



**Republica Moldova**

**CURTEA CONSTITUȚIONALĂ**

Перевод

**ОПРЕДЕЛЕНИЕ**

**О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ**

*обращения № 55g/2019 г.*

об исключительном случае неконституционности  
некоторых положений ст. 52, ст. 53<sup>1</sup>, ст. 67 ч. (5) п. 5) и ч. (6) п. 3) и  
ст.72 ч. (4) Уголовно-процессуального кодекса  
(отстранение защитника от производства по делу)

**КИШИНЭУ**

25 апреля 2019 г.

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

Конституционный суд в составе:

Михай ПОАЛЕЛУНЖЬ, *председатель*,  
Раиса АПОЛЬСКИЙ,  
Аурел БЭЕШУ,  
Корнелиу ГУРИН,  
Артур РЕШЕТНИКОВ,  
Вячеслав ЗАПОРОЖАН, *судьи*,

при участии *секретаря заседания*, Думитру Аворника,

Принимая во внимание обращение, представленное  
и зарегистрированное 21 марта 2019 г.,  
рассмотрев предварительно указанное обращение,  
учитывая акты и материалы дела,  
проведя обсуждение в совещательной комнате 25 апреля 2019 г.,

выносит следующее определение:

#### **ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА**

1. Основанием для рассмотрения дела послужило обращение об  
исключительном случае неконституционности:

- ст. 52 и ст. 53<sup>1</sup>;
  - синтагмы «лица, осуществляющего уголовное преследование» в ст. 67 ч. (5) п. 5);
  - предложения «прокурор или судебная инстанция освободили его от участия в производстве по делу ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве» в ст. 67 ч. (6) п. 3);
  - ст. 72 ч (4) Уголовно-процессуального кодекса, утвержденного Законом № 122 от 14 марта 2003 года;
  - Уголовно-процессуального кодекса в целом, утвержденного Законом № 122 от 14 марта 2003 года,
- представленное по ходатайству адвоката Георгия Малик, в рамках дела № 10-638/19, рассматриваемого судом Кишинэу, сектор Чокана.

2. Обращение было представлено в Конституционный суд 21 марта 2019 года судьей суда Кишинэу, сектор Чокана, Сергеем Чобану, в соответствии со ст.135 ч. (1) п. а) и п. г) Конституции.

#### **А. Обстоятельства основного спора**

3. Прокурор Прокуратуры по борьбе с организованной преступностью и особо важным делам 24 октября 2018 года вынес

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

постановление об отстранении от производства по уголовному делу защитника Георгия Малик в связи с нахождением в положении несовместимости. Из материалов дела, представленных в Конституционный суд, следует, что Георге Малик занимал в Генеральном инспекторате полиции должность начальника Общего управления уголовного преследования и участвовал в следственных мероприятиях по отношению к его подзащитному. Прокурор пришел к заключению, что Георге Малик до отставки, то есть до 29 июня 2015 года, исполнял должность, подпадающую под положения о несовместимости, предусмотренные ст. 72 ч. (1) п. 2) пп. а) Уголовно-процессуального кодекса [защитник не может участвовать в производстве по делу, если он участвовал в деле в качестве лица, осуществлявшего уголовное преследование].

4. Георге Малик 30 октября 2018 года обжаловал постановление прокурора об отстранении от производства по делу Генеральному прокурору, а также судье по уголовному преследованию, с требованием отменить его.

5. В ходе заседания суда Кишинэу, сектор Чокана, от 28 января 2019 года, в присутствии судьи по уголовному преследованию, Георге Малик представил запрос об исключительном случае неконституционности положений закона, указанных в § 1 настоящего определения.

6. Определением от 6 февраля 2019 года судебная инстанция удовлетворила запрос и направила обращение об исключительном случае неконституционности в Конституционный суд для разрешения.

## **В. Применимое законодательство**

### **7. Применимые положения Конституции:**

#### **Статья 20**

##### **Свободный доступ к правосудию**

«(1) Любое лицо имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными судами в случае нарушения его прав, свобод и законных интересов.

(2) Ни один закон не может ограничить доступ к правосудию».

#### **Статья 23**

##### **Право каждого человека на знание своих прав и обязанностей**

«(1) Каждый человек имеет право на признание его правосубъектности.

(2) Государство обеспечивает право каждого человека на знание своих прав и обязанностей. С этой целью государство публикует все законы и другие нормативные акты и обеспечивает их доступность».

#### **Статья 26**

##### **Право на защиту**

«(1) Право на защиту гарантируется.

(2) Каждый человек имеет право самостоятельно реагировать законными способами на нарушение своих прав и свобод.

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

(3) На протяжении всего процесса стороны имеют право пользоваться помощью адвоката, выбранного или назначенного.

(4) Вмешательство в деятельность лиц, осуществляющих защиту в установленных пределах, наказывается законом».

## Статья 46

## Право частной собственности и ее охрана

«(1) Право частной собственности, а также долговые обязательства, взятые на себя государством, гарантируются.

(2) Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в случае установленной законом общественной необходимости при условии справедливого и предварительного возмещения.

(3) Законно добытое имущество не может быть конфисковано. Законность добытого подразумевается.

(4) Имущество, предназначенное, использованное для совершения преступлений или правонарушений либо добытое в результате совершения преступлений или правонарушений, может быть конфисковано только в соответствии с законом.

(5) Право частной собственности обязывает к соблюдению требований защиты окружающей среды и обеспечению добрососедства, а также к соблюдению других требований, которые согласно закону возлагаются на собственника.

(6) Право наследования частной собственности гарантируется».

