

УДК 343.132
ГРНТИ 10.79.37

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА В ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И ГРАНИЦЫ ЕЁ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ

Ахпанов Арстан Нокешевич¹

Доктор юридических наук, профессор, профессор Astana International University;
г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: ahpanov_a@mail.ru; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3256-8875>; Researcher ID WOS: E-4528-2015; Scopus Author ID: 56766215300;

Хан Александр Леонидович

Кандидат юридических наук, доцент, профессор Академии «Bolashaq»;
г. Караганда, Республика Казахстан; e-mail: kaforp@mail.ru; ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-4422-927X>

Сулейменова Гульнар Жахановна

Кандидат юридических наук, профессор, профессор Caspian University, адвокат
Алматинской городской коллегии адвокатов; г. Алматы, Республика Казахстан;
e-mail: sgkz@ya.ru

Аннотация. Выверенный баланс между публичным и частным интересами способствует выстраиванию разумной модели уголовного судопроизводства. В её основе - принцип благоприятствования защите (*favor defensionis*), предполагающий заведомые преимущества и привилегии адвоката-защитника. УПК РК предусматривает систему подобных гарантий как в процессе доказывания, так и в сфере процессуального принуждения. В этой связи вопросы: о границах невмешательства органов уголовного преследования в деятельность адвоката-защитника, вся ли она подпадает под широко толкуемое понятие как адвокатская тайна? Вопросы рассматриваются сквозь призму одного из эффективных способов собирания доказательств – негласные следственные действия в отношении адвоката-защитника в контексте ч. 8 ст. 232 УПК РК. Между тем законодателем допущен необоснованный перенос гарантий неприкосновенности адвоката-защитника из сферы процессуального принуждения в область уголовно-процессуального доказывания. Согласно УПК РК, подобными гарантиями неприкосновенности (аналогично консульской) не обладает ни один участник процесса, даже наделённый конституционными привилегиями от уголовного преследования. Авторами сформулированы обоснованные рекомендации по сохранению и усилению уголовно-процессуальных гарантий при риске разглашения адвокатской тайны. Следует законодательно допустить проведение негласных следственных действий в отношении адвоката-защитника в исключительных случаях, лишь при подготовке и совершении им уголовного правонарушения. При этом органы уголовного преследования обязаны обосновать перед следственной судьёй основания проведения негласного следственного действия в отношении адвоката достаточными, достоверными и допустимыми доказательствами о его преступной деятельности. Материально-правовые основания для проведения негласных следственных действий в отношении адвоката целесообразно сузить до положения п. 1) ч. 4 ст. 232 УПК РК - по делам о преступлениях, санкция за совершение которых предусматривает наказание в виде лишения свободы свыше одного года. Обязательное условие санкционирования любого следственного действия в отношении адвоката-защитника – исключение или минимизация разглашения обстоятельств адвокатской тайны.

Ключевые слова: уголовный процесс, досудебное производство, статус адвоката-защитника, собирание доказательств, негласные следственные действия, пределы их производства в отношении адвоката-защитника, гарантии его неприкосновенности, адвокатская тайна.

¹ Автор для корреспонденции

ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСТІҢ СОТҚА ДЕЙІНГІ САТЫЛАРЫН- ДАҒЫ АДВОКАТ-ҚОРҒАУШЫНЫҢ ҚЫЗМЕТІ ЖӘНЕ ОНЫҢ ҚОЛ СҰҒЫЛМАУШЫЛЫҒЫ ШЕКАРАСЫ

Арыстан Нөкешұлы Ақпанов

Заң ғылымдарының докторы, профессор, Astana International University профессоры; Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: ahpanov_a@mail.ru; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3256-8875>; Researcher ID WOS: E-4528-2015; Scopus Author ID: 56766215300

Александр Леонидович Хан

Заң ғылымдарының кандидаты, доцент, «Болашақ» академиясының профессоры; Қарағанды қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: kaforp@mail.ru; ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-4422-927X>

Гульнар Жақанқызы Сулейменова

Заң ғылымдарының кандидаты, профессор, Caspian University профессоры, Алматы қалалық адвокаттар алқасының адвокаты; Алматы қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: sgkz@ya.ru

