

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОГО СОДЕЙСТВИЯ АДВОКАТОВ ОРГАНАМ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ЮРИДИЧЕСКАЯ КОЛЛИЗИЯ И ПУТИ ЕЕ РАЗРЕШЕНИЯ

Софронов Дмитрий Николаевич

Советник президента Союза Торгово-промышленная палата Вологодской области (Вологда),
ORCID: 0000-0002-1676-5863, e-mail: sdn_35@mail.ru.

На основании анализа противоречий между ст. 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», п. 5 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и п. 3.1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката констатируется отсутствие общепризнанного правила и способа разрешения имеющейся между ними юридической коллизии. По итогам рассмотрения представленных в статье аргументов делается вывод, что изменение ситуации возможно только путем устранения коллизии в рамках правотворческой деятельности, предполагающей внесение ясности в позицию законодателя по вопросу о допустимости конфиденциального содействия адвокатам органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, конфиденциальное содействие, адвокат, юридическая коллизия

Для цитирования: Софронов Д. Н. Правовое регулирование конфиденциального содействия адвокатам органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность: юридическая коллизия и пути ее разрешения // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2023. № 3. С. 42–52. DOI: https://doi.org/10.34076/22196838_2023_3_42.

LEGAL REGULATION OF CONFIDENTIAL ASSISTANCE OF LAWYERS TO BODIES CARRYING OUT OPERATIVE-RESEARCH ACTIVITY: LEGAL COLLISION AND WAYS TO RESOLVE IT

Sofronov Dmitrii

Adviser to the president, Union Chamber of Commerce and Industry of the Vologda Region
(Vologda), ORCID: 0000-0002-1676-5863, e-mail: sdn_35@mail.ru.

Based on the analysis of the contradictions between Art. 17 of the Federal Law «On Operative-Research Activity», paragraph 5 of Art. 6 of the Federal Law «On Advocacy and the Bar in the Russian Federation» and clause 3.1 of Art. 9 of the Lawyer's Code of Professional Ethics states that there is no generally recognized rule and method for resolving the legal collision between them. Based on the results of consideration of the arguments presented in the article, it is concluded that a change in the situation is possible only by eliminating conflicts in the framework of lawmaking activities, which involves clarifying the position of the legislator on the issue of the permissibility of confidential assistance of lawyers to bodies carrying out operative-research activity.

Key words: operative-research activity, confidential assistance, lawyer, legal collision

*For citation: Sofronov D. (2023) Legal regulation of confidential assistance of lawyers to bodies carrying out operative-research activity: legal collision and ways to resolve it. In *Elektronnoe prilozhenie k «Rossiiskomu yuridicheskomu zhurnaluu»*, no. 3, pp. 42–52. DOI: https://doi.org/10.34076/22196838_2023_3_42.*

Российское законодательство, регулирующее конфиденциальное содействие адвокатов органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность (далее – ОРД),

характеризуется коллизией и конкуренцией правовых норм, регламентирующих соответствующие правоотношения между указанными субъектами. При этом до настоящего времени общепринятого способа преодоления противоречий между ст. 17 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 28 июня 2022 г.) «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ «Об ОРД»), п. 5 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (в ред. от 10 ноября 2022 г.) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об адвокатуре») и п. 3.1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката¹ (далее – КПЭА) не выработано.

Как отметил Ю. П. Гармаев, случаи нарушения запрета, установленного п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», «со стороны адвокатов по нашим данным встречаются не так часто, но все-таки имеют место и носят латентный характер, в том числе в силу специфики оперативно-розыскной деятельности»². По мнению В. А. Гусева, несмотря на абсолютный запрет «на какое-либо негласное взаимодействие адвоката и должностных лиц оперативных подразделений», юридическая практика свидетельствует об участии лиц со статусом адвоката в проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий³. Имеющиеся в открытом доступе материалы по указанной тематике позволяют констатировать, что данная проблема все чаще становится предметом рассмотрения компетентных инстанций адвокатского сообщества в рамках дисциплинарных производств⁴.

В юридической литературе представлены примеры, в которых нашли отражение затруднения при оценке полномочными инстанциями правомерности действий, связанных с участием адвокатов в ОРД⁵. Следует согласиться с мнением В. А. Гусева, который отметил, что «полемика о правомерности и этичности» участия адвокатов в проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий «длится не один год и завершения ее в ближайшем будущем не предвидится»⁶.

Объективной и убедительной представляется позиция, изложенная в обзоре дисциплинарной практики, подготовленном в 2015 г. Адвокатской палатой г. Москвы, в котором констатируется, что адвокатам приходится действовать в условиях «наличия правовой неопределенности»⁷, продиктованной следующими факторами: очевидными противоречиями между положениями Закона «Об ОРД», Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодексом профессиональной этики адвоката; явными и устойчивыми противоречиями между буквальным (грамматическим) толкованием анализируемого положения Закона об адвокатуре и его судебным (ограничительным) толкованием; отсутствием единых подходов и дисциплинарной практики в работе органов адвокатского самоуправления⁸.

В силу изложенного проблема выбора способов преодоления указанных противоречий остается актуальной. Практическое значение ее разрешения заключается в определении модели должного поведения, которой следует придерживаться участникам правоприменительной деятельности, осуществляемой в условиях сохраняющейся коллизии правовых норм, регламентирующих границы установленных запретов и дозволений в сфере рассматриваемых правоотношений. С точки зрения правовой теории данная тематика интересна в связи с использованием знаний

¹ Кодекс профессиональной этики адвоката (принят I Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.) (в ред. от 15 апреля 2021 г.).