8. Применимые положения Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова, утвержденного Законом № 122 от 14 марта 2003 года:

## Статья 52

## Полномочия прокурора в ходе уголовного преследования

«(1) В ходе уголовного преследования прокурор в пределах своей материальной и территориальной компетенции:

1) начинает уголовное преследование и мотивированным постановлением распоряжается об осуществлении уголовного преследования другими органами уголовного преследования или о непосредственном осуществлении им уголовного преследования в соответствии с настоящим кодексом, отказывает в осуществлении уголовного преследования или прекращает его;

2) непосредственно осуществляет уголовное преследование, выполняя функции органа уголовного преследования;

3) лично осуществляет руководство уголовным преследованием и контролирует законность процессуальных действий органа уголовного преследования, принимает решения об исключении из дела доказательств, полученных в соответствии с положениями части (1) статьи 94;

4) постоянно контролирует соблюдение порядка приема и регистрации сообщений о преступлениях;

5) истребует в целях контроля от органа уголовного преследования уголовные дела, документы, процессуальные акты, материалы и другие сведения о совершенных преступлениях и лицах, проходящих по уголовным делам, за которыми он осуществляет контроль, и распоряжается об объединении или выделении дел, если это необходимо;

6) проверяет качество доказательств, осуществляет надзор за тем, чтобы каждое преступление было раскрыто, каждый преступник был привлечен к уголовной ответственности и ни одно лицо не было подвергнуто уголовному преследованию при отсутствии обоснованных признаков совершения им преступления;

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

- 7) обеспечивает соблюдение разумных сроков уголовного преследования по каждому уголовному делу;
- 8) отменяет незаконные постановления, изменяет или дополняет необоснованные постановления органа уголовного преследования;
- 9) обоснованно изымает уголовное дело у офицера по уголовному преследованию и самостоятельно продолжает осуществлять уголовное преследование по этому делу или передает дело руководителю органа уголовного преследования для назначения другого офицера по уголовному преследованию по данному делу;
- 10) поручает производство уголовного преследования группе офицеров по уголовному преследованию;
- 11) разрешает самоотводы и отводы офицеров по уголовному преследованию;
- 12) решает вопрос об избрании меры пресечения, ее изменении или отмене, в пределах, предусмотренных настоящим кодексом;
- 13) осуществляет контроль за законностью задержания лица;
- 14) дает письменные указания о производстве действий по уголовному преследованию и специальных розыскных мероприятий по розыску лиц, совершивших преступления;
- 15) издает постановления о задержании, приводе, выемке предметов и документов, производстве иных действий по уголовному преследованию в соответствии с требованиями настоящего кодекса;
- 16) обращается в судебную инстанцию с ходатайством для получения санкции на производство ареста, продление срока содержания под стражей, временное освобождение задержанного или арестованного лица, задержание, изучение, выдачу, досмотр или выемку почтовых отправлений, прослушивание телефонных и иных переговоров, временное отстранение обвиняемого от должности, физическое преследование лица и преследование посредством электронных средств, эксгумацию, наблюдение за помещением посредством видео- и аудиозаписи, установление в помещении технических средств производства видео- и аудиозаписи, проверку информационных сообщений, адресованных подозреваемому, помещение лица в медицинское учреждение для осуществления судебной экспертизы и на осуществление других действий, для производства которых требуется разрешение судьи по уголовному преследованию;
- 17) может присутствовать при производстве любого действия по уголовному преследованию либо производит его лично;
- 18) обращается за участием судьи по уголовному преследованию в производстве отдельных действий по уголовному преследованию, если законом предусмотрено его обязательное участие;
- 19) возвращает уголовные дела органу уголовного преследования со своими письменными указаниями;
- 20) отстраняет лицо, осуществляющее уголовное преследование, в случае нарушения им закона в ходе производства уголовного преследования;
- 21) обращается с представлениями в соответствующий орган о лишении иммунитета отдельных лиц и привлечении их к уголовной ответственности;
- 22) прекращает уголовное преследование, прекращает уголовное судопроизводство, распоряжается о выведении лица из-под уголовного преследования или применяет принудительные меры воспитательного характера в случаях, предусмотренных законом;
- 23) предъявляет обвинение и допрашивает обвиняемого;
- 24) предоставляет сторонам возможность ознакомиться с материалами дела в соответствии с настоящим кодексом;

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

24<sup>1</sup>) представляет по требованию медиатора информацию из уголовного дела, необходимую для осуществления процесса медиации, без нанесения ущерба уголовному преследованию;

25) составляет обвинительное заключение по уголовному делу, вручает его копию обвиняемому, а дело направляет в компетентную судебную инстанцию;

26) направляет органам уголовного преследования и органам, осуществляющим специальную розыскную деятельность, представления об устранении нарушений закона;

27) определяет в процессуальных актах, были ли нарушены права и основные свободы человека с учетом jurisprudence Европейского суда по правам человека в случае заявления сторонами о нарушении Конвенции о защите прав человека и основных свобод;

28) информирует подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, пострадавшего, потерпевшего, гражданского истца о возможности прибегнуть к медиации на основании части (9) статьи 219 и части (7) статьи 276.

*[Части (2), (2<sup>1</sup>) ст.52 утратили силу согласно Закону № 152 от 01.07.2016, в силу 01.08.2016]*

*[Части (3), (4) ст.52 утратили силу согласно Закону № 66 от 05.04.2012, в силу 27.10.2012]*

*[Часть (4<sup>1</sup>) ст.52 утратила силу согласно Закону № 152 от 01.07.2016, в силу 01.08.2016]*

(4<sup>2</sup>) Письменные указания прокурора, данные офицеру по уголовному преследованию в рамках уголовного процесса, являются обязательными для исполнения.