Аннотация. Қоғамдық және жеке мүдделер арасындағы тексерілген тепе-теңдік қылмыстық сот ісін жүргізудің ақылға қонымды моделін құруға ықпал етеді. Оның негізінде адвокат - қорғаушының белгілі артықшылықтары мен артықшылықтарын қамтитын қорғауды қолдау принципі (favor defensionis) бар. ҚР ҚІЖК дәлелдеу процесінде де, процесік мәжбүрлеу саласында да осындай кепілдіктер жүйесін көздейді. Осыған байланысты сұрақтар: адвокат-қорғаушының қызметіне қылмыстық қудалау органдарының араласпауының шекаралары туралы, оның барлығы адвокаттық құпия ретінде кеңінен түсіндірілетін тұжырымдамаға сәйкес келе ме? Сұрақтар дәлелдерді жинаудың тиімді тәсілдерінің бірі – ҚР ҚІЖК 232-бабының 8-бөлігі контекстінде қорғаушы-адвокатқа қатысты жасырын тергеу әрекеттері арқылы қаралады. Сонымен қатар, заң шығарушы адвокат-қорғаушының қол сұғылмаушылық кепілдіктерін процесік мәжбүрлеу саласынан Қылмыстық-процестік дәлелдеу саласына негізсіз ауыстыруға жол берді. ҚР ҚІЖК-нің мәліметінше, процесің бірде-бір қатысушысы, тіпті қылмыстық қудалаудан Конституциялық артықшылықтарға ие болмаса да, қол сұғылмаушылыққа (консулдыққа ұқсас) ұқсас кепілдіктерге ие емес. Авторлар адвокаттық құпияны жария ету тәуекелі кезінде қылмыстық іс жүргізу кепілдіктерін сақтау және күшейту жөнінде негізделген ұсынымдар тұжырымдады. Адвокат-қорғаушыға қатысты қылмыстық құқық бұзушылықты дайындау және жасау кезінде ғана айрықша жағдайларда жасырын тергеу әрекеттерін жүргізуге заң жүзінде жол беру керек. Бұл ретте қылмыстық қудалау органдары тергеу судьясының алдында адвокатқа қатысты жасырын тергеу әрекетін жүргізу негіздерін оның қылмыстық қызметі туралы жеткілікті, анық және жол берілетін дәлелдемелермен негіздеуге міндетті. Адвокатқа қатысты жасырын тергеу әрекеттерін жүргізудің материалдық-құқықтық негіздерін ҚР ҚІЖК 232-бабы 4-тармағының 1) тармақшасына дейін қысқартқан жөн-қылмыстар туралы істер бойынша, оларды жасағаны үшін санкциясы бір жылдан астам бас бостандығынан айыру түріндегі жазаны көздейді. Адвокат-қорғаушыға қатысты кез келген тергеу әрекетін санкциялаудың міндетті шарты – адвокаттық құпияның мән-жайларын жария етуді болдырмау немесе азайту.

Түйінді сөздер: қылмыстық процесс, сотқа дейінгі іс жүргізу, қорғаушының мәртебесі, дәлелдемелерді жинау, жасырын тергеу әрекеттері, қорғаушыға қатысты олардың жасалу шегі, оның иммунитетінің кепілдіктері, адвокат-клиенттің артықшылығы.

ACTIVITY OF A LAWYER-DEFENDER IN THE PRE-TRIAL STAGES OF THE CRIMINAL PROCEDURE AND BORDERS HER IMMUNITY

Akhpanov Arstan Nokeshevich

Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor of the Astana International University; Astana c., Republic of Kazakhstan; e-mail: ahpanov_a@mail.ru; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3256-8875>; Researcher ID WOS: E-4528-2015; Scopus Author ID: 56766215300

Khan Alexander Leonidovich

Candidate of Jurisprudence, Associate professor, Professor of the Academy «Bolashak»; Karaganda c., Republic of Kazakhstan; e-mail: kaforp@mail.ru; ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-4422-927X>

Suleimenova Gulnar Zhakhanovna

Candidate of Jurisprudence, Professor, Professor of the Caspian University, Lawyer of the Almaty City Bar Association; Almaty c., Republic of Kazakhstan; e-mail: sgkz@ya.ru

Abstract. *A balanced balance between public and private interests helps to build a reasonable model of criminal proceedings. It is based on the principle of favor defensionis, which presupposes the obvious advantages and privileges of a defense attorney. The CPC of the Republic of Kazakhstan provides for a system of such guarantees both in the evidentiary process and in the field of procedural coercion. In this regard, the questions are: about the limits of non-interference of criminal prosecution authorities in the activities of a defense lawyer, does it all fall under the widely interpreted concept of attorney-client privilege? The issues are considered through the prism of one of the most effective ways of collecting evidence – secret investigative actions against a defense lawyer in the context of Part 8 of Article 232 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan. Meanwhile, the legislator allowed the unjustified transfer of guarantees of the inviolability of a defense lawyer from the sphere of procedural coercion to the field of criminal procedural evidence. According to the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan, no participant in the process has such guarantees of inviolability (similar to consular), even those endowed with constitutional privileges from criminal prosecution. The authors have formulated well-founded recommendations on preserving and strengthening criminal procedural guarantees at the risk of disclosure of attorney-client privilege. It is necessary to legislatively allow secret investigative actions against a defense lawyer in exceptional cases, only when preparing and committing a criminal offense. At the same time, the criminal prosecution authorities are required to substantiate before the investigating judge the grounds for conducting a secret investigative action against a lawyer with sufficient, reliable and acceptable evidence about his criminal activities. It is advisable to narrow down the material and legal grounds for conducting secret investigative actions against a lawyer to the provisions of paragraph 1) of Part 4 of Article 232 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan in cases of crimes sanctioned by imprisonment for more than one year. A prerequisite for authorizing any investigative action against a defense attorney is the exclusion or minimization of disclosure of the circumstances of attorney-client privilege.*

Keywords: *criminal process, pre-trial proceedings, status of the defense lawyer, collection of evidence, covert investigative actions, the limits of their production in relation to the defense lawyer, guarantees of his immunity, attorney-client privilege.*

DOI: 10.52026/2788-5291_2025_80_1_123

Введение

Анализ проводимого реформирования уголовного судопроизводства в Республике Казахстан, позволяет прийти к выводу о том, что одной из ключевых проблем, по-

ставленных Президентом РК [1], выступает поиск баланса приоритетов между противоборствующими сторонами, т. е. разрешение вопроса о соотношении частного и публичного интересов в уголовном процессе, на

что всегда справедливо указывал известный русский процессуалист И.Я. Фойницкий. [2, с.192]. И именно сторона защиты, в лице адвокатов, создает барьер, который не позволяет публичной власти преступить грань дозволенного законом и превратить правосудие в травлю обвиняемого, [3, с.3] виновность которого может установить только суд в поставленном им судебном приговоре (ч. 1 ст. 19 Уголовно-процессуального кодекса РК от 4 июля 2014 года – далее УПК).

