

Уголовно–процессуальная правовая политика в сфере юридической помощи

Брестер А.А.

Политика это деятельность всегда по поводу чего-то уже существующего. Она не может быть сама по себе. Она берет основание и направлена на те явления в жизни общества, которые требуют организации и управления. Эффективность политики напрямую зависит от того, насколько она основана на реальных потребностях общества или его части, насколько адекватно понята сущность и особенности той сферы жизни, в которую политическая воля вторгается. В ином случае это неответственная и неэффективная политика. Она направлена на удовлетворение потребностей отдельных групп, на кратковременное разрешение той или иной ситуации, но не на оптимальное урегулирование общественных отношений. В этом смысле, говоря о том как необходимо выстроить уголовно-процессуальную политику, мы должны понимать, как и почему должен быть устроен непосредственно уголовный процесс, который отвечает потребностям современного общества. Понимая это, мы без труда найдем и изъяны, присущие современной правовой политике в этой сфере.

Вот определение правовой политики, предлагаемое сегодня теоретиками права для сферы уголовного процесса. *Уголовно-процессуальная политика — это деятельность органов государственной власти и должностных лиц по определению приоритетов в правовом регулировании уголовного судопроизводства, созданию эффективного механизма уголовно-процессуального регулирования и его совершенствованию, обеспечению надлежащего выполнения участниками уголовного судопроизводства возложенных на них функций и реализации назначения уголовного*

*судопроизводства, предусмотренного ст. 6 Уголовно- процессуального кодекса РФ.*¹

Оставим в стороне пока вторую часть определения. Обратим внимание на то, что в первой части фигурируют три разных вида деятельности. Во-первых, это сама правовая политика, во-вторых – правовое регулирование и, в-третьих – непосредственно уголовное судопроизводство. Каждый из этих видов деятельности имеет свои цели, средства, субъектов и все они взаимосвязаны. Правовая политика это то, что определяет приоритеты в правовом регулировании, то есть для правового регулирования это что-то вроде целеполагания.

Когда мы говорим о правовом регулировании, мы говорим об оформлении правом тех или иных общественных отношений. Правовое регулирование призвано упорядочивать общественные отношения, обеспечивая реализацию позитивных интересов субъектов². Оно есть «осуществляемое при помощи права и всей совокупности правовых средств юридическое воздействие на общественные отношения»³.

Но самое главное здесь – сам уголовный процесс как деятельность, сложившаяся исторически, имеющая своё основание в многовековом укладе общественной жизни того или иного социума. От того, насколько точно понята его сущность и специфика и будет зависеть эффективность правовой политики⁴. Поняв, что это за деятельность и как она должна быть устроена, необходимо принять политические решения относительно того, что является приоритетным в регулировании, а уже затем деятельность должна оформляться и регулироваться правом. Все это процессы, конечно, нелинейные и подобная последовательность в большей мере условна, но

¹ Малько А.В. Теория правовой политики. - Москва : Юрлитинформ, 2012. – С.254

² Теория государства и права: курс лекций / под ред Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2000. С. 725.

³ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит., 1966. С.5

⁴ О том, что лежит в основании уголовно-процессуальной политики см. также Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. СПб., 2006

отражает понятое нами соотношение правовой политики, уголовного процесса и правового регулирования.

Сказанное выше не позволяет принять нам вторую часть определения уголовно-процессуальной правовой политики – ту, где речь идет об обеспечении надлежащего выполнения участниками уголовного судопроизводства возложенных на них функций и реализации назначения уголовного судопроизводства. Само по себе такое обеспечение – не политическая деятельность. Это скорее и есть один из приоритетов в выстраивании правовой политики.

В нашей работе нас интересует не вся уголовно-процессуальная политика, а та ее часть, которая касается юридической помощи в сфере уголовного процесса. Но эта часть целиком и полностью зависит от того какое место юридическая помощь занимает во всем механизме уголовного судопроизводства. Для ответа на этот вопрос нужно четко определиться, какое начало лежит в основании отечественного уголовного процесса – состязательное или публичное.

Выбор этот дается современной науке не так-то просто. Казалось бы, закон закрепляет в качестве определяющего основания уголовно-процессуальной деятельности в России состязательность. Большое количество ученых сразу же поставили себе задачу заложить под состязательность научную основу (хотя процесс должен быть обратным – сначала научная основа, потом ее реализация). Но чем больше нарабатывалось практики, чем больше было не самых удачных попыток обосновать состязательное начало, тем больше появлялось сторонников и аргументов, обосновывающих противоположное, публичное начало уголовного процесса.

К сегодняшнему дню в уголовно-процессуальной науке выделились два центральных понятия «публичность» и «состязательность» с позиций которых сторонники того или иного понятия интерпретируют содержание уголовного процесса. И эти интерпретации во многом зависят от того, что

вкладывается в эти понятия, чем и как определяется их удельный вес в исследуемом процессе.

Когда мы говорим о состязательном процессе, мы подразумеваем процесс с наличием равных сторон. Стороны имеют равный или приблизительно равный объем прав на протяжении всего уголовного судопроизводства. Цель каждой из сторон – донесение своей позиции до независимого органа, то есть суда, и обеспечение принятия судом решения по уголовному делу, соответствующего её позиции. Наличие позиции подразумевает доступ обеих сторон к собиранию, проверке и оценке доказательств. Решение в рамках такого процесса принимается судом исключительно на основе данных, предоставленных противоборствующими сторонами.

Отметим, что такое выделение состязательного процесса нами производится с учетом того, что на сегодняшний день он в классическом своем виде не существует в силу общемировой тенденции к «опубличиванию» уголовного процесса, которая была подмечена еще в середине XIX века В.А. Линовским⁵, позже описана И.Я. Фойницким⁶ и утверждается некоторыми современными авторами⁷, в том числе и в Англии⁸. Подобное описание состязательности «в чистом виде» необходимо нам в научных целях, чтобы быть ближе к корням вещей, к сущности состязательности, утерянной сегодня за массой якобы необходимых условий ее существования.

⁵ Линовский В.А. Опыт исторических разысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России. Одесса, 1849. С.7–13.

⁶ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.1. СПб. 1902. С. 14. Также автор пишет и об отсутствии состязательности в «чистом виде». Там же. С. 62.

