

М.С. Рудакова
адвокат Первой Красноярской
краевой коллегии адвокатов



К ВОПРОСУ О САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПОЗИЦИИ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

С момента появления института адвокатуры (правозаступничества) актуальным остается вопрос о том, свободен ли адвокат (защитник) в уголовном процессе при определении позиции по делу или он полностью связан позицией клиента.

УПК РФ упоминает об интересе подзащитного в ст. 49: защитник – лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. Однако в УПК РФ ничего не говорится о том, обязан ли адвокат отстаивать любую позицию своего подзащитного или нет. Об этом говорится в п. 3, 4 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности», согласно которым адвокат не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя,

за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя, также он не вправе делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает.

Кодекс профессиональной этики адвоката (КПЭА) содержит несколько норм, которые регулируют отношения подзащитного и адвоката при определении позиции. Первая из них, ст. 5 КПЭА, закрепляет принцип профессиональной независимости адвоката. Статья 10 КПЭА предусматривает, что закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или указания доверителя, направленные к несоблюдению закона или нарушению правил, предусмотренных КПЭА, не могут быть исполнены адвокатом. Также ст. 9 КПЭА аналогично закону указывает, что адвокат не вправе действовать вопреки законным интересам доверителя, а также не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле.

Таким образом, в РФ существует общий запрет адвокату (защитнику) иметь позицию, противоречащую позиции своего подзащитного. В теории уголовного процесса на этот счет существует и иное мнение. Можно выделить три основных направления по вопросу о соотношении позиций¹ адвоката (защитника) и его подзащитного.

И.Д. Перлов, И.Д. Брауде, Д.Н. Азаров, М.В. Ходилина и др.² высказываются о том, что правовая позиция защитника обязательно должна определяться позицией его подзащитного. Лишь факт самоговора подзащитного следует рассматривать как единственное обстоятельство, дающее адвокату-защитни-

¹ Под «позицией» в настоящей статье понимается обоснованное (т.е. имеющее под собой материально-правовую базу) мнение адвоката относительно всех процессуальных и материальных элементов разрешаемого уголовного дела (по поводу квалификации деяния, отдельных фактических обстоятельств, их доказанности, промежуточных выводов, законности процессуальных действий следователя и др.).

² См.: Бернам У.С., Решетникова И.В., Прошляков А.Д. Судебная адвокатура : пособие для адвокатов / под ред. И.В. Решетникова. СПб., 1996. 56 с.; Азаров Д.Н. Формирование профессиональных этических правил и дисциплинарной ответственности адвоката : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М., 2009; Ходилина М.В. Правовая позиция адвоката (защитника): проблемы формирования и реализации : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М., 2013 и др.

ку право занимать позицию по делу вопреки воле самого подзащитного. Другие (Н.Н. Полянский, А.Ф. Кони, М.А. Чельцов-Бебутов, Н.И. Капинус, Е.Г. Мартынчик, А.Д. Бойков, А.С. Барабаш и др.¹) доказывают глубокую ошибочность такой точки зрения. Есть и те, которые занимают промежуточную позицию (Э.Д. Синайский, Е.Т. Матвиенко и др.), указывая, что адвокат должен иметь самостоятельную позицию при определенных условиях.

Авторы, которые считают запрет адвокату иметь позицию, противоположную позиции подзащитного, обоснованным и необходимым, ссылаются на следующие аргументы. Во-первых, презумпция невиновности, при которой адвокат не может утверждать о том, что его подзащитный виновен, в случае, если он говорит об обратном, так как только в конце судебного заседания и только судом после исследования всех материалов дела может быть установлена его виновность или невиновность. Вторым аргументом является то, что адвокат не может иметь позицию, противоположную позиции своего подзащитного, так как в уголовном процессе он осуществляет функцию защиты. В ином случае (если адвокат будет реализовывать свою позицию, противоположную позиции клиента) подзащитный лишается права на защиту, нарушается принцип состязательности в уголовном процессе. Более того, многие из авторов указывают, что возможно увеличение злоупотребления и ошибок со стороны адвокатов в случае наличия у них права на выбор и реализацию собственной позиции. Ну и последнее – это то, что адвокат не может формировать свою позицию по делу, так как он участник уголовного процесса, у ко-

¹ См.: Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите: репринтное воспроизведение издания 1927 года. М.: Издательство «Правовая защита», 1927. 56 с.; Кони А.Ф. Избранные произведения / сост. А.Б. Амелин. М.: Госюриздат, 1956. 94 с.; Бойков А.Д., Капинус Н.И. Адвокатура России: монография / под ред. А.Д. Бойко. М.: Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2000; Барабаш А.С. Субъекты уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуального доказывания // Сибирские юридические записки: ежегодник Ассоциации юридических вузов «Сибирь». Вып. 1 / Краснояр. ун-т. Красноярск, 2002. С. 123–135; Мартынчик Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования: монография / отв. ред. Е.Г. Мартынчик. М., 2009 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

того нет и не может быть собственного внутреннего убеждения.