При этом роль судебной ошибки при оправдании виновного (чему возможно способствует деятельность адвоката-защитника), ни в коей мере не умаляет значения законных усилий адвоката, поскольку осуждение невиновного - это уже преступление. [4, с.55] Указанный постулат обуславливает необходимость соблюдения принципа благоприятствования защите (*favor defensionis*) [5; с.3-5, с.15] при конструировании уголовно-процессуального законодательства, предусматривающего определённые процессуальные преимущества и привилегии для адвоката-защитника, как противовес обвинительной публичной власти органов уголовного преследования и судебной власти.

К ним можно отнести:

- обязательность участия адвоката (ст. 67 УПК) и право на защиту от предъявленного обвинения (ст.ст. 27; пп. 3, 6 ч. 9 ст. 64 УПК);
- обязательность предоставления времени для выработки и согласования линии защиты с подзащитным (ч. 3 ст. 67; п. 5 ч. 9 ст. 64; ч. 3 ст. 196 УПК);
- обязательность участия в проводимом досудебном расследовании и заблаговременном уведомлении о проведении следственных (и иных процессуальных) действий в отношении подзащитного (ч. 2 ст. 70 УПК);
- возможность урегулирования расхождения правовых позиций с органом уголовного преследования посредством обращения к следственной судье (ч. 3 ст. 70 УПК);
- возможность непредставления органу уголовного преследования значимого для защиты доказательства на момент ознакомления с материалами дела (ч. 4 ст. 296 УПК) и т.д.

Но наиболее существенными среди привилегий адвоката, на наш взгляд, выступают следующие:

- запрет на производство допроса адво-

ката об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с выполнением своих обязанностей (ч. 2 ст. 78 УПК);

-запрет на отстранение адвоката от участия в досудебном расследовании (ст. 67 УПК), а также его удаления из судебного заседания и наложения на него денежного взыскания (ч. 1 ст. 346 УПК);

-запрет на проведение негласных следственных действий (далее – НСД) в отношении адвоката, за исключением случаев, когда имеются основания полагать, что ими готовится или совершено тяжкое, или особо тяжкое преступление (ч. 8 ст. 232 УПК).

Материалы и методы

Исследованию вопроса о границах неприкосновенности адвоката-защитника в стадии досудебного расследования сопутствовали классические методы научного познания в праве: структурно-функциональный анализ и синтез, дедукция и индукция, аналогия и обратная сила закона, сравнительно-правовое исследование, что позволило выявить сущность, предназначение и пределы процессуальных гарантий его неприкосновенности при собирании доказательств органами уголовного преследования. Авторы опирались на нормативные и теоретические источники уголовного процесса, материалы национальной и зарубежной правоприменительной практики, личный многолетний опыт адвокатской и следственной практики.

Результаты и их обсуждение

Безусловно, адвокатская деятельность является важной гарантией обеспечения равноправия сторон в уголовном процессе, но возникает закономерный вопрос: каковы границы невмешательства в деятельность адвоката и вся ли эта деятельность охватывается таким ёмким понятием, как адвокатская тайна?² Полагаем, что для разрешения указанной проблемы необходимо рассмотреть её в плоскости правомерности проведения НСД в отношении адвокатов, как способа получения информации без уведомления лица, в отношении которого они проводятся (п. 12 ст. 7 УПК).

Как показала следственная и судебная практика, НСД - один из эффективных способов собирания доказательств в условиях

² Председателем РКА выражена весьма неоднозначная, небесспорная позиция, абсолютизирующая неприкосновенность адвоката-защитника (под эгидой адвокатской тайны и независимости адвокатов) при собирании доказательств в случаях совершения им уголовного правонарушения // Конституционный Суд не должен принимать обращение, угрожающее независимости адвокатов. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <https://advokatura.kz/ru/news/rka-konstitucionnyj-sud-ne-dolzen-prinimat-obrasenie-ugrozaussee-nezavisimosti-advokatov> (дата обращения: 19.12.2024).

противодействия неочевидным, законспирированным и организованным формам преступной деятельности. Поэтому, исходя из публично-правовых интересов государства раскрытия подобного рода преступлений, изобличения виновных и привлечения их к уголовной ответственности (ч. 1 ст. 8 УПК), закон допускает проведение НСД в отношении всех лиц, а применительно к отдельным категориям – в ограниченных пределах и в особом порядке.

В уголовном процессе НСД признаются легальным ограничением конституционного права граждан на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны при совокупности следующих условий (гарантий):

1. начало досудебного расследования после регистрации повода к нему в Едином реестре досудебных расследований;

2. квалификация содеянного для всех, кроме адвокатов, как уголовное правонарушение, за совершение которого УК РК предусмотрено наказание свыше одного года лишения свободы (п. 1 ч. 4 ст. 232 УПК);

3. квалификация содеянного исключительно для адвокатов как тяжкого и особо тяжкого преступления;

4. подозреваемый, обвиняемый и иные лица, подпадающие под производство НСД, могут располагать сведениями об уголовном правонарушении (мотивированность, обоснованность и достоверность основания о проведении НСД);

5. достаточные основания полагать, что в результате НСД будут получены сведения, имеющие значение для дела;

6. санкция следственного судьи для производства НСД, предусмотренных пунктами 1) – 6) статьи 231 УПК;

7. проверка и оценка процессуальным прокурором достоверности информации, предоставленной в ходе санкционирования следственным судьёй негласного следственного действия.