⁷ См. также: Масленникова Л.Н. Публичное и диспозитивное...: дис. ... д-ра юрид. наук. С. 20; Барабаш А.С. Указ.соч. С. 139; Есть и иная точка зрения по этому поводу, что процесс стремится к расширению частного, нежели публичного. Так, Е.В. Кронов пишет: «... не вызывает сомнения тот факт, что уголовный процесс, являясь изначально отраслью сугубо публичной, государственной, все больше приобретает элементы частного характера... Подобная тенденция характерна для уголовного процесса во всем мире». См.: Кронов Е. В. О реализации принципов состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России // Журнал российского права. 2008. № 2. С.141–149. С указанным выводом мы согласиться не можем в силу того, что автором он не обоснован и, с нашей точки зрения, противоречит историческим фактам, которые послужили основой для укрепления противоположной позиции в науке.

⁸ Ashworth A., Redmayne M. The Criminal Process. Oxford, 2010. P. 69.

Публичная форма (форма, основанная на публичном начале) уголовного судопроизводства характеризуется отсутствием в процессе противоборствующих сторон. В рамках данного процесса действуют компетентные органы публичной власти, целью которых является установление подлежащих доказыванию обстоятельств, а методом достижения данной цели – объективность, всесторонность и полнота⁹. Цель компетентных органов – не обвинение лица, а установление всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, среди которых есть и те, что «в пользу обвиняемого». Эти обстоятельства устанавливаются не в рамках спора противоборствующих сторон, а самостоятельно тем органом, решением которого определяется виновность или невиновность лица в совершении преступления. Вышесказанное позволяет нам обозначить сущность состязательности таким термином как *«спор»*, сущность публичности мы выразим как *«познание»*.

В этом смысле российский уголовный процесс и есть по своей сути публичный, или следственный (от «исследовать»). Прокурор и адвокат, вопреки существующему заблуждению, в нашем процессе не могут идти с готовой позицией. Позиция может появиться только тогда, когда они сами примут участие в исследовании доказательств, в суде. До этого им знакомы только материалы дела, что не позволяет прийти к внутреннему убеждению, поскольку знакомство с материалами дела не дает возможности определить их достоверность, что возможно только при непосредственном исследовании. На момент начала судебного заседания у них есть лишь мнение, предварительное представление об обстоятельствах, подлежащих доказыванию. Прокурор идет в процесс как орган надзора (которому все равно какой приговор будет – оправдательный или обвинительный, главное,

⁹ Подробней об объективности, всесторонности и полноте как методе уголовного процесса см. Брестер А.А. Цель уголовного процесса и ее значение для определения метода уголовно-процессуальной деятельности // Вестн. С.-Петерб. ун-та. Сер. 14. 2012. Вып. 1. С. 74-82; Брестер А.А. Метод российского уголовного процесса, его значение для определения системы принципов // Правовая модернизация как фактор развития общества и государства : сборник статей студентов, аспирантов и молодых ученых / отв. ред. Э.А. Павельева, Т.Ю. Сидорова, Сибирский федеральный университет, Юридический институт. □ Красноярск : ИПК СФУ, 2010. - С.440-445.

чтобы законный), а адвокат как тот, кто готов в любой момент отреагировать на нарушение прав своего подзащитного. Другое дело, что искусственная ориентация на состязательность, создала сегодня ситуацию противоборства между прокурором и защитником без каких либо на то оснований.

Публичное начало на сегодняшний день имеет полноценное научное обоснование,¹⁰ и нам остается только присоединиться к тем историческим, философским и юридическим аргументам, что уже были высказаны ранее. Понимая сущность отечественного процесса именно так, наши дальнейшие рассуждения о роли юридической помощи в нем и правовой политике в этой сфере будут строиться исходя из публичности. Дополнительное основание для этого мы видим в отмеченной тенденции развития процессуальной формы в сторону публичности.

Ключевая фигура при рассмотрении вопроса о юридической помощи в сфере уголовного судопроизводства – защитник. Верно отмечает В.Ю. Панченко, что многие вопросы юридической помощи разрабатывались именно в рамках профессиональной защиты по уголовным делам. Оттого на этом аспекте мы заострим особое внимание, не забывая об иных участниках процесса, которым тоже оказывается юридическая помощь. Но о них позже.

Действующий закон именно на защитника возлагает функцию защиты подозреваемого, обвиняемого и оказание им юридической помощи при производстве по уголовному делу. Закон, как кажется, разводит понятия защиты и юридической помощи. Но так ли они различны?

Согласимся со следующим определением юридической помощи. Это «осуществляемое средствами юридического характера адресное невластное профессиональное и организованное содействие реализации правовых возможностей субъекта права в целях преобразования проблемной правовой ситуации и максимально благоприятного удовлетворения его

¹⁰ Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. - С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2005; Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2009

индивидуальных интересов»¹¹. Под проблемными правовыми ситуациями понимается «круг или система проблем, на разрешение которых направлена профессиональная юридическая деятельность», «совокупность фактических обстоятельств, нуждающихся в изменении и порождающих необходимость использования права, правовых норм и правовых действий для изменения создавшегося положения и достижения определённого результата». Индивидуальные интересы могут быть исключительно законными¹².

В свою очередь защита подозреваемого и обвиняемого - это деятельность защитника, осуществляемая в случае совершённого или совершаемого нарушения его прав, свобод или законных интересов и направленная на обеспечение реализации нарушенного права, свободы или законного интереса. Сказанное означает, что не все, что делает защитник в уголовном процессе, есть защита. До того, как права обвиняемого или подозреваемого не нарушены защитник, скорее, охраняет их. На это же указал и Конституционный суд в одном из своих решений. Юридическая помощь защитника в уголовном судопроизводстве, по мнению Конституционного суда, не ограничивается процессуальными и временными рамками его участия в деле при производстве расследования и судебного разбирательства, она включает и возможные предварительные юридические консультации ... устные и письменные справки по законодательству, составление заявлений жалоб и других документов правового характера¹³.