Следует заметить, что сторонников данной точки зрения большинство. Так, например, Д.Н. Азаров отмечает, что позиция защитника напрямую зависит от отношения подзащитного к обвинению¹. Исходя из этого, адвокат может иметь следующие варианты позиций по делу: если обвиняемый не признает обвинение полностью – позиция невиновности; если обвиняемый признает обвинение частично – виновен частично, позиция переквалификации; если обвиняемый признает обвинение полностью – позиция снижения наказания; если обвиняемый отказывается выразить отношение к обвинению – позиция невиновности².

Не так категорично отвечает на вопрос о возможности расхождения позиций адвоката и подзащитного Э.Д. Синайский, который предполагал, что солидарность защитника с подзащитным – основной принцип защиты. Однако расхождение между ними хотя и крайне нежелательно, но допустимо³. Разделяя, по сути, этот взгляд, Е.Т. Матвиенко делает оговорку: «Адвокат может избрать иную линию защиты, расходящуюся с позицией подзащитного, только поставив его в известность и получив на это прямое или молчаливое согласие»⁴.

О праве и нравственном долге адвоката поступать исходя из материалов дела и своего внутреннего убеждения независимо от позиции, занятой его подзащитным, указывали Н.Н. Полянский, А.Ф. Кони, А.Л. Цыпкин, Е.Г. Мартынчик и др. В частности, как утверждал Н.Н. Полянский, «если у адвоката все же сложилось убеждение в виновности обвиняемого, чувство собственного достоинства и достоинства той профессии, ко-

¹ Азаров Д.Н. Указ. соч.

² См.: Львова Е.Ю. Защита по уголовному делу : пособие для адвокатов / под ред. Е.Ю. Львовой. М., 2002. 102 с.; Бернам У.С., Решетникова И.В., Прошляков А.Д. Указ. соч. С. 54–55; Кудрявцев В.Л. Проблемы формирования и реализации позиции адвоката-защитника на судебном следствии // Адвокат. 2005. № 4. С. 15–19.

³ Синайский Э.Д. Основные вопросы защиты в уголовном процессе // Советское государство и право. 1961. № 5. С. 70–75.

⁴ Матвиенко Е.Г. Судебная речь : монография. Минск, 1972. 50 с.; Игнатов С.П. Стратегия и тактика деятельности адвоката-защитника по уголовному делу // Уголовное право. 2003. № 1. С. 89.

торую он выполняет, не должно позволить ему говорить, что он убежден в обратном»¹.

Утвердительный ответ на этот вопрос дает и Е.Г. Мартыничик: «Нельзя лишать адвоката права самостоятельно определять свою позицию по делу и в тех случаях, когда подсудимый отрицает свою причастность к преступлению, а доказательства, исследованные в судебном заседании, приводят адвоката к противоположному выводу»². «Нельзя требовать от адвоката, чтобы он строил защиту вопреки своим убеждениям», – писали Н.С. Алексеев и Т.В. Макарова: «Любое предложение защитника должно быть выводом из произведенной им оценки всех обстоятельств дела по внутреннему убеждению»³. При этом они же указывают: «Избранную позицию адвокат обязан согласовать с подсудимым, но следовать за ним не может и не должен... Рекомендовать занимать только ту позицию, которую считает нужным избрать обвиняемый, значит снижать эффективность деятельности адвоката, дезориентировать следователя, прокурора и судей, которые могут... с недоверием отнестись к позиции защитника, считая её сугубо субъективной и полностью зависимой от подсудимого, заинтересованного в исходе дела»⁴.

Полагаем, что с позицией последних авторов в целом можно согласиться, в противном случае адвокат становится «наемным рабочим» своего подзащитного, доводя до суда его позицию, а не позицию, сложившуюся у адвоката после изучения всех имеющихся в материалах дела документов. Кроме того, адвокат, а не подзащитный является профессиональным участником уголовного процесса, в силу чего именно он должен определять правовую позицию по делу.

Нельзя согласиться с тем, что защитник, который имеет и реализует свою позицию, отличную от позиции подзащит-

¹ Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. Репринтное воспроизведение издания 1927 года / предисл. М.О. Баева, О.Я. Баева. Воронеж, 2003. 51 с.

² Мартыничик Е.Г. Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции : монография / под ред. Е.Г. Мартыничик. Кишинев, 1978. С. 163–164.