² Гармаев Ю. П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. Иркутск: ИПКПР ГП РФ, 2005. С. 259–260.

³ Гусев В. А. Участие адвоката в проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий // Законодательство и практика. 2020. № 1. С. 14.

⁴ Обзор дисциплинарной практики // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2015. Вып. № 2. С. 27–63; решение Совета Адвокатской палаты г. Москвы по дисциплинарному производству, возбужденному по жалобам адвоката П. от 6 февраля 2020 г. и от 1 октября 2020 г. // Адвокатская палата г. Москвы: офиц. сайт. URL: https://www.advokatymoscow.ru/upload/resheniya-soveta-ap-moskvy/2021.03.19_2.pdf (дата обращения: 25.12.2022).

⁵ Мельниченко Р. Г. Спор о понятии «негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность» // Адвокат. 2013. № 7. С. 5–8; Гусев В. А. Указ. соч. С. 14–19.

⁶ Гусев В. А. Указ. соч. С. 14.

⁷ Обзор дисциплинарной практики // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2015. Вып. № 2. С. 27.

⁸ Там же. С. 51–55.

о достоинствах и недостатках существующего механизма правового регулирования конфиденциального содействия адвокатов органам, осуществляющим ОРД, при формировании концепции совершенствования нормативных правовых актов, регламентирующих указанную сферу общественных отношений.

В настоящей работе предметом анализа являются правовые нормы, регулирующие конфиденциальные правоотношения между указанными субъектами. Цель исследования состоит в оценке эффективности применяемых в теории и практической деятельности правил и способов разрешения юридической коллизии для определения правомерности установления соответствующих отношений в рамках российского законодательства.

Различные аспекты проблемы противоречивости нормативных предписаний, регламентирующих конфиденциальное содействие адвокатов органам, осуществляющим ОРД, затрагивались В. А. Гусевым, Р. Г. Мельниченко, В. Ф. Луговиком и А. Л. Осипенко, А. И. Тамбовцевым и Н. В. Павличенко¹. Вместе с тем в их работах не нашла отражения позиция авторов по проблеме преодоления коллизии рассматриваемых правовых норм, а также способов ее разрешения (устранения).

Сопоставление формулировок ч. 3 ст. 17 ФЗ «Об ОРД», п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и п. 3.1 ст. 9 КПЭА позволяет констатировать наличие между ними отличий, которые определяются границами установленных указанными правовыми предписаниями ограничений. Если в ч. 3 ст. 17 ФЗ «Об ОРД» предусмотрен запрет на использование конфиденциального содействия адвокатов на контрактной основе, то в п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» закреплено требование, предписывающее абсолютный запрет на конфиденциальное сотрудничество адвокатов с органами, осуществляющими ОРД. В свою очередь, пределы ограничений, установленных п. 3.1 ст. 9 КПЭА, очерчены исключительно сферой адвокатской деятельности.

Соответственно, исходя из смысла ч. 1 и ч. 3 ст. 17 ФЗ «Об ОРД» органы, осуществляющие ОРД, и лица, наделенные статусом адвоката, вправе вступать в конфиденциальные правоотношения на бесконтрактной основе. Однако в силу запрета, установленного п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», адвокат не может реализовать предоставленное ч. 1 ст. 17 ФЗ «Об ОРД» право на участие в борьбе с преступностью посредством оказания конфиденциального содействия компетентным органам. Наконец, предписание, закрепленное в п. 3.1 ст. 9 КПЭА, не исключает конфиденциального содействия адвокатов органам, осуществляющим ОРД, если оказываемая помощь не связана с профессиональной (адвокатской) деятельностью.

Из этого следует, что между ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» имеет место юридическая коллизия, между ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 3.1 ст. 9 КПЭА, а также между п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и п. 3.1 ст. 9 КПЭА – конкуренция правовых норм.

Наиболее простым и очевидным объяснением сложившейся ситуации является признание наличия факта нарушения законодательной техники при принятии рассматриваемых правовых актов. Трудно представить, что законодатель сознательно принял решение о допустимости подобного противоречия правовых норм, руководствуясь интересами сторон, по сути взаимоисключающими. Тем не менее до настоящего времени не существует официальных комментариев к ФЗ «Об ОРД» и ФЗ «Об адвокатуре», в установленном порядке не предпринималось попыток устранить имеющиеся между указанными правовыми нормами противоречия. Как следствие, с момента принятия ФЗ «Об адвокатуре» и КПЭА правоприменители осуществляют свою деятельность в условиях допущенной законодателем «непоследовательности в правовом регулировании» рассматриваемой сферы общественных отношений². В свою очередь, это не исключает ошибочного выбора по своему усмотрению правового предписания, которым следует руководствоваться в конкретной ситуации, и, соответственно, модели своего поведения в условиях неоднозначности критериев оценки его правомерности. Дополнительным фактором, затрудняющим данный вы-

¹ Мельниченко Р. Г. Указ. соч. С. 5–8; Гусев В. А. Указ. соч. С. 14–19; Луговик В. Ф., Осипенко А. Л. О сотрудничестве адвоката с оперативно-розыскными органами // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2020. № 4. С. 83; Тамбовцев А. И., Павличенко Н. В. Запрет на содействие оперативно-розыскным органам адвокатов: анахронизм или реальная необходимость // Труды Академии управления МВД России. 2022. № 3. С. 137–144.

² Луговик В. Ф., Осипенко А. Л. Указ. соч. С. 83.

