

Утверждены
Комиссией
Совета Адвокатской
палаты города Москвы
по защите прав адвокатов
18 апреля 2023 г.
(Протокол №1)

РЕКОМЕНДАЦИИ
Комиссии Совета Адвокатской палаты города Москвы
по защите прав адвокатов
о действиях адвокатов при производстве обыска,
осмотра и выемки в отношении адвокатов

Настоящие Рекомендации даются в связи с многочисленными обращениями адвокатов и дополняют Рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности, утвержденные Решением Совета Федеральной палаты адвокатов РФ 30 ноября 2009 года (протокол № 3) с последующими изменениями от 28 сентября 2016 года (протокол № 7) и 5 октября 2017 года (протокол № 5) и опубликованные на сайте Федеральной палаты адвокатов (www.fparf.ru) в разделе «Документы».

**I. ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ПРОИЗВОДСТВА ОБЫСКА,
ВЫЕМКИ, ОСМОТРА В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТА.
ГАРАНТИИ АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЫ**

Статус адвокатуры определяется не только тем, что она является профессиональным институтом гражданского общества, отделенным от органов государственной власти и местного самоуправления, но и, в не меньшей степени, целью адвокатской деятельности, состоящей в защите прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц, в том числе права каждого на получение квалифицированной юридической помощи.

Наделение адвокатов полномочиями по осуществлению данной публично-правовой функции обуславливает обязанность государства обеспечить гарантии независимости адвокатуры в целом и каждого члена адвокатского сообщества при осуществлении ими профессиональной деятельности, что прямо следует из положений статей 1, 2 и 3 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.2002 № 63-ФЗ (далее – ФЗ-63).

К числу таких гарантий относятся:

беспрепятственное осуществление адвокатской деятельности, недопустимость вмешательства в нее и воспрепятствования ее осуществлению (статья 18 ФЗ-63);

режим адвокатской тайны и его обеспечение (статьи 6, 8, 18, 27 и 28 ФЗ-63, статья 6.1. Кодекса профессиональной этики адвоката (далее – КПЭА));

свидетельский иммунитет адвоката (статья 8 ФЗ-63, пункт 40 статьи 5, подпункты 2 и 3 пункта 3 статьи 56 УПК РФ, статья 6 КПЭА);

специальные правила возбуждения уголовного дела в отношении адвоката и привлечения его к уголовной ответственности (статья 447, пункт 10 части 1 статьи 448 УПК РФ).

Указанные гарантии адвокатской деятельности обеспечиваются, в том числе, специальными законодательными требованиями к производству следственных и иных процессуальных действий в отношении адвоката.

Специальные правила производства процессуальных действий в отношении адвоката.

Согласно части 2 статьи 151 УПК РФ по делам в отношении лиц, имеющих статус адвоката, установлена исключительная подследственность. Доследственные проверки и предварительное следствие по делам о преступлениях, совершенных адвокатами, производятся только следователями Следственного комитета РФ.

Согласно пункту 10 части 1 статьи 448 УПК РФ, уголовное дело в отношении адвоката возбуждается руководителем следственного органа Следственного комитета РФ по субъекту РФ.

Обыск, выемка и осмотр в отношении адвоката (в том числе, в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) производятся только после возбуждения в отношении адвоката уголовного дела в порядке, установленном частью первой статьи 448 УПК РФ, или привлечения его в качестве обвиняемого, если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления.

Кроме того, для проведения названных выше процессуальных действий в отношении адвоката необходимо получение предварительного судебного разрешения (абзац 1 пункта 3 статьи 8 ФЗ-63, часть 2 статьи 29, статья 450.1 УПК РФ).

Эти нормы, устанавливающие дополнительные гарантии для защиты прав адвокатов и обусловленные особым правовым статусом последних, имеют приоритет над общими процессуальными нормами, как специально предназначенные для регулирования соответствующих отношений (Определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О).

Смысл и содержание части 2 статьи 450.1 УПК РФ позволяют определить общие требования, которым должно удовлетворять постановление судьи, разрешающее производство обыска, осмотра, выемки в отношении адвоката.

Так, в постановлении судьи о разрешении производства обыска, осмотра и (или) выемки в отношении адвоката указываются данные, служащие основанием для производства указанных следственных действий, а также конкретные отыскиваемые объекты.

Это требование прямо следует и из содержания Постановления Конституционного Суда РФ от 17.12.2015 № 33-П.

