной деятельности.

2. Важнейшим криминалистически значимым основанием классификации являются интересы подозреваемого (обвиняемого) по делу. Предвидим некоторое удивление отдельных читателей. Действительно, как деятельность защитника, пусть даже противозаконная, может быть направлена не на пользу клиента? Однако практика показывает, что такое не

⁹⁵ Федеральных законов «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», «Об оперативно-розыскной деятельности» и др.

просто может быть – это весьма распространенная практика, одно из самых негативных, безнравственных явлений в адвокатской среде.

Итак, по этому основанию все незаконные средства и способы можно разделить на:

1. реализуемые в интересах подзащитного;
2. реализуемые из ложно понятых его интересов, но на самом деле вопреки им;
3. реализуемые сознательно вопреки интересам подзащитного (См. Приложение 3, п. 2.1–2.3, а так же Приложение 6).

Безусловно, важнейшими интересами подозреваемых, обвиняемых по делу чаще всего являются:

а) освобождение от уголовной ответственности и от наказания (полное или хотя бы частичное, по реабилитирующему, либо хотя бы по нереабилитирующему основанию⁹⁶;

б) смягчение наказания (уменьшение размера наказания, замена более строгого наказания менее строгим и т. д.);

в) освобождение от имущественных требований, заявленных в рамках гражданского иска в уголовном деле;

г) реабилитация, т. е. возмещение имущественного вреда, устранение последствий морального вреда, восстановление в трудовых, пенсионных, жилищных и иных правах, в случае возникновения права на реабилитацию (См. гл. 18 УПК РФ). Сюда же входит и стремление подзащитного затратить как можно меньшие средства на оказание юридической помощи;

д) иные интересы (сохранение доброго имени, стремление в рамках закона «воздать по заслугам» заявителю о преступлении и т. п.).

Разумеется, подавляющее большинство средств и способов защиты, в том числе и незаконных, используются адвокатами исключительно исходя из вышеназванных интересов своих клиентов. Порочный принцип «защитить клиента любыми средствами» является руководящим для многих недобросовестных представителей профессии.

Однако в практике весьма распространены случаи, когда адвокаты, в основном с низкой квалификацией (См. 3.2.4) и без большого опыта работы, стремясь помочь клиенту, наносят ему серьезный вред. Так, по одному делу о групповом разбойном нападении защитник в процессе попытался всю вину за организацию нападения перевести со своего подзащитного на другого подсудимого (сообщника), что не соответствовало действительности⁹⁷. Возмущенный вероломством своего бывшего товарища, последний дал новые показания против обидчика, существенно усугубив его вину. Такие виды незаконных способов бывают как скрытыми, так и явными. Но вероятно, чаще всего они явные (См. Приложения 3 и 6 п. 2.5 и 2.6).

Вместе с тем, все большее распространение получают факты, когда адвокат сознательно действует против своего подзащитного. Так, не редки случаи, когда защитник идет на сговор со следователем, которого, в связи с этим, иначе, как предателем своей системы и преступником не назовешь, о том, что последний даже без достаточных оснований задержит подозреваемого в порядке ст. 91 УПК РФ, «попугает» его, с тем, чтобы адвокат мог продемонстрировать способность эффективно освободить подзащитного и получить высокий гонорар. Этими «грязными» деньгами адвокат, как правило, делится с коррумпированным следователем, угощает его в ресторане, делает подарки, оказывает «спонсорскую помощь» подразделению и т. п.

Подобные, без преувеличения сказать, омерзительные действия, выявляются в практике крайне редко, имеют очень высокий коэффициент латентности. Широко известно, что

⁹⁶ Последнее, далеко не всегда бывает в интересах клиента. См., например, 10.1.

⁹⁷ Пример неудачного использования так называемой коллизионной защиты.

защитник никоим образом не может содействовать следователю в установлении всех обстоятельств дела, и тех, что свидетельствуют против его подзащитного⁹⁸. Но все чаще и чаще это неприменимое правило нарушается недобросовестными защитниками.

Наиболее часто незаконные способы, направленные против своих подзащитных реализуют «коррупцированные» адвокаты (См. 3.2.11) и «адвокаты-мошенники». Их жертвами чаще всего становятся люди следующих типов («группа жертв»):

- «приезжие» доверители, т. е. жители не того региона (государства), где было совершено преступление и/или возбуждено уголовное дело;
- лица, не владеющие языком уголовного судопроизводства (ст. 18 УПК РФ);
- лица, впервые привлекаемые к уголовной ответственности, не имеющие специального юридического образования, знаний и навыков участия в уголовном судопроизводстве, «нужных» знакомств, сторонних консультантов и т. п.

Напротив – к доверителям, в отношении которых недобросовестные адвокаты чаще всего опасаются применять незаконные способы, противоречащие интересам доверителей, относятся следующие типы личностей («группа риска»):

- представители организованных преступных формирований (ОПГ, ОПС);
- бывшие и действующие работники правоохранительных органов, их близкие родственники и другие лица, имеющие опыт общения с адвокатами в уголовном судопроизводстве;
- местные жители, имеющие обширные связи, прежде всего среди работников суда, органов юстиции, правоохранительных органов;
- рецидивисты (прежде всего опасные и особо опасные), другие лица, имеющие преступный опыт, отбывавшие наказания в виде лишения свободы и пользующиеся авторитетом в криминальных кругах и т. п.; (См. Приложение 4).

Бывает, что действия против собственных подзащитных допускают и высококвалифицированные адвокаты (См. 3.2.5), подкупленные заинтересованными лицами, например, представителями сообщника по групповому делу, у которого с подзащитным этого адвоката имеются существенные противоречия в интересах. Хотя бывает, что последствием подкупа такого адвоката является его отказ от защиты (См. 5.7).

Особой разновидностью действий против собственного подзащитного, являются применяемые адвокатом средства и методы, которые на первый взгляд, на уровне тактических целей, реализуются вроде бы исключительно в интересах клиента, однако, исходя из стратегических интересов защиты, эти средства и методы приводят к результатам, противоречащим интересам подозреваемого, обвиняемого.

Поясним это на весьма распространенном примере. Предположим, обвиняемый по делу не признает свою вину и в действительности не причастен к инкриминируемому деянию. Однако недобросовестный следователь, злоупотребляя своими полномочиями⁹⁹, угрожает ему, что изменит меру пресечения с подписки о невыезде на арест. Защитник обвиняемого идет на сделку со следователем о неприменении заключения под стражу взамен на признание подзащитным своей вины. Обращаясь затем к своему клиенту, адвокат уговаривает его признать вину (или поддерживает следователя в его давлении на подследственного), мотивируя это тем, что лучше во всем сознаться, чем лишиться свободы.

По общему, если так можно выразиться, правилу, «адвокат не имеет права ни по моральным, ни по тактическим соображениям идти на незаконные соглашения со следователем,

⁹⁸ Перлов И.Д. Право на защиту. – М., 1969. – С. 29.

⁹⁹ Подробно см. 10.1.

например, о неприменении заключения под стражу в случае признания подзащитным своей вины в инкриминируемом деянии»¹⁰⁰.

Эта разновидность незаконных средств и способов отличается от действий, исходя из ложно понятых интересов защиты (второй вид из предложенной классификации) тем, что здесь недобросовестный адвокат не заблуждается, а хорошо понимает, что в конечном итоге действует против интересов своего подзащитного. Его деятельность может способствовать осуждению невиновного или незаконному прекращению дела по нереабилитирующему основанию.

Однако необходимо отметить неоднозначность вопроса о признании таких действий адвоката незаконными (неэтичными). Например, что если в приведенном примере обвиняемый не признается в преступлении, которое реально совершил, у следствия имеются неопровержимые доказательства его вины, не будет ли подобное соглашение единственно верным для защиты решением? Более подробно этот вопрос будет рассмотрен позднее в гл. 10.1.

3. С предшествующей классификацией имеет много общего следующая. Здесь основанием деления всех незаконных средств и методов защиты являются интересы правосудия и предварительного расследования (См. например, ст. 6 УПК РФ). По этому критерию все незаконные средства и методы следует разделить на:

- незаконное противодействие правосудию и предварительному расследованию;
- незаконное содействие правосудию и предварительному расследованию;
- незаконные средства и методы, нейтральные по отношению к интересам правосудия и предварительного расследования (См. Приложение 3. п. 3.1–3.3).

В.Н. Карагодин в своей докторской диссертации и монографии, специально посвященных теме преодоления противодействия предварительному расследованию, определил противодействие как умышленные действия (или система действий), направленные на воспрепятствование выполнению задач предварительного расследования и установлению объективной истины по уголовному делу¹⁰¹.

Автором дана подробная характеристика противодействия, классификация его актов. Среди субъектов противодействия В.Н. Карагодин называет лиц, виновных в совершении преступления, и лиц, непричастных непосредственно к преступному деянию¹⁰². Среди последних выделяются свидетели-очевидцы, должностные лица предприятий, учреждений и организаций, в которых было совершено расследуемое преступление и вышестоящие руководители, представители контрольно-ревизионных органов, региональных органов власти и управления, работники правоохранительных органов, представители СМИ, родственники и близкие виновного и другие лица. И хотя В.Н. Карагодин не выделяет профессионального защитника в качестве субъекта противодействия¹⁰³, однако автор отмечает, что при разработке криминалистических характеристик, методик расследования отдельных видов преступлений могут выделяться и другие виды актов противодействия, оказываемого иными группами субъектов¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Резник В.Ю. Общие вопросы тактики защиты на предварительном следствии // Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам: Сб. статей. – Екатеринбург, 2001. – С. 120.

¹⁰¹ Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 18.

¹⁰² Карагодин В.Н. Указ. соч. С. 27–29. Схожий критерий классификации предлагает Р.С. Белкин, различая по отношению к конкретному преступлению «внутреннее» и «внешнее» противодействие. См. Белкин Р.С. Противодействие расследованию и пути его преодоления криминалистическими и оперативно-розыскными средствами и методами // Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования. – М., 1997. – С. 130.

¹⁰³ Равно как и авторы других работ по данной тематике. См., например, Белкин Р.С. Указ. соч. – С. 129–149; Корноухов В.Е. Учение о противодействии расследованию преступлений: Курс Криминалистики / Отв. ред. В.Е. Корноухов. – М., 2000. – С. 190–200; и др.

¹⁰⁴ Карагодин В.Н. Указ. соч. – С. 29–30.

Незаконное противодействие правосудию и предварительному расследованию со стороны недобросовестных адвокатов всегда направлено против процессуальных противников (следователей, прокуроров, дознавателей, судей) и может выражаться в разнообразных формах преступной и иной противоправной деятельности (подкуп свидетелей, фальсификация доказательств, умышленный срыв, затягивание процессуальных действий и т. п.).

Но особо следует отметить, что не всегда незаконное противодействие расследованию – это деятельность в интересах подзащитного. Так, «скандальный» адвокат, оскорбляя участников судебного заседания, чаще вредит своему клиенту. Тем не менее, незаконное противодействие расследованию обобщает большую часть всех незаконных средств и методов профессиональной защиты.

Однако следует особо подчеркнуть, что противодействие правосудию и предварительному расследованию со стороны адвокатов далеко не всегда является незаконным. Как правильно отмечает В.Н. Карагодин, не все виды противодействия противоправны, далеко не все они общественно опасны и антисоциальны. Так, закон предоставляет подозреваемым, обвиняемым право на защиту всеми законными способами и, тем самым, позволяет прибегать, в том числе и к противодействию¹⁰⁵.

Но не все незаконные средства и способы деятельности адвокатов можно отнести к противодействию задачам правосудия и предварительного расследования. Многие из них содействуют этим задачам и при этом являются незаконными. В их числе можно назвать публичные заявления адвоката о доказанности вины подзащитного, если тот ее отрицает, разнообразные уловки «коррупцированного» адвоката, сотрудничающего с недобросовестным следователем в целях изобличения подозреваемого и т. п.

Некоторые незаконные средства и методы реализуются защитником таким образом, что они остаются нейтральными по отношению интересам правосудия и предварительного расследования. К таким нарушениям следует отнести действия адвоката, когда он незаконными средствами и методами добивается законного интереса доверителя. Например: понуждение свидетеля к даче правдивых показаний, дача взятки следователю за правомерные действия, связанные с обоснованным прекращением уголовного преследования и т. п.

Из трех этих видов нарушений наиболее распространены и общественно опасны первые два. Причем первый вид – незаконное противодействие расследованию, как правило, сопровождается острыми конфликтами между сторонами в процессе. Отчасти поэтому незаконное противодействие со стороны адвокатов чаще выявляется и пресекается, поскольку в этом весьма заинтересованы правоохранительные органы (суд).

Что же касается незаконного содействия, то такие нарушения выявляются значительно реже. Сторона обвинения часто идет на сомнительные с позиции закона и этики сделки с адвокатами, недобросовестные следователи не заинтересованы в изобличении таких действий адвоката. Эти нарушения реализуются чаще в бесконфликтной обстановке. Но именно, они чаще всего, хотя и не всегда, противоречат интересам доверителей, которые остро реагируют на предательство со стороны своего адвоката. Отсюда понятно, почему незаконное содействие правосудию и предварительному расследованию со стороны адвокатов реже выявляется и пресекается. Доверитель имеет гораздо меньше возможностей для борьбы с такими нарушениями.

4. Кроме названных классификаций, хотелось бы предложить деление всех незаконных средств и методов на:

- явные (очевидные);
- и скрытые (замаскированные, латентные) (См. Приложение 3 п. 4.1–4.2).

¹⁰⁵ Карагодин В.Н. Указ. соч. – С. 17–18.

Для первых характерно то, что все признаки их совершения, как говорится, на лицо, например, оскорбление судьи в процессе. Забегая вперед, следует отметить, что основные задачи преодоления таких нарушений сводятся:

- к надлежащей фиксации этих нарушений;
- к их правильной правовой оценке;
- к правильному выбору организационно-тактических средств нейтрализации¹⁰⁶.

Нейтрализация второго вида – скрытых нарушений, представляет значительно более сложную проблему. Речь идет, например, об оказании такого давления на потерпевшего, с целью его отказа от показаний против обвиняемого и др.

Скрытые нарушения, как правило, и более опасны, чем явные. В дополнении к выше-названным задачам, для противодействия скрытым нарушениям необходимо, в первую очередь, их надлежащим образом выявить, распознать.