бор, является отличие критериев, определяющих границы ограничений в виде запрета, установленных в указанных правовых предписаниях: в ч. 3 ст. 17 ФЗ «Об ОРД» в качестве такового выступает форма закрепления правоотношений конфиденциального содействия (наличие или отсутствие контракта), в п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» – «любые жизненные ситуации»¹, в п. 3.1 ст. 9 КПЭА – условия оказания содействия (в ходе или вне рамок осуществления профессиональной деятельности).

Отсутствие единства позиции адвокатских палат при квалификации рассматриваемых в рамках дисциплинарных производств случаев оказания адвокатами содействия органам, осуществляющим ОРД, побудило президента Федеральной палаты адвокатов РФ (далее – ФПА РФ) направить в Комиссию ФПА РФ по этике и стандартам (далее – Комиссия) запрос от 16 сентября 2015 г. о предоставлении разъяснений по вопросам применения п. 3.1 ст. 9 КПЭА, которые, в свою очередь, были подготовлены и утверждены решением Совета ФПА РФ от 28 января 2016 г. (далее – Разъяснение²).

Наличие расхождений «в законодательной регламентации взаимоотношений оперативно-розыскных служб и адвокатов» и «отсутствие единства в доктринальном и судебном толковании норм закона» Комиссия не считает «непреодолимыми препятствиями для выработки оптимальных правил поведения адвокатов в такого рода сложных ситуациях»³. В Разъяснении определено, что «адвокат вправе разово содействовать (сотрудничать) в ОРД на бесконтрактной основе» при условии, что «без участия самого адвоката в ОРД защитить интересы доверителя не представляется возможным». Кроме того, подчеркнуто, что «участие в ОРД для адвоката может быть мотивировано при оказании юридической помощи только защитой интересов доверителя», а за ее пределами – противостоянием угрозам «совершения преступных действий в отношении самого адвоката и его близких родственников». При этом допустимость вступления в соответствующие правоотношения Комиссия увязала с присутствием следующих критериев: наличие реальной угрозы причинения вреда своему доверителю; обязательность обсуждения с доверителем мер по «ее ликвидации помимо обращения в правоохранительные органы, в частности, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность»; сообщение доверителю «о запретах для адвоката сотрудничества с органами, осуществляющими ОРД, установленных Законом и Кодексом». Сделан акцент на том, что «если без ОРД эффективно противостоять преступным действиям нельзя, [адвокат обязан] постараться обеспечить участие в оперативно-розыскных мероприятиях других лиц, в частности, самого доверителя».

А. Иванов видит значение Разъяснения в том, что оно определило алгоритм «действия адвоката в подобной сложной этической ситуации взаимодействия с органами ОРД»⁴. Как представляется, Разъяснение, призванное сформулировать стандарты поведения адвокатов при применении п. 3.1 ст. 9 КПЭА, в действительности не вносит ясности в рассматриваемую проблематику. Комиссия в подготовленном Разъяснении не оперирует выработанными в юридической теории и практике правилами и способами преодоления коллидирующих и конкурирующих правовых норм с выводами о приоритете какой-либо из них, которой и следует руководствоваться правоприменителю. Предложенная модель поведения адвокатов противоречит требованиям, закрепленным непосредственно в п. 3.1 ст. 9 КПЭА. Комиссия дозволяет содействие, продиктованное защитой интересов доверителя, в то время как КПЭА запрещает сотрудничество с компетентными органами именно при осуществлении адвокатом профессиональной деятельности. Кроме того, Разъяснение, допускающее содействие в целях противостояния угрозам «совершения преступных действий в отношении самого адвоката и его близких родственников», расширяет пределы запрета, установленного в п. 3.1 ст. 9 КПЭА, не распространяющего свое действие на правоотношения сотрудничества, оказываемого адвокатом вне рамок адвокатской деятельности.

¹ Об участии адвоката в ОРД (Разъяснение Комиссии ФПА по этике и стандартам по вопросам применения п. 3.1 ст. 9 КПЭА, утв. решением Совета ФПА 28 января 2016 г.) // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. 2016. № 1.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Иванов А. Об участии адвоката в ОРД. Понятия «адвокатура» и «тайный сыск» несовместимы // Адвокатская газета. 2018. 13 июля. URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-uchastii-advokata-v-orm/> (дата обращения: 01.12.2022).

Более того, на основании собственного усмотрения при трактовке границ дозволений и запретов, установленных п. 3.1 ст. 9 КПЭА, Комиссией по этике и стандартам ФПА РФ, наделенной ч. 1 и п. 2 ч. 5 ст. 18.2 КПЭА правом давать разъяснения по вопросам применения КПЭА и разрабатывать стандарты оказания квалифицированной юридической помощи и других стандартов адвокатской профессии, обязательные для исполнения всеми адвокатскими палатами и адвокатами, в Разъяснении представлена модель поведения адвокатов, предусматривающая допустимость совершения действий, противоречащих п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и ст. 17 ФЗ «Об ОРД».

С учетом изложенного, значение Разъяснения состоит лишь в том, что оно позволяет адвокатам и квалификационным комиссиям адвокатских коллегий апеллировать к его выводам в случае возникновения в правоприменительной деятельности спорных ситуаций, подобных рассматриваемым. Фактически оно призвано минимизировать разногласия по этому вопросу внутри самого адвокатского сообщества, определив по собственному усмотрению Комиссии критерии пределов допустимого в действиях адвокатов. Однако принятие Разъяснения фактически ничего не изменило в сфере правового регулирования правоотношений конфиденциального содействия адвокатов органам, осуществляющим ОРД. Неслучайно Н. Гаспарян отмечает, что, «как показала судебная практика, Разъяснения Комиссии по этике и стандартам оказалось недостаточно для того, чтобы урегулировать многообразие всех возникающих на практике ситуаций»¹.

