Разъяснение Совета палаты от 28 февраля 2008 г.

ПРИНЯТО
Советом Адвокатской палаты г. Москвы
Протокол №2 от 28.02.2008 г.

РАЗЪЯСНЕНИЕ
О вызове в суд для дачи свидетельских показаний
адвокатов – бывших защитников
на досудебном производстве

Совет обеспокоен участившимися случаями допросов в судебных заседаниях по уголовным делам адвокатов, прекративших выполнение полномочий защитника на досудебном производстве, об обстоятельствах проведения допросов и иных следственных действий с участием бывших подзащитных – обвиняемых и подозреваемых. Адвокаты вызываются и допрашиваются по ходатайствам обеих сторон – как обвинения, так и защиты – с одной и той же целью – проверки допустимости доказательств в связи с заявлениями подсудимого о нарушении при их получении требований уголовно-процессуального закона. Обычно такого рода заявления сводятся к утверждению о нарушении права на защиту (адвокат в допросе не участвовал, подписал протокол после его окончания; вариант: постоянно выходил из следственного кабинета, никакой юридической помощи не оказывал), но бывают еще резче – с указанием на применение следователем или оперработниками насилия, запугивания, шантажа, чему адвокат был свидетелем и против чего он не протестовал, уговорив обвиняемого подписать протокол с ложным признанием вины.

Всестороннее осмысление данной проблемы предполагает учет следующих обстоятельств.

Пункт 2 части 3 статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса РФ и пункт 2 статьи 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" устанавливают запрет на вызов и допрос адвоката в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием".

Этот запрет подкрепляется пунктом 6 статьи 6 Кодекса профессиональной этики адвоката: "Адвокат не вправе давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые стали ему

известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей".

Конституционный Суд РФ в Определении от 6 марта 2003 года № 108-О по жалобе гражданина Цицкишвили Г.В. истолковал запрет допрашивать адвоката-защитника подозреваемого, обвиняемого об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью как неабсолютный, указав, что суды не вправе отказывать в даче свидетельских показаний защитникам обвиняемого и подозреваемого при их согласии дать показания, а также при согласии тех, чьих прав и законных интересов непосредственно касается конфиденциально полученные адвокатом сведения.

В Определении КС РФ непосредственно мотивируется право суда допрашивать адвоката по ходатайству только одной из состязающихся сторон – стороны защиты. Такое суженное конституционно-правовое толкование пункта 2 части 3 статьи 56 УПК РФ объясняется, по всей видимости, самим характером жалобы, которая поступила от заявителя – обвиняемого по уголовному делу, поставившего вопрос о праве адвоката давать свидетельские показания об обстоятельствах, конфиденциально сообщенных ему подзащитным, при условии, что тот освобождает адвоката от обязанности хранить профессиональную тайну.

Однако Определение № 108-О стало использоваться для вызова и допроса бывшего на предварительном расследовании адвоката также стороной обвинения в тех случаях, когда подсудимый заявляет о нарушениях УПК при проведении следственных действий и признании недопустимыми обвинительных доказательств. Прокуроры в заявлении, а суды в удовлетворении таких ходатайств опираются на другой пункт данного Определения, где КС РФ привлекает внимание к тому, что "в силу закрепленного в Конституции Российской Федерации принципа осуществления судопроизводства на основе состязательности равноправия сторон (статья 123, часть 3) суд обязан во всех случаях обеспечить равенство прав участников судебного разбирательства по представлению и исследованию доказательств и заявлению ходатайств".

Необходимо отметить, что сведения, составляющие предмет свидетельских показаний адвоката по удовлетворенному судом ходатайству стороны обвинения, не относятся к конфиденциальной информации, сообщенной адвокату доверителями или собранной им для осуществления защиты, то есть не образуют профессиональной тайны в собственном смысле слова, как гарантии иммунитета доверителя, предоставленного ему Конституцией Российской Федерации (пункт 1 статьи 6 Кодекса профессиональной этики адвоката). Участие адвоката в допросах, очных ставках, иных следственных и процессуальных действиях представляют собой публичные (не конфиденциальные) способы оказания юридической помощи.

Вместе с тем формулировки ст. 56 УПК РФ и ст. 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации", устанавливающих запрет на свидетельские показания адвоката, шире понятия "конфиденциальные сведения".

Совет отмечает, что понятие "обстоятельства, ставшие адвокату известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием" недостаточно разработано в правовой литературе и комментариях законодательства. По мнению Совета, такая широкая формулировка запрета допроса адвоката вызвана стремлением

законодателя не только гарантировать сохранение адвокатской тайны, но исключить в принципе возможность для адвоката свидетельствовать против своего доверителя, не допустить в уголовном судопроизводстве прекращения адвоката в понятого, способного действовать во вред обвиняемому. При этом Совет полагает, что КС РФ в Определении по жалобе гр-на Цицкишвили Г.В. ограничительно истолковал нормы, содержащиеся в пункте 2 части 3 статьи 56 УПК РФ и в пункте 2 статьи 8 ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации", как направленные исключительно "на защиту конфиденциальности сведений, доверенных подзащитным адвокату при выполнении профессиональных функций". Вместе с тем, в том же Определении КС РФ признаются полномочия разрешить описанную коллизию в системе судов общей юрисдикции: "Отказ в удовлетворении ходатайства при рассмотрении конкретного уголовного дела может иметь место только при наличии предусмотренных уголовно-процессуальным законом оснований. Их установление и оценка является прерогативой судов общей юрисдикции и в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, закрепленную статьей 125 Конституции Российской Федерации и статьей 3 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", не входит".