Указанной нормой УПК РФ также установлен запрет на изъятие иных объектов, помимо указанных в постановлении судьи, а также на изъятие всего производства адвоката, на фотографирование, киносъемку, видеозапись и иную фиксацию материалов адвокатского производства, не указанных в постановлении судьи и не имеющих отношения к уголовному делу, по которому производится процессуальное действие.

Отдельно следует обратить внимание на проведение процессуальных действий в помещениях, не принадлежащих адвокатам, но используемых для адвокатской деятельности или являющихся местом проживания адвокатов. Независимо от этого обстоятельства, а также того, вынесено ли постановление судьи о разрешении производства процессуального действия в отношении адвоката или любого иного лица, следует руководствоваться позицией, сформулированной Конституционным Судом РФ в Определении от 08.11.2005 № 439-О: «...поскольку адвокатская тайна подлежит обеспечению и защите не только по уголовному делу, но и в связи с реализацией своих полномочий адвокатом, участвующим в качестве представителя в конституционном, гражданском и административном производстве, а также оказывающим гражданам и юридическим лицам консультативную помощь, федеральный законодатель ... был вправе осуществить соответствующее правовое регулирование не в отраслевом законодательстве, а в специальном законе, каковым является Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Учитывая, что названный Федеральный закон предусматривает охрану адвокатской тайны в случаях проведения обыска с целью обнаружения и изъятия материалов, которые могут содержать конфиденциальную информацию, положения Уголовно-процессуального кодекса РФ, являющиеся предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по настоящему делу, составляют с соответствующими положениями этого Федерального закона единство и подлежат применению во взаимосвязи с ним».

Таким образом, специальные гарантии, предусмотренные нормами ФЗ-63, действуют независимо от способа фиксации и места хранения (нахождения) сведений, составляющих адвокатскую тайну. Следовательно, если такие сведения в какой-либо форме имеются в том или ином помещении, не принадлежащем адвокату, они подлежат защите в силу их особого статуса, независимо от места или лица, у которого они находятся.

В силу пункта 3 статьи 8 ФЗ-63 проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката допускается только на основании судебного решения.

Разъясняя применение данной нормы, Конституционный Суд РФ указал: «Проведение в отношении адвокатов других следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий также допускается только на основании судебного решения в силу предписаний пункта 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Эта норма, устанавливая для защиты прав и законных интересов данной категории лиц дополнительные гарантии, обусловленные их особым статусом, пользуется приоритетом, как специально предназначенная для регулирования соответствующих отношений» (Определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О).

По этой причине любое изъятие документов, содержащих адвокатскую тайну, по общему правилу, требует предварительного судебного контроля даже в том случае, если производство самого процессуального действия этого не требует (например, при осмотре места происшествия до возбуждения уголовного дела – часть 3 статьи 450.1 УПК РФ).

Нарушение предусмотренных законом прав участников процессуального действия (права на подачу заявлений и замечаний, подлежащих занесению в протокол, на ознакомление с его содержанием, на удостоверение правильности изложенных в нем сведений своей подписью и т.д.) может повлечь недопустимость полученных в результате осмотра доказательств в силу части 3 статьи 7, статья 75 УПК РФ.

II. ОСМОТР

Согласно части 2 статьи 176 УПК РФ осмотр места происшествия, документов и предметов может быть произведен до возбуждения уголовного дела.

До возбуждения в отношении адвоката уголовного дела или привлечения его в качестве обвиняемого, если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления, и вынесения судьей постановления о разрешении производства следственного действия осмотр жилых и служебных помещений, используемых для осуществления адвокатской деятельности, может быть произведен только в случае, если в указанных помещениях обнаружены признаки совершения преступления. В таком случае осмотр места происшествия без участия члена совета адвокатской палаты субъекта РФ, на территории которого производится осмотр, или иного представителя, уполномоченного президентом этой Адвокатской палаты, допускается только при невозможности обеспечения его участия (часть 3 статьи 450.1 УПК РФ).

Осмотр не относится к поисковым действиям, его целью является изучение и фиксация обстановки либо состояния предметов (документов).

В отличие от обыска (части 11 и 12 статьи 182 УПК РФ), производство осмотра законодательно не обусловлено участием в нём лица, в помещении которого такой осмотр производится, а также его защитника или адвоката.

Однако закон не содержит и запрета участия в осмотре таких лиц, в том числе адвоката, и в случае такого участия они приобретают все процессуальные права участников соответствующего процессуального действия.

III. ОБЫСК И ВЫЕМКА

Обыск (статья 182 УПК РФ) относится к принудительным поисковым действиям. Выемка может быть добровольной или принудительной (статья 183 УПК РФ). Возможность проведения обыска и выемки до возбуждения уголовного дела законом не предусмотрена, поэтому попытки их фактического проведения под видом осмотра должны пресекаться участниками как незаконные.