Полагаем, что рассматриваемое Разъяснение априори не могло избежать противоречивости, так как согласно ст. 8.2 КПЭА и ч. 1 ст. 37.1 ФЗ «Об адвокатуре» Комиссия по этике и стандартам является коллегиальным органом ФПА РФ, дающим разъяснения по вопросам применения КПЭА, но не правовых норм, закрепленных в федеральных законах. В условиях противоречия подходов законодателя к определению границ дозволений и ограничений, представленных в коллидирующих и конкурирующих между собой ст. 17 ФЗ «Об ОРД», п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и п. 3.1 ст. 9 КПЭА, выработать в пределах полномочий Комиссии оптимальную модель поведения адвокатов путем разъяснения только предписания КПЭА не представляется возможным.

Принимая изложенное во внимание, полагаем обоснованной постановку В. Ф. Луговиком и А. Л. Осипенко вопроса о границах действия КПЭА. По мнению указанных авторов, согласие с тем, что нормы КПЭА должны «обеспечиваться принуждением и распространяться на иные профессиональные группы», влечет признание за адвокатским сообществом права выступать законодателем и придание силы закона «нравственным нормам и профессиональной морали»².

Согласно ч. 1 ст. 3 КПЭА действие КПЭА распространяется только на адвокатов. Однако положения, закрепленные в п. 3.1 ст. 9 КПЭА, являющегося корпоративным актом, устанавливая требования, следование которым представителями адвокатского сообщества препятствует возможности применения органами, осуществляющими ОРД, полномочий, предоставленных им ст. 17 ФЗ «Об ОРД». При этом необходимо учитывать, что обязанность лица, имеющего статус адвоката, исполнять предписания КПЭА закреплена в п. 2 ст. 4 и п. 4 ст. 7 ФЗ «Об адвокатуре». Нарушение адвокатом норм КПЭА, как и неисполнение или ненадлежащее исполнение решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции, согласно пп. 2 и 3 ч. 2 ст. 17 ФЗ «Об адвокатуре» являются основаниями для прекращения статуса адвоката.

Данная проблема требует более глубокого и детального анализа, выходящего за рамки настоящей работы. Применительно к предмету исследования статьи следует констатировать, что до тех пор, пока законодатель не изменит своей позиции по рассматриваемой проблематике, правоприменитель обязан руководствоваться предписаниями действующих правовых актов. В связи с этим необходимо акцентировать внимание на том, что полномочия Комиссии по этике и стандартам, на момент принятия Разъяснения регламентировавшиеся ст. 18.2 КПЭА, внесенной в Кодекс профессиональной этики адвоката на VII Всероссийском съезде адвокатов 22 апреля 2015 г., получили законодательное закрепление в ст. 37.1 ФЗ «Об адвокатуре», введенной на

¹ Гаспарян Н. Об участии адвоката в ОРМ. Отказ в возбуждении дела в отношении адвоката – участника ОРМ – не означает отсутствия в его действиях нарушения КПЭА // Адвокатская газета. URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-uchastii-advokata-v-orm-21-09-2018/> (дата обращения: 07.12.2022).

² Луговик В. Ф., Осипенко А. Л. Указ. соч. С. 83.

основании п. 14 ст. 2 Федерального закона от 2 мая 2016 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в статьи 5.39 и 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон „Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации“». Это подтвердило легитимность полномочий указанной инстанции адвокатского сообщества и придало дополнительный импульс императива подготовленным ею стандартам и разъяснениям. В силу изложенного Комиссия при формулировании Разъяснения формально действовала в рамках своей компетенции. Остается открытым вопрос о том, не вышла ли она за пределы своих полномочий, предложив модель поведения адвоката, полноценное применение которой на практике затруднительно ввиду ее несоответствия требованиям двух федеральных законов.

Таким образом, в настоящее время имеет место ситуация, когда правоприменитель при решении вопроса об установлении правоотношений конфиденциального содействия между адвокатом и органами, осуществляющими ОРД, должен учитывать требования, закрепленные не только в п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», ст. 17 ФЗ «Об ОРД», п. 3.1 ст. 9 КПЭА, но и в Разъяснении.

Поскольку подход, использованный Комиссией для выработки правил поведения адвокатов в указанных условиях, не является ни оптимальным, ни эффективным, представляет интерес теоретическое осмысление практического применения и ответственности в рассматриваемой ситуации правового механизма преодоления и разрешения юридической коллизии.

Как уже отмечено, п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и п. 3.1 ст. 9 КПЭА конкурируют между собой. Указанные правовые акты имеют разную юридическую силу. Более того, в п. 1 ч. 2 КПЭА акцентировано внимание на том, что Кодекс лишь «дополняет правила, установленные законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре». При этом в ч. 2 ст. 2 КПЭА установлено, что «никакое положение настоящего Кодекса не должно толковаться как предписывающее или допускающее совершение деяний, противоречащих требованиям законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре».

Исходя из положений ч. 1 ст. 37.1 ФЗ «Об адвокатуре» и ч. 1 ст. 18.2 КПЭА Разъяснение представляет собой разработанный Комиссией по этике и стандартам ФПА РФ стандарт адвокатской деятельности, дающий разъяснение по вопросам применения КПЭА. По сути, Разъяснение является корпоративным актом, призванным упорядочить систему организации деятельности адвокатского сообщества.