³ Алексеев Н.С., Макарова З.В. Ораторское искусство в суде : учеб. пособие / под ред. Н.С. Алексеева. Л., 1985. С. 124–126.

⁴ Там же. С. 130.

ного (например, в случае, если подзащитный отрицает свое участие и вину в преступлении, а адвокат уверен в том, что подзащитный совершал действия, но их можно расценить как необходимую оборону или крайнюю необходимость), будет выступать в роли судьи и предрешать вопрос о виновности или невиновности своего подзащитного, тем самым нарушать принцип презумпции невиновности. Реализуя свою позицию, адвокат не решает вопрос о виновности подзащитного, он таким образом оказывает квалифицированную юридическую помощь, оценивая все факты, доказательства, законодательные акты, судебную практику, и приходит к выводу о необходимости реализовать позицию, которая наибольшим образом будет способствовать защите прав и интересов подзащитного, о чем последний может заблуждаться.

При этом защитник не переходит на сторону обвинения, он лишь как еще один профессионал в уголовном процессе помогает объективно, полно и всесторонне исследовать и установить все обстоятельства, а в случае нарушения процессуальных прав и интересов подзащитного, неправильной оценки каких-либо обстоятельств и др. способствовать их устранению (то есть осуществлять защиту).

Анкетирование¹ адвокатов относительно вопроса о том, какой позиции они придерживались (будут придерживаться) в случае несовпадения позиции, показало следующее: 55 % придерживались совместно выработанной позиции, 19 % полностью следовали позиции клиента, не будучи с ней согласны, 14 % полностью следовали своей позиции, переубедив клиента в слабости его позиции, 0 % получил ответ «полностью следовали своей позиции, несмотря на то, что переубедить клиента в слабости его позиции не удалось».

Результаты анкетирования также показывают, что 69 % адвокатов в случае расхождения позиций не действуют (не будут в будущем действовать) согласно позиции своего подзащитного, они либо приходят к совместной позиции, либо действуют согласно своей позиции.

Отвечая на вопрос анкеты о том, является ли норма КПЭА о полном запрете адвокату (за исключением случаев самоого-

¹ Данные получены в результате проведения анкетирования среди 50 адвокатов г. Красноярск в 2014 г.

вора) иметь позицию, противоположную позиции подзащитного, оправданной, 81 % опрошенных ответили положительно. Возможно, это вызвано тем, что сам по себе запрет так или иначе снимает с адвокатов некую долю ответственности за результат, не обязывает их действовать активно, при любом решении судьи адвокат сможет сказать, что «так хотел подзащитный!».

И последнее, что следует опровергнуть, это мнение ученых-процессуалистов, считающих запрет на несовпадение позиций обоснованным, о том, что адвокат – это участник процесса, не имеющий собственного внутреннего убеждения по делу, а следовательно, он не может формировать свою позицию¹. Это, как утверждают они, следует из ст. 17 УПК РФ, которая гласит: «Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью» – и не содержит в этом списке защитника как лица, которое может оценивать доказательства по внутреннему убеждению. Таким образом, при выработке позиции по уголовному делу адвокат должен руководствоваться позицией, выбранной подзащитным в конкретной ситуации, поэтому он не вправе иметь свою позицию защиты, не согласовав ее с клиентом, какой бы правильной она ни была².

Однако мы, как и многие другие процессуалисты³, убеждены, что адвокат, подвергая оценке доказательства, излагая свою позицию, действует исключительно на основе своего внутреннего убеждения. Несмотря на то, что в действующем законодательстве прямо не говорится, что адвокат в своей деятельности руководствуется своим внутренним убеждением. Но в КПЭА

¹ См.: И.М. Резниченко. Защита клиента, не признающего своей вины. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/5787>.

² Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура РФ : учебник / под ред. М.Б. Смоленского. Ростов н/Д : Литера, 2002. 74 с.

³ Ревина И.В. К вопросу о внутреннем убеждении адвоката при оказании помощи по уголовным делам, 2011 г. // Справочно-правовая система «Консультант Плюс; Брестер А.А., Панченко В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты // Адвокатская практика. 2012. № 6. С. 10–13; Барабаш А.С., Шафиров В.М. Основа отношений между субъектами уголовного процесса и адвокатом // Академический юридический журнал. 2012. № 4. С. 36–41.

сказано, что в своих действиях адвокат руководствуется своей совестью, что можно приравнять к внутреннему убеждению. Убеждение, сложившееся у адвоката на основе всех имеющихся в его распоряжении данных – материалов дела, конфиденциальных свиданий с доверителем, фактов, проверенных на предварительном, судебном следствии, приводит его к определенной позиции, является основой для подачи заявлений, жалоб и ходатайств и в конечном счете способствует формированию конкретных выводов по делу. Убеждение в правильности избранной и отстаиваемой им позиции необходимо потому, что только в этом случае адвокат надлежащим образом сможет выполнить свою процессуальную функцию, свой профессиональный и одновременно нравственный долг перед доверителем¹.