(5) В ходе уголовного преследования прокурор имеет также другие права и обязанности, предусмотренные настоящим кодексом».

Статья 53<sup>1</sup>

## Вышестоящий прокурор

«(1) Вышестоящим прокурором является:

a) для прокуроров территориальной прокуратуры – главный прокурор территориальной прокуратуры или его заместитель согласно установленной компетенции;

b) для прокуроров специализированной прокуратуры – главный прокурор специализированной прокуратуры или его заместитель согласно установленной компетенции;

c) для заместителей главных прокуроров территориальных прокуратур – главный прокурор территориальной прокуратуры;

d) для заместителей главных прокуроров специализированных прокуратур – главный прокурор специализированной прокуратуры;

e) для главных прокуроров территориальных прокуратур, в том числе для главного прокурора Прокуратуры автономного территориального образования Гагаузия, – главные прокуроры подразделений Генеральной прокуратуры согласно установленной компетенции;

f) для главных прокуроров специализированных прокуратур – Генеральный прокурор или его заместители согласно установленной компетенции;

g) для прокуроров подразделений Генеральной прокуратуры – главные прокуроры подразделений Генеральной прокуратуры;

h) для заместителей главных прокуроров подразделений Генеральной прокуратуры – главные прокуроры подразделений Генеральной прокуратуры;

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

i) для главных прокуроров подразделений Генеральной прокуратуры – Генеральный прокурор или его заместители согласно установленной компетенции;

j) для заместителей Генерального прокурора – Генеральный прокурор;

k) для всех прокуроров системы Прокуратуры – Генеральный прокурор.

(2) Вышестоящий прокурор помимо полномочий, предусмотренных частью (1) статьи 52, в ходе уголовного преследования осуществляет в порядке иерархического контроля следующие полномочия:

a) может запрашивать у нижестоящих прокуроров для контроля уголовные дела, документы, процессуальные акты, материалы и другие данные по совершенным преступлениям и лицам, проходящим по уголовным делам, по которым осуществляет контроль;

b) изымает мотивированным постановлением в предусмотренных частью (3) случаях распределенные материалы и уголовные дела и передает их другому прокурору для рассмотрения;

c) выносит в срок не более 15 дней мотивированное постановление относительно жалобы офицера по уголовному преследованию на письменные указания прокурора;

d) отменяет полностью или частично, изменяет или дополняет мотивированным постановлением в соответствии с настоящим кодексом акты нижестоящих прокуроров и офицеров по уголовному преследованию;

e) разрешает мотивированным постановлением самоотводы и отводы нижестоящих прокуроров;

f) рассматривает жалобы на акты и действия нижестоящих прокуроров;

g) обеспечивает распределение прокурорам заявлений для рассмотрения или уголовных дел для осуществления или, по обстоятельствам, руководства уголовным преследованием по ним;

h) оставляет у себя материалы, уголовные дела для самостоятельного осуществления или руководства уголовным преследованием по ним, с вынесением соответствующего мотивированного постановления;

i) изымает мотивированным постановлением уголовные дела от одного органа уголовного преследования, если он не компетентен осуществлять данное уголовное преследование, и передает другому органу уголовного преследования согласно компетенции;

j) возвращает уголовные дела нижестоящим прокурорам со своими письменными указаниями;

k) осуществляет другие полномочия, предусмотренные законодательством.

(3) Распределенные прокурору материалы и уголовные дела могут быть изъяты и переданы другому прокурору в случае:

a) его перевода, направления, откомандирования, отстранения или освобождения от должности прокурора в соответствии с законом;

b) его отсутствия при наличии объективных причин, обосновывающих срочность дела и препятствующих его присутствию;

c) необоснованного невыполнения необходимых действий по уголовному делу в течение более 30 дней;

d) установления в отношении него в силу полномочий или на основании жалобы тяжкого нарушения прав участников уголовного процесса или допущения непоправимых оплошностей в процессе собирания доказательств.

(4) Генеральный прокурор может давать указания общего характера прокурорам, органам уголовного преследования, органам, осуществляющим специальную розыскную деятельность, и констатирующим органам в целях обеспечения законности уголовного преследования».

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

Статья 67  
Защитник

«[...]»

(5) Защитник не вправе принимать на себя защиту, а координатор территориального офиса Национального совета по юридической помощи, гарантируемой государством, не может назначить его в этом качестве, если он:

- 1) не отвечает требованиям, предусмотренным частью (2);
- 2) не может быть защитником согласно предусмотренным законом ограничениям или приговору суда;
- 3) предоставлял или предоставляет юридическую помощь лицу, интересы которого находятся в противоречии с интересами подзащитного;
- 4) находится в родственных отношениях или в подчинении лица, интересы которого находятся в противоречии с интересами подзащитного;
- 5) ранее участвовал в производстве по данному делу в качестве судьи, прокурора, **лица, осуществляющего уголовное преследование**, эксперта, специалиста, переводчика или свидетеля.

(6) Защитник перестает участвовать в производстве по делу в этом качестве, если:

- 1) подзащитный отказался от него или расторг с ним соглашение либо приостановил его полномочия;
- 2) не имеет полномочий на дальнейшее участие в производстве по соответствующему делу;
- 3) **прокурор или судебная инстанция освободили его от участия в производстве по делу ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве**, или по другим мотивированным основаниям, заявленным защитником;
- 4) прокурор или судебная инстанция приняли отказ подозреваемого, обвиняемого, подсудимого от защиты;
- 5) иностранный адвокат сложил свои полномочия;
- 6) прокурор или судебная инстанция приняли отказ от защитника лица, которого защищает адвокат, предоставляющий юридическую помощь, гарантируемую государством».