Согласно ч. 5 ст. 76 Конституции РФ «в случае противоречия между федеральным законом и иным актом, изданным в Российской Федерации, действует федеральный закон». Как следствие, адвокат в правоприменительной деятельности при необходимости совершения действий, регулируемых рассматриваемыми правовыми актами, должен руководствоваться п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре».

Наиболее затруднительно определить способ преодоления (разрешения) коллизии между ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре». В том и другом случаях регулируются общественные отношения, связанные с конфиденциальным содействием физических лиц органам, осуществляющим ОРД. Отличие рассматриваемых правовых норм состоит в определении круга субъектов, на которых распространяется действие соответствующих правовых предписаний.

Дозволения, предусмотренные ч. 1 ст. 17 ФЗ «Об ОРД», и ограничения, закрепленные в ч. 3 ст. 17 указанного законодательного акта, регламентируют полномочия компетентных органов на привлечение в установленном порядке физических лиц к конфиденциальному содействию, а также наделяют физических лиц правом на вступление в рассматриваемые правоотношения. Установленные при этом законодателем ограничения касаются лишь формы закрепления правоотношений конфиденциального содействия между органами, осуществляющими ОРД, и отдельными категориями лиц, в том числе имеющими статус адвоката.

В п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» закреплен абсолютный запрет на оказание адвокатами конфиденциального содействия органам, осуществляющим ОРД. Данная правовая норма не отменяет действие ст. 17 ФЗ «Об ОРД». В п. 2 определения Конституционного Суда РФ от 29 мая 2018 г. № 1397-О «Об отказе в принятии к рассмотрению

жалобы гражданина Белоуса Виталия Александровича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 17 Федерального закона „Об оперативно-розыскной деятельности“» констатируется, что «оспариваемая норма ограничивает использование содействия лиц, имеющих статус адвоката, органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, исключая возможность заключения с ними контракта, но не запрещает использовать их содействие для подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий на бесконтрактной основе». По мнению В. А. Гусева, указанное определение КС РФ поставило «окончательную точку» в споре о допустимости негласного взаимодействия адвоката с органами ОРД¹. Н. Гаспарян полагает, что «КС стер процессуальные отличия между адвокатами и частными лицами в вопросах проведения оперативно-розыскных мероприятий, обойдя существующие законодательные запреты и допустив содействие адвоката на бесконтрактной основе»². В свою очередь, А. Гривцов акцентирует внимание на том, что «о возможности или невозможности участия адвокатов в оперативно-розыскных мероприятиях КС в данном случае... не высказался»³. А. Иванов также полагает, что КС РФ ограничился лишь констатацией факта, что ФЗ «Об ОРД» «не запрещает использование содействия лиц, имеющих статус адвоката, для подготовки и проведения ОРМ на бесконтрактной основе»⁴. При этом КС «за эти рамки не выходил», противоречия между ФЗ «Об ОРД», п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и КПЭА не рассматривал⁵.

Вместе с тем в условиях действия п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», прямо не регламентирующей правомочия органов, осуществляющих ОРД, фактически имеет место опосредованное сужение границы их правовых возможностей. Безусловное выполнение лицами, обладающими статусом адвоката, требований указанной правовой нормы приводит к декларативности положений ст. 17 ФЗ «Об ОРД» в части, касающейся правомочий органов, осуществляющих ОРД, по привлечению к конфиденциальному содействию адвокатов без заключения контракта в силу невозможности их реализации.

Таким образом, действие п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» не исключает вероятность привлечения лиц, имеющих статус адвоката, к конфиденциальному содействию компетентным органам на бесконтрактной основе, что допускается ст. 17 ФЗ «Об ОРД». Однако установление подобных правоотношений возможно исключительно при условии нарушения адвокатом п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре». Органы, осуществляющие ОРД, при привлечении лиц указанной категории к конфиденциальному содействию, действуют на законных основаниях, в то время как адвокат – противозаконно. Как следствие, в каждом конкретном случае действительность ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» зависит от выбора, сделанного адвокатом по собственному усмотрению. При этом в случае огласки факта конфиденциального содействия адвоката органам, осуществляющим ОРД, ст. 17 ФЗ «Об ОРД» не является основанием для отказа в привлечении лица указанной категории к ответственности, предусмотренной ФЗ «Об адвокатуре» и КПЭА.

Полагаем, что сделать подобный выбор правильно, опираясь на подходы к разрешению (преодолению) коллизий, крайне затруднительно. Выработанные к настоящему времени в юридической теории и в рамках судебной практики правила и способы преодоления юридических коллизий не позволили сформулировать общепризнанный алгоритм законных действий правоприменителей в рассматриваемых условиях. Противоречия между ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» имеют признаки не только коллизии правовых норм законодательных актов равной юридической силы, но и межотраслевой коллизии.

По мнению М. А. Заниной, «в научной литературе... используется словосочетание „межотраслевые коллизии“, под которыми имеются в виду коллизии норм од-

¹ Гусев В. А. Указ. соч. С. 16.

² Гаспарян Н. Указ. соч.

³ Кузнецов Г. О допустимости участия адвоката в ОРМ. Эксперты «АГ» высказались о ситуации, когда адвокат был вынужден участвовать в ОРМ в интересах своего подзащитного // Адвокатская газета. 2018. 4 июля. URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/o-dopustimosti-uchastiya-advokata-v-orm/> (дата обращения: 25.12.2022).

⁴ Иванов А. Указ. соч.

