АДВОКАТСКАЯ ТАЙНА КАК ПРЕДМЕТ ЗАЩИТЫ АДВОКАТОМ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ В ОТНОШЕНИИ НЕГО СЛЕДСТВЕННЫХ ИЛИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ ДЕЙСТВИЙ

Адвокатура такого же древнего происхождения, как и суд (латинское Advocatus означает «призванный», т.е. приглашённый защищать на суде, вести дело). Подобно судейской должности, адвокат — гражданин, занимающий общественную должность, перед которым поставлена задача — оберегать права частного человека или организации. Но в то время, когда судья оберегает эти права в силу приданной ему государственной власти, адвокат может помочь только тем, что он предоставляет доверителю в распоряжение свое знание законодательства и старается дать тяжбе благоприятное для последнего направление. Такова суть адвокатуры.

Предмету адвокатской тайны уже восемь веков. Французские адвокаты, еще в XIV в. объединившиеся первыми в профессиональный цех, рассудили, что не станут люди доверять им свою защиту, если не будут уверены в сохранении тайны сообщённого с глазу на глаз. Нет уверенности в сохранении тайны — нет доверия. Нет доверия — нет профессии. С тех пор профессиональная тайна почитается как одна из базовых основ адвокатуры. Она абсолютна и свята. Никто не может освободить адвоката от обязанности хранить доверенную ему тайну, кроме самого доверителя.

Соблюдение тайны является не только этической, но уже как два столетия и правовой нормой, ибо вменяется адвокату в обязанность законом. Советская власть, всегда косо смотревшая на адвокатуру, тем не менее уже в первом советском УПК 1922 г. установила запрет допрашивать адвоката-защитника в качестве свидетеля. Аналогичные гарантии сохранились и в нынешнем УПК. Во многих странах адвокатская тайна рассматривается как «фундаментальное условие, на котором покоится вся система отправления правосудия». Это не случайно, так как профессиональные тайны обязаны обеспечить безопасность каждого во взаимодействиях с внешним миром, защиту каждого от использования его негатива и, как следствие этого, — обеспечить полное доверие доверителя к профессиональному защитнику. В ряде европейских стран (Франция, Бельгия) обнародование адвокатской тайны наказывается в уголовном порядке.

Особые доверительные отношения с доверителем, а также целый ряд дополнительно закреплённых законом гарантий адвокатской деятельности, — то, что охватывается одним общим понятием «адвокатская тайна», кроме того, направлены на обеспечение профессиональной независимости адвоката. Безусловное доверие доверителя к адвокату призвано обеспечить юридическую безопасность первого, помочь адвокату предостеречь его от случайного нарушения закона или выбрать адекватные способы его защиты. Раз в отсутствие доверия нет и не может быть тайны, следовательно, в отсутствие тайны нет профессиональной адвокатской деятельности. Право на сохранение адвокатской тайны имеет управомоченное лицо (доверитель) — гражданин или организация. Отдельным правомочием доверителя является возможность самостоятельно распорядиться информацией об обстоятельствах спора (дела), условиях оказания юридической помощи, о советах адвоката и так далее. Адвокат, в свою очередь, не только обладает обязанностями по сохранению этой тайны, но и имеет в её сохранении самостоятельный личный интерес, а поэтому (согласно позиции Конституционного Суда РФ) принимать решение о разглашении тайны адвокат должен при обязательном наличии разрешения доверителя. Личный интерес адвоката в сохранении тайны, в частности, позволяет адвокату ссылаться на положения ст. 51 Конституции РФ при отказе в даче показаний, так как обнародование тайны влечёт для него ответственность, установленную законом, и фактически нарушает его интересы. Эта обязанность

адвоката, как показано ниже, аннулируется лишь действиями доверителя по отношению к адвокату. В апреле 2010 г. во время совместного с Европейским Союзом проекта «Укрепление механизмов адвокатской тайны в Российской Федерации», эксперт ЕС Д. Виткаускас отметил, что и своими конклюдентными действиями доверитель может освободить адвоката от обязанности сохранения тайны. К таким действиям могут относиться, в частности, самостоятельная публикация доверителем материалов относительно обстоятельств дела в СМИ либо их освещение перед третьими лицами и тогда, когда адвокат узнаёт об этих обстоятельствах от третьих лиц. Однако такие вопросы в России до конца не регламентированы.