Однако, поскольку применение НСД допускает скрытое вторжение органов уголовного преследования в сферу адвокатской тайны, главной целью сужения сферы проведения НСД в отношении адвоката является недопустимость или минимизация разглашения обстоятельств уголовного дела, которые стали известны ему в связи с выполнением своих обязанностей (адвокатская тайна). Объясняется это тем, что адвокатская тайна принадлежит не только адвокату, а прежде - его доверителю. Её составляют: факт его обращения к адвокату; сведения о содержании устных

и письменных переговоров с доверителем, а также с другими лицами - касательно информации, сообщенной доверителем; информация о характере, содержании и результатах, предпринимаемых в интересах доверителя действий; тактика и стратегия линии защиты, а также иная информация, касающаяся оказания юридической помощи (ч. 1 ст. 37 Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» от 5 июля 2018 года № 176-VI ЗРК).

Возложенная на адвоката данным законом обязанность хранения адвокатской тайны не ограничена во времени. Поэтому адвокаты обязаны принимать необходимые меры для сохранения адвокатской тайны, в том числе и её защиты от несанкционированного доступа. За разглашение адвокатской тайны без согласия доверителя адвокат может быть привлечен к ответственности.

Адвокатская тайна не может считаться абсолютной категорией, гарантирующей полную неприкосновенность адвоката от уголовного преследования и применения мер уголовно-процессуального принуждения. В то же время следует иметь в виду, что адвокатская тайна не включает информацию и сведения о готовящемся или совершенном уголовном правонарушении самого адвоката и в соучастии его доверителя. В этой связи противоправная деятельность адвоката и его соучастника-доверителя не поставлена законом под защиту института адвокатской тайны.

Принимая во внимание задачи уголовного процесса по раскрытию уголовных правонарушений, изобличению и привлечению к уголовной ответственности лиц, их совершивших, учитывая государственную политику Казахстана по внедрению инструментов искусственного интеллекта, в том числе в уголовное судопроизводство, в перспективе будет расширен доступ органов уголовного преследования в рамках оперативно-розыскной деятельности и негласных следственных действий к информации в публичном пространстве. При этом важно обеспечить соблюдение таких гарантий как защита персональных данных, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, адвокатская тайна и иные виды охраняемых законом тайн.

Вместе с тем правовая природа подобного рода ограничений в области уголовно-процессуального доказывания исключительно для адвокатов противоречит положениям Конституции РК, пункт 1 статьи 14 которой гласит, что «Все равны перед законом

и судом». Основным законом страны установлен строго очерченный круг субъектов, к которым относятся лица, обладающие привилегиями от уголовного преследования. Ими являются Президент РК, Генеральный прокурор РК, судьи Конституционного Суда РК, депутаты Парламента РК, судьи, Уполномоченный по правам человека.

Привилегии (по аналогии с гарантиями консульской неприкосновенности) защищают их в уголовном процессе от применения мер пресечения и иных процессуального принуждения, кроме случаев задержания на месте преступления или совершения тяжких преступлений. В частности, установленный запрет на осуществление привода разрешает только добровольное, по своему усмотрению, непосредственное участие в следственных и иных процессуальных действиях.

Между тем опосредованное проведение в отношении указанных лиц следственных действий (осмотр места происшествия, обыск, выемка), в том числе негласных, законом не запрещено. Тогда как ограничение в сфере уголовно-процессуального доказывания в зависимости от тяжести преступления предусмотрено только для адвокатов. Ни для судей, ни для прокуроров подобной гарантии УПК РК не содержит. Для последних такого рода гарантии относятся к сфере применения к ним в особом порядке мер уголовно-процессуального принуждения. Но в области уголовно-процессуального доказывания действуют общие для всех предписания закона. Для сравнения, согласно ч. 4 ст. 12 Закона РК «Об оперативно-розыскной деятельности» от 15 сентября 1994 года специальные оперативно-розыскные мероприятия (аналог НСД) проводятся, в том числе и в отношении адвокатов, для выявления, предупреждения и пресечения тяжких и особо тяжких преступлений, а также предусмотренных определённым перечнем статей УК РК преступлений средней тяжести.

Суть приведённого предписания при НСД для адвокатов, как мы уже упоминали выше, базируется на принципе благоприятствования защите (*favor defensionis*), как деятельности, противостоящей публично-правовой власти, препятствующей трансформации правосудия в произвольное преследование обвиняемого, подсудимого. Этим положением формально обусловлен и запрет на проведение НСД в отношении

адвокатов, поскольку в противном случае нормы об адвокатской тайне (ч. 5 ст. 70 УПК) и исключения указанного субъекта из числа лиц, подлежащих обязательному допросу (п. 3 ч. 2 ст. 78 УПК), превратятся в фикцию, не имеющую под собой соответствующих уголовно-процессуальных гарантий.

В то же время следует иметь в виду, что закон распространяет данные гарантии лишь на законную деятельность адвоката-защитника в рамках возложенных на него полномочий по уголовному делу. В других ситуациях действуют положения ч. 1 ст. 21 УПК о равенстве всех перед законом, следовательно, НСД, как и иные способы доказывания, могут применяться к нему на общих основаниях, без условий подготовки либо совершения тяжкого или особо тяжкого преступления. Помимо этого, если адвокат совершает или подготавливается к совершению уголовного правонарушения, то обеспечивающие легитимность адвокатской деятельности гарантии на него не распространяются, т. к. он выступает здесь как обычный субъект правонарушения, для установления которого социальный статус лица безразличен. В этой связи решение о проведении НСД в отношении адвоката должно расцениваться как законное при ограничении только санкцией соответствующей нормы УК РК (п. 1 ч. 4 ст. 232 УПК).

Подобный подход полностью соответствует общепризнанным стандартам правосудия, закреплённым в соответствующих международно-правовых документах, на основе которых в отношении адвоката в законодательстве зарубежных государств сформулированы аналогичные подходы к ограничению в проведении в отношении указанного участника каких-либо следственных действий, в том числе негласных.