Более того, при объективном, всестороннем и полном расследовании и защита как таковая может не понадобиться. Другое дело, что такого, как правило, не бывает в реальности, что и обуславливает наличие защитника в публичном процессе. «Публичное предназначение его (защитника – А.Б.) деятельности - пишет - А.С. Барабаш - состоит в том, чтобы препятствовать

¹¹ Панченко, В. Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории) / В. Ю. Панченко. – Красноярск: ИПК СФУ, 2011. – С. 133-134

¹² Жалинский, А. Э. Основы профессиональной деятельности юриста / А. Э. Жалинский. – Смоленск: БЕК, 1995. – С. 76

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2000 N 128-О

"По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом 1 части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР"

односторонности в деятельности органов государства в тех случаях, когда подобное может угрожать правам и законным интересам его подзащитного»¹⁴. Включаться адвокату в деятельность следует в тех случаях, когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. В этом смысле он не противостоит органам государства, а при квалифицированной их работе – взаимодействует с ними и помогает тем, что вовремя указывает на ошибки и запускает механизмы их исправления. И для этого он и призван оказывать квалифицированную юридическую помощь, которая по содержанию включает в себя и то, что можно понимать под защитой.

Если бы мы исходили из состязательности процесса, понимание защиты было бы иным. Роль защитника, если смотреть сквозь призму состязательности, сводится к формированию и донесению до суда в рамках судебного разбирательства позиции, свидетельствующей об отсутствии вины обвиняемого в совершении преступления, и обеспечение принятия судом решения на основании данной позиции. Иными словами, его роль можно сводить к защите обвиняемого от обвинения, даже от законного и обоснованного.

В публичном уголовном процессе деятельность защитника не связана с защитой любой ценой. И вообще – не вся деятельность адвоката тут есть защита. То, что предписано делать защитнику можно смело назвать без разделения на защиту или нет – оказанием квалифицированной юридической помощи. Защитник, как мы выяснили, осуществляет практически все виды юридической помощи. А если говорит точнее, то содержание того, что закон называет защитой включает в себя в качестве средств другие формы юридической помощи (юридическое информирование, юридическое консультирование, составление юридических документов), но они имеют второстепенное значение, относятся к «внутренней» его стороне

¹⁴ Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2009 С.320-321

(взаимодействию между субъектом оказания и субъектом получения юридической помощи), тогда как главная черта данной формы юридической помощи состоит во внешней направленности деятельности субъекта оказания¹⁵.

Причем юридическое представительство обладает рядом крайне специфичных черт в рамках уголовного судопроизводства относительно подозреваемого, обвиняемого. Это обусловлено тем, что именно в сфере уголовного судопроизводства «затрагиваются и ограничиваются, как ни в какой другой области, права и свободы (прежде всего конституционные) человека и гражданина»¹⁶.

Очевидно, поэтому оказывать юридическую помощь в уголовном процессе могут по общему правилу только адвокаты. Подразумевается, что лица, наделенные таким статусом, априори обладают достаточной квалификацией для оказания квалифицированной помощи. Между тем к этому правилу исторически пришли не сразу. Если посмотреть Устав Уголовного Судопроизводства 1864 года, то он предусматривал практически свободный выбор защитника из числа любых людей (ст.565), но на первом месте указывал все же присяжных поверенных. Более того, когда речь шла о назначении защитника, то назначался он из числа «состоящих при суде присяжных поверенных, а за недостатком сих лиц - из кандидатов на судебные должности, известных председателю по своей благонадежности» (ст.566). Такой порядок впоследствии как раз и породил дискуссию о необходимости ограничить круг лиц, которые могут быть защитниками, хотя еще долгое время считалось, что «лишая подсудимого помощи лиц, которым он наиболее доверяет, и, создавая опасность совершенной беззащитности при недостатке патентованных защитников»¹⁷.

¹⁵ Панченко В.Ю. Теоретические основы типологии юридической помощи // *Адвокат*. 2011. № 11. С.

¹⁶ Хитрова О.В. О некоторых понятиях уголовно-процессуального закона // *Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ)*. Ч. 2. Екатеринбург, 2005. С. 53.

¹⁷ Защита в уголовном процессе как служение общественное. И.Я. Фойницкий, Ординарный Профессор С.-Петербургского Университета. По изданию 1885г. // Allpravo.Ru, 2004. <http://www.allpravo.ru/library/doc1897p/instrum2050/>

Если не брать во внимание переходный период после Октябрьской революции, то можно сказать, что с установлением советской власти, а именно с принятием Уголовно-процессуального кодекса РСФСР 1922 года¹⁸ и позже его переработанного варианта – УПК РСФСР 1923 года¹⁹ субъектами оказания юридической помощи могли быть в основном профессиональные защитники – адвокаты (ст. ст. 56 и 53 соответственно). Этими же документами предусматривалась альтернатива профессионалам, которая сохранялась вплоть до вступления в силу ныне действующего уголовно-процессуального закона – общественные защитники. В терминологии УПК РСФСР 1960 года (ст.47) под ними подразумевались представители профессиональных союзов и других общественных организаций. Формулировка несколько раз менялась, но сущности это не касалось.

Допустить к участию в уголовном деле представителей профессионального сообщества, как нам кажется и есть проявление некоторой политической воли. Вот как характеризует роль общественного защитника БСЭ: «участие в процессе общественного защитника ... повышает воспитательное значение судебного процесса. Кроме того, участие общественности — одна из форм дальнейшей демократизации советского судопроизводства». Принятие нового уголовно-процессуального кодекса в 2001 году утвердило приоритет государства на обеспечение оказания качественной юридической помощи, и оставила в качестве субъекта таковой профессионального защитника – адвоката.

Стоит оговориться о нескольких исключениях из правила «защитник - адвокат». Первое – когда речь идет о том, что в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. В этом случае защитником становится лицо, не имеющее адвокатского

¹⁸Об Уголовно-Процессуальном Кодексе (вместе с Уголовно-Процессуальным Кодексом Р.С.Ф.С.Р.) : постановление ВЦИК от 25.05.1922 // Консультант-Плюс.

¹⁹Об утверждении Уголовно-Процессуального Кодекса Р.С.Ф.С.Р." (вместе с "Уголовно-Процессуальным Кодексом Р.С.Ф.С.Р.) : постановление ВЦИК от 15.02.1923 // Консультант-Плюс.

статуса. Несмотря на то, что такой защитник обладает всем необходимым объемом прав, допускается он только тогда, когда в дело уже вступил защитник-адвокат. И второе условие допуска иного лица – его способность оказывать квалифицированную юридическую помощь. Суд должен убедиться, что он достаточно разобрался в юридической стороне данного уголовного дела, чтобы хотя бы с помощью адвоката оказывать своему подзащитному реальную юридическую помощь²⁰. При производстве у мирового судьи указанное лицо при выполнении второго условия допускается и вместо адвоката.

