

Необоснованность дисциплинарных обвинений, выдвинутых в отношении адвоката, исходя из отсутствия законодательного запрета защитнику применять технические средства при проведении следственных действий

26 апреля 2019 г Совет пришёл к выводу о необоснованности дисциплинарных обвинений, выдвинутых в отношении адвоката, исходя из отсутствия законодательного запрета защитнику применять технические средства при проведении следственных действий и отсутствия полномочий следователя по даче разрешения на применение защитником технических средств при проведении следственных действий или отказа в этом. □

Совет Адвокатской палаты города Москвы... рассмотрел в закрытом заседании 29 марта 2019 г. с участием адвоката Б. ...дисциплинарное производство, возбужденное по представлению Главного управления Министерства юстиции Российской Федерации по городу Москве..., основанному на обращении руководителя Управления по расследованию особо важных дел Главного Следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по... федеральному округу...

Квалификационная комиссия в Заключении от 27 февраля 2019 г. пришла к выводу о необходимости прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката Б. вследствие отсутствия в действиях (бездействии) адвоката нарушений норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, включая Кодекс профессиональной этики адвоката.

Адвокат Б. в заседании Совета подтвердил факт своевременного получения им Заключения Квалификационной комиссии и ознакомления с ним, с выводами Комиссии и их обоснованием в Заключении в полном объеме согласился.

Рассмотрев Заключение Комиссии, заслушав адвоката Б., Совет полностью соглашается с выводом Комиссии о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие отсутствия в описанных в представлении Главного управления Министерства юстиции Российской Федерации по городу Москве действиях (бездействии) адвоката нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, включая Кодекс профессиональной этики адвоката.

Как следует из содержания представления Главного управления Министерства юстиции по городу

Москве, в отношении адвоката Б. выдвинуты дисциплинарные обвинения в том, что он 7 апреля, 28 июня и 30 июня 2018 г. при проведении следственных действий (очных ставок) с его подзащитным Б-ым осуществлял аудиозапись следственных действий, несмотря на возражения следователя, а также, пытаясь создать провокационную ситуацию, настаивал на повторной постановке перед обвиняемым вопросов, ранее отведенных следователем, и требуя на них ответов. На замечания следователя адвокат Б. не реагировал.

Указанная информация, по мнению автора представления, свидетельствует о нарушении адвокатом Б. требований ст. 4, п. 2 ст. 8, ч. 1 ст. 12 Кодекса профессиональной этики адвоката.

Комиссией справедливо отмечено, что доводы представления со ссылкой на ч. 6 ст. 164 и ч. 4 ст. 189 УПК РФ о том, что необходимость и порядок применения технических средств при производстве следственных действий определяются следователем, в связи с чем именно в компетенции следователя находится вопрос о возможности применения технических средств иными лицами, участвующими в следственном действии, основаны на неверном понимании и толковании уголовно-процессуального закона.

Совет соглашается с выводом Комиссии о том, что приведенные выше положения закона регламентируют полномочия и действия следователя при проведении следственных действий, а не полномочия адвоката при осуществлении им защиты по уголовному делу, которые установлены другими нормами уголовно-процессуального законодательства. Указанные нормы, регламентирующие полномочия защитника, основаны на конституционной гарантии защиты каждым своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации), в то время как полномочия властного субъекта уголовного судопроизводства, в том числе следователя, строго ограничены дозволениями и запретами, содержащимися в соответствующих нормах закона.

В дополнение к этому Совет обращает внимание на то, что в уголовном судопроизводстве применение различными участниками уголовного судопроизводства технических средств допускается в связи с принятием различных процессуальных решений и в различных процессуальных ситуациях, например, при реализации права на ознакомление с материалами уголовного дела (п. 12 ч. 2 ст. 42, п. 13 ч. 4 ст. 47, п. 7 ч. 1 ст. 53, ч. 2 ст. 217 УПК РФ и др.). Стороны также могут пригласить специалиста для применения технических средств при исследовании материалов уголовного дела (ч. 1 ст. 58, ч. 4 ст. 271 УПК РФ). Технические средства контроля могут применяться при реализации мер пресечения в виде домашнего ареста и запрета определенных действий (ч. 10 ст. 107, ч. 11 ст. 105.1 УПК РФ). При этом в указанных выше случаях следователь не имеет каких-либо полномочий по даче разрешения или согласия на применение технических средств. Участники уголовного судопроизводства самостоятельно и независимо от следователя или иных должностных лиц определяют необходимость их применения.