Международные стандарты и принципы неприкосновенности адвоката и его защиты от вмешательства со стороны органов уголовного преследования:

- Согласно **Основным Положениям о роли адвокатов**, принятым ООН в августе 1990 года, адвокаты должны пользоваться защитой от произвольного вмешательства со стороны государства в их профессиональную деятельность. Пункт 20 этих принципов гласит, что адвокаты не должны подвергаться преследованию за законное выполнение своих профессиональных обязанностей³.

³ Основные Положения о роли адвокатов // Приняты ООН в августе 1990 года <https://normativ.kontur.ru/document?moduleId=1&documentId=175940> (дата обращения: 19.12.2024)

- Судебные разбирательства в Европейском суде по правам человека (далее - ЕСПЧ) неоднократно касались вопросов конфиденциальности общения адвокатов с клиентами и проведения следственных действий в отношении адвокатов. Например, в деле *Michaud v. France* (2012) ЕСПЧ подчеркнул, что вмешательство в профессиональную деятельность адвокатов должно быть минимально возможным и соответствовать стандартам пропорциональности, иначе это может нарушать статьи 6 и 8 Конвенции. ЕСПЧ также указал на необходимость особой защиты адвокатской тайны и предотвращения злоупотреблений со стороны правоохранительных органов.⁴

Аналогичные подходы восприняты и ведущими странами как континентальной, так и англосаксонской моделей уголовного судопроизводства. К примеру, в США адвокатский иммунитет от следственных действий также ограничен. Следственные органы могут получить доступ к адвокатским документам и данным только при наличии веских доказательств преступной деятельности со стороны самого адвоката, однако конфиденциальная информация, относящаяся к клиентам, защищена *attorney-client privilege*. Дело *Zolin v. United States* (1989) демонстрирует, что в случаях, когда адвоката подозревают в преступной деятельности, суды могут разрешать расследование при условии минимизации риска утечки адвокатской тайны.⁵

Ст. 450.1 УПК Российской Федерации определены особенности производства обыска, осмотра и выемки в отношении адвоката. Указанные следственные действия (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) проводятся только после 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, на основании обоснованного и мотивированного постановления судьи о разрешении производства обыска, осмотра и (или) выемки и в присутствии обеспечивающего неприкосновенность предметов и сведений, составляющих адвокатскую тайну, представителя соответствующей адвокатской палаты. Осмотр жилых и служебных помещений, используемых для осуществления адвокатской деятельности, в случаях, не терпящих отлагательства, может быть произведен при обнаружении признаков совершения преступления без участия представителя соответствующей адвокатской палаты. В ходе обыска, осмотра и (или) выемки в жилых и служебных помещениях, используемых для осуществления адвокатской деятельности, запрещается изъятие всего производства адвоката по делам его доверителей, а также фотографирование, киносъемка, видеозапись и иная фиксация материалов указанного производства.⁶

Согласно п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ (аналогичная норма – п. 3 ч. 2 ст. 78 УПК РК) недопустимы в качестве доказательств показания защитника об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с осуществлением защиты. Между тем п. 3 Определения Конституционного суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-0 было установлено, что эта норма «не исключает его [адвоката] право дать соответствующие показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений».⁷

Указанная правовая позиция нашла свое подтверждение и в п. 5 Постановления Конституционного суда РФ от 29 июня 2004 г. № 2 13-П. Тем самым, Конституционный суд РФ также придерживается точки зрения, согласно которой нормы, нацеленные на защиту интересов обвиняемого, не могут служить основанием для признания недопустимыми выгодных ему доказательств.⁸

УПК ФРГ. § 97 (1). Выемке не подлежат

⁴ Европейский суд по правам человека: дело *Michaud v. France* (2012) // <https://base.garant.ru/70418764/> (дата обращения: 19.12.2024).

⁵ Дело *Zolin v. United States* (1989) // <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep491/usrep491554/usrep491554.pdf> (дата обращения: 19.12.2024).

⁶ УПК Российской Федерации от 18.12.2001 г. N 174-ФЗ (ред. от 23.11.2024). [Электронный ресурс]. - Режим доступа: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/ (дата обращения: 19.12.2024).

⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 N 108-О «По жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Вазгевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_42271/ (дата обращения: 19.12.2024).

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 N 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с

также предметы, на которые распространяется право на отказ от дачи показаний адвокатов, если они находятся в фактическом владении указанной в данном положении консультации. Ограничения выемки не действуют, если на основании определённых фактов существует подозрение, что лицо, имеющее право на отказ от дачи показаний, является участником преступного деяния или укрывательства), воспрепятствования наказанию или скупки краденого, или если речь идёт о предметах, которые были созданы в процессе или в результате преступного деяния или были использованы, или предназначены для совершения преступного деяния или приобретены посредством преступного деяния.

Если обвиняемый является представителем профессии, члены которых имеют право на отказ от дачи показаний согласно §§ 53, 53a (например, адвокатом), выемка предметов у него допускается, однако эти предметы могут использоваться в процессе только против него самого, но не против его клиентов. Предметы, находящиеся у обвиняемого, не подлежат выемке только в случаях, предусмотренных в § 148 (переписка с защитником).

§ 100a. [Контроль телекоммуникации]

(4) Если существуют фактические основания для предположения, что вследствие применения меры согласно абзацу 1 будет получена исключительно информация, относящаяся к внутренней сфере частной жизни, применение меры недопустимо. Использование информации о внутренней сфере частной жизни, полученной вследствие применения меры согласно абзацу 1, недопустимо. Соответствующие записи должны быть незамедлительно уничтожены. Факт получения и уничтожения должен быть внесён в материалы дела.