⁵ Там же.

ной отраслевой природы, закрепленные в актах разных отраслей законодательства»¹. М. А. Занина, А. В. Демин и Ю. А. Тихомиров полагают, что при наличии коллизии норм одной отраслевой природы, закрепленных в актах разных отраслей законодательства, следует руководствоваться правилом отраслевого приоритета, т. е. актом, специально предназначенным для регулирования соответствующих отношений². Как следствие, опираясь на принцип «специальный закон отменяет действие общего», при выборе модели поведения в условиях рассматриваемой коллизии следует руководствоваться п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре».

Вместе с тем О. Н. Халак указывает на то, что предложенный в теории права способ разрешения юридических коллизий норм права равной юридической силы, предполагающий применение правила отраслевого приоритета, применительно к общественным отношениям, носящим межотраслевой характер, использован быть не может, поскольку подобное приведет к нарушению прав, свобод и законных интересов граждан³. В связи с этим, используя в качестве базового критерия приоритет правовых норм, нацеленных на обеспечение «реализации закрепленных в Конституции Российской Федерации основ конституционного строя, прав и свобод человека и гражданина»⁴, следует констатировать, что правоприменителю надлежит соблюдать предписания, закрепленные в ст. 17 ФЗ «Об ОРД», предоставляющей физическому лицу возможность реализовать право на участие в борьбе с преступностью посредством оказания помощи соответствующим компетентным органам в рамках конфиденциального содействия.

И. П. Кожокарь отмечает, что при коллидировании норм права будут действовать нормы права той отрасли, к предмету которой относится вопрос⁵. При этом, по мнению указанного автора, в силу отсутствия в отечественном законодательстве четких критериев разграничения правоотношений, регулируемых различными отраслями права, так называемые межотраслевые принципы разрешения коллизий не могут разрешить непосредственно сами межотраслевые коллизии⁶.

А. Я. Курбатов полагает, что коллизии между нормами различных отраслей права разрешаются по общим правилам⁷. Однако, анализируя позиции М. Беляевой⁸ и А. Я. Курбатовой⁹, М. А. Занина показала, что даже при отсутствии признаков межотраслевой коллизии при наличии противоречий между общей и специальной правовыми нормами в юридической доктрине выработаны разные подходы: одни правоведы предлагают разрешать данные коллизии, руководствуясь темпоральным правилом, другие – правилом приоритета специальной нормы¹⁰.

Из этого следует, что многообразие подходов к использованию правил преодоления юридической коллизии не позволяет выработать общепризнанную модель действий правоприменителей в условиях наличия противоречий между ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре». Как отметил А. А. Петров, в литературе разграничивают две формы (вида) разрешения коллизий: субъективное, ситуационное и одномоментное преодоление коллизии и объективное, окончательное ее устранение¹¹.

¹ Занина М. А. Проблемы разрешения коллизий норм права равной юридической силы в современном российском праве // Законодательство и экономика. 2010. № 4. С. 22.

² Занина М. А. Указ. соч. С. 21–26; Демин А. В. О конкуренции норм в гражданском и финансовом законодательстве // Право и экономика. 1998. № 9. С. 31; Его же. Налоговая ответственность: проблема отраслевой идентификации // Хозяйство и право (приложение). 2000. № 6; Тихомиров Ю. А. Коллизионное право: учеб. и науч.-практ. пособие. М.: Юринформцентр, 2000.

³ Халак О. Н. Пути разрешения юридических коллизий, возникающих в процессе правоприменения из-за противоречивости определений понятия «место жительства» в российском праве // Российский академический журнал. 2011. № 1. Т. 15. С. 35.

⁴ Халак О. Н. Юридические коллизии в правовом регулировании статуса бездомных после освобождения из мест лишения свободы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2012. С. 11.

⁵ Кожокарь И. П. Коллизии правовых норм как изъян системы российского права // Юридическая наука. 2019. № 4. С. 20.

⁶ Там же.

⁷ Курбатов А. Я. Порядок разрешения коллизий в российском праве. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Беляева М. Коллизии правовых норм: теория и практика // Регистрация и лицензирование. 2005. № 12. С. 23–32.

⁹ Курбатов А. Я. Разрешение коллизий в праве // Арбитражная практика. 2002. № 11. С. 23–32.

¹⁰ Занина М. А. Указ. соч. С. 21–26.

¹¹ Петров А. А. Стратегии преодоления коллизий в праве: понятие, виды, эффективность // Юридическая техника. 2017. № 11. С. 262.

В силу отсутствия общепринятого правила разрешения рассматриваемой коллизии и неоднозначности доктринальных подходов к определению наиболее приемлемого способа ее преодоления любой сделанный правоприменителем выбор является субъективным, основанным исключительно на собственном усмотрении, и не гарантирует не только принятия единственно правильного решения, но и его объективно верной оценки другими субъектами указанных общественных отношений.

В связи с этим в практической плоскости крайне сложно избежать возникновения сомнений в правомерности действий адвоката или органа, осуществляющего ОРД, направленных на ситуационное одномоментное преодоление противоречий между ст. 17 ФЗ «Об ОРД» и п. 5 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре». Причем при оспаривании законности соответствующих действий в компетентных инстанциях, в том числе в суде, также не исключается вероятность вынесения спорного вердикта, основанного на ошибочном выборе правила преодоления рассматриваемой коллизии, выступающего в этом случае в качестве критерия оценки правомерности действий правоприменителя. Как справедливо отмечено Н. А. Власенко, «...совпадение коллизий нередко ставит дилемму перед правоприменителем, в том числе судьей», так как «...наслоение конфликтов ведет к столкновению коллизионных правил, что требует аргументации, почему именно это, а не другое правило имеет преимущество»¹.