Между тем, позиция Верховного Суда РФ в данном вопросе отличается противоречивостью. В одних решениях (кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 1 марта 2004 г. по делу № 41-004-22сп. Бюллетень Верховного Суда РФ, 2005 г., № 1, с. 16-17) показания адвоката об отсутствии нарушений закона при производстве допроса на предварительном следствии, допрошенного в судебном заседании по ходатайству прокурора, признаются допустимым доказательством, в других (постановление Президиума ВС РФ от 7 июня 2007 г. № 71-П06. Бюллетень Верховного Суда РФ, 2007, № 7, с. 28-29) – несмотря на Определение КС РФ по жалобе гр-на Цицкашвили Г.В., делаются выводы о недопустимости допроса адвоката по ходатайству стороны защиты даже с его согласия.

При таком положении отказ адвоката, вызванного в судебное заседание в качестве свидетеля, от дачи показаний чреват для него угрозой привлечения к уголовной ответственности по ст. 308 УК РФ с неясной судебной перспективой.

Необходимо также принимать во внимание важное обстоятельство - заявление подсудимого о нарушении законности на предварительном расследовании по существу означает обвинение им адвоката в нарушении, как минимум, норм ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации", Кодекса профессиональной этики адвоката, а то и в соучастии (пособничестве) в преступлениях, совершенных следственными и оперативными работниками.

Согласно п. 4 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката, допускается использование адвокатом сообщенных ему доверителем сведений без согласия последнего в объеме, который адвокат считает разумно необходимым для своей защиты по возбужденному против него дисциплинарному производству или уголовному делу.

В то же время Конституционный Суд РФ в постановлении от 27 июня 2000 года по жалобе гр-на Маслова В.И. дал конституционно-правовое толкование права на защиту, связав момент его возникновения не с принятием процессуального акта, формально признающего

лицо подозреваемым либо обвиняемым, а с фактическим положением лица, на которого навлечено подозрение. При заявлении подсудимого о нарушениях законности при проведении следственных (процессуальных) действий с участием адвоката, последний фактически оказывается в положении подозреваемого в глазах всех присутствующих в зале судебного заседания.

Присяжным поверенным в царской России Советами дозволялось защищаться от публичных обвинений бывшего клиента дачей свидетельских показаний с разглашением профессиональной тайны. Так, Санкт-Петербургский Совет в одном из своих постановлений разъяснил: "На основании сделанных прокурорскому надзору заявлений бывшего подсудимого о содержании происходивших между ним и его защитником объяснений против последнего предъявляются обвинения в тяжких нарушениях долга, пятнающих его честь и достоинство носимого им звания. Единственным средством для его оправдания, для восстановления истины, является правдивое изложение бывшим защитником того, что действительно происходило во время этих объяснений его с подзащитным, а потому защитнику не может быть возбранено прибегнуть к этому средству, хотя бы это было связано с разглашением "тайны доверителя", если этот доверитель решился, под покровом этой тайны, заявить на него ложное обвинение" (Правила адвокатской профессии в России. Составитель А.Н. Марков. М., 1913 г. Изд-во "Статут". М., 2003, с. 258).

Признавая весьма нежелательным вызов в судебное заседание адвоката – бывшего защитника на досудебном производстве по ходатайству стороны обвинения на основании заявления подсудимого о нарушении закона при проведении процессуальных действий;

стремясь обеспечить сохранение чести и достоинства, присущих профессии адвоката, и не допустить подрыва доверия к нему и к институту адвокатуры как к независимому профессиональному сообществу адвокатов;

принимая во внимание право адвоката на защиту от публично выдвинутых против него обвинений в нарушении профессионального долга, а то и соучастия в преступных действиях следственных и оперативных работников;

вынужденный считаться с недостаточно определенным толкованием пункта 2 части 3 статьи 56 УПК РФ Конституционным Судом РФ и противоречивой позицией по данному вопросу Верховного Суда РФ,

Совет считает необходимым дать следующие разъяснения:

1. Абсолютно недопустима, ибо дискредитирует профессию адвоката и подрывает доверие к адвокатуре как независимому институту гражданского общества, явка адвоката в судебное заседание для допроса в качестве свидетеля по просьбе государственного или частного обвинителя, а не по врученной ему судебной повестке.

2. Вызванный на допрос судебной повесткой адвокат обязан явиться в судебное заседание в назначенный срок либо заранее уведомить суд о причинах неявки. Явившийся в суд адвокат должен принять меры к тому, чтобы предотвратить свой допрос в качестве свидетеля. В этих целях адвокату следует заявить о незаконности его вызова на допрос в связи с запретом, установленным пунктом 2 части 3 статьи 56 УПК РФ, и обратить внимание суда на то, что в

соответствии с толкованием данной нормы Конституционным Судом РФ в Определении по жалобе гр-на Цицкишвили Г.В. допрос адвоката даже по ходатайству стороны защиты возможен только при согласии самого адвоката дать свидетельские показания.

3. Лишь в том случае, когда суд не освобождает адвоката от допроса на основании пункта 2 части 3 статьи 56 УПК РФ, он вправе сделать выбор: воспользоваться свидетельским иммунитетом, установленным п. 1 ст. 51 Конституции РФ либо дать свидетельские показания в объеме, необходимом для своей защиты от выдвинутых против него подсудимым обвинений в нарушении профессионального долга.

4. Обо всех случаях вызова в суд на допрос по делу, в котором адвокат ранее участвовал в качестве защитника, он обязан ставить в известность Совет АП г. Москвы.

Президент
Адвокатской палаты г. Москвы
Г.М. Резник