5. Кроме изложенного, исходя из того, на кого или на что направлены незаконные средства и методы¹⁰⁷, все они подразделяются на следующие виды:

1) направленные на лицо, производящее расследование или на суд, их родных и близких;

2) направленные на других участников процесса: свидетелей, потерпевших, экспертов, специалистов и др., их родных, близких, друзей;

3) направленные на другие источники доказательственной информации: вещественные доказательства, протоколы следственных и судебных действий, иные документы и предметы (См. ст. 81, 83 и 84 УПК РФ);

4) направленные на процесс расследования, решение его задач, условия его производства (См. Приложение 3. п. 5.1–5.4).

К первому виду относятся, в частности, оскорбления, препирательства с участниками судебного заседания, разглашение адвокатом сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении участников уголовного процесса (ст. 311 УК РФ) и проч. Большинство видов этих нарушений относятся к явным. К скрытым относятся собирание компрометирующих материалов на следователя (судью), попытка подкупа следователя (судьи) и др.

Ко второму виду относятся: подкуп свидетелей, потерпевших, экспертов, специалистов, понуждение их к даче ложных показаний, заведомо ложное заявление о низкой квалификации эксперта и т. п.

К третьему виду относятся: уничтожение доказательств обвинения, их фальсификация, хищение документов из уголовного дела при ознакомлении с его материалами в порядке ст. 217 УПК РФ и др.

К четвертому виду относятся: умышленное затягивание расследования, срыв следственных и судебных действий, шантаж следователя по принципу: «подписание адвокатом следственных документов в обмен на свободу его клиента» и т. п. (См., например, 5.7; 5.15-5.17 и др.).

6. По мотиву совершения все незаконные средства и методы можно разделить на:

1) совершаемые адвокатом из корыстных побуждений;

2) совершаемые им не только и не столько ради получения имущественной выгоды, а из иных побуждений (См. Приложение 3 п. 6.1–6.2).

Эта классификация, впрочем, как и остальные, носит очень условный характер. Нельзя забывать, что основной, доминирующей мотивацией в работе подавляющего большинства адвокатов выступает стремление к справедливости и осознание высокого назначения для защиты прав личности, творческий характер труда и самостоятельность, позволяющая про-

¹⁰⁶ О которых мы расскажем в одной из следующих книг.

¹⁰⁷ Здесь мы берем за основу классификации, приведенные в названных работах В.Н. Карагодина.

явить инициативу и активность... возможность с чистой совестью сказать, что все указанные в законе средства и способы защиты действительно были использованы¹⁰⁸.

В то же время любой адвокат своей практикой зарабатывает себе на жизнь, и нет ничего недостойного в том, что он рассчитывает получить вознаграждение, адекватное сложности дела, затраченным усилиям, понесенным расходам и т. д.

Поэтому, выделяя незаконные методы профессиональной защиты, совершаемые из корыстных побуждений, в данном контексте имеются ввиду противоречащие закону и адвокатской этике действия, где основным мотивом адвоката является получение незаслуженного, либо не разумного по своим размерам гонорара¹⁰⁹.

Например, по одному делу адвокат вымогал у своего клиента крупную сумму денег, мотивируя это тем, что поделит их между «нужными» судьями районного суда и тем самым добьется прекращения дела. После получения денег адвокат их присвоил и сразу же уехал в длительный отпуск за границу, а подзащитный был осужден к лишению свободы.

Данному типу незаконных действий присущи следующие признаки:

– адвокат запрашивает явно неразумную, несправедливую сумму гонорара, не обусловленную характеристикой оказываемой помощи. Подзащитный и его родственники ищут в займы крупные суммы, интересуются, что адвокат конкретно сможет сделать за эти деньги и т. п.;

– распространяется слух, или недобросовестных адвокат прямо заявляет, что часть значительной суммы гонорара якобы идет на взятки следователю (прокурору, судье), угощения, рестораны, а так же финансирование судебных издержек (транспорт для органов расследования, ксерокопирование документов и проч.);

– адвокат постоянно жалуется подзащитному на материальные проблемы, неплатежеспособных, недобросовестных клиентов и т. д.;

– адвокат теряет интерес к защите, когда клиент прекращает вносить регулярные суммы оплаты, пытается уклониться от оказания помощи, провоцирует подзащитного добровольно отказаться от него и т. д.

Незаконными методами, применяемыми защитником **из иных побуждений**, могут быть действия, совершаемые адвокатом по мотиву личной неприязни к следователю, иным участникам процесса, из мести за обиду, «несговорчивость» по данному и другим делам. Среди адвокатов редко, но встречаются и такие, которые вообще не могут работать иначе, как посредством ругани, оскорблений, скандалов, попыток дискредитации. Мотивами такого поведения часто бывает чувство профессиональной неудовлетворенности, ненависть ко всем работникам правоохранительных органов, желание произвести о себе выгодное впечатление на подзащитного, всех присутствующих в суде, как о непримиримом правозащитнике, бескомпромиссном юристе, неудовлетворенное самолюбие, жажда власти и т. п.¹¹⁰.

Кроме изложенного, иными мотивами адвокатских нарушений могут быть личная дружба, родственные, семейные, иные личные отношения с самим подзащитным, его родственниками и друзьями. Часто иным мотивом совершения незаконных действий является желание адвоката поменьше работать, облегчить себе жизнь. Бывает, что незаконные действия он совершает ввиду угроз, шантажа, насилия со стороны недобросовестных сотрудников правоохранительных органов.

Распространенным мотивом является, и стремление недобросовестного адвоката скрыть свою некомпетентность. Многие «коррумпированные» адвокаты, «прикормленные» к конкретному следственному подразделению (подразделению дознания) идут на амораль-

¹⁰⁸ Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. – М., 1978. – С. 80–81.

¹⁰⁹ См. нормы профессиональной этики, гл. 9.2. пункт 15.

¹¹⁰ См. «скандальный» адвокат, 3.2.9.

ные сделки со стороной обвинения по следующим мотивам. Работу они получают в основном по рекомендации самих следователей и дознавателей (а точнее благодаря навязыванию этого адвоката подозреваемым). Такие псевдозащитники втайне осознают, что в силу своей низкой квалификации не смогут обеспечить себя работой самостоятельно, в условиях свободной конкуренции с квалифицированными адвокатами, а потому идут на любые сделки с представителями правоохранительных органов, лишь бы не потерять их дружеского расположения, а значит и клиентуру.

Для следователя, прокурора, судьи, не участвующего в описанной круговой поручке, а так же для доверителя, признаки таких нарушений могут проявиться в следующем:

– у адвоката самые добрые, дружеские отношения с соответствующими сотрудниками. Вместе отдыхают, отмечают праздники, обедают, подолгу остаются наедине с ними в кабинетах и т. д.;

– адвокат редко критикует сотрудников, отзывается о них весьма положительно, постоянно намекает своему клиенту на это, а так же на то, что все вопросы он может решить, лишь бы клиент платил;

– адвокат редко заявляет ходатайства, жалобы, отводы следователям подразделения и т. д. Даже когда подзащитный настаивает на этом, адвокат под разными предлогами уклоняется от этих обязанностей;

– часто позиция адвоката по делу совпадает с задачами следствия. Он уговаривает подзащитного признать вину, выдать соучастников и т. д., мотивируя это его же интересами, советует линию защиты, направленную не на противодействие, а на компромисс со следствием и т. д.;

– по делам такого защитника редко вступают в законную силу правовые решения, которые не устраивали бы сторону обвинения (оправдательный приговор, возвращение дела прокурором для дополнительного расследования и др.).

Но далеко не всегда эти признаки свидетельствуют именно о круговой поручке. Часто доверительные, бесконфликтные отношения между защитником и следователем объясняются взаимным уважением, порядочностью, дисциплиной и ответственностью с каждой стороны и т. п.

7. И еще одну из возможных классификаций хотелось бы привести в этой части работы. Она имеет существенное значение для процедуры привлечения адвокатов к различным видам ответственности за допускаемые нарушения. Основанием классификации здесь служат внешние формы проявления тех или иных нарушений со стороны защитника. По этому основанию все незаконные деяния можно весьма условно разделить на:

– действия, носящие характер «мнения, выраженного при осуществлении адвокатской деятельности»;

– иные нарушения (См. Приложение 3 п. 7.1–7.2).

Практическая значимость этого деления состоит в том, что вступившим в силу законом об адвокатуре установлено, что ни один адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии) (ст. 18 ч. 2 Закона)¹¹¹.

Пока действует эта не вполне удачная, на мой взгляд, редакция нормы закона, вынужден констатировать следующее. Если действия недобросовестного адвоката носят характер «мнения, выраженного при осуществлении адвокатской деятельности», то для органов и лиц, выявивших эти нарушения и желающих их пресечь, наиболее предпочтительным явля-

¹¹¹ Так называемую «правило ч. 2 ст. 18 Закона об адвокатуре. Подробно об этом в гл. 2.

ется возбуждение уголовного дела против этого адвоката. Если, конечно, эти действия подпадают под признаки состава преступления¹¹².

В противном случае, даже при явном, грубом характере допущенных адвокатом правонарушений адвокатская палата, на основании заключения своей квалификационной комиссии может отказать в рассмотрении любого представления или жалобы в связи с тем, что допущенные адвокатом нарушения являются пресловутым «мнением» и предложить субъекту внесения представления или жалобы подождать до вступления в силу приговора суда.

Даже если адвокатская палата, выявив грубое нарушение этики и проявив принципиальность, примет решение о прекращении статуса адвоката, наказанный вправе обжаловать это решение палаты в суд¹¹³ именно по этому формальному критерию, отсутствию вступившего в силу приговора суда по вопросу о «мнении». Весьма вероятно, что и суд при всей очевидности правонарушения, недобросовестности адвоката, вынужден будет отменить решение адвокатской палаты по этому – чисто формальному критерию.

Если же адвокатом совершен второй тип нарушения, т. е. иные действия, не носящие характер «выраженного мнения», то у субъекта внесения представления (жалобы) есть значительно большие шансы добиться наказания недобросовестного адвоката без возбуждения уголовного дела.

Данная классификация имеет важное значение для выбора стратегии и тактики нейтрализации незаконных средств и методов защиты¹¹⁴.

Изложенное здесь уже в самом общем виде показывает, насколько важно для организации противодействия таким методам знание их основных видов и групп, умение распознавать, диагностировать те или иные нарушения, исходя из признаков, присущих тому или иному выделенному виду.

Для этих же целей необходимо рассмотреть типичные данные о личности адвокатов в их связи с характеристикой типичных незаконных средств и методов профессиональной деятельности. К этому вопросу перейдем в следующем параграфе.

¹¹² Однако не стоит забывать, что при прочих равных условиях все-таки сами эффективными являются конструктивные, бесконфликтные средства нейтрализации: убеждение, уступка, компромисс и др. Об этом подробно – в следующей книге.

¹¹³ Ст. 17 ч. 5 Закона об адвокатуре.

¹¹⁴ Что подробно будет рассмотрено в следующей работе, посвященной нейтрализации незаконных методов уголовной защиты.

3.2. Обобщенные данные о личности адвокатов и характеристика допускаемых правонарушений

Знание субъектом предварительного расследования обобщенных данных о личности адвокатов имеет важное значение для реализации мер противодействия незаконным средствам и методам профессиональной защиты.

Имея хотя бы самое общее представление о типичных личностных качествах адвокатов, можно достаточно оперативно и с высокой степенью вероятности распознавать конкретные способы противоправной деятельности недобросовестных представителей профессионального сообщества, выявлять следы преступлений и иных правонарушений и т. д., и далее – планировать и реализовывать следственные и иные действия, а так же их комплексы (тактические операции), направленные на профилактику, нейтрализацию этих нарушений.

Вместе с тем, обобщенные данные о личности профессиональных защитников допускающих нарушения, равно как и все приводимые в настоящей работе элементы характеристики их деятельности, могут рассматриваться только как вероятностная модель и соответственно использоваться следователем, другими правоприменителями лишь в качестве ориентирующей информации¹¹⁵.

Не следует переоценивать значение этих данных, пытаться сформировать однозначные связи между тем или иным профессиональным, личностным качеством адвоката и приведенными способами совершения преступлений и иных правонарушений. Криминалистика относится к числу тех наук, в которых закономерности проявляются как тенденции, прокладывающие себе путь среди множества отклонений и случайных сдвигов¹¹⁶.

Следует особо подчеркнуть, что некоторые из выделенных мною личностных и профессиональных качеств адвокатов (адвокат «с предшествующим опытом» и без такового; «контактный» и «неконтактный» и др.), в той или иной мере присущи многим, если не всем представителям профессии. Повторюсь, что по моему глубокому убеждению ***подавляющее большинство адвокатов – честные и порядочные люди, все свои силы отдающие высоким целям правозащитной деятельности и не допускающие в своей работе каких-либо правонарушений***. Поэтому совершенно недопустимо предполагать или делать вывод, что адвокат, имеющий те или иные выделенные качества, обязательно совершает или склонен совершать те или иные типичные нарушения.

Противозаконные средства и методы защиты допускают не все, а лишь недобросовестные представители адвокатуры, не уважающие в должной мере закон и нормы профессиональной этики. Недобросовестный адвокат обладает теми или иными рассмотренными здесь качествами, наличие которых и предопределяет вероятность совершения им нарушения определенного вида.

Нижеприведенные данные стали результатом проведенных опросов, как адвокатов, так и работников правоохранительных органов, личных наблюдений автора за годы следственной работы и деятельности по осуществлению прокурорского надзора за следствием и дознанием.

¹¹⁵ Здесь мы используем отдельные теоретические положения, лежащие в основе формирования и использования криминалистических характеристик преступлений. См., например, Шиканов В.И. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений. – Иркутск, 1983. – С. 24.

¹¹⁶ Лубин А.Ф. Механизм преступной деятельности. Методология криминалистического исследования: Монография. – Н. Новгород: НЮИ МВД России, 1997. – С. 207.

В работе так же использовались данные социологического исследования факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов (МГКА), проведенного НИИ судебной защиты при МГКА¹¹⁷.

Итак, исходя из типичных свойств личности адвокатов, их можно разделить на группы по следующим основаниям:

По наличию предшествующего адвокатуре опыта работы в правоохранительных и судебных органах:

– имеющие предшествующий опыт работы в суде, в следственных органах, в органах дознания, в прокуратуре, а так же в оперативно-розыскных подразделениях (Далее – «опытные» защитники или защитники с предшествующим опытом);

– не имеющие такого опыта (См. Приложение 5 п. 1.1–1.4).