## Статья 72

## Отстранение защитника от производства по делу

«(1) Защитник не может участвовать в производстве по делу при наличии любого из следующих обстоятельств:

- 1) если он состоит в родственных или иных отношениях личной зависимости с лицом, которое участвовало в уголовном преследовании или судебном разбирательстве по делу;
  - 2) если он участвовал в деле в качестве:
    - a) лица, осуществлявшего уголовное преследование;
    - b) прокурора по данному делу;
    - c) судьи, рассматривавшего дело;
    - d) секретаря судебного заседания, переводчика, специалиста, эксперта или свидетеля;
  - 3) если он не вправе быть защитником в силу закона или приговора судебной инстанции.
- (2) Адвокат, предоставляющий юридическую помощь, гарантируемую государством, подлежит отстранению от производства по делу, если лицо, которое он защищает, имеет реальные основания сомневаться в его

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

компетентности или добросовестности, в связи с чем подает заявление об отстранении данного защитника от производства по делу.

(3) Защитник не может участвовать в производстве по уголовному делу на стороне подзащитного, если он оказывал или оказывает юридическую помощь лицу, интересы которого находятся в противоречии с интересами его подзащитного, а равно состоит с таким лицом в родственных или иных отношениях личной зависимости.

**(4) По заявлению об отстранении защитника от производства по делу прокурор или судебная инстанция выносит решение, не подлежащее обжалованию».**

## ВОПРОСЫ ПРАВА

### А. Аргументы автора обращения

9. Автор обращения отмечает, что ст. 52 и ст. 53<sup>1</sup> Уголовно-процессуального кодекса не содержат четких положений, из которых следовало бы, что прокурор может по своей инициативе отстранить защитника, избранного обвиняемым, что приводит к принятию произвольных решений. Автор обращения указывает на отсутствие в оспариваемых положениях и в Уголовно-процессуальном кодексе гарантий против отстранения избранного защитника по инициативе прокурора.

10. Автор обращения отмечает, что положение «лица, осуществляющего уголовное преследование» в ст. 67 ч. (5) п. 5) Уголовно-процессуального кодекса является неясным, допуская расширительное толкование в отношении применения к защитнику, прежде исполнявшего обязанности организационного характера в сфере уголовного преследования, каковым является должность начальника Общего управления уголовного преследования Генерального инспектората полиции. Автор считает, что под синтагмой «лица, осуществляющего уголовное преследование» законодатель имел в виду только тех прокуроров и офицеров, которые проводили уголовное преследование.

11. На взгляд автора обращения, предложение «прокурор или судебная инстанция освободили его от участия в производстве по делу ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве» в ст. 67 ч. (6) п. 3) Уголовно-процессуального кодекса является расплывчатым, позволяя отстранение избранных защитников от производства по делу по инициативе прокуроров и судебных инстанций по основаниям, не имеющих отношение к случаям несовместимости, четко предусмотренных Кодексом. Автор обращения считает, что эти положения нарушают право на защиту. Согласно его утверждениям, эти положения вступают в противоречие и с принципом состязательности, позволяя прокурорам возбудить вопрос об

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

отстранении избранных защитников. В заключение автор обращения отмечает, что оспариваемые положения нарушают право собственности, поскольку отстраненный от производства по делу защитник не может выполнить обязательства по контракту и, таким образом, лишается возможности получить от клиента вознаграждение за свой труд.

12. По мнению автора обращения, в отношении ст. 72 ч (4) Уголовно-процессуального кодекса применяется расширительное толкование. Так, автор отмечает, что из интерпретации указанного положения *stricto sensu* следует, что не подлежит обжалованию только постановление об отстранении защитника, принятое на основании заявления лица, интересы которого представляет защитник. Автор отметил, что в данном случае было указано на невозможность обжалования, хотя постановление об отстранении было принято по инициативе прокурора, а не его клиента.

13. По мнению автора обращения, оспариваемые положения противоречат ст. 4, ст. 23, ст. 26, ст. 43, ст. 46, ст. 53 и ст. 54 Конституции.

### **В. Оценка Конституционного суда**

14. Рассмотрев с точки зрения приемлемости обращение, Конституционный суд отмечает следующее.

15. В соответствии со ст. 135 ч. (1) п. а) Конституции, конституционный контроль законов, в рассматриваемом случае Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова, утвержденного Законом № 122 от 14 марта 2003 года, относится к компетенции Конституционного суда.

16. Конституционный суд отмечает, что обращение об исключительном случае неконституционности представлено уполномоченным субъектом, по инициативе адвоката Георгия Малик, в рамках дела № 10-638/19, рассматриваемого судом Кишинэу, сектор Чокана, в соответствии со ст. 135 ч. (1) п. а) и п. g) Конституции, в свете толкования Постановлением Конституционного суда № 2 от 9 февраля 2016 года.

17. Конституционный суд отмечает, что автор обращения указал на ряд норм Конституции, однако приводит аргументы о неконституционности оспариваемых положений в свете ст. 20 [Свободный доступ к правосудию], ст. 23 [Право каждого человека на знание своих прав и обязанностей], ст. 26 [Право на защиту], ст. 46 [Право частной собственности и ее охрана] и ст. 54 [Ограничение осуществления прав или свобод] Конституции.