Кодекс об адвокатской этике вместе с тем указывает, что адвокат освобождается от обязанности сохранения адвокатской тайны: если по инициативе доверителя в отношении адвоката возбуждено уголовное либо дисциплинарное дело, или доверителем инициировано гражданско-правовое преследование адвоката (то есть в целях защиты адвоката). Но и здесь, полагаем, законодательство не позволяет раскрывать тайны доверителя излишне широко, без причины, — раскрытие тайны должно быть ограничено только рамками защиты интересов адвоката.

Законодательно понятие термина «адвокатская тайна» раскрыто в ч. 1 ст. 8 Федерального закона № 63–ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», а его толкование — в ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката. Адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. Согласно ст. 6 Кодекса адвокатская тайна относится к профессиональным и не имеет сроков давности. Она не может быть раскрыта ни при каких обстоятельствах, за исключением получения согласия на это от доверителя.

В своё время выдающийся русский юрист А.Ф. Кони отмечал: «Между защитником и тем, кто в тревоге и тоске от грозно надвинувшегося обвинения обращается к нему в надежде на помощь, устанавливается тесная связь доверия и искренности. Защитнику открываются тайники души, ему стараются разъяснить свою невиновность или объяснить свое падение и свой скрываемый от других позор такими подробностями личной жизни и семейного быта, по отношению к которым слепая Фемида должна быть и глухою». (Кони А.Ф. Уголовный процесс: нравственные начала. 2-е изд. М.: Изд-во СГУ, 2000. С. 24). Именно поэтому адвокат обязан хранить и защищать тайну как основу своей профессии, как основу правосудия.

Однако в последние годы наметилась тенденция планомерного наступления правоохранительных органов на адвокатские права и свободы. Казалось бы, ст. 447 УПК РФ адвокат отнесён к специальным субъектам, в отношении которых предусмотрены повышенные гарантии от следственных действий. В частности, адвокат не может быть признан подозреваемым по делу и следствие в отношении него может вестись только в случае его обвинения. Адвокат, как указано в УПК РФ и Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», не может быть допрошен об обстоятельствах, ставших ему известными при оказании любой правовой помощи (в виде советов и консультаций, составления документов, представления в административном, гражданском или уголовном процессах). Следственные и иные процессуальные или оперативно-розыскные действия, осуществляемые в отношении адвоката, если уголовное дело в отношении него не было возбуждено или он не был привлечён в качестве обвиняемого, производятся только с согласия суда (ст. 450 УПК РФ и ч. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), при этом, нормы уголовно-процессуального законодательства не делают различий между производством следственных действий в офисе, в жилище либо в ином помещении адвоката. Напомним, что к следственным действиям в том числе

относятся допрос и обыск, следовательно эти действия в отношении адвоката должны быть обязательно санкционированы судом. Высказанное публично 12 сентября 2012 г. мнение Следственного комитета России о том, что адвокат В.В. Волкова может быть вызвана на допрос в качестве свидетеля решением только следователя и о том, что она обязана явиться на этот допрос, так как получила повестку, противоречит как УПК РФ, так и Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Вместе с тем, необходимо отметить позицию Конституционного Суда РФ, выраженную, в частности, в Определении от 22 марта 2012 г. № 629-О-О, где указывается, что поскольку норма п. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не устанавливает неприкосновенность адвоката, не определяет ни его личную привилегию как гражданина, ни привилегию, связанную с его профессиональным статусом, постольку она предполагает получение судебного решения при проведении в отношении адвоката лишь тех оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, которые вторгаются в сферу осуществления им собственно адвокатской деятельности — к каковой в любом случае не может быть отнесено совершение адвокатом преступного деяния, как несовместимого со статусом адвоката. На аналогичной позиции стоит и адвокатское сообщество России.

Невозможность допроса адвоката в качестве свидетеля как абсолютной гарантии была поставлена под сомнение рядом решений Конституционного Суда РФ, первым из которых было Определение по заявлению Цицкишвили Г.В. от 06 марта 2003 г. № 108-О. Фактически Конституционный Суд РФ поставил вопрос так — что более важно: сохранение адвокатской тайны или защита прав человека, которая является смыслом адвокатской деятельности (если безусловное сохранение тайны адвокатом мешает защите прав его доверителя, то она должна быть ограниченно нарушена, но решать это должен профессиональный защитник). Согласно этому решению адвокат может быть допрошен судом (и только судом!) по процессуальным вопросам по просьбе его доверителя и при обязательном принятии решения о явке на допрос самого адвоката: «освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения… вместе с тем не исключает его право дать соответствующие показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений». Допрос адвоката судом, при принятии об этом решения самим адвокатом и при согласии на данный допрос его доверителя, возможен только в целях обеспечения интересов доверителя (в т.ч. — бывшего), но никак не в иных целях и исключительно по вопросам соблюдения процесса. Смысл, заложенный Конституционным Судом РФ в этом решении, остался неизменным и в последующих решениях Конституционного Суда РФ.