3.2.1. Адвокат «с предшествующим опытом»

Адвокаты, относящиеся к первой категории, как правило, имеют опыт и знания в тактике и методике расследования, личный авторитет, авторитет предыдущей должности, связи в правоохранительных и судебных органах. Такие адвокаты обычно весьма уважаемы в правоохранительных органах и судах. В своей работе они лучше находят язык со своими бывшими коллегами, хорошо знают их психологию и проблемы, условия и специфику их работы, типичные ошибки и нарушения, допускаемые ими и то, где и как их можно найти и использовать в интересах защиты. Часто они разными путями находят доступ к данным криминалистических учетов, напрямую общаются с экспертами, в том числе со специалистами государственных экспертных учреждений, что позволяет им решать в интересах клиента многие вопросы.

Эти же качества позволяют некоторым из них вступать в коррупционные связи с недобросовестными работниками правоохранительных органов (См. 3.2.11), действуя не в интересах клиента. Они имеют реальные возможности для незаконного воздействия на субъектов расследования и на суд. Незабываемые профессиональные качества и опыт общения с людьми позволяют им весьма умело воздействовать на свидетелей, потерпевших и других участников процесса.

В целом, они являются, с одной стороны, цветом адвокатского сообщества, но с другой стороны, при невысоком уровне моральной чистоплотности и порядочности, они – опасные нарушители закона и этики.

Свойства личности и профессиональные качества адвокатов этой группы в свою очередь имеют существенные различия в зависимости от той профессии и должности, которую они занимали до адвокатуры. Предшествующая работа налагает неизгладимый отпечаток на средства и способы защиты. Так, бывший следователь лучше других ориентируется в процессуальных вопросах предварительного расследования, в квалификации преступлений, которые он ранее сам расследовал. Поэтому, при прочих равных условиях, недобросовестный адвокат с таким опытом может в большей мере использовать нарушения, направленные на процесс расследования и др.

Бывший оперуполномоченный уголовного розыска органов МВД вопросы уголовно-правовой квалификации и процессуальные «тонкости» может знать меньше, чем, например, вопросы тактики и методики расследования преступлений, розыска скрывшихся преступников, криминалистическую технику, использование криминалистических учетов и т. п. Среди бывших оперативников много таких, кто в совершенстве владеют тактическими

¹¹⁷ Далее, для краткости – исследование МГКА. См. Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов // Рассказывают адвокаты. / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 93–112.

приемами допроса (точнее было бы сказать – бесед), умеют добиться от собеседника «нужной» информации и т. п. В регионе (районе), в котором ранее работал бывший оперуполномоченный, ему хорошо известна оперативная обстановка, возможно, сохранились контакты с лицами, содействующими субъектам ОРД на конфиденциальной основе (ст. 17–18 Закона «Об ОРД»). Исходя из этого, допускаемые таким адвокатом нарушения могут быть чаще направлены на свидетелей, потерпевших, экспертов, специалистов, иных участников процесса, а так же на судей, следователей, бывших коллег – оперативников и т. п.

Несмотря на всю спорность такого мнения, полагаю, что важным обстоятельством является и то, каким образом «ушел из системы» тот или иной бывший ее сотрудник. Так, во многом своеобразно поведение лиц, уволенных из органов по отрицательным мотивам и далее пришедших в адвокатуру. Именно такие лица, будучи адвокатами, часто бывают особо беспринципны, обладают иногда низким уровнем квалификации и самодисциплины, что влечет соответствующие виды нарушений. Еще в 1987 году В. Савицкий писал, что в ряде мест коллегии адвокатов превратились в своего рода убежища для скомпрометировавших себя служителей правосудия. В этом он видел один из основных факторов недоверия как юристов, так и населения к адвокатскому сообществу¹¹⁸. С тех давних времен ситуация вряд ли улучшилась.

Между тем, именно среди таких адвокатов часто встречаются и настоящие профессионалы, глубоко знающие соответствующую (как правило, следственную или оперативно-розыскную) работу. Ведь ни для кого не секрет, что в нашей стране далеко не всегда увольняли или вынуждали уволиться по собственному желанию из органов тех, кто действительно этого заслуживал. Такие адвокаты часто глубоко переживают свое увольнение из Системы, во многих случаях сознательно или подсознательно мстят ей за свой уход.

Особенно негативными тенденциями характеризуется утечка лучших кадров из правоохранительных органов в период конца 80-х до середины 90-х годов прошлого века. Многие из юристов этого периода уходили (и, к сожалению, сейчас уходят) из-за низкой заработной платы, отсутствия перспектив получения жилья, конфликтов с руководством и т. п. Зачастую эти, часто еще молодые, полные сил, высококвалифицированные юристы сейчас стали одними из наиболее сильных и квалифицированных адвокатов. Именно из них чаще всего набирают целые бригады личных адвокатов лидеры организованных преступных формирований.

Адвокаты, ушедшие в свое время из органов с почестями на «заслуженный отдых», например, по возрасту, как правило, проявляют несколько иные качества. На их деятельность оказывают влияние богатый опыт, часто длительная служба на руководящих постах, сохранившиеся связи, а так же возраст, состояние здоровья и т. д.

Вместе с тем, среди опрошенных адвокатов распространено мнение о том, что длительная работа в правоохранительной системе часто накладывает неизгладимый отпечаток на личность специалиста. Человеку, много лет проработавшему «по другую сторону баррикад», иногда бывает очень сложно перестроиться с позиции обвинения людей к их защите. Чтобы эффективно защищать, надо верить человеку, понять те обстоятельства, которые толкнули его на преступление, простить ему его недостатки, войти в его положение, пожалеть, наконец. Не всегда бывший следователь, прокурор, судья способен на такое. Это во многом связано со сменой мировоззренческих позиций, личной системы ценностей. А к этому готов далеко не каждый человек.

¹¹⁸ Савицкий В. Престиж адвокатуры. // Правда. – 1987. – 22 марта.

3.2.2. Адвокат – «молодой пенсионер»

Среди адвокатов-пенсионеров необходимо отдельно выделить так называемых «молодых пенсионеров». Дело в том, что, как известно, всем сотрудникам правоохранительных органов, при действующем законодательстве о прохождении службы в тех или иных ведомствах, работник получает право на минимальную пенсию порой в самом зрелом, даже молодом возрасте. Не вдаваясь в нюансы законодательства, следует отметить лишь, что, к примеру, аттестованный работник прокуратуры (следователь, прокурор, помощник прокурора и др.) может добиться минимальной пенсии и уйти «на заслуженный отдых» даже в 32–33 года, проработав в органах «чистыми» от 10 лет. Причинами такого раннего ухода может быть то, что специалист не желает делать карьеру, или не видит перспектив ее дальнейшего продвижения, «не ужился» с кем-то из руководства, разочаровался в своей работе или, что реже, попросту с ней не справляется и т. п. Проблема, конечно, не является специфичной именно для правоохранительной системы. По мнению заместителя министра экономического развития, члена рабочей группы по реформированию госслужбы М. Дмитриева, в госструктурах вообще в основном работают те, кому еще нет 30 и те, кому за 50 лет. Люди в самом продуктивном возрасте предпочитают бизнесструктуры¹¹⁹.

Так или иначе, тенденция очевидна – из правоохранительных органов «утекают» кадры, уходят тысячи часто наиболее квалифицированных и энергичных молодых людей. Мало кто из них действительно «отдыхает». Большинство работают по юридической специальности, в том числе в коммерческих, охранных структурах, получая при этом еще и неплохую пенсию. Многие из них становятся адвокатами – сильнейшими представителями корпорации и «головной болью» своих бывших коллег.

Среди них редки люди, занимавшие высокие посты и должности. Потому и уходят, что терять, как правило, особенно нечего. Это опытные работники именно низшего и среднего звена: следователи, оперуполномоченные, дознаватели и др. Они работали «на земле», а не в «высоких кабинетах», а потому хорошо знают все нюансы профессии, видят и оценивают каждую мелочь в работе бывших коллег. И если уж они выбирают методы недобросовестной защиты – борьба с ними становится задачей архисложной.

Вне зависимости от предшествующей профессии и обстоятельств ухода из Системы, адвокаты, имеющие предшествующий опыт, мягко говоря, без особого уважения относятся к молодым следователям (дознавателям, оперуполномоченным, прокурорам), не имеющим, по их субъективному мнению, надлежащего опыта работы, знаний, навыков. Уже при первом знакомстве с процессуальным противником опытный адвокат тестирует, диагностирует своего процессуального противника. И уж если «диагноз» будет выглядеть как: «молодой», «зеленый», «неопытный», «бестолковый» и т. п., – такому следователю обеспечено, по крайней мере, несколько пренебрежительное, покровительственное отношение. Недобросовестная часть опытных адвокатов делает вывод, что многие из ниже описанных незаконных средств и методов защиты с таким процессуальным противником допустимы и безопасны. И тогда – берегись молодой следователь! Если же на свою беду, такой представитель стороны обвинения позволит себе невежливое, небрежное, высокомерное поведение, необязательность, непунктуальность по отношению к опытному адвокату, последний может поставить себе задачу серьезно «наказать» молодого следователя. И возможности такие у опытного адвоката есть. В отместку могут быть применены такие незаконные приемы и средства, которые, может быть, и не имело смысла применять при прочих равных условиях. Именно поэтому среди принципов нейтрализации незаконных методов защиты, мы, прежде всего,

¹¹⁹ «Карьера чиновника». // Российская газета. – 2002. – 12 сентября.

называем вежливое, этичное, по возможности доброжелательное отношение к профессиональным защитникам¹²⁰.

В целом, конечно, любой адвокат, независимо от опыта, пытается диагностировать следователя, выявить некоторые его профессиональные и личностные свойства. Ниже попробую проанализировать, каковы бывают результаты такой диагностики. Но именно опытный адвокат чаще всего проводит самую точную диагностику и сможет использовать против обвинения все особенности личности процессуального противника.

3.2.3. Адвокат «без предшествующего опыта»

Ни в коем случае нельзя утверждать, что адвокаты второй группы, не имеющие предшествующего профессионального опыта, обладают меньшей профессиональной квалификацией. Напротив – многие из известнейших адвокатов России всю или большую часть своей жизни посвятили только этой профессии¹²¹.

Правда в последние годы кадровый состав адвокатуры характеризуется наплывом молодежи, лиц, недавно закончивших юридические вузы, два года проработавшие помощниками или стажерами адвоката и приступивших к самостоятельной адвокатской деятельности. Молодые специалисты, а так же лица, ранее работавшие не по юридической специальности или по профессии, не связанной с уголовным судопроизводством сейчас составляют значительную часть адвокатского корпуса. Очень часто (хоть и не всегда) такие адвокаты лучше других разбираются в нормах материального и процессуального права, быстрее ориентируются в постоянных изменениях законодательства, в специальной литературе, знают компьютерную технику, используют информационные базы данных (реже – данные криминалистических учетов) и т. д. Но не всегда им сопутствует успех в выборе тактических приемов и стратегии защиты, и что очень важно – в вопросах установления необходимого контакта с субъектами расследования.

Не побывав «в шкуре» следователя, оперативника, не познав всей тяжести их труда, не видя изнутри всех детерминант, тех или иных закономерностей в их работе, они часто крайне резко, эмоционально и бескомпромиссно реагируют на нарушения закона со стороны процессуальных противников. Нельзя осуждать или даже иронизировать, над такой реакцией. Правоохранительная система действительно изобилует нарушителями законности и примерами систематических, грубых правонарушений и преступлений со стороны ее представителей.

Стоит ли отрицать, что у многих из нас – действующих и бывших прокуроров, следователей, дознавателей и оперативников проявляются элементы профессиональной деформации личности, не позволяющие нам объективно и адекватно оценивать некоторые свои действия, прежде всего, нарушения закона. Мы часто не замечаем (или не хотим замечать) собственные ошибки, а то и системные нарушения, порочную, порой абсурдную практику. А адвокаты, особенно «молодые специалисты», хорошо видят все. Часто у них складывается впечатление (а отчасти и обосновано) о тотальной круговой поруке, всеобщем попустительстве и даже укрывательстве нарушений в расследовании дел в рамках конкретного правоохранительного подразделения, района, даже региона.

¹²⁰ Об этом – в следующей работе, которая будет посвящена средствам нейтрализации незаконных средств и методов уголовной защиты.

¹²¹ В этом легко убедиться, изучив, например, справочник: Современный российский юристы: Кто есть кто в юридической науке и практике. / Под ред. С.П. Щербы, В.Е. Крутских, 2-е изд. – М., 2001. – 400 с. В этом уникальном и полезном издании кратко излагается трудовая биография части самых известных и квалифицированных юристов России. Среди них много адвокатов с многолетним стажем работы.

Именно у категории адвокатов – «молодых специалистов» в этой связи чаще, чем у других возникает стойкая протестная, непримиримая позиция к процессуальным противникам, негативное отношение ко всем нам – следователям, дознавателям, прокурорам, а в особенности – к оперуполномоченным, часто доминируют «иные мотивы» защитительных действий (См. гл. 3.1), возникает уверенность, что даже законный интерес доверителя можно защитить только незаконными средствами.

Очень и очень часто такая, если так можно выразиться, «классовая ненависть» находит свое выражение в применении незаконных методов защиты. Принципом «око за око», т. е. «нарушение за нарушение», такой адвокат морально оправдывает свои действия перед самим собой, своими коллегами и близкими.

Как уже отмечалось, принцип «нарушение на нарушение» характерен в той или иной мере для адвокатов всех анализируемых групп. И если следователи опускаются до взаимных нарушений – налицо самый худший для интересов правосудия – сценарий конфликтного расследования. Досудебная стадия судопроизводства превращается в необъявленную, жестокую войну, где все средства хороши, а людские судьбы, интересы законности становятся разменной монетой. Думается, что эти опасные закономерности во взаимоотношениях сторон процесса должны стать темой специального исследования.