Принимая во внимание указанные факторы, полагаем, что при сохранении существующей неопределенности в сфере правового регулирования конфиденциального содействия лиц, имеющих статус адвоката, органам, осуществляющим ОРД, даже опираясь на выработанные правила и способы преодоления коллизий, затруднительно избежать некорректности действий любого из субъектов рассматриваемых правоотношений в условиях необходимости выбора правоприменителем правовой нормы, которой следует руководствоваться, при его неочевидности. В каждом конкретном случае любая из сторон будет действовать, а также оценивать поступки другого участника указанных общественных отношений, исходя из собственных представлений о правилах и способах преодоления юридической коллизии.

С учетом изложенного, как представляется, изменение ситуации возможно только путем устранения коллизии в рамках правотворческой деятельности, предполагающей внесение ясности в позицию законодателя по вопросу о дозволенности конфиденциального содействия адвокатам органам, осуществляющим ОРД.

Список литературы

Беляева М. Коллизии правовых норм: теория и практика // Регистрация и лицензирование. 2005. № 12. С. 23–32.

Власенко Н. А. Коллизионное право России: состояние и перспективы // Журнал российского права. 2017. № 6. С. 5–18.

Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. 99 с.

Гармаев Ю. П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. Иркутск: ИПКПР ГП РФ, 2005. 390 с.

Гаспарян Н. Об участии адвоката в ОРМ. Отказ в возбуждении дела в отношении адвоката – участника ОРМ – не означает отсутствия в его действиях нарушения КПЭА // Адвокатская газета. 2018. 21 сентября. URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-uchastii-advokata-v-orm-21-09-2018/> (дата обращения: 07.12.2022).

Гусев В. А. Участие адвоката в проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий // Законодательство и практика. 2020. № 1. С. 14–19.

Демин А. В. Налоговая ответственность: проблема отраслевой идентификации // Хозяйство и право (приложение). 2000. № 6. С. 43–49.

Демин А. В. О конкуренции норм в гражданском и финансовом законодательстве // Право и экономика. 1998. № 9. С. 31–35.

Занина М. А. Проблемы разрешения коллизий норм права равной юридической силы в современном российском праве // Законодательство и экономика. 2010. № 4. С. 21–26.

Иванов А. Об участии адвоката в ОРМ. Понятия «адвокатура» и «тайный сыск» несовместимы // Адвокатская газета. 2018. 13 июля. URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-uchastii-advokata-v-orm/> (дата обращения: 01.12.2022).

Кожокарь И. П. Коллизии правовых норм как изъян системы российского права // Юридическая наука. 2019. № 4. С. 15–22.

¹ Власенко Н. А. Коллизионное право России: состояние и перспективы // Журнал российского права. 2017. № 6. С. 16; Его же. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 90–95.

Кузнецов Г. О допустимости участия адвоката в ОРМ. Эксперты «АГ» высказались о ситуации, когда адвокат был вынужден участвовать в ОРМ в интересах своего подзащитного // Адвокатская газета. 2018. 4 июля. URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/o-dopustimosti-uchastiya-advokata-v-orm/> (дата обращения: 25.12.2022).

Курбатов А. Я. Порядок разрешения коллизий в российском праве. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Курбатов А. Я. Разрешение коллизий в праве // Арбитражная практика. 2002. № 11. С. 23–32.

Луговик В. Ф., Осипенко А. Л. О сотрудничестве адвоката с оперативно-розыскными органами // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2020. № 4. С. 81–86.

Мельниченко Р. Г. Спор о понятии «негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность» // Адвокат. 2013. № 7. С. 5–8.

Петров А. А. Стратегии преодоления коллизий в праве: понятие, виды, эффективность // Юридическая техника. 2017. № 11. С. 262–264.

Тамбовцев А. И., Павличенко Н. В. Запрет на содействие оперативно-розыскным органам адвокатов: анахронизм или реальная необходимость // Труды Академии управления МВД России. 2022. № 3. С. 137–144. DOI 10.24412/2072-9391-2022-363-137-144.

Тихомиров Ю. А. Коллизионное право: учеб. и науч.-практ. пособие. М.: Юринформцентр, 2000. 394 с.

Халак О. Н. Пути разрешения юридических коллизий, возникающих в процессе правоприменения из-за противоречивости определений понятия «место жительства» в российском праве // Российский академический журнал. 2011. № 1. Т. 15. С. 33–36.

Халак О. Н. Юридические коллизии в правовом регулировании статуса бездомных после освобождения из мест лишения свободы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2012. 25 с.

References

Belyaeva M. (2005) Kollizii pravovykh norm: teoriya i praktika [Collisions of legal norms: theory and practice]. In *Registratsiya i litsenzirovaniye*, no. 12, pp. 23–32.

Demin A. V. (1998) O konkurentsii norm v grazhdanskom i finansovom zakonodatel'stve [On competition of norms in civil and financial legislation]. In *Pravo i ekonomika*, no. 9, pp. 31–35.

Demin A. V. (2000) Nalogovaya otvetstvennost': problema otraslevoi identifikatsii [Tax Liability: The Problem of Industry Identification]. In *Khozyaistvo i pravo (prilozhenie)*, no. 6, pp. 43–49.