Участие защитника в уголовном деле по большому счету, обязательно. Да, подозреваемый, обвиняемый могут отказаться от защитника и защищать себя самостоятельно, но ч.2 ст.52 УПК РФ говорит нам о том, что такой отказ не обязателен для дознавателя, следователя и суда. Последнее означает, что должны быть причины для непринятия такого отказа, и мы видим их как раз в необходимости обеспечить квалифицированную юридическую помощь. Субъект процесса, который получает такой отказ, должен выяснить (помимо добровольности и мотивов), способен ли подозреваемый и обвиняемый в рамках данного конкретного дела защитить себя самостоятельно. При возникновении сомнений в этом, отказ от защитника приниматься не должен. В этом смысле указанная норма, и здесь мы согласимся с Конституционным судом, направлена не на ограничение, а на защиту прав подозреваемого (обвиняемого)²¹. Уголовно-процессуальный закон предусматривает и случаи, когда отказ от защитника в принципе невозможен – они перечислены в ч.1 ст.51. Это те случаи, когда публичный интерес имеет крайне высокую

²⁰ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Смирнов А.В., Калиновский К.Б.М.: "Проспект", 2009// СПС КонсультантПлюс

²¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 N 488-О-О

"Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мозжухина Николая Яковлевича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 297 Уголовного кодекса Российской Федерации и частью второй статьи 52 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации"; Определение Конституционного Суда РФ от 17.12.2009 N 1622-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Афанасенко Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 52 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации"

степень выражения и есть большой риск ущемления прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого.

Одной из основных особенностей правовой помощи в сфере уголовного процесса является статус защитника. Он является самостоятельным участником уголовного процесса, то есть имеет самостоятельные процессуальные права, осуществляет защиту наряду с обвиняемым, а не вместо него и т.д.²². Наличие этих прав связано не со специальным указанием подзащитного об этом (как в гражданском процессе относительно доверителя), а с самим статусом. Отобрать эти полномочия также невозможно (за исключением случая отказа от защитника). Статус защитника, объем его полномочий – тот центральный аспект юридической помощи по уголовным делам, понимание и регулирование которого напрямую зависит от того, какое начало в уголовном процессе реализуется – состязательное или публичное.

И вот здесь, если проанализировать всю систему норм, регулирующих деятельность защитника в России, то мы увидим, что из того, что связано с реализацией состязательности остается только само наименование «защитник» и указание на то, что он осуществляет защиту.

В ситуации спора защита нужна как никогда. Когда вторая сторона настроена только на «победу», на обвинение, то нужно именно защищаться. Но мы уже указывали, что УПК не задает ситуацию спора, она создана в результате порочной практики и ошибочного представления о том, что прокурор должен обвинять в любой момент и во что бы то ни стало. Иначе говоря, речь о так называемом «обвинительном уклоне» современного уголовного процесса.

Если говорить о реальной ситуации спора, реальной состязательности, то стороны должны иметь равные права не только в суде, когда большая часть доказательственного материала уже собрана, но и в тот момент, когда этот материал формируется. У нас это – предварительное расследование.

²² Панченко В.Ю. [Указ.соч. С.](#)

Иными словами, для ситуации реального спора, когда у каждой из сторон имеются свои аргументы нужно вводить элементы адвокатского расследования. «Не будет подлинно состязательного судебного процесса, если не предоставить адвокату права самостоятельно собирать и представлять суду доказательства»²³ - пишет И.Л. Петрухин.

В рамках подготовки к защите своего клиента, адвокат формально имеет полномочия собирать доказательства (ч.3 ст.86 УПК РФ), но так ли это? Очевидно, нет. Особенность уголовно-процессуальных отношений такова, что они всегда осуществляются опосредовано, через субъекта деятельности – дознавателя, следователя, суд. Так и здесь.

«Собиранием доказательств это можно назвать очень условно, понимая под этим возможность адвоката представить информацию органу расследования и в суд. У него есть права по сбору информации, но без производства следственных действий. Доказательством представленная информация станет только после того, как следователь примет ее и оформит в соответствии с законом»²⁴.

Подтверждает нашу позицию по поводу того, что доказательства адвокат все же не собирает и закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Пункт 1 ч. 3 ст. 6 указанного закона не предусматривает права адвоката самостоятельно собирать доказательства, в ней говорится лишь о праве его собирать сведения, необходимые для оказания правовой помощи. Специально в п.3 ч.3 ст.6 делается акцент на собирании предметов, документов и т.п. которые могут стать доказательствами.

Все, что собирает адвокат в рамках оказания юридической помощи, в рамках подготовки к защите для дознавателя, следователя и суда лишь информация. Субъект процесса должен оценить эту информацию на этапе её представления только с одной позиции – позиции относимости. То есть

²³ Петрухин И.Л. Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. № 10 С. 137.

²⁴ Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2009 С.94

защитник должен продемонстрировать, а должностное лицо или суд убедиться, что есть связь между представляемыми материалами и материалами уголовного дела. А вот при наличии такой связи отказать в приобщении к материалам дела будет нельзя. В ином случае, игнорируя материалы, предположительно имеющие необходимую связь с уже собранными доказательствами, игнорируется объективность, всесторонность и полнота исследования. Эту же позицию обозначил Конституционный суд еще в 2004 году²⁵.

Точно такая же картина существовала и до принятия ныне действующего уголовно-процессуального закона. В ч. 2 ст. 70 УПК РСФСР также говорилось о том, что доказательства могут быть представлены защитником, но в первой части данной статьи указано на тех, кто и как доказательства формирует и защитника с его возможными действиями там нет.