18. Автор обращения отметил, что ст. 52 и ст. 53<sup>1</sup> Уголовно-процессуального кодекса не содержат четких положений, которые

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

позволили бы прокурору по своей инициативе отстранить защитника, избранного обвиняемым, создавая почву для произвола. Конституционный суд отмечает, что указанные положения предусматривают полномочия прокурора в ходе уголовного преследования [ст. 52 Кодекса] и полномочия вышестоящего прокурора [ст. 53<sup>1</sup> Кодекса]. Отсутствие отдельных положений об отстранении избранного защитника от производства по уголовному делу не является достаточным основанием для того, чтобы заключить, что эти статьи лишены ясности. В этом контексте, Конституционный суд отмечает, что полномочия, перечисленные в оспариваемых положениях, не являются исчерпывающими [см. ст. 52 ч. (5) и ст. 53<sup>1</sup> ч. (2) п. к) Кодекса], из чего следует, что как прокурор, так и вышестоящий прокурор могут исполнять и другие функции, предусмотренные законом. Конституционный суд рассмотрит вопрос об отстранении защитника прокурором в §§ 37 и 42 настоящего определения.

19. В связи с синтагмой «лица, осуществляющего уголовное преследование» в ст. 67 ч. (5) п. 5) Уголовно-процессуального кодекса Конституционный суд отмечает следующее. Ограничения и несовместимости, предусмотренные ст. 67 ч. (5) Кодекса, касаются ситуации их выявления *до* того, как защитник соглашается выполнить эту функцию или назначается в этом качестве. В отличие от ч. (5), ограничения и несовместимости, предусмотренные в ч. (6) ст. 67, касаются ситуации их выявления *после* избрания или назначения защитника в этом качестве. Вывод о наличии этого различия следует из формулировок, используемых в ч. (5) – «защитник не вправе принимать на себя защиту» и «не может назначить его в этом качестве», в отличие от ч. (6), предусматривающей, что «защитник перестает участвовать в производстве по делу». В рассматриваемом случае Конституционный суд отмечает, что автор обращения был отстранен *после* избрания в этом качестве его клиентом (см. § 3 настоящего определения). Таким образом, в связи с тем, что оспариваемые положения не подлежат применению при разрешении дела, обращение в этой части признается неприемлемым.

20. Автор обращения считает, что предложение «прокурор или судебная инстанция освободили его от участия в производстве по делу ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве» в ст. 67 ч. (6) п. 3) Уголовно-процессуального кодекса противоречит Конституции, поскольку является расплывчатым и не обеспечивает право на защиту и состязательность сторон.

21. В этом контексте, Конституционный суд отмечает, что ЕСПЧ в своей практике указал, что, не касаясь значения доверительных отношений между адвокатом и клиентом, право на выбор адвоката не может носить абсолютный характер (*Карнюк и другие против Украины*, 6 октября 2015 г., § 144). Так, власти должны учитывать волю

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

обвиняемого при выборе адвоката, однако могут переступить через его волю, когда существуют убедительные и достаточные основания, чтобы считать, что эта мера является необходимым в интересах правосудия (*Correia de Matos против Португалии* [БП], 4 апреля 2018 г., § 126).

22. Конституционный суд отмечает, что отстранение защитника от производства по уголовному делу установлено в ст. 72 Уголовно-процессуального кодекса. Основания отстранения защитника от производства по делу указаны в ч. (1), ч. (2) и ч. (3). Одним из таких оснований является случай, когда защитник проводил уголовное преследование [см. ст. 72 ч. (1) п. 2) пп. а) Кодекса]. Защитник может быть отстранен от производства по делу и «ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве» [см. ст. 67 ч.(6) п. 3) Кодекса]. Конституционный суд обращает внимание, что данная формулировка закона позволяет подвести под это основание множество ситуаций, требующих отстранения защитника от производства по делу.

23. Конституционный суд подчеркивает, что автор обращения представил для обсуждения случай отстранения защитника от производства по делу в связи с исполнением должности начальника Общего управления уголовного преследования в Генеральном инспекторате полиции в тот период, когда управление расследовало дело его клиента. С одной стороны, автор обращения считает, что в этом случае защитник не может быть отстранен на основании ст. 72 ч. (1) п. 2) пп. а) Кодекса, поскольку не он проводил уголовное преследование. С другой стороны, он считает, что положение «ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве» в ст. 67 ч. (6) п. 3) Кодекса является слишком расплывчатым, чтобы отстранить защитника в связи с исполнением должности начальника указанного управления. В связи с этим, Конституционный суд отмечает, что разрешение вопроса обоснованности отстранения защитника не входит в его компетенцию. В этом случае компетенция Конституционного суда ограничивается проверкой наличия гарантий против произвольных решений отстранения избранных защитников от производства.

24. Конституционный суд отмечает, что случай отстранения избранного защитника от производства по делу требует оценки ряда конфликтных интересов, а именно: (i) заинтересованности лица в выборе своего защитника и (ii) доверия общества в неподкупность адвокатской профессии, сопровождаемого интересом привлечения правонарушителей к ответственности, не создавая для них благоприятных условий, вызывающих несправедливость.

25. Что касается заинтересованности лица в выборе своего защитника, Конституционный суд отметил в § 21 *выше*, что этот интерес не может носить абсолютный характер. К примеру, Верховный суд США в своих решениях отметил, что цель права на защиту заключается

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

в обеспечении обвиняемым условий для справедливого судебного разбирательства. В то время, как право лица быть представленным в суде предпочитаемым защитником закреплено в шестой поправке, цель этой поправки скорее всего заключается в том, чтобы обеспечить каждому подсудимому эффективного защитника, а не в том, чтобы гарантировать, что подсудимый непременно будет представлен тем защитником, которому он отдал предпочтение [см. *Wheat против Соединенных Штатов*, 486 U.S. 153, 159 (1988); *Morris v. Slappy*, 461 U.S. 1, 13-14 (1983); *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745 (1983)].