Вернемся же к адвокатам – «молодым специалистам». Итак, допускаемые молодыми, не имеющими специального опыта защитниками нарушения, часто носят явный характер, направлены на процесс расследования и реже – на его участников. Реже среди них встречаются адвокаты, допускающие незаконные приемы не в интересах клиента. Но они чаще могут добросовестно заблуждаться в оценке последствий своих действий. Однако, они по сравнению с предыдущей группой (имеющих предшествующий опыт) значительно реже становятся «вовлеченными» адвокатами, в том числе и потому, что преступные формирования больше предпочитают нанимать защитников, имеющих «предшествующий опыт». Среди «неопытных» меньше и «коррумпированных» защитников, поскольку «корпус» последних формируется, в основном, из бывших работников, пенсионеров соответствующих правоохранительных ведомств.

Адвокат – «молодой специалист» редко с высокой степенью достоверности может диагностировать личность процессуального противника, как это делает «опытный» защитник. Но все-таки, как правило, с большим уважением (впрочем, как и все другие типы защитников) «молодой специалист» отнесется к опытному, квалифицированному следователю. Разница в возрасте, профессиональные навыки, спокойствие и рассудительность, богатые знания практики расследования позволяют такому следователю, в определенной степени, даже иметь личное влияние на «молодого специалиста». Это позволит не допустить возможные нарушения со стороны последнего.

Уровень квалификации адвокатов. Говоря о типичных свойствах личности адвокатов-нарушителей, нельзя не упомянуть о самой «скользкой», оценочной категории – об уровне квалификации адвоката. Как бы ни были условны границы этого понятия, его учет слишком важен для целей настоящего исследования, чтобы умолчать о нем.

Как отметил В.Н. Карагодин, среди интеллектуальных свойств личности субъекта противодействия расследованию, детерминирующими эту деятельность, одним из важнейших являются знания уголовного и уголовно-процессуального законодательства, тактических приемов и методов ведения расследования¹²².

Соответственно адвокат, решивший встать на путь противодействия расследованию, избирает конкретные незаконные действия, исходя, в том числе, из уровня своей профессиональной квалификации.

¹²² Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 86–87.

Понимая всю уязвимость позиции, позволим себе выделить:

1. высококвалифицированных адвокатов;
2. не обладающих таким качеством (См. Приложение 5 п. 2.1–2.2).

По данным упомянутого исследования МГКА показатели качества работы выше у адвокатов, имеющих стаж работы до 15 лет¹²³.

Самая сильная в этом отношении группа – адвокаты со стажем работы от 6 до 10 лет. Показатели работы у адвокатов-мужчин выше, чем у адвокатов-женщин. Однако разница не значительная¹²⁴.

Основная нагрузка приходится на адвокатов в возрасте от 31 до 50 лет (58,9 % уголовных дел). Вместе с тем высока активность адвокатов в возрасте свыше 60 лет (9,1 % от всех уголовных дел)¹²⁵.

Изложим по поводу квалификации адвокатов лишь некоторые наблюдения, которые носят весьма оценочный характер.

3.2.4. Неквалифицированный адвокат

В наиболее общем плане нельзя сказать, что первый тип совершает меньше нарушений, чем второй. Как уже было оговорено, в большей степени этот вопрос зависит от морально-этических качеств юриста, от уровня его правосознания, честности и порядочности.

Прежде всего, уже само проявление защитником в своей работе низкой квалификации, при определенных условиях следует признать грубым нарушением норм адвокатской этики (См. гл. 9). Как отмечает Ю.Ф. Лубшев, если президиум коллегии¹²⁶ установит низкое качество профессиональной работы адвоката, не обеспечивающее оказание надлежащей юридической помощи гражданам, то это влечет исключение из коллегии адвокатов¹²⁷.

Принятие защитником поручения, которое он заведомо не может выполнить в силу ненадлежащей квалификации, порочит честь и достоинство не только его самого как адвоката, но и умаляет авторитет всей адвокатуры. Если защитник участвовал в деле, по которому, как выяснится в последствии, лицо было необоснованно осуждено, либо был вынесен оправдательный приговор после прекращения участия в деле такого адвоката – данные обстоятельства, при наличии соответствующей жалобы, уже сами по себе могут быть поводом для квалификационной коллегии адвокатской палаты к рассмотрению вопроса об ответственности адвоката¹²⁸.

Кроме того, именно неквалифицированная часть адвокатского сословия идет на незаконные, а порой и преступные компромиссы с органами следствия («коррупцированные» адвокаты), часто они боятся напрямую конфликтовать со следствием, действуют вопреки интересам своих подзащитных, получают неразумные по сравнению с уровнем оказанных

¹²³ При оценке качества работы принималось во внимание доля прекращенных дел, дел возвращенных для дополнительного расследования, число оправдательных приговоров как результаты работы защитника.

¹²⁴ По количеству постановлений о прекращении дела, оправдательных приговоров и возвращений дел на доследование: адвокаты – мужчины – 56,5 %, адвокаты – женщины – 42,6 %. В этой части мы, при всем уважении к автору, более всего склонны критически оценивать результаты проведенного МГКА исследования. Прим. автора

¹²⁵ Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов. // Рассказывают адвокаты / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 93–112.

¹²⁶ Президиум коллегии адвокатов – наименование руководящего органа адвокатских образований до вступления в силу действующего закона об адвокатуре.

¹²⁷ Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: Учебник. – М., 2001. – С. 254.

¹²⁸ Конечно же только поводом, а не безусловным основанием привлечения к ответственности. Подробно об этом см. 5.6., а так же: Гармаев Ю.П. Ответственность адвоката перед подзащитным за ненадлежащее исполнение обязанностей. // Журнал российского права. – 2003. – № 6. – С. 34–38.

услуг гонорары, подводят своих подзащитных, стараясь им помочь. Чаще других неквалифицированные адвокаты дают необоснованные гарантии, допускают недобросовестную саморекламу¹²⁹, осуществляют посредничество между арестованным и его соучастниками, находящимися на свободе (См. 7.2) и т. д.

И, кроме того, поскольку они обычно не пользуются популярностью у клиентов, то за любую хорошо оплачиваемую, связанную с чем угодно работу, они чаще всего готовы идти на любые нарушения, по принципу «все что угодно за ваши деньги!». Им больше присущи явные, наглые, не всегда даже разумно мотивированные средства незаконной защиты.

3.2.5. Высококвалифицированный адвокат

Категория высококвалифицированных адвокатов, разумеется, выглядит совершенно иначе, чем их слабо квалифицированные коллеги. Характеристики противоположные. В редких случаях такой адвокат пойдет на действия против своего клиента. Репутация для него намного дороже сиюминутных выгод, поэтому такие специалисты редко бывают «коррумпированы» с представителями стороны обвинения. Как правило, они не идут на противозаконный компромисс со следствием. Только если этот компромисс будет действительно выгоден подзащитным. Да и то, соглашение с таким адвокатом и его подзащитным может «высосать много крови» у следователя, хотя и должно вызвать искреннее уважение к профессиональной хватке защитника.

Адвокат такого рода хотя и легко при необходимости идет на конфликт, но выдерживает в нем чаще корректную позицию. Квалифицированный адвокат не нуждается в таких методах как препирательства с судьей, унижение и ложная компрометация участников процесса, заявление надуманных и беспредметных жалоб и т. п. Его арсенал средств и приемов достаточно богат, чтобы не опускаться до действий, унижающих собственное профессиональное и личное достоинство. Зато им будут использованы все ошибки и нарушения, допущенные следствием. Не только прямое нарушение, но и любой недочет, недоработка, упущение со стороны расследования может мгновенно стать козырем защиты. Но такого рода действия, в целом, не нарушают норм адвокатской этики. Поймать следователя на ошибке и использовать ее для защиты, полагаю, чаще можно отнести к заслугам адвоката.

К примеру, часто в ходе допросов следователь по ошибке ставит не ту дату проведения следственного действия или время, не соответствующее действительности. Так, в моей практике был случай, когда я написал дату допроса вместо «1 мая» – «1 марта». А дело было возбуждено 30 апреля. В другом протоколе допроса по тому же делу была допущена досадная опечатка: вместо времени допроса: «с 20.00 до 21.15» было отпечатано: «с 23.00 до 21.15» (ночное время с 22.00 до 6.00. См. п. 21 ст. 5 и ч. 3 ст. 164 УПК РФ). По заявлению адвоката оба протокола, как и содержащиеся в них показания были признаны мною допустимыми. Пришлось передопрашивать свидетелей. И хотя мы с защитником оба понимали, что фактически никаких грубых нарушений закона не было – формальное нарушение налицо, и действия адвоката, безусловно, правильны, а его внимательность заслуживает похвалы.

Хотя, анализируя собственный опыт, могу сказать, что квалифицированный и опытный адвокат чаще всего не будет тратить время и нервы на многочисленные мелкие, несущественные нарушения, не влияющие на правовые решения по делу. Он скорее корректно укажет на эти ошибки следствию и подчеркнута «закроет на них глаза», налаживая тем самым психологический контакт с процессуальным противником. И надо признать, что он

¹²⁹ См. нормы этики в гл. 9.2.

тем самым, как правило, добьется большего, чем тот адвокат, кто будет строчить жалобы на каждую «помарку» в процессуальных действиях и документах.

Наибольшая опасность безнравственной части высококвалифицированных адвокатов заключается в том, что именно таких специалистов берут на службу организованные преступные формирования. Они часто становятся «вовлеченными» адвокатами (См. ниже), бывает, что консультируют преступников не только после, но и до, и во время совершения преступления, т. е. становятся его соучастниками. И тогда раскрыть такое преступление – задача весьма сложная. Разумеется, такие адвокаты высокооплачиваемы. Часто их гонорары имеют свое происхождение из пресловутого «общака», иное «грязное» происхождение.

В рамках проведения конкретных следственных и судебных действий такие защитники проявляют особый профессионализм, прежде всего при допросе. Выявление заведомо ложной недопустимости (5.18) и недостоверности показаний свидетеля (потерпевшего), доведение их до абсурда, понуждение к изменению свидетелями своих показаний посредством незаконных приемов, подстрекательство к даче заведомо ложных показаний, фальсификация вещественных доказательств, посредничество во взяточничестве – вот далеко не исчерпывающий перечень основных незаконных средств и методов их профессиональной защиты. Причем, практически все эти действия будут скрытыми, трудно изобличаемыми.

Конкретные проявления незаконных методов защиты этих типов адвокатов так же находятся в тесной зависимости от свойств личности их процессуальных противников. Как уже говорилось, с опытными, высококвалифицированными следователями считаются все адвокаты. Их уважают. Неквалифицированные защитники их порой попросту боятся. Не мудрено, ведь грамотный следователь может не только свести на нет все скучные и примитивные, как законные, так и незаконные средства защиты, но еще может просто и доходчиво продемонстрировать подзащитному насколько неграмотный попался тому адвокат, т. е. дискредитировать его. Иногда опытные следователи делают это умышленно, а порой и неэтичными средствами. Это может повлечь отказ обвиняемого от конкретного защитника, невыплату гонорара и т. п. Поэтому неквалифицированный адвокат, если у него есть выбор, а такое бывает редко, постарается не участвовать в деле, где ему противостоит сильный процессуальный противник. Ну, а если довелось, то, прежде всего, попытается наладить с ним добрые взаимоотношения, «втереться в доверие», попробовать стиль работы «коррупцированного» адвоката и т. п.

Еще одну из множества возможных классификаций типов защитников хотелось бы привести в этой части работы. Это деление адвокатов на:

- вовлеченных в организованные преступные формирования (Далее – «вовлеченные» защитники);
- и не вовлеченных в таковые (См. Приложение 5 п. 3.1–3.2).

3.2.6. «Вовлеченный» адвокат

Адвокат, вовлеченный в организованную преступную группу (сообщество), как правило, оказывает им свои услуги на постоянной основе, «курирует» дела ОПГ (ОПС), консультирует о способах подготовки, совершения и сокрытия преступлений, средствах и методах выявления, раскрытия и расследования, применяемых правоохранительными органами.

По мнению Г.А. Зорина, защитники, включенные в систему защиты транснациональных преступных организаций, прошли естественный отбор, заявив о своей активной атакующей позиции, которая не позволяет следователю рассматривать защитника как бессловесную процессуальную неизбежность¹³⁰.

¹³⁰ Зорин Г.А. Криминалистическая методология. – Мн., 2000. – С. 542.

Как отмечает В.Е. Корноухов, нередко случаи внепроцессуальной заинтересованности адвокатов. Более того, имеют место факты «содержания» защитников, поэтому они выполняют не только процессуальные функции, но и передают подозреваемым заранее подготовленное алиби, служат каналом передачи информации между преступной группой и задержанным¹³¹.

В случае если член ОПГ (ОПС) попал в поле зрения правоохранительных органов, такой адвокат мгновенно прибывает, чтобы приступить к защите на как можно более ранней стадии расследования, а при необходимости, станет адвокатом свидетеля, чтобы, по меньшей мере, информировать организованное преступное формирование о ходе расследования по делу (См., например, 1.11; 5.9 и др.). По делу с участием такого защитника подозреваемый (обвиняемый) вряд ли будет признавать вину и содействовать расследованию, если только по какой-то причине это будет выгодно самому преступному формированию.

Так, защитник иногда «сдает» следователю эпизоды дела, которые изначально проиграны. Практике известны случаи, когда преступные группы сдают через защитника не только проигранный эпизод, но самого исполнителя. Иногда преступные группы сдают такого второстепенного члена для «расчетов» с оперативными правоохранительными службами для создания видимой активности раскрытия. По тюремной классификации этих людей называют «громоотводами», которые нередко сознательно берут на себя чужую вину, чтобы создать иллюзию раскрытия преступления, а после полугода расследования через адвокатов представляют неоспоримое алиби... что для следователя является ловушкой¹³².

Особенно безнадежно дело, если верхушка преступного формирования имеет прямые или опосредованные коррумпированные связи с руководством правоохранительного подразделения. В этом случае следствие превращается в фарс, а следователь из процессуально самостоятельного лица превращается в заложника, «ложась между молотом и наковальней», где «молот» – собственное коррумпированное руководство, а «наковальня» – организованное преступное формирование¹³³.

Свидетелей по делу, где участвует вовлеченный защитник ОПГ (ОПС) может не быть вообще или они в дальнейшем изменят свои показания. Как отмечает Л.В. Брусницын, очевидно, что участие в посткриминальном воздействии защитников не является типичным, но, тем не менее, защитники проявляют интерес к адресам и другим данным свидетелей не только для получения характеризующих свидетелей сведений, но и для оказания на них воздействия со стороны «связей» преступников; передают от содержащихся под стражей подзащитных оставшимся на свободе соучастникам указания, на кого из потерпевших, свидетелей и каким образом воздействовать; будучи предупрежденными о недопустимости разглашения данных следствия, сообщают их заинтересованным лицам, осуществляют связь между членами организованных преступных групп, содержащимися под стражей и находящимися на свободе, наконец, непосредственно участвуют в посткриминальном воздействии¹³⁴.