§ 100с. [Меры, применяемые без ведома лиц, которых они касаются]

(1) Разговоры, которые ведутся в жилище непублично, могут прослушиваться и записываться при помощи технических средств, если:

1. существует подозрение, основанное на конкретных фактах, в том, что определённое лицо совершило особо тяжкие преступные деяния, указанные в абзаце 2, в качестве ис-

полнителя или участника, или покушение на такое преступное деяние, если покушение является уголовно наказуемым,

2. преступное деяние является особо тяжким также в конкретном случае и

3. на основании конкретных фактов существует предположение, что при помощи применяемых мер будут зафиксированы высказывания обвиняемого, имеющие значение для расследования фактических обстоятельств дела или установления места нахождения другого обвиняемого в том же уголовном производстве, и

4. исследование обстоятельств дела или установление местопребывания лица, обвиняемого в том же процессе, иным способом было бы несоразмерно усложнено или не имело бы шансов на успех.

(5) Прослушивание и запись должны быть незамедлительно прерваны, если в процессе прослушивания появляются основания предполагать, что будут зафиксированы высказывания, которые относятся к внутренней сфере частной жизни. Записи таких высказываний должны быть незамедлительно уничтожены. Использование информации о таких высказываниях недопустимо. Факт получения информации и её уничтожения должен быть внесён в материалы дела.⁹

Приведенные примеры наглядно демонстрируют действие принципа благоприятствования защите посредством ограниченного вмешательства в деятельность адвоката лишь в случаях крайней необходимости и только в строго установленных законом процедурах.

Между тем в отечественной практике судопроизводства вопрос о границах вмешательства в адвокатскую деятельность при наличии информации о его возможной (предполагаемой) преступной деятельности, не связанной и не вытекающей из возложенных на него законом обязанностей по осуществлению защиты по конкретному уголовному делу, и проведению, в связи с этим, негласных следственных действий, достаточно актуален и подлежит тщательному теоретическому обоснованию (толкованию).

В качестве примера можно рассмотреть обращение осуждённого гр-на А. и его представителя адвоката Ы.А.¹⁰ о рассмотрении

запросом группы депутатов Государственной Думы». - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48286/ (дата обращения: 19.12.2024).

⁹ Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <https://publishup.uni-potsdam.de/frontdoor/index/index/docId/6039> (дата обращения: 19.12.2024).

¹⁰ Впоследствии указанное обращение до его рассмотрения Конституционным Судом РК было отозвано, однако проблема остаётся неразрешённой.

на соответствие Конституции Республики Казахстан части восьмой статьи 232 УПК РК и абзаца шестого пункта 7 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11 декабря 2020 года № 5 «О санкционировании негласных следственных действий» (далее – НП ВС), которая 23 сентября 2024 года была принята к производству Конституционным Судом РК. По мнению субъектов обращения, положения части восьмой статьи 232 УПК и абзаца шестого пункта 7 НП ВС в ситуации, когда орган уголовного преследования проводит негласные следственные действия на основании изначально зарегистрированного тяжкого преступления в последующем переквалифицированного на преступление средней тяжести, противоречат пунктам 1, 2 статьи 18 Конституции и в нормативном единстве нарушают ряд ее статей (13, 14, 39, 75, 76). В обращении указывалось, что после рассекречивания НСД подозрение – подготовка тяжкого преступления, ставшее основанием для его производства, не нашло своего подтверждения ввиду переквалификации прокурором деяния на преступление средней тяжести. В то время как результаты данного НСД не признаны недопустимыми доказательствами.

Анализируя указанную ситуацию, полагаем, что вопрос о наличии или отсутствии материально-правовых и уголовно-процессуальных оснований для принятия решения о санкционировании НСД рассматривался следственным судьёй по представленным органами уголовного преследования материалам уголовного дела в соответствии с предписаниями закона. Согласно статье 5 УПК РК о действии уголовно-процессуального закона во времени уголовное судопроизводство осуществляется в соответствии с уголовно-процессуальным законом, введенным в действие к моменту выполнения процессуального действия, принятия процессуального решения. Кроме того, допустимость доказательств определяется в соответствии с законом, действовавшим в момент их получения.

Однако авторы обращения без достаточных оснований и аргументов оценили, как не соответствующие Конституции РК (без приведения ее норм), вышеприведённые идентичные положения части восьмой статьи 232 УПК РК и абзаца 6 пункта 7 нормативного постановления Верховного Суда РК от 11 декабря 2020 года №5 «О санкционировании негласных следственных действий». Полагаем, что квалификация уголовного

правонарушения имеет значение лишь на момент принятия решения о производстве НСД. Поэтому последующее изменение квалификации деяния на закон о менее тяжком преступлении не должно влиять на оценку законности проведенного НСД.