Garmaev Yu. P. (2005) *Nezakonnaya deyatel'nost' advokatov v ugolovnom sudoproizvodstve* [Illegal activities of lawyers in criminal proceedings]. Irkutsk, IPKPR GP RF, 390 p.

Gasparyan N. (2018) Ob uchastii advokata v ORM. Otkaz v возбуждении дела v otnoshenii advokata – uchastnika ORM – ne oznachaet otsutstviya v ego deistviyakh narusheniya KPEA [On the participation of a lawyer in ORM. Refusal to initiate proceedings against a lawyer who is a participant in the ORM does not mean that there is no violation of the KPEA in his actions]. In *Advokatskaya gazeta*, 21 September, available at: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-uchastii-advokata-v-orm-21-09-2018/> (accessed: 07.12.2022).

Gusev V. A. (2020) Uchastie advokata v provedenii neglasnykh operativno-rozysknykh meropriyatii [Participation of a lawyer in conducting covert operational-search activities]. In *Zakonodatel'stvo i praktika*, no. 1, pp. 14–19.

Ivanov A. (2018) Ob uchastii advokata v ORM. Ponyatiya «advokatura» i «tainyi sysk» nesovmestimy [The concepts of «advocacy» and «secret investigation» are incompatible]. In *Advokatskaya gazeta*, 13 July, available at: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/ob-uchastii-advokata-v-orm/> (accessed: 01.12.2022).

Khalak O. N. (2011) Puti razresheniya yuridicheskikh kollizii, vznikayushchikh v protsesse pravoprimereniya iz-za protivorechivosti opredelenii ponyatiya «mesto zhitel'stva» v rossiiskom prave [Ways to resolve legal conflicts arising in the process of law enforcement due to the inconsistency of the definitions of the concept of «place of residence» in Russian law]. In *Rossiiskii akademicheskii zhurnal*, no. 1, vol. 15, pp. 33–36.

Khalak O. N. (2012) *Yuridicheskie kollizii v pravovom regulirovanii statusa bezdomnykh после osvobodzheniya iz mest lisheniya svobody: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Legal conflicts in the legal regulation of the status of the homeless after release from prison: an abstract of a candidate of legal sciences thesis]. Vladimir, 25 p.

Kozhokar' I. P. (2019) Kollizii pravovykh norm kak iz"yan sistemy rossiiskogo prava [Collisions of legal norms as a flaw in the system of Russian law]. In *Yuridicheskaya nauka*, no. 4, pp. 15–22.

Kurbatov A. Ya. (2002) Razresheniye kollizii v prave [Resolution of conflicts in law]. In *Arbitrazhnaya praktika*, no. 11, pp. 23–32.

Kurbatov A. Ya. Poryadok razresheniya kollizii v rossiiskom prave [The procedure for resolving conflicts in Russian law], available from *SPS «Konsul'tantPlyus»*.

Kuznetsov G. (2018) O dopustimosti uchastiya advokata v ORM. Eksperty «AG» vyskazalis' o situatsii, kogda advokat byl vynuzhden uchastvovat' v ORM v interesakh svoego podzashchitnogo

[On the admissibility of participation of a lawyer in ORM. AG experts spoke about the situation when a lawyer was forced to participate in the ORM in the interests of his client]. In *Advokatskaya gazeta*, 4 July, available at: <https://www.advgazeta.ru/novosti/o-dopustimosti-uchastiya-advokata-v-orm/> (accessed: 25.12.2022).

Lugovik V. F., Osipenko A. L. (2020) O sotrudnichestve advokata s operativno-rozysknymi organami [On lawyer's cooperation with operational-search bodies]. In *Vestnik Krasnodarskogo universiteta MVD Rossii*, no. 4, pp. 81–86.

Mel'nichenko R. G. (2013) Spor o ponyatii «neglasnoe sotrudnichestvo advokata s organami, osushchestvlyayushchimi operativno-rozysknuyu deyatel'nost'» [The dispute about the concept of «tacit cooperation of a lawyer with the bodies carrying out operational-search activities»]. In *Advokat*, no. 7, pp. 5–8.

Petrov A. A. (2017) Strategii preodoleniya kollizii v prave: ponyatie, vidy, effektivnost' [Strategies for overcoming conflicts in law: concept, types, effectiveness]. In *Yuridicheskaya tekhnika*, no. 11, pp. 262–264.

Tambovtsev A. I., Pavlichenko N. V. (2022) Zapret na sodeistvie operativno-rozysknym organam advokатов: anakhronizm ili real'naya neobkhodimost' [Prohibition on assistance to the operational-investigative bodies of lawyers: anachronism or a real necessity]. In *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii*, no. 33, pp. 137–144. DOI 10.24412/2072-9391-2022-363-137-144.

Tikhomirov Yu. A. (2000) *Kollizionnoe pravo: uchebnoe i nauchno-prakticheskoe posobie* [Conflict law: educational and scientific-practical guide]. Moscow, Yurinformtsentr, 394 p.

Vlasenko N. A. (1984) *Kollizionnye normy v sovetskom prave* [Conflict rules in Soviet law]. Irkutsk, 99 p.

Vlasenko N. A. (2017) Kollizionnoe pravo Rossii: sostoyanie i perspektivy [Conflict of laws rules in the Russian Federation: position and prospects]. In *Zhurnal rossiiskogo prava*, no. 6, pp. 5–18.

Zanina M. A. (2010) Problemy razresheniya kollizii norm prava ravnoi yuridicheskoi sily v sovremennom rossiiskom prave [Problems of resolving conflicts of norms of rights of equal legal force in modern Russian law]. In *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no. 4, pp. 21–26.