Криминальные структуры в своем регионе, как правило, знают лучших, наиболее квалифицированных и популярных адвокатов, имеющих наиболее обширные связи в правоохранительных органах. Именно они больше всего подвержены риску быть вовлеченными

¹³¹ Курс криминалистики. Особенная часть. Т.1. Методики расследования насильственных и корыстно-насильственных преступлений / Отв. ред. В.Е. Корноухов. – М., 2001. – С. 170.

¹³² Зорин Г.А. Указ. соч. – С. 547–548.

¹³³ Подробно о противодействии расследованию со стороны работников правоохранительных органов см. Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. – Свердловск, 1992. – С. 155–169.

¹³⁴ Брусницын Л.В. Ограничение права на свидание защитника с подзащитным в национальном и международном праве. // Государство и право. – 2002. – № 11. – С. 105. Эти и другие виды незаконной деятельности защитников будут подробно описаны в последующих главах работы.

в организованную преступную деятельность. Сблaзн весьма велик и очень жаль, что ему часто ничто не противостоит, кроме профессиональной чести и совести адвоката.

В общем, «вовлеченный» и при этом высококвалифицированный адвокат¹³⁵ в нынешней криминальной обстановке – это одно из самых опасных проявлений преступного мира, организованной преступной деятельности. Это самый сильный, жестокий и беспринципный противник, точнее враг правоохранительных органов. На борьбу с «вовлеченными» адвокатами необходимо обратить самое пристальное внимание всем правоохранительным органам. Не должна остаться в стороне и наука. Между тем, этот вопрос мало исследован в науках криминального цикла.

Диагностируя процессуального противника, прежде всего следователя, «вовлеченный» защитник не только огорчается его высокой квалификацией и опыту и радуется неопытности и безграмотности, но и тестирует следователя на предмет его склонности к коррупции, взяточничеству, отношению к незаконным компромиссам с преступностью¹³⁶.

Настоящий праздник для «вовлеченного» адвоката – встретиться со слабым, неопытным, с низкой квалификацией процессуальным противником (впрочем, как и для любого другого адвоката). Но если к тому же следователь (дознатель, прокурор и др.), склонен к коррупции, незаконным компромиссам с преступниками, демонстрирует недовольство своим материальным положением, «вовлеченный» адвокат уже заранее празднует победу. Напротив, если на пути такого защитника стоит опытный, грамотный и принципиальный следователь, порядочный человек – главной, стратегической задачей незаконной защиты станет замена, либо физическое устранение, дискредитация такого процессуального противника. Для этого в ход пойдут сбор и распространение компрометирующих материалов, шантаж, провокация взятки, клевета, доносы, надуманные ходатайства об отводе и т. п.

3.2.7. «Невовлеченный» адвокат

Это совсем не обязательно специалист более низкой квалификации. Просто грамотный адвокат, добропорядочный, законопослушный гражданин, человек с моральными и нравственными устоями никогда не пойдет в услужение к преступникам, т. е. не станет делать что-либо сверх того, что позволяет ему профессиональная этика, ни за какие деньги не допустит, чтобы на его репутацию легла тень, чтобы его жизнь и здоровье, жизнь и здоровье его родных и близких подвергались постоянной опасности.

Так, по данным следователя В.И. Каратаева из Екатеринбурга, только в 1992 году в Свердловской области правоохранительные органы предотвратили убийства двух адвокатов. Оказывается, бандиты вынесли им смертный приговор за то, что они слишком рьяно и успешно защищали заклятых врагов этой группировки, от которых гангстеры мечтали отделаться законным путем, да не вышло¹³⁷.

Как бы в противовес классификации свойств личности адвокатов на «вовлеченных» и «невовлеченных», можно с весьма высокой степенью условности выделить две группы, исходя из того, на каком уровне конструктивности отношений они находятся с конкретными следователями, дознавателями, прокурорами, а иногда и с целыми подразделениями (следственными отделами, отделами дознания и проч.).

¹³⁵ К счастью, это не всегда одно и то же. Вовлеченными бывают и неквалифицированные адвокаты.

¹³⁶ Мы говорим о незаконном компромиссе, поскольку имеются многочисленные варианты законных, допустимых сделок с правосудием. См. гл. 10.1., а так же, например: Компромисс как эффективное средство в борьбе с преступностью // Актуальные проблемы прокурорского надзора. Сборник статей. Выпуск № 4. – М., 2000. – 116 с.; Аликперов Х.Д., Зейналов М.А. Компромисс в борьбе с преступностью. – М., 1999. – 84 с.

¹³⁷ Каратаев В.И. Запачканные мундиры. // Записки криминалистов. Вып. 3. / Под ред. Образцова В.А. – М., 1994. – С. 113.

По этому основанию всех защитников, подчеркиваем – весьма условно, можно разделить на:

- имеющих хорошие личные, профессиональные и при этом длительные (долговременные, от дела к делу) контакты с должностными лицами и целыми коллективами (далее, для краткости – «контактный» адвокат);
- не имеющих таких контактов («неконтактный» адвокат) (См. Приложение 5 п. 4.1–4.4).

3.2.8. «Неконтактный» адвокат

Ко второй группе относятся адвокаты, которые не считают для себя возможным идти на компромиссы с процессуальным противником, «закрывать глаза» на какие-либо, пусть даже не значительные нарушения и ошибки следователя, даже если это не влияет на интересы его подзащитного. По делам, где позиция обвиняемого заключается в полном отрицании вины, привлекаемый крайне отрицательно относится к сотрудникам правоохранительных органов, позиция такого защитника выглядит уместной. Однако очень часто эта позиция входит в противоречие с интересами клиента.

Например, по делу о преступлении небольшой и средней тяжести (ч. 2 и 3 ст. 15 УК РФ) следователь, при полной доказанности вины, допускает освобождение обвиняемого от уголовной ответственности по нереабилитирующему основанию (ст. 75–76 УК РФ), в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законом (ст. 25 и 28 УПК РФ). Но в данных случаях речь идет, как правило, о праве стороны обвинения, а не об обязанности. Разумеется, инициатива в принятии такого правового решения может исходить, прежде всего, от защитника. «Неконтактные» защитники реже подают соответствующие ходатайства и/или добиваются освобождения клиента от уголовной ответственности.

3.2.9. Адвокат-«скандалист»

Крайним проявлением неконтактности, «экстремистами» в среде адвокатов этой группы являются «адвокаты-скандалисты». Представители этого типа в принципе не могут наладить контакт с должностными лицами стороны обвинения. Грубость, оскорбления, клевета и угрозы – самые распространенные тактические средства их защиты.

«Защитники-скандалисты» по тем или иным причинам просто ненавидят всех следователей, дознавателей, прокуроров и оперуполномоченных, а заодно и судей. Их жалобы и ходатайства часто носят надуманный, гипертрофированный, неконструктивный характер. Например, во многих прокуратурах, накапливаются целые тома материалов проверок по жалобам конкретного адвоката. Каждый опытный следователь и прокурор может назвать по памяти имена одного или нескольких «адвокатов-скандалистов», чьи характеристики, истории о которых становятся притчами во языцех всего подразделения, а то и всего города, региона. Ими «пугают» молодых следователей, по делам, где они участвуют, неизбежны нарушения сроков расследования из-за постоянных конфликтов, скандалов, жалоб, и т. п.

Поэтому руководители СО (а ранее прокуроры), услышав фамилию такого адвоката, при прочих равных условиях с большей уверенностью продлевали сроки предварительного следствия (содержания под стражей) по делу, где он участвует, с меньшим доверием к заявителю рассматривали жалобы о нарушениях, допускаемых стороной обвинения¹³⁸.

Для следователя день вступления «адвоката-скандалиста» в дело – «день траура». Заметим, что речь не идет о нежелании стороны обвинения общаться с квалифицированным

¹³⁸ Речь идет о процессуальных условиях, действовавших до 1.07.02.

адвокатом. Грамотный адвокат для хорошего следователя порой даже помощник и советчик, настоящий «санитар судопроизводства»¹³⁹. С ним интересно, у него есть чему поучиться. Но общаться с «адвокатом-скандалистом» не хочется никому.

Порой сложность дел, имеющих в производстве конкретного следователя, можно оценивать не только по объективным критериям (число лиц, привлекаемых к ответственности, количество эпизодов, проблемы доказывания, сложность состава преступления и др.), но и по числу «скандальных» адвокатов.

Иногда представители организованных преступных формирований специально приглашают «адвоката-скандалиста» в качестве одного из защитников интересующего их обвиняемого. Делается это специально для того, чтобы «раскачать» следователя, вывезти его из состояния равновесия, пробить его психологическую защиту или спровоцировать на взаимное неэтичное поведение и т. п.

Такой адвокат для подзащитного чаще беда, чем спасение. Ведь, к примеру, придирки и уловки при допросе, резкие и грубые нападки на кого бы то ни было в судебных прениях только вредят защите¹⁴⁰. Но понять это может далеко не каждый обвиняемый. «Адвокаты-скандалисты» чаще встречаются среди лиц, уволенных из правоохранительных органов по отрицательным мотивам, среди адвокатов, не имеющих предшествующего специального опыта работы, высокая квалификация далеко не всегда бывает их козырем, хотя среди них и встречаются хорошие знатоки норм материального и процессуального права, что, как известно, далеко не все, чем должен отличаться действительно выдающийся адвокат.

Очень часто «скандального» адвоката к незаконному, неэтичному поведению провоцируют неграмотные, неопытные следователи, те, что, в свою очередь, отличаются грубостью, некорректностью, высокомерием. Если такой следователь еще и допустит необязательность, непунктуальность в вызове защитника и проведении с его участием следственных действий – шумные скандалы, явные, грубые и взаимные нарушения закона по делу обеспечены. Руководителю следственного органа в таком случае следует подумать над тем, не стоит ли передать дело в производство другому следователю в порядке п. 1 ч. 1 ст. 39 УПК РФ.

3.2.10. «Контактный» адвокат

Вернемся к последней из исследуемых классификаций. К первой группе (контактные адвокаты) чаще всего относятся адвокаты, имеющие «специальный профессиональный опыт» (3.2.1), пенсионеры правоохранительных органов, ушедшие из системы с почестями, «по-хорошему», хотя и не обязательно по возрасту. Это могут быть и «молодые» пенсионеры, заботливо сохранившие старые связи. Редки среди них те, кто уволился (кого уволили) из органов по отрицательным мотивам или ушли по собственному желанию в результате конфликта и т. п.

Это адвокаты – прежде всего соблюдающие процессуальную дисциплину, не срывающие следственных действий, обязательные в профессиональном отношении и перед подзащитным и перед своим процессуальным противником. Эти качества – главное и важнейшее условие доброжелательных, конструктивных взаимоотношений с любым следователем (дознавателем, прокурором). Кроме этого, «контактные» адвокаты во многих необходимых случаях умеют найти психологический и процессуальный контакт со следователем, пойти на разумный, как правило, не в ущерб своему подзащитному, компромисс. При выявлении

¹³⁹ Именно так образно, в положительном ключе называл адвокатов Р.С. Белкин. См., Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. – М., 2001. – С. 195–202.

¹⁴⁰ Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: Учебник. – М., 2001. – С. 250.

незначительных нарушений закона¹⁴¹, ошибок расследования, не влияющих на положение их подзащитных, они могут «закрыть глаза» на эти нарушения, чем вызывают внешне сдержанную, но глубокую благодарность и расположение со стороны вечно уставших от огромной нагрузки, задержанных жалобами и ходатайствами, следователей.

Это не означает, что «контактные» адвокаты всегда идут на поводу у следователей. В своем большинстве они непримиримо реагируют на нарушения закона, всеми законными средствами и способами отстаивают права своих подзащитных, не идут на аморальные и преступные сделки с правосудием (10.1).

Но, в то же время, они, как правило, не допускают, не потворствуют своим подзащитным в постоянном соблазне защититься незаконными, неэтичными средствами (См. 9.1). Следователь может быть уверен, что такой адвокат не опустится до подлости, неправомерного обмана. С ним можно не опасаться хищения или уничтожения документов из уголовного дела, умышленного и безосновательного затягивания ознакомления с его материалами и проч.

Очевидны те последствия, которые влечет для адвоката такая его характеристика, репутация. Его с удовольствием порекомендуют следователи для защиты по конкретному делу, если конечно подозреваемый, обвиняемый попросит соответствующего совета. По делам с таким адвокатом следователи, насколько это допускает закон и избранная тактика, стратегия расследования, «идут навстречу» защитнику и его обвиняемому, неизбежные по многим делам конфликты процессуальных сторон носят в большей степени конструктивный, дипломатичный характер, без перехода «на личности», жалобы руководству и т. д. Даже сроки расследования по делам с такими защитниками бывают, в целом, меньше. Достигаются цели процессуальной экономии не в ущерб всесторонности, полноте и объективности.

Из изложенного ставится очевидным, что с такими адвокатами реже заключают соглашения представители организованных преступных формирований. Им подавай, как правило, адвоката «вовлеченного», готового ради денег на любые нарушения. Но не исключено, что дальновидные преступники будут сотрудничать в дополнении к «вовлеченным» и с «контактными» адвокатами¹⁴², пользуясь их услугами в тех случаях, когда, исходя из избранной тактики и стратегии защиты, в интересах обвиняемого будет законный и этичный компромисс с правосудием. Так что ни в коем случае нельзя ко всем (как правило, многочисленным) адвокатам, защищающим представителей организованной преступности, прикреплять ярлык «вовлеченных».

3.2.11. «Корруптированный» адвокат

Однако, среди «контактных» адвокатов есть и те, чья контактность далеко выходит за рамки этических и законных средств защиты, но уже в другую сторону – в угоду стороне обвинения. Я уже вкратце останавливался на характеристике так называемых «корруптированных» адвокатов (гл. 3.1). Это есть крайне негативное, аморальное и незаконное сращивание сторон защиты и обвинения, где жертвами становятся подозреваемые, обвиняемые, другие участники процесса. Такие защитники используют методы, противоречащие интересам подзащитных. Среди «корруптированных» адвокатов большая часть – некомпетентные, низкоквалифицированные, осознающие, что без постоянных «подачек», «рекомендаций» со стороны следователей, им не удастся получить платежеспособную клиентуру.