Помимо этого, следует учитывать, что «обоснованность подозрения» для следственной судьи, как оценочное понятие, означает запрет вторжения в компетенцию органов досудебного расследования (ст. 56 УПК) и следственный судья не вправе подвергать сомнению правильность квалификации деяния органом уголовного преследования. Судья проверяет лишь законность (соблюдение чч. 1, 8 ст. 232 УПК и др. норм УПК) и обоснованность основания для проведения того или иного НСД (наличие в уголовном деле фактических данных и доказательств, их достоверность и достаточность для выдвижения в отношении лица подозрения и квалификации деяния). Указанное положение обусловлено диспозицией ст. 5 УПК РК о действии уголовно-процессуального закона во времени: уголовное судопроизводство осуществляется в соответствии с уголовно-процессуальным законом, введённым в действие к моменту выполнения процессуального действия, принятия процессуального решения. Кроме того, данная норма устанавливает, что допустимость доказательств определяется в соответствии с законом, действовавшим в момент их получения. Нельзя игнорировать и тот факт, что суд, на момент санкционирования НСД рассматривал лишь материалы первичного подозрения в совершении тяжкого преступления, ограничиваясь лишь уголовно-процессуальными средствами. Поэтому без проведения НСД, вопрос об окончательной квалификации деяния мог бы и не соответствовать последующему решению прокурора. Из этого следует, что приведенное выше обращение осужденного и его представителя в Верховный суд РК о признании недопустимыми результатов НСД, в корне противоречит принципу всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела (ст. 24 УПК РК) и задачам, стоящим перед защитой.

В данной и подобных уголовно-процессуальных ситуациях речь идёт о неприменимости обратной силы норм УПК РК. Объясняя такое положение, проф. И.Я. Фойницкий имел в виду, что процессуальная норма, в отличие от нормы материальной, никогда не имеет обратной силы. Обратная сила уголовного закона означает, что все ранее воз-

никшие правоотношения переделываются под новые требования. В процессуальных отраслях это может обернуться параличом правоприменения, т.к. равнозначно повороту процесса, т.е. проведению его заново, с самого начала, что чаще всего практически невозможно (отменяя прежнюю норму и постановляя вместо нее новую, государство тем самым вынуждено признать прежний порядок уголовного судопроизводства несостоятельным, как не обеспечивающим интересы правосудия). [6, с.58].

Безусловно, оппоненты могут возразить, ссылаясь на конституционный принцип о неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны, содержащий систему гарантий защиты прав и свобод человека, в том числе и включающие правовые запреты на собирание и распространение конфиденциальной информации о лице без его согласия.

В соответствии с действующим законодательством, гарантии неприкосновенности сферы частной жизни, личной и семейной тайны включают: а) недопустимость произвольного вмешательства в частную жизнь; б) собирание конфиденциальной информации о лице без его согласия исключительно в случаях, прямо предусмотренных законом; в) предоставление человеку права в соответствии с законом на ознакомление с полученной о нем информацией; г) предоставление человеку права на истребование, уничтожение и опровержение конфиденциальной или недостоверной информации о нем; д) руководство принципом добросовестности человека; е) эффективность действующего механизма юридической защиты тайны и неприкосновенности частной жизни лица; ж) возмещение морального вреда, причиненного незаконным вмешательством в сферу частной жизни и использованием конфиденциальной информации; з) доступ к правосудию при нарушении неприкосновенности частной жизни.

Не допускается кем бы то ни было любое вторжение в сферу частной, личной и семейной жизни человека: - визуальное наблюдение любым способом извне за находящимися в помещении лицами (в жилище, служебных кабинетах, офисах и т.п.); - техническое документирование (видеозапись, фотографирование и т.п.) деяний этих лиц; - фиксация поведения лица без его согласия; - прослушивание разговоров граждан наедине.

Перечисленные действия признаются незаконными безусловно, а полученная при этом информация не допускается к исполь-

зованию в качестве доказательств по уголовному делу. Исключение из данного принципа составляют только случаи, предусмотренные законом РК «Об оперативно-розыскной деятельности» от 15 сентября 1994 года, а также регламентированные главой 30 УПК РК «Негласные следственные действия».

Согласно п. 3 ст. 18 Конституции РК участники процесса имеют право на ознакомление с затрагивающими их частную жизнь, личную и семейную тайну процессуальными документами, решениями и источниками информации (ст. ст. 201 ч. 1, 295, 296 УПК). Несоблюдение данного принципа влечет уголовную ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни и персональных данных (ст. 147 УК РК), тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст. 148 УК РК).

Конституционные нормы и международные стандарты об уважении и защите чести и достоинства личности конкретизированы ст. 13 УПК. В целях, не связанных с интересами и задачами уголовного процесса, закон категорически запрещает:

- совершать, в том числе при проведении НСД, действия, унижающие и умаляющие достоинство участника уголовного процесса;
- совершать действия, унижающие честь и умаляющие достоинство участника уголовного процесса (например, ст. 112 ч. 1 УПК признает недопустимыми при собирании доказательств пытки, насилие, угрозы, обман, иные незаконные действия и жестокое обращение, исключаяющие для лица возможность контролировать своё сознание);
- собирать, использовать и распространять сведения о частной жизни, а равно сведения личного характера, которые лицо считает необходимым сохранить в тайне (например, вторжение в частную жизнь граждан допускается с санкции следственного судьи или суда, при наличии законных оснований и веских, достаточных доказательств).

В результате можно констатировать, что в оспариваемой ситуации по обращению осуждённого гр-на А. и его представителя адвоката Ы. А. конституционный принцип неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны не нарушался.