Разъяснил вышеизложенное Конституционный Суд РФ в Определении от 16 июля 2009 г. № 970-О-О, указав на следующее: «Соответственно, суд вправе задавать адвокату вопросы относительно имевших место нарушений уголовно-процессуального закона, не исследуя при этом информацию, конфиденциально доверенную лицом адвокату, а также иную информацию об обстоятельствах, которая стала ему известна в связи с его профессиональной деятельностью». Затем, в п. 2.1 мотивировочной части Постановления от 29 ноября 2010 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 20 и 21 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» в связи с жалобами граждан Д.Р. Барановского, Ю.Н. Волохонского и И.В. Плотникова», сославшись на нормы Международного пакта о гражданских и политических правах, Конвенции о защите прав человека и основных свобод и других международно-правовых актов, Конституционный Суд РФ подчеркнул, что «необходимой составляющей права пользоваться помощью адвоката (защитника) как одного из

основных прав человека… является обеспечение конфиденциальности сведений, сообщаемых адвокату его доверителем и подлежащих защите», а отступление от указанного правила «создавало бы предпосылки для неправомерного ограничения права на получение квалифицированной юридической помощи, искажения самого существа права на защиту, а также… для использования информации, конфиденциально доверенной лицом в целях собственной защиты только адвокату, вопреки воле этого лица в иных целях, в том числе как его свидетельствование против себя самого».

Рекомендуем адвокатам самостоятельно изучить ссылки на международные правовые акты, перечисленные в этом решении Конституционного Суда РФ, направленные на обязательное обеспечение адвокатской тайны и обязанности создания гарантий её неразглашения со стороны государства.

Однако эти решения, вопреки заложенному в них смыслу, породили многочисленные вызовы на допрос адвокатов не только судами, но и следствием и безо всякого согласия на это адвоката. И судьи и следователи стали считать, что одного лишь согласия доверителя (нередко данного под нажимом следствия), достаточно для допроса адвоката. При этом вопросы, которые задают адвокату, зачастую выходят за рамки собственно соблюдения процесса следствием и направлены не на защиту доверителя, а на его обвинение.

Вместе с тем, факт проведения такого допроса является обстоятельством, исключающим участие в производстве по уголовному делу допрошенного защитника (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ), и используется следователями для принятия решения об его отводе (ч. 1 ст. 69 во взаимосвязи с ч. 2 ст. 72 УПК).

Последовательность действий, которую авторы рекомендуют адвокату в подобных ситуациях, приведена ниже.

Согласно ч. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» любые обыски в любых помещениях, используемых адвокатами для работы, даже если эти помещения временно предоставлены доверителем или временно используются адвокатом, либо если это квартира, где живёт адвокат (случается, что адвокат работает дома и хранит там адвокатские досье, по крайней мере, перед судебными заседаниями), либо это гараж (где могут храниться архивы), либо автомобиль и т.д. — возможны только на основании разрешения суда, причём изъятия из данного правила не предусмотрено. При даче разрешения суды должны ограничить следователя сведениями, имеющими значение для расследования, и обязать его не допустить неправомерного раскрытия перед полицией и следствием адвокатской тайны других доверителей.

Однако суды по запросу следователей излишне легко дают согласие на обыски в занимаемых адвокатами помещениях, даже если при этом судам известно, что обыскиваемые адвокаты ни в каких противоправных действиях не обвиняются, а лишь выполняли поручения по защите интересов доверителей, и безо всяких на это ограничений обыскивающих. Кроме того, суд обязан удостовериться в отсутствии иных возможностей по получению необходимых доказательств, кроме как обыска у адвоката.