26. Относительно доверия общества в неподкупность адвокатской профессии, Конституционный суд отмечает, что в обращении идет речь об адвокатах, ранее занимавшие руководящие должности в органах, ответственных за расследование преступлений. Является очевидным, что такие должности предполагают работу с конфиденциальными сведениями. Поэтому, если работник следственного органа становится адвокатом, в обществе могут возникнуть подозрения, что сведения, собранные во время пребывания в должности, будут использованы адвокатом в пользу своего клиента (см. *Frasier L. Margo, Disqualification of Criminal Defense Attorneys Due to Prior Government Service*, *Florida State University Law Review*, т. 12, № 1, 1984, стр. 107-108). Прежде, чем заключить договор с новым клиентом, адвокат должен позаботиться о том, что в отношениях с новым клиентом не будет использовать против одного из бывших клиентов любые факты или сведения, которые стали ему известны в период, когда занимал публичную должность (см. *Irving R. Kaufman, The Former Government Attorney and the Canons of Professional Ethics*, *Harvard Law Review*, т. 70, № 4, 1957, стр. 661). В этой связи, Конституционный суд отмечает, что для поддержания доверия общества в неподкупность адвокатской профессии государство вправе устанавливать ограничения в форме несовместимостей для адвокатов, учувствовавших в рассмотрении дел в качестве государственных служащих.

27. Конституционный суд анализирует, если существуют гарантии, обеспечивающие справедливое равновесие между двумя указанными конфликтными интересами. Конституционный суд отмечает, что проблема отстранения избранных адвокатов от производства по делу за участие в расследовании деяний, которые впоследствии вменялись их подзащитным, была проанализирована в практике судебных инстанций США. Для определения законности отстранения избранного адвоката американские судьи установили два критерия, которые должны быть приняты во внимание при вынесении решения об отстранении защитника.

28. Конституционный суд подчеркивает, что в американской практике мера по отстранению избранного адвоката от производства по делу считается суровой [*Freeman v. Chicago Musical Instrument Co.*, 689

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

F.2d 715, 721 (7th Cir. 1982)], исключительной [*Wyeth v. Abbott Laboratories*, 692 F. Supp. 2d 453, 457 (D.N.J. 2010)] и даже драконовской [*University Patents, Inc. v. Kligman*, 737 F. Supp. 325, 329 (E.D. Pa. 1990)], и часто применяется с целью получить тактическое преимущество перед противником [*Armstrong v. McAlpin*, 625 F.2d 433, 437 (2d Cir. 1980)]. Поэтому следует хорошо подумать прежде, чем применить эту меру, кроме случая, когда существует настоятельная необходимость.

29. До того, как принять решение об отстранении избранного адвоката от производства по делу, власти должны проверить, если уголовное дело в отношении подзащитного имеет в основу «те же деяния» или «существенно похожие деяния» как в расследованном защитником деле будучи работником следственных органов [*United States v. Uzzi*, 549 F. Supp. 979 (S.D.N.Y. 1982)].

30. Если обнаруживается, что деяния «те же» или «существенно похожие», власти должны проверить, если должность, которую в прошлом занимал защитник, предполагала «реальную ответственность» по делу.

31. В решении по делу *Cleary v. District Court*, 704 P.2d 866, 870 (Colo. 1985) Верховный суд Колорадо отметил, что реальная ответственность предполагает непосредственную и более тесную связь, а не просто утверждение или не утверждение процессуальных действий, предпринятых по уголовному делу. Эта ответственность требует личного, конкретного и существенного участия государственного служащего в следственных мероприятиях или слушаниях по расследуемым фактам. Качество простого начальника бюро или органа, у которого обширное поле деятельности, не влечет *ipso facto* для государственного служащего или работника следственного органа «реальную ответственность».

32. Так, в судебном процессе по делу *United States v. Clark*, 333 F. Supp. 2d 789 (E.D. Wis. 2004) прокурор потребовал отстранить защитника подсудимого на основании обнаруженного конфликта интересов. Прокурору стало известно, что защитник ранее руководил *Organized Crime Drug Enforcement Task Force* („OCDETF“) и осуществлял надзор за уголовным преследованием в тот период, когда эта организация расследовала некоторые из деяний, вменяемых подсудимому. Впоследствии глава этой организации ушел в отставку и стал защитником подсудимого. Его прежняя работа в OCDETF стала основанием для требования прокурора отстранить защитника от производства по делу. Защитник заявил, что не припоминает, чтобы принимал участие в расследовании дела своего клиента, отметив, что он только осуществлял надзор за уголовным преследованием, и если участвовал в расследовании, то лишь формально. Рассмотрев ходатайство прокурора об отстранении защитника, суд установил, что подсудимый обвинялся в деяниях, которые расследовались OCDETF в

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

период, когда защитник являлся главой этого учреждения. Приходя к выводу, что речь идет о тех же деяниях, суд проанализировал, если защитник принимал личное, конкретное и существенное участие в расследовании деяний, вменяемых его клиенту. Суд установил, что защитник руководил OCDEF в период, когда было возбуждено уголовное преследование по деяниям, вменяемым подсудимому; что он получал доклады от подчиненного, ведущего расследование, с которым обсуждал детали дела; принимал участие в допросе; предоставлял помощь в получении телефонных записей и утверждал процессуальные действия. Судья отметил, что хотя ряд второстепенных действий могли оказаться недостаточными, чтобы установить конкретный и значительный характер участия в расследовании, в критический момент существенную роль может играть даже один эпизод утверждения или участия. После анализа действий защитника суд пришел к выводу, что его участие в расследовании, в частности, утверждение процессуальных действий, можно расценивать как личное, конкретное и существенное участие. Чтобы исключить использование защитником в интересах противоположной стороны сведений, полученных в период, когда он занимал публичную должность, суд установил несовместимость защитника и отстранил от производства по делу.