Что же касается применения технических средств при производстве следственных действий, то ч. 6 ст. 164 УПК РФ содержит общее правило, допускающее применение технических средств и способов обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств, и устанавливает обязанность следователя предупредить о применении технических средств лиц, участвующих в следственном действии, перед началом его проведения.

В случае копирования информации, содержащейся на электронном носителе, следователь в протоколе следственного действия обязан указать на примененное техническое средство, порядок его применения, электронные носители информации и полученные результаты (ч. 3 ст. 164.1 УПК РФ).

При производстве следственного действия могут применяться стенографирование, фотографирование, аудио- и видеозапись, материалы которых хранятся при уголовном деле (ч. 2 ст. 166 УПК РФ). В протоколе должны быть указаны технические средства, примененные при производстве следственного действия, условия и порядок их использования, объекты, к которым эти средства были применены, и полученные результаты. В протоколе должно быть отмечено, что лица, участвующие в следственном действии, были заранее предупреждены о применении при производстве следственного действия технических средств (ч. 5 ст. 166 УПК РФ).

В отдельных случаях применение технических средств фиксации хода и результатов следственного действия является обязательным, заменяя участие понятых (ч. 1.1 и 3 ст. 170 УПК РФ).

По инициативе следователя или по ходатайству допрашиваемого лица в ходе допроса могут быть проведены фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка, материалы которых хранятся при уголовном деле и по окончании предварительного следствия опечатываются (ч. 4 ст. 189 УПК РФ).

Анализ приведенной выше совокупности норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих применение технических средств при производстве следственных действий, подтверждает вывод Комиссии о том, что этими нормами устанавливается порядок применения технических средств именно следователем. При этом Совет обращает внимание на особенности и условия применения следователем технических средств: (1) перед началом производства следственного действия, в котором следователь намерен применить техническое средство, он обязан предупредить об этом лиц, участвующих в следственном действии; (2) в протоколе следственного действия должно быть указано о применении следователем технических средств; (3) материалы, полученные в результате применения следователем технических средств при производстве следственного действия (электронные носители информации), должны храниться при уголовном деле.

Вместе с тем приведенные выше нормы как в отдельности, так и в совокупности не содержат положений, предоставляющих следователю полномочий разрешать или запрещать другим участникам следственного действия использовать технические средства. Пункт 6 части 2 ст. 38 УПК РФ предусматривает, что следователь «уполномочен осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом». Поскольку УПК РФ не содержит норм, устанавливающих полномочия следователя по дискреционному определению права иных лиц, участвующих в

следственном действии, пользоваться техническими средствами, Совет считает, что оценка действий адвоката Б. в рассматриваемой ситуации, в которой он действовал в качестве защитника по уголовному делу, должна даваться с применением норм, регламентирующих именно права и полномочия защитника при производстве следственного действия.

Статья 53 УПК РФ предусматривает, что защитник вправе участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном настоящим кодексом (п. 5 ч. 1), знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому (п. 6 ч. 1), использовать иные не запрещенные настоящим Кодексом средства и способы защиты (п. 11 ч. 1). Как уже было отмечено, в УПК РФ не установлен запрет на применение защитником технических средств при проведении следственных действий.

Таким образом, исходя из отсутствия законодательного запрета защитнику применять технические средства при проведении следственных действий и отсутствия полномочий следователя по даче разрешения на применение защитником технических средств при проведении следственных действий или отказу в этом, Совет приходит к выводу о необоснованности дисциплинарных обвинений, выдвинутых в отношении адвоката Б.