¹⁴¹ Мы в полной мере осознаем, что называть какие-то нарушения закона незначительными не совсем корректно с точки зрения права и науки. Но каждый опытный следователь и адвокат знает, что имеет в виду автор.

¹⁴² А ведь часто эти характеристики совмещаются и в одном человеке.

«Коррупцированные», привязанные к конкретному следственному подразделению (подразделению дознания и т. п.) адвокаты получают работу в основном «по рекомендации» самих следователей и дознавателей (а точнее, благодаря навязыванию этого адвоката подозреваемому). В благодарность они идут на любые сделки с представителями правоохранительных органов, лишь бы не потерять их «дружеского расположения», а значит и клиентуру.

«Коррупцированные» адвокаты состоят в самых лучших, дружеских отношениях с соответствующими сотрудниками. Очень часто это бывшие работники, пенсионеры этого самого «кормящего» подразделения (бывшие следователи, дознаватели, оперативники, руководители данного подразделения). Они вместе отдыхают со своими бывшими коллегами, встречают праздники и т. д.

Анализ дисциплинарной практики адвокатских образований показывает, что профессиональное сообщество всегда резко отрицательно относилось к проявлениям недопустимо близких, личных контактов своих представителей с должностными лицами стороны обвинения. Так, Ю.Ф. Лубшев отмечает, что Президиумы считают недопустимым отход адвоката от официальных позиций во взаимоотношениях с должностными лицами. Одного из адвокатов, указывает автор, подвергли дисциплинарному взысканию за то, что он по просьбе следователя участвовал в деле без получения ордера юридической консультации¹⁴³.

«... В 60-е годы в МГКА было проведено обобщение о взяточничестве в правоохранительной системе, показавшее, что замешанными в коррупции оказываются почти исключительно адвокаты из бывших судей, прокуроров и следователей. С тех пор в МГКА введен категорический запрет для выходцев из судов, прокуратур и следственных органов в течение пяти лет практиковать по месту прежней работы. ... А в так называемых «альтернативных» коллегиях вчерашние следователи ФСБ и МВД ведут прием клиентов чуть ли не в своих прежних кабинетах, дела им подбрасывают бывшие сослуживцы. ... Возникают связки «судья-адвокат», «следователь-адвокат»... Согласитесь, тянет запахом коррупции!»¹⁴⁴

«Коррупцированный» адвокат редко критикует сотрудников, намекает своему клиенту на личные контакты, а так же на то, что все вопросы он может решить, лишь бы клиент платил. Такой защитник редко заявляет ходатайства, жалобы, отводы следователям подразделения и т. д. Даже когда подзащитный настаивает на этом, адвокат под разными предлогами уклоняется от этих обязанностей.

Часто позиция такого адвоката по делу совпадает с задачами следствия. Он порой сам уговаривает подзащитного признать вину, выдать соучастников и т. д., мотивируя это его же интересами, советует линию защиты, направленную не на противостояние, а на компромисс со следствием и т. д. Подробно характеристику, «признаки» и закономерности защитительной деятельности «коррупцированных» адвокатов я описывал в предыдущей главе.

Часто «коррупцированные» адвокаты становятся постоянно действующими посредниками во взяточничестве¹⁴⁵ между коррупцированными представителями стороны обвинения и доверителями. Организованная преступная группа (именно так следует квалифицировать такой «тандем») в составе следователя (дознателя, оперативника, прокурора, судьи) и «коррупцированного» адвоката чаще всего совершает различные преступления против правосудия, вымогает у подозреваемых, обвиняемых, их родных и близких, представителей криминальных структур, крупные денежные суммы за принятие правовых решений в пользу привлекаемых к ответственности. Причем речь может идти как о законных, так и о незакон-

¹⁴³ Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: Учебник. – М., 2001. – С. 251.

¹⁴⁴ Резник Г.М. Спасите адвокатуру // Рассказывают адвокаты / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 169.

¹⁴⁵ Точнее сказать – соучастниками, в форме подстрекательства или пособничества в получении взятки – статья 33 ч. 4, 5 и соответствующая часть и пункт статьи 290 УК РФ и другие преступления.

ных решениях. Иногда адвокат уже при первом конфиденциальном свидании с подзащитным называет явно завышенную сумму гонорара и отмечает, что какая-то его часть пойдет на взятки должностным лицам. Хотя во многих случаях речь идет о мошенничестве, сопряженном с подстрекательством к даче взятки.

В преступной среде некоторых регионов и населенных пунктов ходят слухи даже о фиксированных ставках, расценках на услуги судей и представителей стороны обвинения, в зависимости от тяжести преступления, личности привлекаемого и т. д. Людская молва указывает заинтересованным лицам и на конкретных адвокатов, кто постоянно осуществляет посредничество во взяточничестве. Многие «коррупцированные» адвокаты дают взятки должностным лицам уже только за приглашение (иногда и навязывание) конкретного защитника к участию в «платном» деле. Речь идет, как правило, о процентной ставке (5 %, 10 %, 20 % и более) за первичную сумму гонорара¹⁴⁶.

«Коррупцированные» адвокаты и адвокаты-мошенники чаще всего «паразитируют» на определенных типах доверителей, подзащитных и проявляют осторожность в отношении тех, с кем применение их типичных незаконных приемов – дело опасное и неблагодарное (См., 5.4.1) (См. Приложение 4).

По своей сути «коррупцированные» адвокаты являются своеобразным антиподом «вовлеченных». Если первые работают в основном в интересах стороны обвинения, то вторые – в интересах организованной преступности. При всех различиях в подходах к защитительной деятельности, у этих антиподов есть и общие незаконные средства и способы. И те, и другие делают все возможное для развития коррупции в правоохранительных органах, вывода из их рядов честных, принципиальных и грамотных специалистов, они являются активными членами коррупцированных преступных групп и сообществ. И те, и другие уверены, что никакие законные приемы защиты не сравнятся по эффективности с подкупом «нужных» должностных лиц правоохранительных органов.

Так обобщенный образ пресловутого героя романа Марко Незе «Спрут» (и одноименного сериала) – адвоката Терразини, давно стал реальностью российской действительности. Высокая степень общественной опасности обоих этих типов заключается еще и в том, что честные, порядочные адвокаты, для которых закон и профессиональная этика далеко не пустой звук. Глядя на сомнительные успехи «коррупцированных» и «вовлеченных», бесчестных и некомпетентных соратников по корпорации, без труда находят повод разувериться в необходимости соблюдать закон, совершенствовать профессиональное мастерство. «Зачем быть честным профессионалом, – с горечью заметил один из проинтервьюированных адвокатов, – ... если большие деньги, известность и авторитет могут заработать совершенно некомпетентные лица, особенно если они имеют коррупцированные связи в суде, правоохранительных органах или знакомства в криминальном мире?».

Так, опрос адвокатов, членов МГКА по вопросу о наиболее серьезных проблемах современной адвокатуры показал, что сами члены корпорации считают необходимым запретить адвокатам – бывшим работникам органов следствия, прокуратуры и судов вести дела по прежнему месту работы. Связки «следователь – свой адвокат» из числа бывших следственных работников ведут к злоупотреблениям¹⁴⁷.

Еще раз следует отметить, что здесь речь идет о закономерностях, которые, если исходить из строго научных критериев, если и существуют, то, во всяком случае, еще не исследованы на надлежащем уровне. Автор говорит об этих закономерностях, поскольку с ними

¹⁴⁶ Об этих преступлениях см. 5.5.1.

¹⁴⁷ Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов // Рассказывают адвокаты / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 114–115.

ежедневно сталкивается он и его коллеги – следователи, прокуроры, судьи и другие практические работники.

В настоящем исследовании лишь поднимается давно назревшая проблема комплексного (уголовно-правового, криминалистического, криминологического) характера, о которой ранее предпочиталось замалчивать, делая вид, что ее не существует. В настоящее время наука в единстве с практикой должна разработать надежный механизм нейтрализации этих негативных явлений.

3.2.12. «Оплаченный» и «неоплаченный» адвокат

Последняя классификация, которую хотелось бы привести в этой части работы, за основу берет признак оплаченности защитников. В зависимости от того, участвует ли адвокат в деле по назначению дознавателя, следователя или суда (ч. 5 ст. 50 УПК РФ, ч. 2 п. 1 ст. 7 Закона об адвокатуре) или он работает на основании соглашения с оплатой услуг доверителем, профессиональных защитников условно можно разделить на:

- работающих на платной основе («оплаченный» адвокат);
- работающих по назначению («неоплаченный» адвокат¹⁴⁸) (См. Приложение 5 п. 5.1–5.2).

Закономерности защитительной деятельности адвоката в зависимости от оплачиваемости его услуг, в целом, очевидны каждому. Несмотря на то, что адвокатская деятельность не является предпринимательской (ч. 2 ст. 1 Закона об адвокатуре), т. е., не направлена на систематическое получение прибыли (ч. 1 ст. 2 ГК РФ), любой адвокат рассчитывает на оказание услуг преимущественно на платной основе. Тем более, что он не вправе заниматься иной оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности (ч. 1 ст. 2 Закона об адвокатуре).

Во многом даже не имеет существенного значения квалифицированный ли адвокат вступил в такое дело или новичок, неквалифицированный. Так или иначе, качество юридической помощи, активность защитника, как правило, бывает ниже, чем если бы тот же специалист работал по соглашению.

Было бы совершенно несправедливым сделать вывод, что все адвокаты – исключительно корыстные люди, не желающие даже «пальцем пошевелить» бесплатно. Среди защитников очень много настоящих профессионалов, уважающих себя и свой труд и не идущих ни на какие компромиссы даже по «бесплатному» делу. Для большинства адвокатов профессиональная репутация, честь и достоинство выше материальной выгоды, а потому они и по назначению работают добросовестно, принципиально, на высоком профессиональном уровне. Такие адвокаты в буквальном смысле слова «спасают» следователей и дознавателей, обеспечивая защиту по делам, где она обязательна (ст. 51 УПК РФ), чем вызывают искреннее уважение и благодарность представителей стороны обвинения.

И не вина, а беда адвокатов в том, что по всей России защита граждан по назначению составляет большую часть всего объема работы адвокатов в уголовном судопроизводстве. В 2007 г. в среднем по Российской Федерации адвокаты, участвовавшие в уголовном судопроизводстве по назначению, получали немногим 5 тыс. руб. в месяц, из которых вынуждены были производить отчисления на уплату налогов, на нужды адвокатских образований

¹⁴⁸ Вообще-то о неоплаченности в данном случае можно говорить с определенной долей условности. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 4 июля 2003 г. № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда», размер оплаты труда защитника по назначению составляет не менее 275 рублей и не более 1100 за один день участия, а в ночное время – от 550 до 2200 рублей.

и палат. Но даже эти небольшие суммы не всегда своевременно выплачиваются, что вызывает возмущение адвокатов и создает угрозу для отправления правосудия¹⁴⁹.

Еще в XIX веке Р. Гаррис во вступлении к своей знаменитой «Школе адвокатуры» писал, что в жизни адвоката бывают два периода: первый – когда он ловит стряпчих, второй – когда его ловят стряпчие. Чтобы дожить до второго периода, надо быть настоящим адвокатом¹⁵⁰.

Разумеется, даже самый квалифицированный и добросовестный адвокат, если у него много «оплаченных» дел (а иначе при таких качествах и быть не может) и при этом ему поручены дела по назначению, при неизбежном в такой ситуации дефиците времени предпочтет больше сил отдать доверителям, оплатившим его труд. Так уж сложилось в адвокатской практике, что чем опытней, квалифицированней, известней адвокат, тем меньше у него бесплатных дел. Соответственно «молодые специалисты», специалисты со слабой квалификацией чаще других берут дела по поручению. По данным исследования МГКА количество бесплатных дел у адвоката зависит от стажа его работы. Более половины таких дел ведут адвокаты со стажем до 10 лет. Из них со стажем до 5 лет – 34,4 % бесплатных дел¹⁵¹.

Молодым специалистам это порой и выгодно, и необходимо – зарабатывается необходимая практика, растет известность среди следователей и потенциальных доверителей. Но даже неопытный адвокат при большом количестве «бесплатных дел» не имеет стимула к обеспечению высокого уровня профессиональной защиты.

Итак, «неоплаченный» адвокат – это защитник, часто имеющий не самый большой опыт и не самую высокую квалификацию и/или работающий на более низком профессиональном уровне, чем он же мог работать, если бы его работа была оплачена. Эта печальная закономерность имеет ряд следствий, весьма существенных для настоящего исследования.

«Неоплаченный» адвокат, как правило, не пойдет на большую часть нарушений, описанных в данной работе. Особенно сомнительно, чтобы он сознательно пошел на преступление. Ради чего, как говорится, рисковать? Разве что в отместку, в качестве «адекватного ответа» явно зарвавшемуся следователю, допускающему грубейшие нарушения закона. Или такое может позволить себе окончательно деградировавший от безнаказанности субъект, у которого вся защитительная деятельность – сплошные нарушения.

Типичными нарушениями «неоплаченных» адвокатов являются:

- срывы следственных действий (5.15);
- подписание протоколов задним числом, при фактическом неучастии в следственном действии;
- пассивность в ситуации, когда защитник обязан предпринять активные действия (обжалование незаконного задержания и ареста, продления срока содержания под стражей, предъявление обвинения, не подтвержденного доказательствами и т. д.) (6.6 и др.);
- отсутствие надлежащей реакции защитника на нарушения закона со стороны следователя, дознавателя, судьи;
- наличие у адвоката позиции по делу вопреки воле доверителя (6.2.). Например, адвокат убеждает клиента признать вину вопреки его воле, для того, чтобы «быстрее все закончить, зря не терять время»;
- разглашение сведений, сообщенных ему подзащитным без согласия последнего (6.4.);
- отказ от защиты (5.7.);

¹⁴⁹ Сайт «Новая адвокатская газета». Режим доступа: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/9/111>

¹⁵⁰ Гаррис Р. Школа адвокатуры: Пер. с англ. – Тула, 2001. – С. 9.

¹⁵¹ Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов. // Рассказывают адвокаты. / Отв. ред. Резник Г.М. – М., 2000. – С. 107–108.