Таким образом, ничего для полноценной состязательности у защитника кроме названия нет. Строго формально, и если не извращенно толковать закон, все обстоятельства, в том числе и «оправдательные» устанавливают уполномоченные органы и задача адвоката не допустить односторонности в их действиях, вовремя встать на защиту, если потребуется. Но он не должен сам устанавливать, доказывать обстоятельства, оправдывающие или

²⁵ «Уголовно-процессуальный закон исключает возможность произвольного отказа должностным лицом или органом, осуществляющим предварительное расследование, как в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении представленных ею доказательств к материалам уголовного дела. По смыслу содержащихся в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации нормативных предписаний в их взаимосвязи с положениями статей 45, 46 (часть 1), 50 (часть 2) и 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации, такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельства, которые призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства с позиций принципа разумности оказывается избыточным. Принимаемое при этом решение во всяком случае должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты». См. п. 2.2 Определения Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 N 467-О "По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации"

смягчающие положение его подзащитного как того требует состязательность в классическом ее понимании. Не должен и не может по действующему УПК РФ, который относительно защитника очень четко реализует как раз публичное начало уголовного процесса.

Но адвокатское сообщество по-прежнему видит в состязательности некоторое спасение от обвинительного уклона²⁶. И на то есть субъективные основания – адвоката в современном процессе не слышат, он сегодня больше помеха, нежели тот, кто помогает достичь цели уголовного судопроизводства. Но в состязательности ли тут дело? Скорее нет, чем да. В частности не отсутствие состязательности не позволяет следователю приобщить относимые к делу материалы, а непрофессионализм. Так как если материал важный, следователь не имеет право его игнорировать. И лучшее направление правовой политики в области оказания юридической помощи здесь - совершенствование профессионализма дознавателей, следователей.

Еще один важный момент. По большому счету, говоря о состязательности, чаще подразумевают не построение процесса с двумя сторонами, каждая из которых сама формирует доказательственную базу, а более простое – равенство прав участников судебного разбирательства. Именно его считают одним из основных условий для состязательности²⁷ и, по сути, самой состязательностью. Если в данной ситуации речь идет о равенстве процессуальных статусов органов уголовного преследования и обвиняемого (подозреваемого) на досудебных (хотя этот термин условен для состязательного процесса) и судебных стадиях производства по уголовному делу, тогда это условие для существования состязательности²⁸ и такое равенство сторон переносить в публичный процесс нельзя, в силу необходимости активности субъекта, принимающего промежуточные и итоговые решения. А вот если речь идет о равенстве прав участников

²⁶ Защита приглашает сыщиков: Интервью с Е.В. Семеняко <http://www.rg.ru/2005/03/29/advokat.html>

²⁷ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. С.94; Громов Н.А., Лисоволенко В.В., Гришин А.И. Состязательность и равноправие сторон как принцип уголовного процесса // Следователь. 1999. № 5. С. 35 – 36.

²⁸ Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001. С. 51.

судебного разбирательства, то это не уникальный элемент состязательной формы. Этот элемент – необходимость для достижения целей публичного процесса, и обеспечение этого равенства есть принцип такого процесса. Он направлен на объективное, полное, всестороннее исследование. В состязательном процессе равенство прав участников – часть общего равноправия сторон и имеет немного иное целевое назначение – донести свою позицию до арбитра.

Именно так понимается состязательность сегодня и Европейским судом по правам человека. «Европейский суд по правам человека называет активное участие в процессе как обвинителя, так и обвиняемого, *«состязательным»* (по-французски: *contradictoire*) процессом, право на который имеет каждый в связи с принципом равных возможностей сторон в процессе. В этом смысле гарантия состязательного процесса необязательно предполагает заимствование классической англосаксонской модели уголовного судопроизводства, то есть системы, в которой обвинение и защита действуют на одном уровне под контролем относительно пассивного судьи»²⁹. Понимание состязательности в первую очередь как равенства прав участников судебного разбирательства можно найти во многих решениях ЕСПЧ: Постановление Европейского суда от 27 октября 1993 г. по делу "Домбо Бехер Б.В. против Нидерландов"; Постановлении Европейского суда от 3 марта 2000 г. по делу "Крчмарж и другие против Чехии"; Постановлении Европейского суда от 21.12.2010 по делу «Гладкий против РФ» и др.

И вот это равенство участников судебного разбирательства, его обеспечение и есть одна из основных гарантий оказания квалифицированной юридической помощи обвиняемому в уголовном процессе. Именно его сохранение и создание гарантий реализации равноправия можно смело назвать одним из основных направлений правовой политики в области оказания юридической помощи. Введение же параллельного адвокатского расследования, его элементов – чуждо природе российского уголовного

²⁹ Российский бюллетень по правам человека. Вып. 13. 2000. С. 102.

процесса, еще больше сбросит ответственность с органов власти за объективное установление всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, и в этом направлении принимать политические решения как нам кажется, опасно. Достаточно добиться исполнения сегодняшнего закона в направлении гарантированности обеспечения равенства прав участников судебного разбирательства. Немаловажное значение здесь будет иметь, как мы уже отмечали, профессионализм следствия и суда. Исследователь, который идет к цели путем объективного, всестороннего и полного расследования никогда не будет игнорировать доводы и сомнения защиты без достаточного основания. Осталось только гарантировать выполнения этого требования путем внесения изменений в закон и коррекции правоприменительной практики.

В литературе указывается, что особенностью уголовно-процессуальной защиты выступает тот факт, что она «представляет собой единственный случай, когда адвокат вправе занимать позицию вопреки воле доверителя»³⁰. Это действительно так. Пункт 3 ч.4 ст.6 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» указывает, что адвокат не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя. Таким образом, когда у защитника есть все основания полагать, что полное или частичное признание вины его подзащитным является самооговором, когда такое признание не подтверждается материалами уголовного дела, исследованными в суде доказательствами – адвокат имеет право выступить в прениях с «оправдательной» речью вопреки воле своего клиента. Но единственный ли это случай законного расхождения позиции защитника и его подзащитного? Нам кажется, нет.

Мы уже говорили, что взгляд сквозь призму состязательности позволяет защитнику выступать против даже законного и обоснованного обвинения. Так, некоторые авторы, отстаивающие состязательность

³⁰ Панченко В.Ю. [Указ.соч. С.](#)

российского уголовного процесса, утверждают, что даже при наличии у защитника уверенности в том, что доказательства, устанавливающие виновность его подзащитного, достоверны и достаточны, он обязан, если обвиняемый отрицает свою вину, «стоять на этой же позиции, независимо от обвинительных доказательств»³¹. Вот, что по этому поводу пишет А.С. Барабаш. «Мало того, что в этом случае адвоката делают слугой клиента, он вряд ли может уже восприниматься как юрист. Во внутреннем убеждении, как результате оценки доказательств, ему отказано. Убедить же другого в том, в чем сам не уверен, можно только за счет манипуляций, идя на сделку с совестью, а то и нарушая закон. Вряд ли подобное является тем, что понимает законодатель под оказанием квалифицированной правовой помощи»³².