Статья 182 УПК РФ основанием для производства обыска предлагает считать наличие достаточных для следователя оснований полагать, что в адвокатском офисе, другом рабочем помещении либо в квартире (машине, гараже, даче) адвоката могут находиться предметы и документы, которые

могут иметь значение для уголовного дела. Естественно, у адвоката в силу его обязанностей по защите интересов доверителей таковые имеются, а ограничения, которые по мысли законодателя должны быть поставлены судом, не работают. В Санкт-Петербурге один из следователей в суде прямо заявил, что вместо того, чтобы заниматься поиском и изъятием доказательств по многочисленным местам, ему проще изъять их у адвоката, который уже данные доказательства собрал для защиты доверителя по делам и, несмотря на это заявление, получил постановление суда на обыск. Это заявление было прямым нарушением разъяснения Европейского Суда о том, что обыск у адвоката возможен лишь в том случае, если иные возможности по сбору доказательств следствием исчерпаны. Был также случай, когда следователь заявил в суд ходатайство об обыске, зная о том, что адвокат получил для отправки в правоохранительные органы заявление доверителя о поступлении к нему от следователя незаконных предложений (естественно, следователь это обстоятельство скрыл от суда). В этом случае суд не остановило даже то обстоятельство, что данный адвокат выполнял обязанности защитника именно по данному делу и своим постановлением разрешил обыск. Санкт-Петербургским городским судом оба этих постановления были впоследствии отменены.

Любой гражданин, а тем более адвокат, при начале обыска имеет право знать, что же конкретно интересует следствие в занимаемом им помещении. Но, как правило, районные суды Санкт-Петербурга дают разрешения следствию с формулировкой: «Разрешить изъятие у адвоката любых документов и предметов, имеющих значение для уголовного дела», что прямо противоречит позициям Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда РФ, которые указали, что следователь не должен получать слишком широкие права, которыми неправомерно нарушается адвокатская тайна за пределами необходимыми для расследования конкретного дела и подрывается доверие к самой юридической профессии. Ограничить слишком широкое нарушение защищаемой законом адвокатской тайны с тем, чтобы не нарушить интересы непричастных к делу доверителей — обязанность судов. Этим также нарушается УПК РФ, ст. 182 которого предусматривается возможность добровольной выдачи разыскиваемого. При этом суды почему-то исходят из того, что следователь самоограничит себя, к моменту обыска определится с конкретикой разыскиваемого и объявит об этом адвокату. Но ожидаемого не происходит. У адвоката зачастую изымаются все собранные досье, даже многолетние архивы, которые естественно никакого отношения к расследуемому делу не имеют. Суды не останавливают и не ограничивают следствие и тогда, кода в офисах хранятся документы нескольких адвокатов, входящих в адвокатское образование, — в этих случаях следователями постоянно запрашивается и судами даётся разрешение на обыск всего адвокатского офиса, даже без ограничения пределов обыска документацией конкретного адвоката. Специально надо обратить внимание, что успех в обжаловании такого обыска — в слаженных действиях всех адвокатов, никто из обысканных не должен оставаться в стороне.

Членам Комиссии по защите профессиональных прав адвокатов Адвокатской палаты Санкт-Петербурга часто приходится готовить ответы следователям и судам, объясняя по какой причине адвокат не может быть ими допрошен, участвовать в судебных процессах по обжалованию обысков в помещениях, в которых работают и где живут адвокаты. Только за последний квартал 2011 г. пришлось участвовать в 4 процессах по обжалованию обысков в адвокатских офисах, причём один из них (адвокатский кабинет) находился в отдельном помещении жилой квартиры адвоката.

Стефан Цвейг как-то заметил: «Человек проигрывает дважды: недоговаривая врачу и адвокату». Общество определённо проигрывает, разрушая адвокатскую тайну, ибо уничтожает тем самым профессию адвоката.

Конституционный Суд РФ признал, что деятельность адвоката носит публично-правовой характер, однако это не означает отсутствие у адвоката права на особые доверительные отношения с доверителем, а также допустимость пренебрежения адвокатской неприкосновенностью.

Мы знаем, что противостоять допросам и обыскам можно только в случае грамотного поведения адвоката при вызове на допрос и во время обыска с использованием международных правовых актов, решений Европейского и Конституционного Судов. Лишь при выверенной позиции адвоката его права удаётся отстоять и отменить вынесенные акты.

Поэтому авторы обобщили, систематизировали и, для удобства, свели в схемы наиболее распространённые ситуации и модели поведения, которые необходимо знать и использовать адвокатам с учётом позиций Европейского Суда по правам человека, Конституционного Суда РФ, Рекомендаций коллегии адвокатов Королевства Нидерланды.