- склонение, провоцирование обвиняемого к отказу от защитника или к замене защитника (5.7., 6.6 и др.);
- грубость, иное неэтичное поведение в отношении неимущего клиента в отместку за то, что он не может оплатить гонорар (5.3.1., 5.1 и др.);
- те же самые неэтичные действия в отношении субъекта расследования за то, что «подкинул» бесплатное дело;
- намеренное затягивание расследования в целях понуждения подзащитного, его родственников к оплате гонорара (5.16 и др.);
- сговор со следователем, дознавателем, судьей о применении (усилении) мер процессуального принуждения (задержание, арест, привод и др.) в целях шантажа подзащитного и вымогательства у него денег;
- и другие.

Заметим, что практически все незаконные методы «неоплаченных» адвокатов относятся к виду нарушений против клиента (См. Приложение 6), из корыстных и иных побуждений, большая их часть – явные, редко они носят сложный, изощренный, трудно выявляемый характер, т. е. нарушения «неоплаченных» адвокатов, как правило, относительно легко выявляются (См. Приложение 3).

Но есть и «особые случаи», исключения из выше сформулированной закономерности. Опишем их подробнее.

Если «неоплаченный» защитник и совершает нарушения закона и норм профессиональной этики, то это могут быть явно корыстные действия не в пользу своего клиента. Так, часто недобросовестные адвокаты намеренно, без всякой оплаты берутся «защищать» одного из соучастников преступления, только для того, чтобы, воздействуя на неимущего клиента, добиться преимуществ для его соучастника.

По одному из дел о групповом убийстве, где лидирующую роль сыграл **Б.** – сын богатых родителей, а пособником – его неимущий товарищ **М.** – сирота, адвокат, получивший деньги от родителей **Б.**, помимо официального соглашения добился того, что стал «неоплаченным» защитником у **М.** В ходе следствия он уговорил **М.** взять убийство на себя и дать показания, что **Б.** был лишь очевидцем преступления и не принимал в нем участия. Разумеется, такие же показания дал и сам **Б.**, защитнику которого родители так же хорошо заплатили. Согласованные действия двух беспринципных адвокатов¹⁵² позволили **Б.** полностью уйти от уголовной ответственности, а **М.** получил 20 лет лишения свободы «в обмен» за обещание побеспокоиться об условно-досрочном освобождении, регулярные и щедрые передачи, помощь после освобождения и т. д.

Отсюда ясно, что если «вовлеченный» адвокат охотно берется за бесплатное дело, сам просится защищать неимущего – причиной тому может быть желание помочь кому-то другому, имеющему отношение к организованному преступному формированию, в котором состоит адвокат. То есть опять-таки во вред своему подзащитному.

Другими мотивами альтруизма «вовлеченного» адвоката может быть сбор сведений по конкретному уголовному делу в интересах ОПГ (ОПС).

Нередко, таким образом, недобросовестные адвокаты собирают компрометирующие материалы на конкретного следователя, дознавателя, судью в целях последующего шантажа, либо дискредитации. Расчет прост. Многие следователи, дознаватели, судьи по делам в отношении неимущих, так же как и адвокаты, слегка расслабляются, допускают ошибки и нарушения закона, такие, как нарушения сроков следствия (ст. 162 УПК РФ), составление документов задним числом и проч.

¹⁵² Налицо признаки, как минимум, преступного разглашения. См. 5.1.8, 9.6 и др.

Один мой знакомый следователь даже утверждал, что расследовать уголовное дело без фальсификации в той или иной форме вообще невозможно. А по бесплатному делу, где адвокат на все смотрит «сквозь пальцы» и хочет одного – поскорее избавиться от бесплатной работы, фальсификация наиболее безопасна.

Думаю, следователю с подобным мировоззрением в будущем придется туго. Слегка отвлекаясь, хотелось бы напомнить своим коллегам, кто еще пользуется сомнительными приемами расследования, что в условиях УПК РФ, когда адвокат имеет возможность полностью «ревизовать» предварительное расследование, получая копии всех материалов дела (ст. 53 ч. 1 п. 7 УПК РФ) о таких распространенных нарушениях, как датирование документов задним числом; исправление текстов процессуальных документов; замена листов дела другими; сбор подписей участников процесса на протоколах после окончания расследования и т. п. лучше забыть. Иначе можно не только попасть «на ковер» к начальству, но и на крючок к «вовлеченному» адвокату и дальше – на скамью подсудимых за должностное преступление...

Следующий «особый случай»: иногда «неоплаченный», но вместе с тем высококвалифицированный, опытный и известный адвокат может вступить в дело и работать на совесть из «личного интереса». Если подзащитный – его друг, родственник, близкий человек, родственник друзей и т. п. Все мы люди, и ничто человеческое нам, как говорится, не чуждо. Но только адвокатам, в отличие от нас, их процессуальных противников, ни закон, ни профессиональная этика не запрещают быть лично заинтересованными в деле своего клиента. Например, защитником Дмитрия Якубовского, осужденного за хищение раритетных рукописей, была его жена – И.П. Якубовская¹⁵³.

Ясно, что в таком случае неимущий подзащитный не будет обделен квалифицированной юридической помощью, и все действия защитника будут направлены исключительно в его пользу. Однако, от лично заинтересованного адвоката, при прочих проанализированных условиях, можно ожидать самых разных нарушений закона. Любого человека личный интерес порой толкает на самые неблагоприятные поступки.

Подобным полезным для подзащитного исключением является и работа адвоката, который формально является «неоплаченным», но на самом деле он получил сумму гонорара «в черную», т. е. помимо соглашения и кассы адвокатского образования. Несмотря на то, что это обстоятельство тщательно скрывается от посторонних глаз, да никто и не вправе требовать от адвоката и его доверителя предъявления соглашения об оказании юридической помощи (ст. 6 ч. 2 Закона об адвокатуре), тем не менее, это является нарушением названного закона (ст. 25 ч. 6), налоговым правонарушением и довольно легко диагностируется. Очевидно, что поведение такого фиктивно бесплатного адвоката в отношении своего клиента будет более предупредительным, заинтересованным, активным, чем если бы работа не была оплачена.

Своеобразным исключением из той же общей закономерности является и помощь «контактного» адвоката правоохранительным органам по делам, где участие защитника является обязательным (ст. 51 УПК РФ). Как уже отмечалось «контактный» адвокат – это очень часто и квалифицированный и опытный и известный специалист. Он дорожит хорошими отношениями с субъектами расследования, а потому время от времени, если у него есть такая возможность, делает услугу, именно большую услугу следователю – соглашается участвовать в бесплатном деле. Вновь подчеркнем – речь идет о надлежащем исполнении своих обязанностей, но с учетом правомерных нужд следствия (дознания), а не о действиях против клиента в угоду стороне обвинения.

¹⁵³ Якубовская И.П. Генерал Дима: Карьера. Тюрьма. Любовь. – М., 1999.

Так, по данным МГКА адвокаты по бесплатным делам, тем не менее, добиваются исправления большого числа следственных и судебных ошибок. Они добиваются оправдательных приговоров, прекращения дел, возвращения на доследование, изменения квалификации деяния в лучшую для обвиняемого сторону и др. В 4,4 % бесплатных дел защита по назначению «переросла» в защиту по соглашению, т. е. клиенты посчитали нужным оплатить труд назначенного защитника¹⁵⁴.

Действиями против клиента по бесплатным делам в угоду стороне обвинения, как уже отмечалось, «грешат» «коррупцированные» адвокаты как недобросовестная часть «контактных». Эти де-факто следователи и оперуполномоченные, «переодетые» в адвокатов берут на себя большую долю бесплатных дел.

Осуществление защиты по бесплатным делам как раз и входит в качестве одного из условий приближенности «коррупцированного» адвоката к следователю, следственному отделу и т. д., наряду с другими взаимными услугами.

Одним из самых неприглядных, безнравственных проявлений «коррупцированного» адвоката является его бесплатное и разовое участие как своеобразного «статиста» в следственных действиях, как правило, первоначальных, когда подозреваемый, обвиняемый дает признательные показания. В таких случаях следователи и оперативники обоснованно опасаются, что в дальнейшем, наняв другого адвоката, обвиняемый изменит свои показания и будет отрицать вину.

Как известно, в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ допрошенный без защитника подозреваемый, обвиняемый вправе изменить свои показания, а первоначальные в таком случае становятся недопустимым доказательством. Приглашенный в качестве статиста «коррупцированный» защитник своим пассивным присутствием делает первоначальные признательные показания допустимым доказательством обвинения на всех стадиях процесса.

* * *

Здесь рассмотрены наиболее обобщенные данные об адвокатах, допускающих незаконные методы и средства профессиональной защиты. В задачу входило продемонстрировать некоторые закономерности, связывающие наиболее общие личностные, профессиональные свойства защитников с соответствующими видами незаконных методов защиты. Вновь следует отметить, что эти закономерности имеют весьма условный, неоднозначный характер, высокий коэффициент «погрешности», дефекты корреляционных связей и зависимостей с другими элементами характеристики незаконных методов защиты и методики их нейтрализации. Однако при нынешнем уровне средств противодействия этим методам, незначительном количестве дел о преступлениях адвокатов, более точные связи и зависимости «вычислить» невозможно. Развитие соответствующей правоприменительной практики, связанные с этим дальнейшие исследования, позволят прийти к результатам более высокой степени достоверности.

При этом, проанализированные выше типичные свойства личности, профессиональные качества в той или иной мере присущи всем адвокатам. Совершают же преступления и иные нарушения – единицы. Подчеркиваем: **нет и не может** быть однозначной, прямой связи между тем или иным профессиональным качеством адвоката и конкретным видом, способом правонарушения. То есть, например, если адвокат «неоплаченный», это вовсе не значит, что он обязательно допустит отказ от защиты или сговор со следователем о применении (усилении) мер процессуального принуждения. Совершение адвокатом правонаруше-

¹⁵⁴ Петрухин И.Л. Отчет о социологическом исследовании факторов, влияющих на деятельность адвокатов Московской городской коллегии адвокатов // Рассказывают адвокаты. / Отв. ред. Резник Г.М. — М., 2000. — С. 96, 98.

ния или воздержание от него в большей степени зависит от его моральных, нравственных качеств, от уровня его правосознания, порядочности, честности, а не от того, к какому из выделенных в настоящей работе типов он относится.

Приведенные обобщенные данные, и в целом ничто из того, что изложено в этой работе, не может рассматриваться, как намерение автора подорвать авторитет членов адвокатского сообщества и адвокатуры в целом. Современная адвокатура не менее здоровый организм, чем любое из правоохранительных ведомств. Основная задача науки – содействовать укреплению адвокатуры, очищению ее рядов, а не создавать какое-либо отрицательное мнение о ней. В каждой организации есть люди, которые, мягко говоря, попали в нее случайно. Выявить таких лиц, «вывести на чистую воду» в большей степени задача уже самой организации. Научные рекомендации призваны лишь содействовать в этом.

Глава 4

Преступления, связанные с осуществлением адвокатами профессиональной защиты, средства предупреждения и нейтрализации¹⁵⁵

В настоящей главе речь идет только о преступлениях, совершаемых адвокатами в связи с их профессиональной деятельностью в уголовном судопроизводстве¹⁵⁶. Не рассматриваются преступления, совершаемые адвокатами, как и любыми другими лицами, т. е. посягательства, не связанные с их профессиональной деятельностью¹⁵⁷, а так же преступления, связанные с иными полномочиями адвоката (в гражданском, конституционном судопроизводстве и т. п.).

Преступления адвокатов являются лишь частью незаконных средств и способов защиты в уголовном судопроизводстве (о классификации см. гл. 3.1; приложение 3, приложение 11). Однако значение выявления, раскрытия и расследования этих преступлений, вступление в законную силу приговоров, имеет особо важное значение для борьбы с любыми проявлениями незаконных средств и методов профессиональной защиты. И дело не только в том, что преступления обладают, как правило, наибольшей степенью общественной опасности по сравнению с иными правонарушениями. Учитывая некорректную, неудачную формулировку ч. 2 ст. 18 Закона об адвокатуре¹⁵⁸, вступивший в законную силу обвинительный приговор суда в отношении преступления, совершенного адвокатом, становится не только эффективным, но и в некоторых случаях единственным (из «конфликтных») средством нейтрализации незаконных методов профессиональной защиты¹⁵⁹.

Но, исходя из имеющейся практики по уголовным делам о преступлениях, совершаемых адвокатами, проблем здесь более чем достаточно. Если иметь в виду, что в целом выявляемость незаконных действий со стороны защитников весьма низкая, а факты привлечения адвокатов к юридической ответственности носят единичный характер, то коэффициент латентности преступлений, совершаемых адвокатами, предположительно один из самых высоких в структуре преступности. Предположительно, поскольку я не нашел соответствующей статистики ни в криминологических исследованиях, ни в ведомственных документах.

Причиной тому и ведомственная незаинтересованность руководства адвокатских образований, органов адвокатских палат субъектов РФ в выявлении и изобличении преступлений своих коллег, корпоративность, профессиональная квалификация адвокатов, позволяющая им скрывать совершаемые преступления и др.

Своеобразной причиной высокой латентности анализируемых преступлений является правовой нигилизм, ненадлежащая профессиональная квалификация части работников пра-

¹⁵⁵ Примеры документов по уголовным делам в отношении адвокатов размещены <https://yadi.sk/d/08vy2nQGoG7WJ>, электронное приложение № 4.

¹⁵⁶ Далее, для краткости, будем называть их «преступления адвокатов» или «адвокатские преступления». Здесь будут проанализированы только некоторые из адвокатских преступлений. Более подробно об этом см.: Гармаев Ю. П. Преступления, совершаемые недобросовестными адвокатами в сфере уголовного судопроизводства: комментарий законодательства и правоприменительная практика // СПС «Консультант Плюс: Комментарии законодательства». – 10 п.л.

¹⁵⁷ Их, кстати, возбуждается и расследуется значительно больше, чем дел о преступлениях адвокатов, связанных с профессиональной деятельностью.

¹⁵⁸ Подробно об этом см. гл. 2.

¹⁵⁹ Все же самыми эффективными средствами нейтрализации являются конструктивные, бесконфликтные, тактико-психологические средства: компромисс, убеждение, уступка, предупреждение. Но только при знании правоприменителем пределов прав и полномочий адвоката и типичных правонарушений. Подробно об этом – в следующей книге.