Как же поступать защитнику в том случае, если он уверен в законности и обоснованности предъявленного обвинения, если в ходе судебного следствия эта уверенность только крепнет, а клиент требует добиваться «оправдания»? Нам представляется, что в этом случае нельзя отказывать защитнику во внутреннем убеждении и делать, как мы уже писали, «слугой клиента». Да, закон вроде бы содержит прямой запрет. Но законное и обоснованное обвинение лица в совершении преступления никоим образом не нарушает его права, свободы и законные интересы. То же самое можно сказать и о законном и обоснованном подозрении лица. Соответственно, деятельность защитника по предотвращению обвинения или признания виновным того, чья вина подтверждается имеющимися доказательствами, не будет подпадать под категорию правовой защиты. Ведь защиты не может быть в том случае, когда никакой её объект не нарушается.

Уйти от законного и обоснованного обвинения – это незаконный интерес. Защищать его адвокат не может, в том числе с опорой на Кодекс профессиональной этики, который в п.1 ст.10 гласит: «Закон и

³¹ Вишневская О.В. Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 16.

³² Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2009 С.320-321

нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя» и п.1 ч.1 ст.9 где речь идет о том, что нельзя действовать вопреки только законным интересам. Кроме того, возвращаясь к уже высказанному аргументу – а будет ли квалифицированной такая помощь, когда ты действуешь вопреки собственному убеждению? Чем и как помогает защитник, занимая позицию, которая не имеет оснований?

Другое дело, что профессиональный защитник не должен допускать таких конфликтных ситуаций. При расхождении позиций защитник должен провести большую работу по их согласованию, 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 невозможно.

К сожалению, если все указанные меры не помогли, адвокату приходится либо действовать против своего внутреннего убеждения, либо идти на нарушение закона, в том числе влекущие дисциплинарные взыскания³³ и отмену приговора³⁴. Хотя более распространенное мнение как раз говорит о том, что такое положение вещей нормальное. Считается, что при расхождении позиций «адвокат, если от его услуг не отказался обвиняемый ... призван дать анализ обстоятельств и доказательств с позиции подзащитного, которую он не разделяет. Принцип солидарности с подзащитным обязывает адвоката поступить именно так, а не иначе. Это нелегко сделать, поскольку действуешь наперекор собственному убеждению

³³См., например, Красильников А.Н., Белоковильский М.С. Качество профессиональной защиты: от нравственной обязанности к правовой // Адвокат. 2011. №9. С. 5 - 14.

³⁴См., например, Обзор Красноярского краевого суда от 01.02.2006 Обзор кассационной и надзорной практики судебной коллегии по уголовным делам Красноярского краевого суда за 2005 год // "Буква закона", N 41, 2006 СПС КонсультантПлюс; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2011 года; Определение Верховного Суда РФ от 03.04.2012 N 26-Д12-1 и др.

и воле, но предписания закона, закрепляющие приоритет интересов подзащитного, обязательны для защитника-адвоката. ... Более того, отказ от составления названного итогового адвокатского решения надлежит рассматривать как частный случай отказа адвоката от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого, который запрещен ч.7 ст. 49 УПК Российской Федерации»³⁵. Это как раз и есть та ситуация, когда о квалифицированной помощи говорить не приходится.

С другой стороны, коллеги могут возразить, указав, что данная норма есть некоторая гарантия того, что адвокат не будет действовать вопреки воле заявителя. Так, Ю.П. Гармаев указал в открытом перечне 6 основных мотивов действия вопреки позиции заявителя. В целях необходимости обоснования наших дальнейших выводов – не можем их не привести:

1) стремление помочь расследованию, государственному обвинению. Реализуются обычно "коррумпированными" адвокатами либо имеющими "предшествующий опыт" и так и не "перестроившимися" с мировоззрения обвинителей;

2) стремление помочь другому соучастнику преступления;

3) стремление содействовать организованной преступной группировке, специально нанявшей такого адвоката для контроля над "засветившимся" ее членом. Обычно реализуются "вовлеченным" адвокатом;

4) стремление навредить, отомстить субъектам расследования, прокурору, судье, желание конфликтовать с ними, невзирая на то что это может навредить подзащитному, доверителю. Реализуются обычно "неконтактными", "скандальными" защитниками;

5) ошибочное понимание интересов подзащитного, доверителя. Адвокат сознательно идет против его воли, но думает при этом, что это доверитель ошибается в выборе линии защиты. Чаше реализуется

³⁵ Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования. М.: Юрист, 2009. 258 с.// КонсультантПлюс

"неквалифицированными" защитниками, "молодыми специалистами", "скандальными" адвокатами;

б) просто ошибки, неосторожные действия (бездействие), совершенные вопреки воле доверителя;

7) иные мотивы.³⁶

Но нигде среди указанного нет ситуации, когда адвокат профессионал действительно пришел к выводу, который явно противоречит позиции его подзащитного. Если такой вывод у защитника появился, то он, согласно п.5 наоборот, «неквалифицированный», «молодой», «скандальный» и точно заблуждается. Мы заботимся, таким образом, об ограничении действий крайне недобросовестных, неквалифицированных адвокатов (которые и без рассматриваемого запрета легко навредят подзащитному и данный запрет никак не ограничивает их в реализации тех мотивов, что описал автор), но не заботимся о тех, кто понимает, как можно помочь человеку и защитить его, в случае если клиент заблуждается в выборе позиции и может себе навредить. Не заботимся о настоящих профессионалах, которые ставят диагноз и лечат теми способами, которые приведут к максимально возможному излечению, невзирая на просьбы больного применить другое лекарство.

Однако еще раз напомним, что адвокат-профессионал в рамках оказания юридической помощи и подготовки к защите, по нашему мнению, должен сделать все возможное, чтобы конфликта позиций не возникло.