33. При рассмотрении дела *United States v. Smith*, 995 F.2d 662 (7th Cir. 1993) прокурор обратился к суду с требованием отстранить государственного защитника, назначенного представлять интересы подсудимого. Прокурор обосновал это требование тем, что ранее защитник руководил государственной структурой в южном округе штата Флорида – *Narcotics and Dangerous Drugs Section of the United States Attorney's Office*, в его обязанностях входил надзор за проведением уголовного преследования по аналогичному делу. Судьи заметили, что должность защитника предполагала прямой контроль за деятельностью лица, непосредственно осуществлявшего уголовное преследование по делу, тесно связанному с расследованием в отношении подсудимого. Кроме того, защитник подписал соглашение (*immunity agreement*) с самым важным свидетелем по делу, заверив его, что тот не будет подвергаться уголовному преследованию за показания в ходе расследования, а также принимал участие в заседаниях вышестоящих департаментов по вопросам следствия. На взгляд судей, эти факты являлись достаточными, чтобы заключить, что защитник принимал конкретное и существенное участие в расследовании, в ходе которого ему стали известны конфиденциальные сведения по делу. Судьи пришли к выводу, что в этом случае требование обеспечения справедливого судебного разбирательства преобладает над правом подсудимого на выбор защитника.

34. С целью налаживания диалога с судебными инстанциями, в практике которых могут встречаться случаи отстранения избранных

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

защитников от производства по рассмотренным делам, Конституционный суд считает, что критерии, указанные в §§ 29-33 настоящего определения, могут оказаться полезными для каждого судьи, принимающего решение о целесообразности применения подобной меры.

35. Конституционный суд отмечает, что в рассматриваемом случае автор обращения был отстранен от производства по делу в связи с тем, что в период, когда он являлся начальником Общего управления уголовного преследования в Генеральном инспекторате полиции, он осуществлял уголовное преследование по фактам, вменяемым своему подзащитному [см. § 3 *выше*]. Конституционный суд отмечает, что входит в компетенцию прокуроров и судебных инстанций оценивать тот факт, если уголовное дело, в котором ранее адвокат участвовал в качестве руководителя следственного органа, имеет в основу «те же деяния» или «существенно похожие» деяния и если в этом деле защитник обладал «реальной ответственностью».

36. Для Конституционного суда является достаточным установление факта, что применение теста «полного или частичного совпадения фактов», расследуемых защитником [см. § 29 *выше*], и теста «реальной ответственности» [см. §§ 31-33 *выше*] в случаях отстранения избранных защитников может обеспечивать справедливое равновесие между заинтересованностью лица в выборе защитника, с одной стороны, и доверием общества в неподкупность адвокатской профессии, сопровождаемым интересом привлечения преступников к ответственности, не создавая для них благоприятных условий, вызывающих несправедливость, с другой стороны. Должное применение указанных тестов способно обеспечивать условия, не допускающие произвольное отстранение защитника, избранного подсудимым.

37. Автор обращения считает, что оспариваемые положения вступают в противоречие с принципом состязательности процесса, поскольку они позволяют отстранение избранного защитника по инициативе прокурора. Конституционный суд допускает, что в этом случае прокурор может получить тактическое преимущество перед своим противником [см. § 28 *выше*]. Чтобы узнать, не нарушают ли оспариваемые положения суть принципа состязательности, Конституционный суд рассмотрит в § 42 настоящего определения, если существуют гарантии против этой меры.

38. Автор обращения полагает, что по отношению к ст. 72 ч. (4) Уголовно-процессуального кодекса, предусматривающей, что по заявлению об отстранении защитника от производства по делу прокурор или судебная инстанция выносит решение, не подлежащее обжалованию, применяется расширительное толкование. На его взгляд, положение «выносит решение, не подлежащее обжалованию»

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

относится только к ситуации отстранения защитника на основании заявления подзащитного, при этом в рассматриваемом случае было указано на невозможность обжалования, хотя подобного заявления не было и отстранение защитника было совершено по постановлению прокурора.

39. В связи с этим, Конституционный суд напоминает, что он рассматривает обращения, указывающие на не единообразное толкование и применение закона, противоречащие требованиям Конституции, и что отдельные случаи явно ошибочного толкования не могут стать предметом конституционного контроля, они подпадают под судебный контроль (см. ОКС № 91 от 27 июля 2018 г., § 28; ОКС № 75 от 27 июля 2017 г., § 23; ОКС № 79 от 18 ноября 2016 г., § 21).

40. Конституционный суд обращает внимание, что в консультативном мнении № 105, принятом Высшей судебной палатой в 2019 году, отмечается, что невозможность обжалования решений об отстранении адвоката от производства по делу относится только к случаям, когда решения принимаются прокурором или судебной инстанцией по заявлению подзащитного. Учитывая, что ст. 72 ч. (4) Кодекса четко не предусматривает случаи, когда прокурор может отстранить по своей инициативе (*proprio motu*) защитника от производства по делу, Высшая судебная палата указала, что нельзя утверждать, что [ст. 72 ч. (4)] подлежит применению, *mutatis mutandis*, ко всем случаям отстранения защитника, безотносительно от того, приняты ли эти решения на основании заявления подзащитного или в отсутствие такового. Высшая судебная палата отметила, что в случае отстранения защитника от производства по делу по инициативе прокурора (то есть подзащитный не подавал такого заявления) решение прокурора принимается вопреки воле подзащитного, а это означает, что последний обладает законным интересом в обжаловании решения прокурора. На этом основании Высшая судебная палата отметила, что в случае отстранения защитника от производства по делу по инициативе прокурора его решение может быть обжаловано вышестоящему прокурору (ст. 299 Кодекса) или судье по уголовному преследованию (ст. 313 Кодекса). Отсюда Конституционный суд заключает, что существуют предпосылки для унификации судебной практики в соответствии с конституционными требованиями.