Заключение

Таким образом, проведенный нами правовой анализ действующих норм закона и практики их применения, а также изучение национальной и иностранной научной лите-

ратуры, дает возможность обобщить и сформулировать следующие рекомендации по сохранению и усилению уголовно-процессуальных гарантий в случаях, когда имеется риск разглашения адвокатской тайны:

1) допустимость особого порядка лишения неприкосновенности адвокатов, по аналогии с обладающими привилегиями от уголовного преследования лицами и исключительно при применении к ним мер уголовно-процессуального принуждения, не распространяя его на их деятельность в области уголовно-процессуального доказывания;

2) проведение негласного следственного действия в отношении адвоката в исключительных случаях, лишь при подготовке и совершении им уголовного правонарушения (основания возможно детализировать в завершающем абзаце п. 7 нормативного постановления Верховного Суда РК от 11 декабря 2020 года № 5 «О санкционировании негласных следственных действий»);

3) материально-правовые основания для проведения негласных следственных действий в отношении адвоката целесообразно сузить до положения п. 1) ч. 4 ст. 232 УПК РК - по делам о преступлениях, санкция за совершение которых предусматривает наказание в виде лишения свободы свыше одного года

4) рассмотреть вопрос о постановке на утрату части восьмой статьи 232 УПК РК и абзаца 6 пункта 7 нормативного постановления Верховного Суда РК от 11 декабря 2020 года № 5 «О санкционировании негласных

следственных действий» для приведения статуса адвоката в соответствие с п. 1 ст. 14 Конституции РК;

5) обоснование органами уголовного преследования перед следственным судьёй основания проведения того или иного негласного следственного действия в отношении адвоката достаточными, достоверными и допустимыми доказательствами о преступной деятельности адвоката;

6) обязательное условие санкционирования следственного действия в отношении адвоката – исключение или минимизация разглашения обстоятельств адвокатской тайны;

7) ст. 70 УПК РК дополнить нормой, что при собирании доказательств против адвоката органы расследования принимают меры к неразглашению обстоятельств адвокатской тайны, в т.ч. с применением правил ст. 29 и ст. 201 УПК РК;

8) следственные действия в отношении адвоката (следственный осмотр, обыск, выемка) могут проводиться только в присутствии представителя коллегии адвокатов, обеспечивающего неприкосновенность предметов и сведений, составляющих адвокатскую тайну, как и ознакомление с раскритикованными результатами НСД до их использования по уголовному делу.

Указанные рекомендации, на наш взгляд, в дальнейшем можно использовать в законодательной деятельности в целях оптимизации отечественного уголовного судопроизводства.

Вклад авторов

Ахпанов А.Н. – аннотация, изучение библиографических источников, изучение и анализ нормативных актов, результаты и обсуждение, заключение

Хан А.Л. – введение, методология, обработка статданных, изучение и анализ нормативных актов, изучение библиографических источников

Сулейменова Г.Ж. – изучение и анализ адвокатской практики, изучение и анализ нормативных актов, оформление литературы, транслитерация или инфо об авторах

Данная статья опубликована за счёт проекта BR24992826 «Инновационные подходы обеспечения доступности правосудия населению Республики Казахстан, с использованием инструментов искусственного интеллекта» (источник финансирования — Комитет науки Министерства науки и высшего образования Республики Казахстан)

ЛИТЕРАТУРА

1. *Послание Главы государства Касым-Жомарта Токаева народу Казахстана «Экономический курс Справедливого Казахстана» — Официальный сайт Президента Республики Казахстан // [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <https://www.akorda.kz/ru/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-tokaeva-narodu-kazahstana-ekonomicheskij-kurs-spravedlivogo-kazahstana-18588> (дата обращения: 19.12.2024).*

2. *Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Том 1. Изд. четвертое. - Санкт-Петербург: Типография т-ва «Общественная польза», 1912. – 567 с.*

3. Фойницкий И.Я. Защита в уголовном процессе как служение общественное / По изданию 1885 г. // Allpravo.Ru, 2004. – 64 с.
4. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Том 2. Изд. третье, пересм. и доп. - Санкт-Петербург: Сенатская типография, 1910. – 573 с.
5. Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*: Пособие для уголовной защиты. - Санкт-Петербург, 1911. – 230 с.; Михеенкова М.А. Благоприятствование защите (*favor defensionis*) и его проявление в современном уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / М.А. Михеенкова - Москва, 2012. – 279 с.
6. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. - Том 1. - Санкт-Петербург, 1996. – 607 с.

REFERENCES

1. Poslanie Glavy gosudarstva Kasym-Zhomarta Tokaeva narodu Kazahstana «Jekonomicheskij kurs Spravedlivogo Kazahstana» — Oficial'nyj sajt Prezidenta Respubliki Kazahstan // [Jelektronnyj resurs]. - Rezhim dostupa: <https://www.akorda.kz/ru/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-tokaeva-narodu-kazahstana-ekonomicheskij-kurs-spravedlivogo-kazahstana-18588> (data obrashhenija: 19.12.2024)
2. Fojnickij I.Ja. Kurs ugolovnogogo sudoproizvodstva. Tom 1. Izd. chetyjortoe. - Sankt-Peterburg: Tipografija t-va «Obshhestvennaja pol'za», 1912. – 567 s.
3. Fojnickij I.Ja. Zashhita v ugolovnom processe kak sluzhenie obshhestvennoe / Po izdaniju 1885 g. // Allpravo.Ru, 2004. – 64 s.
4. Fojnickij I.Ja. Kurs ugolovnogogo sudoproizvodstva. Tom 2. Izd. tret'e, peresm. i dop.. - Sankt-Peterburg: Senatskaja tipografija, 1910. – 573 s.
5. Vladimirov L.E. *Advocatus miles*: Posobie dlja ugolovnoj zashhity. - Sankt-Peterburg, 1911. – 230 s.; Miheenkova M.A. Blagoprijatstvovanie zashhite (*favor defensionis*) i ego projavlenie v sovremennom ugolovnom processe: dis. ... kand. jurid. nauk: 12.00.09 / M.A. Miheenkova - Moskva, 2012. – 279 s.
6. Fojnickij I.Ja. Kurs ugolovnogogo sudoproizvodstva. Tom 1. - Sankt-Peterburg, 1996. – 607 s.