Итак, по нашему убеждению занимать позицию вопреки воле доверителя адвокат может не только в случае самооговора, но и в случае, когда обвиняемый пытается защититься от законного и обоснованного обвинения. Это его незаконный интерес и защищать его адвокат не может, объекта защиты (то есть того, что уже нарушено) тоже нет. Оказать квалифицированную помощь к тому же, действуя вопреки внутреннему убеждению, становится практически невозможно. Тем не менее, в рамках

³⁶ Гармаев Ю.П. Пределы полномочий защитника в уголовном процессе и типичные правонарушения, допускаемые адвокатами. Практический комментарий законодательства // СПС КонсультантПлюс. 2002.

существующего правового поля такое поведение защитника однозначно воспринимается как серьезное нарушение права на защиту.

Отметим, что сказанное нами не означает полное игнорирование воли подзащитного. Ни в коем случае. Все, что делает защитник должно быть, как правило, согласовано и одобрено его клиентом. В наших рассуждениях речь идет о позиции – то есть об итоговом выводе по делу в целом или предварительной позиции – основной версии, пока еще не проверенной материалами судебного следствия.

Вопрос об изменении законодательства в этом направлении и позволении адвокату занимать противоположную позицию по делу в целях защиты законных интересов клиента мы оставим открытым ввиду необходимости детально разобраться в реалиях современной адвокатской профессии, прежде чем делать однозначные выводы. Наши выводы хороши для ситуации крайне высокого профессионализма в работе защитника. Если же процент адвокатов, описанных Ю.П. Гармаевым настолько велик и никак кроме как запретами не защититься от их незаконной деятельности, то возможно менять что-то в этом направлении пока рано.

Не может адвокат и отказаться от принятой защиты в случае конфликта позиций. Это еще одна особенность юридической помощи в сфере уголовного судопроизводства – отказ от принятой защиты по общему правилу невозможен (ч.7 ст. 49 УПК РФ). Эта норма в свою очередь гарантирует, что подозреваемый/обвиняемый без помощи не окажется. В иной ситуации, при отсутствии указанной нормы, это позволяло бы по самым разным причинам в любое время оставлять человека без защитника и сохранялась бы возможность, когда то или иное лицо вовсе оставалось бы без защиты.

В связи с этим все сложности, которые могут повлиять на взаимодействие адвоката и его доверителя должны быть максимально учтены до принятия на себя защиты. Обращаем внимание, что распространяется невозможность отказа от защиты только на адвокатов. Иные лица,

допускаемые в качестве защитника, могут отказаться от защиты в любой момент.

Однако и этот запрет назвать абсолютным тоже нельзя. Во-первых, есть обстоятельства, исключающие участие в производстве по уголовному делу перечисленные в ст.72 УПК РФ. Если они обнаруживаются, решается вопрос об отводе защитника. Во-вторых, речь может идти о физической невозможности осуществлять защиту (например, болезнь). В литературе анализируются и другие возможные варианты, при которых адвокат может прекратить осуществлять квалифицированную юридическую помощь по уголовному делу, среди которых – отсутствие полной или частичной оплаты его услуг, угроза жизни и здоровью и другие³⁷.

И последнее из того, что мы считаем основными особенностями юридической помощи в сфере уголовного судопроизводства – вопрос ее оплаты. Согласно ч.5 ст.50 УПК РФ в случае, если адвокат участвует в производстве предварительного расследования или судебном разбирательстве по назначению дознавателя, следователя или суда, расходы на оплату его труда компенсируются за счет средств федерального бюджета. Это позволяет говорить о бесплатной юридической помощи, что не совсем верно. Бесплатно такой защитник для подозреваемого, обвиняемого работает в том смысле, что до конца разбирательства по уголовному делу он не должен оплачивать труд адвоката. Но вот после окончания разбирательства компенсировать то, что казна потратила необходимо по решению суда.

Пункт 5 ч.2 ст. 131 УПК РФ относит затраты на оплату труда адвоката к судебным издержкам. При этом обвиняемый, признанный виновным, может быть освобожден от оплаты судебных издержек. В одном случае если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле по назначению (ч.4 ст.132 УПК РФ). В этой ситуации государственные органы, раз не был

³⁷ Подробнее см. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) /Смирнов А.В., Калиновский К.Б.М.: "Проспект", 2009// СПС КонсультантПлюс; Гармаев Ю.П. "Комментарий к Кодексу профессиональной этики адвоката" //КонсультантПлюс, 2005)

принят отказ, посчитали необходимым, важным и нужным для объективного рассмотрения участие защитника. А, значит, и расходы возложены на казну.

Во втором случае вопрос ставится на усмотрение суда. Процессуальные издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета в случае имущественной несостоятельности лица, с которого они должны быть взысканы. Суд вправе освободить осужденного полностью или частично от уплаты процессуальных издержек, если это может существенно отразиться на материальном положении лиц, которые находятся на иждивении осужденного (ч.6 ст.132 УПК РФ).

Но по общему правилу юридическая помощь подозреваемому, обвиняемому вовсе не бесплатная. Она не требует немедленной оплаты в случае назначения защитника, но по окончании процесса и при отсутствии оснований для освобождения от оплаты судебных издержек осужденный компенсирует потраченные на оплату труда адвоката средства. Естественно, что в случае прекращения уголовного дела или оправдания лица, никаких судебных издержек с него не может быть взыскано.

Если уголовно-процессуальная защита как вид профессионально-юридического представительства имеет ряд крайне специфичных особенностей, то юридическая помощь другим участникам уголовного судопроизводства в меньшей степени зависит от начала процесса и в целом попадает под общие характеристики.

Помимо защитника подозреваемого/обвиняемого в уголовно-процессуальном кодексе есть указания на следующих лиц, оказывающих юридическую помощь: представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя (ст.45 УПК РФ), представитель гражданского ответчика (ст.55 УПК РФ), а также адвокат, приглашенный свидетелем для оказания юридической помощи (ст.ст.56, 189, 192 УПК РФ).

Статья 45 УПК РФ говорит как о законных представителях, так и о тех, кто призван потерпевшим, гражданским истцом или частным обвинителем для оказания им правовой помощи. Нас интересуют вторые. Согласно

рассматриваемой норме ими могут быть адвокаты, а представителями гражданского истца, являющегося юридическим лицом, также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации представлять его интересы. Однако Конституционный суд изложил в нескольких своих решениях, что указание только на адвокатов как тех, кто может представлять интересы физических лиц не нужно толковать буквально.