Выемка представляет собой изъятие у лица, из учреждения, организации определенных предметов, документов, имеющих значение для уголовного дела. При этом их предварительный принудительный поиск не производится, поскольку известны объект изъятия и место его нахождения.

При обыске изъятию подлежат предметы, которые предположительно находятся в данном месте и у данного лица, и их необходимо отыскать.

Обыск производится при наличии достаточных данных полагать, что у лица, по месту его жительства или в офисе могут находиться орудия, оборудование или иные средства совершения преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела (статья 182 УПК РФ).

Как указано выше, процессуальным основанием для производства обыска (выемки) у адвоката является постановление суда о разрешении проведения конкретного следственного действия, в котором, помимо прочего, должно быть указано, какие конкретно объекты подлежат изъятию (их наименование, индивидуальные признаки), место их нахождения, а также место производства обыска или выемки. Последнее должно точно соответствовать месту фактического производства следственного действия, в противном случае такое следственное действие является незаконным и производиться не может.

Кроме того, несоблюдение описанных требований создает самостоятельные основания как для признания действий и решений следователя и суда незаконными, так и для последующего признания недопустимыми доказательств, полученных в результате этих следственных действий.

Правило части 5 статьи 165 УПК РФ о неотложных следственных действиях с последующим уведомлением следователем прокурора и суда в течение 72 часов неприменимо в отношении обысков, выемок и осмотров у адвокатов. Такие действия недопустимы в силу прямого указания в части 1 статьи 450.1 УПК РФ.

Обыск характеризуется самой высокой степенью ограничения прав и свобод человека и гражданина, а также профессиональных прав адвоката.

Нарушения, допускаемые при его производстве, являются одним из наиболее грубых способов воспрепятствования профессиональной деятельности адвоката.

Вместе с тем, более детальная законодательная регламентация обыска позволяет обоснованно обжаловать нарушения, допущенные при его производстве.

В качестве таких нарушений, например, могут быть квалифицированы:

а) отсутствие постановления судьи, разрешающего производство обыска в отношении адвоката (в том числе, отсутствие в постановлении суда указания на то, что обыск производится в отношении адвоката);

б) отсутствие в постановлении судьи конкретного обоснования производства обыска и конкретного указания объектов, подлежащих отысканию;

в) отсутствие в постановлении судьи указания на гарантии адвокатской тайны с указанием на предметы (документы), не подлежащие изъятию в силу этих гарантий;

г) производство обыска не тем лицом, которому оно поручено или разрешено;

д) изъятие электронных носителей (компьютер, ноутбук, карта памяти и т.д.) в нарушение части 9.1 статьи 182 УПК РФ без участия специалиста и их осмотра, а также без предоставления возможности копирования содержащейся на них информации в случаях, предусмотренных законом;

е) отсутствие в протоколе точного и полного перечисления изъятых предметов (документов) с указанием их количества, иных индивидуальных признаков и стоимости (в том числе, со ссылкой лишь на способ упаковки изъятых);

ж) неразъяснение понятым порядка производства обыска и их обязанностей, отсутствие понятых в каждом обыскиваемом помещении и непосредственно при обнаружении и изъятии предметов (документов).

IV. УПОЛНОМОЧЕННЫЙ ПРЕДСТАВИТЕЛЬ АДВОКАТСКОЙ ПАЛАТЫ

В соответствии с требованиями частей 1 и 3 статьи 450.1 УПК РФ, обязательным условием проведения осмотра, обыска, выемки в отношении адвоката является присутствие обеспечивающего неприкосновенность предметов и сведений, составляющих адвокатскую тайну, члена совета Адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, на территории которого производятся указанные следственные действия, или иного представителя, уполномоченного президентом этой адвокатской палаты.

Осмотр места происшествия в соответствии с частью 3 статьи 450.1 УПК РФ может быть произведен без участия члена совета адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, на территории которого производится осмотр, или иного представителя, уполномоченного президентом этой Адвокатской палаты, только при невозможности обеспечения его участия.

При этом такая невозможность должна быть достоверно установлена лицом, производящим осмотр, и отражена в протоколе осмотра с приведением конкретных фактических обстоятельств.