Ограничение права защитника использовать технические средства при проведении следственного действия не имеет разумного основания, не может быть оправдано законными интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод.

В качестве дополнительного подтверждения своих выводов Совет обращает внимание на то, что уголовно-процессуальное законодательство прямо не предусматривает использование защитником в ходе проведения следственного действия, например, ручки и бумаги для фиксации хода, содержания и результатов следственного действия. Несмотря на это, такой способ повсеместно применяется в адвокатской практике и не вызывает какого-либо возражения со стороны следователей. Между тем, правовое основание для использования ручки и бумаги в качестве способа фиксации хода, содержания и результатов следственного действия, аналогично вышеприведенному – этот способ не запрещен уголовно-процессуальным законодательством (п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Совет также отмечает, что применение защитником технических средств при проведении следственных действий может способствовать объективной фиксации хода и результатов следственного действия путем дальнейшего сравнения фактически полученных результатов с содержанием протокола следственного действия и принесения обоснованных замечаний на протокол следственного действия. Помимо этого, технические средства могут быть использованы защитником в целях фиксации неправомερных действий следователя и/или оперативных сотрудников перед производством следственного действия, в ходе его или по его окончании. Результаты применения технических средств позволят защитнику более эффективно изучать материалы уголовного дела, подготавливать обоснованные жалобы и ходатайства, своевременно реагировать на факты

нарушения законодательства должностными лицами, ведущими производство по уголовному делу, что в итоге повысит уровень оказания квалифицированной юридической помощи и полностью соответствует назначению уголовного судопроизводства и защитника в нем. Наконец, использование технических средств при проведении следственных действий может являться средством самозащиты от потенциальных необоснованных обвинений в отношении адвоката в совершении действий, не соответствующих требованиям закона или профессиональной этики.

Совет обращает внимание, что у защитника имеются два способа обеспечения использования технических средств при проведении следственных действий: (1) заявление соответствующего ходатайства следователю, удовлетворение которого позволит не только зафиксировать факт, ход и результаты следственного действия, но и получить дополнительное объективное доказательство в виде приложения к протоколу следственного действия; (2) самостоятельная фиксация факта, хода и результатов следственного действия, что не гарантирует приобщение электронного носителя к материалам уголовного дела, но позволяет использовать данные аудиозаписи при подготовке различных актов процессуального реагирования и/или при доказывании факта совершения правонарушения в отношении защитника и/или его доверителя. При этом применение следователем технических средств при проведении следственного действия не лишает защитника права на самостоятельное параллельное применение собственных технических средств, в том числе, ведение аудиозаписи.

Совет полагает, что распространение практики применения защитниками технических средств, в том числе, ведение ими аудиозаписи следственных действий, будет способствовать созданию условий для законного, лишённого угроз, запугиваний и обмана, собирания доказательств по уголовному делу и обеспечения прав и законных интересов всех участников следственного действия.

Что же касается дисциплинарного обвинения в повторной постановке вопросов допрашиваемым лицам и требовании ответа на них, то проявленная адвокатом Б. настойчивость в отстаивании прав своего подзащитного свидетельствует о добросовестном выполнении им профессионального долга, а вовсе не о каких-либо незаконных или неэтичных действиях.

При таких обстоятельствах Совет признает презумпцию добросовестности адвоката Б. неопровергнутой, а дисциплинарное производство подлежащим прекращению по основанию, предусмотренному подп. 2 п. 1 ст. 25 Кодекса профессиональной этики адвоката.

...Совет Адвокатской палаты города Москвы решил:

прекратить дисциплинарное производство, возбужденное в отношении адвоката Б. по представлению Главного управления Министерства юстиции Российской Федерации по городу Москве... основанному на обращении руководителя Управления по расследованию особо важных дел Главного следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по... федеральному округу... вследствие отсутствия в действиях (бездействии) адвоката нарушений норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, включая Кодекс профессиональной этики адвоката.