воохранительных органов, не желающих вникать в характеристику преступной деятельности адвокатов, вопросы квалификации, выявления и расследования этих преступлений. Каждый следователь, оперуполномоченный, дознаватель хоть и регулярно сталкивается с нижеописанными преступлениями недобросовестных адвокатов, видит десятки «загубленных», «разваленных» их неправомерными действиями уголовных дел и, тем не менее, не желает задумываться над тем, как поставить заслон хотя бы самым общественно опасным из незаконных средств профессиональной защиты¹⁶⁰.

Кроме того, в правоохранительных органах существуют определенные ведомственные стандарты, своеобразные традиции. Так, полномочиями по возбуждению уголовного дела в отношении адвоката обладает только руководитель следственного органа Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации по району, городу (п. 10 ч. 1 ст. 448 УПК РФ). Подробнее об этом см. гл. 2). Возбужденное уголовное дело вправе расследовать только следователи СК при прокуратуре РФ (п.п. «б» п. 1 ч. 2 ст. 151 УПК РФ). А поскольку дела в отношении адвокатов не являются для этих следователей «традиционной» категорией, такой, как убийства (ст. 105–108 УК РФ), преступления против половой свободы и половой неприкосновенности (ст. 131–135 УК РФ), должностные преступления (ст. 285–293 УК РФ) и др., заявления и сообщения о таких преступлениях бывают крайне редко, как и потерпевшие от них, в ведомственной отчетности данная категория дел отдельной строкой не выделяется, прокурорские работники не очень то и стремятся создавать себе дополнительную работу. Тем более что каждый понимает, какие трудности будут сопутствовать расследование такого дела. Комплексных научных и методических рекомендаций по уголовно-правовой квалификации, криминалистической методике и тактике расследования уголовных дел против адвокатов ранее также не существовало.

Изучение уголовных дел данной категории показало, что практически по всем им нарушались сроки следствия, они продлевались до 6 и более месяцев. Дела часто возвращаются на доследование, приостанавливаются. Очень часто следственные органы по делам этой категории идут на т. н., «компромисс с преступностью»¹⁶¹. То есть дела прекращаются за изменением обстановки (ст. 26 УПК РФ), за деятельным раскаянием (ст. 28 УПК РФ) и т. п.

Не лучше обстоит дело и со сроками судебных стадий производства по таким делам. В общем, объективно и субъективно дела этой категории представляют для практиков определенную сложность.

Кроме того, своеобразной причиной низкой выявляемости преступлений адвокатов является феномен, который в рамках настоящего исследования я условно назвал нераспознаваемостью преступлений. Проблема во многом имеет свои корни в психологической сфере. По мнению психологов, неправильно было бы думать, что сличение, сравнение, узнавание всегда или в большинстве случаев осуществляется как развернутое сознательно действие. Часто такие действия происходят мгновенно. Речь идет о т. н. симультанном узнавании, для которого характерен автоматизм сравнения объекта с эталоном, хранящимся в памяти узнающего. Субъект не производит сознательного сравнения того и другого¹⁶².

Практика применения уголовного закона подтверждает, что этот тип узнавания довольно часто встречается и при квалификации преступлений. Опытный юрист уже при

¹⁶⁰ Однако в последнее время положение начинает меняться. В отдельных публикациях все чаще появляются призывы бороться с преступностью в адвокатской среде. Высказано предложение о криминализации недобросовестной деятельности адвокатов путем введения в УК специальной нормы. См.: *Цветков Ю.* Уголовная ответственность адвокатов // Уголовное право. 2002. № 4. С. 50–52.

¹⁶¹ О правовых основах, сущности и значении законного компромисса с преступностью см., например: *Компромисс как эффективное средство в борьбе с преступностью / Актуальные проблемы прокурорского надзора. Сборник статей.* Выпуск № 4. М., 2000. 116 с., а также: *Гармаев Ю.П.* «Сделки с правосудием» в тактике сторон защиты и обвинения // Юридический мир. 2003. № 6. С. 30–37.

¹⁶² *Шехтер М.С.* Психологические проблемы узнавания. М., 1967. С. 73–78.

ознакомлении с фабулой дела делает вывод о составе совершенного преступления, не производя (во всяком случае, внешне), детального сопоставления выявленных признаков с нормой закона. Нетрудно заметить преимущества и недостатки симультанного узнавания. Преимущества состоят в быстроте этого процесса. Недостатки же – автоматизм, субъективность, образность. Симультанное узнавание состава преступления опирается в основном на обобщение субъектом личного опыта. Соответственно, чем меньше опыт у юриста, тем больше ошибок в квалификации он может допустить¹⁶³.

Для работников правоохранительных органов ситуация осложняется еще и тем, что личная практика каждого – следователя, дознавателя, оперуполномоченного, прокурора, судьи¹⁶⁴ в той или иной степени однообразна. В результате этого возникают несколько упрощенные, шаблонные представления о преступности и неправомерности тех или иных посягательств. Хранящиеся в нашей памяти эталоны, «образцы» деяний, которые, как нам подсказывает наша практика, точно подпадают под признаки того или иного состава, часто мешают нам даже задуматься над тем, может ли быть квалифицировано как преступление то или иное общественно опасное деяние, которое мы ранее не расследовали (не рассматривали). А уж если мы не можем припомнить, чтобы вообще кто-либо и где-либо квалифицировал похожее деяние как преступление, то сознательно или подсознательно многие из нас вообще отказываются обращать внимание, задумываться над этим.

Так в практике образуются и широко распространяются десятки типичных и весьма опасных нераспознаваемых, «неузнаваемых» преступлений. Причем, бывает так, что мы каждый день можем «спотыкаться» о них, сетовать на существенный вред, которые они причиняют личности, обществу, государству и, тем не менее, все-таки не распознавать в них признаки конкретных составов преступлений.

Примерами нераспознаваемых преступлений являются различные способы преступного разглашения защитником данных предварительного расследования, заведомо ложного доноса о совершении должностного преступления следователем (дознавателем, оперуполномоченным) и многие другие (см. гл. 4.2.8, 4.2.4 и др. и др.). Отсутствие соответствующей практики выявления и расследования нераспознаваемых преступлений, каких-либо актов толкования (легального, судебного, доктринального) делает сформулированные рекомендации по их квалификации весьма спорными. Автор и не настаивает на истине в последней инстанции. Но любая позиция, будучи критически осмысленной, поможет практическим работникам принимать правильные правовые решения по конкретным делам и материалам.

¹⁶³ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1999. С. 175–176.

¹⁶⁴ В первую очередь – у представителей первых трех профессий.

4.1. Классификация преступлений адвокатов

Помимо тех видов правонарушений, которые выделены в гл. 3.1, здесь предлагаю весьма важную, криминалистически значимую классификацию профессиональных адвокатских преступлений. Основанием предлагаемой классификации является вид участия адвоката в совершаемом общественно опасном деянии.

По этому основанию все названные преступления можно разделить на:

- 1) основные, или собственно адвокатские (преступления адвоката-исполнителя);
- 2) сопутствующие, или преступления адвоката-соучастника (см. приложение 11).

К первой категории относятся посягательства со стороны адвоката, носящие сугубо профессиональный характер, совершаемые, как правило, лично адвокатом в качестве исполнителя или соисполнителя преступления. Это такие преступления, как мошенничество и подстрекательство к даче взятки (ч. 1 ст. 159, ч. 4 ст. 33 и ч. 1 или 2 ст. 291 УК РФ), когда защитник помимо гонорара требует от клиента дополнительную сумму денег, на, якобы, взятки следователю, прокурору, судье для успешного разрешения дела, а сам эти деньги присваивает (гл. 4.2.11). Это и фальсификация доказательств по уголовному делу защитником (ч. 2 ст. 303 УК РФ), и неуважение к суду (ст. 297 УК РФ), и другие. Во всех этих преступлениях адвокат является:

- либо прямо указанным специальным субъектом (например, по ч. 2 ст. 303 УК РФ);
- либо он подпадает под обобщенные признаки специального субъекта преступления (например, ст. 310 УК РФ);
- либо защитник совершает преступление как общий субъект, но именно в силу использования им самим прав и полномочий, предоставленных законом (например, ст. 306 УК РФ).

Перечень этих преступлений, в целом, довольно ограничен. В УК РФ менее 30 статей содержит составы преступлений, которые могут быть совершены адвокатами в связи с исполнением ими своих полномочий в уголовном процессе.

Совсем другое дело – вторая категория адвокатских преступлений, которые могут быть квалифицированы практически по любому составу преступления, предусмотренного Особенной частью уголовного закона. В этих преступлениях адвокат принимает участие обычно как пособник, а равно как подстрекатель, организатор, а иногда и как соисполнитель (см. виды соучастников ст. 33 УК РФ). Исследование показало, что чаще всего адвокат все-таки становится пособником таких преступлений (см. гл. 4.3).

Примерами соучастия, т. е. совершения адвокатом сопутствующего преступления, могут быть разнообразные варианты деятельности «вовлеченных» защитников – членов организованных преступных формирований, например банд (ст. 209 УК РФ), преступных сообществ (ст. 210 УК РФ). Здесь адвокаты могут участвовать в подготовке преступлений, например, советовать, как сокрыть следы преступления, добиться отсутствия свидетелей, уничтожить вещественные доказательства и т. д.

Адвокаты часто являются соучастниками в должностных преступлениях, преступлениях против правосудия. Например, адвокат становится посредником в даче взятки знакомому судье (ст. 33 ч. 5 и ч. 1 ст. 291 УК РФ) и т. п.¹⁶⁵

Деление адвокатских преступлений на основные и сопутствующие имеет важное криминалистическое значение для выявления и расследования этих посягательств. Так, если в действиях защитника по конкретному уголовному делу усматриваются признаки основного преступления (например, фальсификации доказательств – ч. 2 ст. 303 УК РФ), и если при

¹⁶⁵ Подробно эти преступления описаны в гл. 4.4.

этом известно, что он является близким другом подзащитного и/или является «вовлеченным» адвокатом организованной преступной группировки, членом которой является подозреваемый, обязательному выдвижению и проверке подлежат версии о совершении этим адвокатом сопутствующего преступления. Причем весьма вероятно, что того самого, в котором обвиняется его клиент. Велика вероятность, что адвокат является пособником всех преступлений этой организованной группы.

Далее собираются достаточные данные, дающие основания, в частности, для проведения ОРМ в отношении этого адвоката (ст. 6–7 Закона «Об ОРД»), и запрашивается согласие суда на контроль и запись его телефонных переговоров (ст. 8 и 9 указанного Закона) и т. д., вплоть до возбуждения против него уголовного дела.

Теперь переходим к рассмотрению проблем квалификации и к криминалистической характеристике некоторых конкретных видов преступлений, совершаемых адвокатами.

4.2. «Основные» адвокатские преступления или преступления адвоката-исполнителя

4.2.1. Воспрепятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследования (ст. 294 УК РФ)

Под вмешательством в деятельность суда по осуществлению правосудия понимается воздействие на судью или коллегия судей (в т. ч. и коллегия присяжных заседателей) со стороны физических лиц, не входящих в состав суда, принявшего соответствующее дело к своему рассмотрению или приступившего к его разбирательству.

Объективная сторона данного преступления может выражаться, в какой бы то ни было форме вмешательства в деятельность суда в целях воспрепятствования осуществлению правосудия, а именно: просьба или требование к судье, присяжному заседателю о решении дела определенным образом, подкрепленные теми или иными обещаниями им каких-то выгод или благ; высказывание угроз; обращение к близким судьи или присяжного заседания с целью воздействия на его мнение при решении дела в интересах обратившегося; дача совета или указания со стороны должностного лица органа государственной власти или местного самоуправления и т. д.¹⁶⁶

Во всяком случае, независимо от способов вмешательства в осуществление правосудия и конкретной формы воздействия на судью, присяжного заседателя, лицо преследует цель – добиться вынесения по делу удобного ему судебного решения (например, об оправдании подсудимого, применении закона о менее тяжком преступлении, смягчении наказания либо, напротив, о назначении более строгого наказания, об удовлетворении иска либо об отказе в нем и т. п.)¹⁶⁷.

Причем, полагаю, что допускаемый конечный результат воспрепятствования сам по себе может и не выходить за рамки закона. То есть могут быть ситуации, когда уполномоченное должностное лицо действительно вправе принять правовое решение, о котором просит (требует) виновное лицо. Например, адвокат просит судью применить минимальный размер самого мягкого наказания, предусмотренного санкцией статьи Особенной части УК РФ. Однако здесь квалифицирующее значение имеет не только то, о чем просят, а то, что эта просьба (требование) выражается в форме, не предусмотренной уголовно-процессуальным законом.

Поэтому письменные обращения или ходатайства в суд со стороны защитника об условном осуждении, применении наказания, не связанного с лишением свободы, в отношении подзащитного (а также подобные действия в рамках досудебного производства), в т. ч. если они и не обоснованы с точки зрения закона, не могут рассматриваться в качестве вме-

¹⁶⁶ Здесь и далее в рассмотрении уголовно-правовой характеристики адвокатских преступлений мы в основном используем комментарии соответствующих статей Общей и Особенной части УК РФ, изложенные в следующих изданиях: Курс уголовного права. Общая и Особенная часть. Учебник для вузов. В 5-ти томах (МГУ). М.: ИКД «Зерцало», 1999–2002; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева. М., 2000; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: Научно-практический комментарий / Отв. ред. В.М. Лебедев. М., 2001; Постатейный Комментарий к Уголовному кодексу РФ / Под ред. Наумова А.В. М., 1996 и др.

¹⁶⁷ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: Научно-практический комментарий / Отв. ред. В.М. Лебедев. М., 2001. С. 546.

шательства в деятельность суда по осуществлению правосудия, поскольку такие действия предусмотрены уголовно-процессуальным законом.

Субъективная сторона преступления характеризуется только прямым умыслом. Лицо осознает, что вмешивается в деятельность суда и в предварительное расследование, неправомерным путем воздействует на судью, следователя, прокурора, дознавателя, и желает этого. Обязательным и важнейшим признаком субъективной стороны является специальная цель виновного – воспрепятствование осуществлению правосудия при рассмотрении дела (ч. 1) или воспрепятствование всестороннему, полному и объективному расследованию дела (ч. 2). То есть субъект вмешательства должен не только желать вынесения нужного ему решения, но и осознавать, что своим воздействием он препятствует нормальной деятельности суда, прокурора и органов предварительного расследования.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.