Уполномоченный представитель Адвокатской палаты, осуществляя возложенные на него полномочия, вправе:

а) ознакомиться с постановлением о возбуждении уголовного дела в отношении адвоката или постановлением о предъявлении обвинения адвокату, с судебным решением, которым разрешено производство соответствующего процессуального действия в отношении адвоката, с документом, подтверждающим полномочия лица, производящего процессуальное действие, а также получить либо самостоятельно изготовить копии этих документов;

б) идентифицировать всех участников процессуального действия, настаивать на удалении лиц, не включаемых в протокол в этом качестве;

в) присутствовать непосредственно в месте (местах) обнаружения, осмотра и изъятия предметов и документов, связанных с адвокатской тайной, предварительно (до упаковки и изъятия) просматривать такие предметы и документы и давать заключение о возможности их изъятия;

г) принимать все возможные меры к недопущению фотографирования, киносъемки, видеозаписи и иной фиксации материалов адвокатского производства, не указанных в постановлении судьи в качестве подлежащих отысканию и в силу этого не подлежащих осмотру и изъятию;

д) способствовать обеспечению сохранности информации, содержащейся на электронных носителях, принадлежащих адвокату;

е) в случае обнаружения нарушений неприкосновенности предметов и сведений, составляющих адвокатскую тайну, требовать их устранения и вносить соответствующие заявления и замечания в протокол процессуального действия;

ж) участвовать в обжаловании адвокатом или его защитником постановлений суда, действий (бездействия) и решений следователя в качестве уполномоченного представителя Адвокатской палаты (иного лица). При этом, поскольку уполномоченный представитель Адвокатской палаты является независимым наблюдателем, обеспечивающим в интересах адвокатского сообщества гарантию сохранения адвокатской тайны при проведении процессуальных действий, он не может совмещать этот статус с участием в том же уголовном деле в качестве защитника.

После окончания процессуального действия уполномоченный представитель Адвокатской палаты составляет письменный отчет о его ходе и результатах и представляет его Председателю Комиссии Совета Адвокатской палаты города Москвы по защите прав адвокатов или его заместителю с приложением копий полученных документов.

Комиссия Совета Адвокатской палаты города Москвы по защите прав адвокатов, по обращению адвоката или по инициативе уполномоченного представителя, может вынести заключение о нарушении профессиональных прав адвоката при производстве процессуального действия.

V. РЕКОМЕНДАЦИИ

На основании изложенного Комиссия считает необходимым дать адвокатам следующие дополнительные рекомендации о действиях при производстве обыска, осмотра и выемки в отношении адвокатов.

1. Обозначить служебные помещения адвокатов ясно видимыми соответствующими информационными таблицами (стендами). По возможности, ясно видимые надписи о наличии адвокатской тайны должны быть и на электронных носителях информации адвокатов и их документах в бумажной форме.

2. Систематически проводить инструктаж всех сотрудников адвокатских образований, родственников и иных лиц, проживающих совместно с адвокатом, о правилах поведения в случае проведения обыска, выемки, осмотра.

3. Привести адвокатские досье (производства по делам) в соответствие с Методическими рекомендациями по ведению адвокатского производства, утвержденными Советом ФПА РФ 28 сентября 2016 года (протокол № 5) с дополнениями от 28 сентября 2016 года (протокол № 7), и постоянно поддерживать это соответствие.

4. При прибытии сотрудников правоохранительных органов сообщить им о том, что в данном помещении работает (проживает, находится) адвокат, либо адвокат является собственником данного помещения, с предъявлением соответствующих документальных подтверждений (удостоверение адвоката, выписка из реестра адвокатских образований или реестра объектов недвижимости и т.п.).

5. В случае отсутствия представителя Адвокатской палаты при производстве осмотра, обыска, выемки:

– немедленно сообщить об этом в Палату по телефонам круглосуточного кол-центра – 8 495 909 85 94, доб. 550, в рабочее время по телефону приемной или по электронному адресу Палаты (info@advokatymoscow.ru), а также связаться с председателем Комиссии Совета Адвокатской палаты города Москвы по защите прав адвокатов или его заместителем (<https://www.advokatymoscow.ru/about/rights-protection/>);

– заявить ходатайство об отложении производства процессуального действия до прибытия уполномоченного представителя Адвокатской палаты;

– зафиксировать факт отсутствия уполномоченного представителя Адвокатской палаты в протоколе процессуального действия с

соответствующим письменным заявлением о недопустимости производства процессуального действия.

6. Заявить о желании воспользоваться правом на получение квалифицированной юридической помощи адвоката при производстве процессуального действия, сославшись на универсальный и не подлежащий каким бы то ни было ограничениям характер конституционной гарантии, предусмотренной статьей 48 Конституции РФ (в том числе, со ссылкой на Определение Конституционного Суда РФ от 14.01.2020 № 4-О).