На наш взгляд, адвокат в уголовном процессе должен обладать внутренним убеждением относительно обстоятельств дела. И в случае, если он убежден в законности и обоснованности обвинения, если в ходе судебного следствия эта уверенность только крепнет, а клиент требует добиваться полного оправдания, то он должен «провести работу по их согласованию (своей позиции и позиции доверителя), по объяснению клиенту последствий выбора позиции без достаточного основания. Адвокат должен продемонстрировать всю «слабость» позиции подозреваемого, обвиняемого, если он с ней не согласен. Если и после этого сохраняется разное понимание по поводу предварительной или итоговой позиции по делу, **то необходимо напомнить обвиняемому о его праве отказаться от защитника и пригласить другого**. В ином случае оказывать квалифицированную юридическую помощь становится практически невозможно². В ситуации, когда предпринятые адвокатом меры не привели к согласованию позиций, а подзащитный не отказался от адвоката и стоит на своем, то адвокат должен иметь право на собственную позицию. **Еще раз обратим внимание, в деятельности профессионального защитника ситуации крайнего расхождения позиций, которого не**

¹ Ревина И.В. К вопросу о внутреннем убеждении адвоката при оказании помощи по уголовным делам, 2011 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

² Брестер А.А., Панченко В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты // Адвокатская практика. 2012. № 6. С. 10–13.

удалось устранить, возникать не должны вообще или быть крайне редкими.

В настоящее время с учетом сказанного нами выделены несколько ситуаций, когда адвокат без вреда для клиента и в случае расхождения позиции с ним должен иметь возможность отстаивать свою позицию, основанную на всестороннем и полном изучении материалов дела, нормах права и судебной практики.

Первая из таких ситуаций, когда доверитель отрицает свое участие и вину в деянии, адвокат же уверен в том, что его подзащитный участвовал в нем, но его действия не являются преступлением, а их можно расценить как необходимую оборону, крайнюю необходимость или как иное деяние, исключающее преступность, предусмотренное гл. 8 УК РФ, либо доказать то, что его действия не являются преступлением в силу малозначительности. Доказывание этих обстоятельств будет, безусловно, благоприятнее для обвиняемого, чем необоснованное отрицание его участия и вины.

Еще одним обстоятельством, при котором адвокат может иметь свою позицию, является несовершеннолетие подзащитного, в силу чего он не способен правильно оценивать и осознать свое процессуальное положение, возможный результат той или иной правовой позиции. Именно поэтому адвокат как профессионал должен самостоятельно оценивать фактическую и юридическую основу делу, формировать позицию, которая наибольшим образом будет способствовать учету и реализации прав и свобод несовершеннолетнего.

И последнее, возможность адвоката, пришедшего к выводу о незаконности и необоснованности вынесенного судебного решения, несмотря на согласие осужденного с данным решением, подавать апелляционную, кассационную и надзорную жалобы. При таком противоречии позиций относительно принятого судом решения адвокат, на наш взгляд, должен иметь возможность подать жалобу, если после ее разрешения положение обвиняемого улучшится, так как он (по сравнению с подзащитным)¹ как профессионал может оценить решение

¹ См.: Разъяснения Совета Адвокатской палаты Красноярского края «О применении ч. 4 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката», утвержденное решением от 24.04.2014 г. URL: <http://www.krasadvpalata.ru/novosti/372.html>.

суда, сделать вывод о его законности и обоснованности. Несмотря на это, судами при рассмотрении жалоб адвоката заведена иная практика.

В настоящий же момент любые расхождения в позициях адвоката и его подзащитного станут причиной как привлечения к дисциплинарной ответственности, так и отмены приговора¹. Надеемся, что в будущем при повышении уровня профессионализма адвокатов и сотрудников правоохранительных органов, при общем повышении уровня правовой культуры станет возможен вариант реализации адвокатом собственной позиции, когда позиция подзащитного не имеет под собой оснований. Еще больше выражаем надежду на то, что таких ситуаций будет относительно немного или не будет вообще.

¹ См.: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 17 января 2002 г. № 67-001-83; Обзор кассационной и надзорной практики Приморского краевого суда по уголовным делам за первое полугодие 2011 г. от 30 июня 2011 г.; Кассационное определение Саратовского областного суда от 17 сентября 2009 года, Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2003 года, дело № 67-002-67; Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 18 июня 2013 г. № 22-АПУ13-1 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».