41. Конституционный суд отмечает, что в рассматриваемом случае суд отстранил защитника от производства по делу, не располагая заявлением от подзащитного. Из ст. 72 ч. (4) Кодекса следует, что невозможность обжалования относится только к решениям об отстранении защитника на основании заявления подзащитного. Автор обращения не доказал, что существует не единообразная практика по толкованию и применению ст. 72 ч. (4) Кодекса, способная нарушить требования Конституции. Напротив, Конституционный суд отмечает,

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

что в консультативном мнении № 105 Высшая судебная палата указала, что невозможность обжалования, предусмотренная ст. 72 ч. (4) Кодекса, не применяется, *mutatis mutandis*, к решениям об отстранении защитника, принятым не по заявлению подзащитного [см. § 40 *выше*]. Таким образом, поскольку оспариваемая норма не подлежит применению при разрешении дела, обращение в этой части признается неприемлемым.

42. Постановление об отстранении адвоката может быть обжаловано вышестоящему прокурору или судье по уголовному преследованию [см. консультативное мнение Высшей судебной палаты № 105, указанное *выше* в § 40]. Конституционный суд отмечает, что существуют достаточные гарантии против произвольных решений. Таким образом, обращение в части предполагаемого нарушения принципа состязательности [см. § 37 *выше*] является необоснованным и необходимо отклонить.

43. Касательно утверждений автора обращения, что оспариваемые положения, предусматривающие отстранение избранного защитника от производства по делу, нарушают право собственности защитника, Конституционный суд отмечает, что договор об юридической помощи является достаточным основанием для появления «законного ожидания», связанного с приобретением «имущества», по смыслу ст. 46 Конституции. В связи с этим, Конституционный суд отмечает, что до того, как согласиться представлять интересы своего клиента, защитник обязан проверить, если не присутствуют обстоятельства несовместимости (см. ст. 67 ч. (5) Кодекса и § 19 *выше*). Это оправдано тем, что защитник может представлять интересы клиента только в условиях закона. Если не существует обстоятельств несовместимости, защитник может иметь «законное ожидание», связанное с приобретением «имущества» в результате оказанной юридической помощи. При этом Конституционный суд отмечает, что представление лица в условиях несовместимости не означает представлять его в условиях закона. Таким образом, в случае отстранения защитника в связи с тем, что он находится в положении несовместимости с интересами его клиента, первый не может иметь «законное ожидание» для приобретения «имущества». Договор об оказании юридической помощи, заключенный в условиях несовместимости, не подпадает под защиту ст. 46 Конституции и не может служить основанием для «законного ожидания». Таким образом, ст. 46 Конституции не распространяется на договоры об оказании юридической помощи, подписанные в условиях несовместимости. Кроме того, учитывая, что вопрос, поднятый автором обращения, может быть разрешен средствами, установленными законом, Конституционный суд отмечает, что не является компетентным рассматривать обращение в этой части.

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ О НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ОБРАЩЕНИЯ № 55G/2019

44. Что касается других доводов автора обращения, Конституционный суд отмечает, что исключительный случай неконституционности является средством защиты прав и основных свобод, запрос об исключительном случае неконституционности может быть представлен в судебном процессе и только в случае применения спорных положений при разрешении дела (см. ПКС № 2 от 9 февраля 2016 года, § 78).

45. Таким образом, Конституционный суд отмечает, что, с этой точки зрения, обращение является неприемлемым в части, касающейся конституционного контроля всего Уголовно-процессуального кодекса.

Исходя из вышеизложенного, руководствуясь положениями ст. 26 Закона о Конституционном суде, ст. 61 ч. (3) и ст. 64 Кодекса конституционной юрисдикции, Конституционный суд

**О П Р Е Д Е Л И Л:**

1. *Признать неприемлемым* обращение об исключительном случае неконституционности

- ст. 52 и ст. 53<sup>1</sup>;

- синтагмы «лица, осуществляющего уголовное преследование» в ст. 67 ч. (5) п. 5);

- предложения «прокурор или судебная инстанция освободили его от участия в производстве по делу ввиду обнаружения обстоятельств, исключающих его участие в этом качестве» в ст. 67 ч. (6) п. 3);

- ст. 72 ч (4) Уголовно-процессуального кодекса, утвержденного Законом № 122 от 14 марта 2003 года;

- Уголовно-процессуального кодекса в целом, утвержденного Законом № 122 от 14 марта 2003 года, представленное по ходатайству адвоката Георгия Малик, в рамках дела № 10-638/19, рассматриваемого судом Кишинэу, сектор Чокана.

2. Настоящее определение является окончательным, обжалованию не подлежит, вступает в силу со дня принятия и публикуется в «Monitorul Oficial al Republicii Moldova».

**Председатель**

**Михай ПОАЛЕЛУНЖЬ**

*Кишинэу, 25 апреля 2019 г.*

*ОКС № 59*

*Дело № 55g/2019 г.*