Отказ в возможности пригласить адвоката зафиксировать в протоколе процессуального действия, а также внести в него замечания в том случае, если следователь не допустил адвоката, явившегося после начала производства процессуального действия.

7. Проверить наличие постановления суда, разрешающего проведение обыска, осмотра, выемки в отношении адвоката, и убедиться в соответствии его содержания всем требованиям закона, в том числе:

- в наличии указания на то, что уголовное дело возбуждено в отношении адвоката, либо ему предъявлено обвинение по делу, возбужденному в отношении иных лиц либо по факту совершения преступления;

- в правильности указания адреса, по которому разрешено производство процессуального действия;

- в наличии обоснования производства процессуального действия, а также указания на конкретные объекты, подлежащие отысканию и изъятию, и на объекты, осмотр и изъятие которых недопустимы.

При выявлении несоответствий содержания судебного решения этим требованиям сделать соответствующее письменное заявление с приведением конкретных обстоятельств, свидетельствующих о невозможности производства процессуального действия на основании такого судебного решения (со ссылками на статью 450.1 УПК РФ и Постановление Конституционного Суда РФ от 17.12.2015 № 33-П).

8. Поскольку нормы УПК РФ не содержат запрета на получение или самостоятельное изготовление адвокатом, в отношении которого производится соответствующее процессуальное действие, копии судебного постановления, равно как и иных процессуальных документов о ходе и результатах процессуального действия, предпринять все возможные действия по их получению (изготовлению), а в случае невозможности – переписать все необходимые реквизиты (данные об уголовном деле, должностных лицах, давших разрешение на производство процессуального действия, и производящих его, адрес, по которому разрешено его производство, предметы, подлежащие отысканию и изъятию и проч.).

9. Проверить полномочия лица, производящего процессуальное действие, и иных участвующих лиц, данные понятых, их адреса, а также потребовать внесения в протокол процессуального действия сведений обо всех лицах, фактически участвующих в нём.

10. Если процессуальное действие производится в ночное время, заявить ходатайство о разъяснении причин этого, выразить несогласие, внести замечания в протокол.

11. Попросить должностное лицо, производящее процессуальное действие, огласить перечень предметов и документов, подлежащих отысканию и изъятию, с целью решения вопроса о добровольной выдаче. При наличии оснований заявить о невозможности отыскания, осмотра и изъятия объектов, содержащих адвокатскую тайну, внести это заявление в протокол процессуального действия. В случае добровольной выдачи объектов заявить ходатайство об оформлении такой выдачи протоколом выемки.

12. Потребовать производства осмотра изымаемых электронных носителей, а также иных объектов уполномоченным представителем Адвокатской палаты. В случае неисполнения этого требования внести соответствующее заявление в протокол процессуального действия.

13. Зафиксировать в протоколе процессуального действия все нарушения, допущенные при его производстве, включая (но не ограничиваясь) неразъяснение прав всем присутствующим, а также присутствие лиц, не указанных в протоколе. Проверить перечень полноту и точность описания в протоколе изымаемых объектов, при необходимости внести письменные замечания.

14. Получить полную копию протокола процессуального действия с подписями всех участников.

15. При участии в процессуальном действии в порядке статьи 450.1 УПК РФ необходимо помнить:

- о невозможности его производства без предварительного судебного разрешения (в том числе, и под предлогом неотложности) в силу прямого законодательного запрета;

- о праве не давать какие-либо пояснения и не отвечать на вопросы должностного лица, производящего следственное действие;

- о праве обжалования как судебного постановления о разрешении производства процессуального действия, так и действий (бездействия) и решений следователя, связанных с его производством.

В случае несоответствия постановления суда о разрешении производства процессуального действия требованиям статьи 450.1 УПК

РФ настоятельно рекомендуется обжаловать его вплоть до Верховного Суда РФ.

16. При обжаловании следует известить об этом Комиссию Совета Адвокатской палаты города Москвы по защите прав адвокатов и согласовать участие её представителя в обжаловании с соответствующим указанием об этом в жалобе.

17. Если при производстве процессуального действия уполномоченный представитель Адвокатской палаты города Москвы отсутствовал, адвокату необходимо незамедлительно письменно сообщить в Комиссию Совета Адвокатской палаты города Москвы по защите прав адвокатов о произведённом процессуальном действии и совместно с представителями Комиссии убедиться, что заявка правоохранительными органами была подана, но обеспечить участие уполномоченного представителя не представилось возможным. В случае, если это требование не было соблюдено, обжаловать данное нарушение самостоятельно либо наряду с другими нарушениями.