Конституционный суд применил следующую логику. Если обвиняемый, не имеющий возможности пригласить для своей защиты адвоката по своему выбору, всегда может ходатайствовать о предоставлении ему защитника по назначению, то потерпевший и гражданский истец таким правом не наделены, а значит, они вообще могут лишиться возможности реализовать свое право на получение квалифицированной юридической помощи. ... Таким образом, часть первая статьи 45 УПК Российской Федерации - в соответствии с ее конституционно-правовым толкованием - предполагает, что представителем потерпевшего и гражданского истца могут быть адвокаты и иные лица, в том числе близкие родственники, о допуске которых ходатайствует потерпевший или гражданский истец³⁸. Это же касается и частного обвинителя, который по своей сути также потерпевший только по делам частного обвинения (п. 59 ст. 5 УПК РФ).

При этом представители, не являющиеся адвокатами, действуют самостоятельно. Наличие профессионального представителя как условия допуска иных лиц к представлению интересов потерпевшего и гражданского истца не требуется.

По общим правилам юридического представительства представители потерпевшего и гражданского истца в уголовном судопроизводстве могут выступать как наряду с представляемыми лицами, так и вместо них. Объем прав у представителей точно такой же, как у тех, чьи интересы они

³⁸ см. определения Конституционного Суда РФ от 05.12.2003 N 446-О, от 05.12.2003 N 447-О, от 05.02.2004 N 25-О.

представляют (ч.4 ст.45 УПК РФ). Все сказанное выше о представителях распространяется также и на фигуру представителя гражданского ответчика.

Отметим, что вопрос оплаты труда представителя потерпевшего решен таким образом, что это тоже входит в сумму судебных издержек (ч.3 ст.42 УПК РФ) и подлежит взысканию в общем порядке для взыскания судебных издержек с осужденного или государственной казны.

Адвокат, которого приглашает свидетель, не упомянут как отдельный участник уголовного процесса. Это некоторый частный случай оказания юридической помощи в рамках уголовного судопроизводства, который отрегулирован в связи с особым режимом предварительного следствия. Согласно ч.5 ст.189, ч.2 ст.53 и ч.6 ст.192 УПК РФ, адвокат свидетеля вправе:

- давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам;
- делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия;
- по окончании допроса делать заявления о нарушениях прав и законных интересов свидетеля. Указанные заявления подлежат занесению в протокол допроса.

То есть налицо оказание юридической помощи в трех ее формах: юридическое информирование, юридическое консультирование, составление юридических документов. Ни о каком представительстве здесь речи не идет, так как свидетель не должен иметь никакого интереса в исходе дела. Обратим также внимание на то, что речь, опять же, идет только об адвокатах как тех, кто может подобную помощь свидетелю оказать.

Кстати, норма эта появилась в нашем законе в полноценном виде относительно недавно. УПК РСФСР 1960 года ни о каком адвокате свидетеля и вовсе не говорил, а ныне действующий закон в момент его принятия хоть и упоминал адвоката свидетеля, но прав ему никаких не предоставлял, а даже

наоборот, ограничивал. Спустя год после начала действия УПК РФ³⁹ формулировка ч.5 ст.189 про адвоката свидетеля «но при этом не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы» была заменена на «пользуется правами, предусмотренными частью второй статьи 53 настоящего Кодекса». Думаем, данное изменение подчеркивает желание законодателя максимально реализовать конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи.

Таким образом, все иные разновидности юридической помощи в рамках уголовного процесса помимо помощи подозреваемому, обвиняемому в целом не обладают какими-то особенными специфическими чертами и вписываются в общие признаки и характеристики юридической помощи. Самый главный приоритет в этом направлении – обеспечить доступность квалифицированной юридической помощи в рамках достаточно специфичной уголовно-процессуальной сферы.

Прежде чем подвести итог нашей главе, мы затронем еще один аспект юридической помощи в рамках уголовного процесса. Как таковая, уголовно-процессуальная деятельность заканчивается с момента вступления приговора в законную силу (не учитывая тут обжалование вступивших в законную силу решений суда). Тем не менее, уголовно-процессуальный закон частично регулирует и те правоотношения, которые возникают после этого. Речь идет об этапе исполнения приговора. Мы не относим его к стадиям уголовно-процессуальной деятельности, тем не менее не можем не рассмотреть вопрос об особенностях юридической помощи, оказываемой после вступления приговора в законную силу.

Согласно ч.4 ст.399 УПК РФ осужденный может осуществлять свои права с помощью адвоката. В УПК РСФСР, действовавшем до принятия нового уголовно-процессуального закона, подобной нормы не было. Обратим внимание, здесь адвокат уже фигурирует не как защитник, а как

³⁹ Федеральный закон от 04.07.2003 N 92-ФЗ (ред. от 02.12.2008, с изм. от 29.12.2010) "О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации"

профессиональный представитель. Представителем его называет и закон об адвокатуре: участвует в качестве представителя доверителя ... при исполнении уголовного наказания (п.9, ч.2 ст.2). И участие его вовсе не обязательно. Это еще раз подчеркивает, что все, что связано с исполнением приговора – иная деятельность, не процессуальная по своей сути.

Эту необязательность достаточно часто критикуют в литературе⁴⁰. Отмечается, что перечень вопросов, который этапе на стадии исполнения приговора (ст.397 УПК РФ) настолько широк, разнообразен и сложен с юридической точки зрения, что без профессиональной юридической помощи осужденному здесь не обойтись. Однако государство на данный момент не берет на себя обязанность обеспечить каждого осужденного адвокатом для решения вопросов, подлежащих рассмотрению судом при исполнении приговора. Основная ответственность за охрану и защиту прав осужденного ложиться здесь на суд. Как отметил по этому поводу Пленум Верховного суда «рассмотрение и разрешение вопросов, связанных с исполнением приговора, осуществляется в форме правосудия в открытом судебном заседании. В связи с этим суд разъясняет участникам судебного заседания их права, обязанности и ответственность и обеспечивает возможность осуществления этих прав»⁴¹.

Не ставя под сомнение необходимость доступа к квалифицированной юридической помощи осужденных, нам кажется невозможно обеспечить физически каждого из них адвокатом по всем вопросам, которые разрешает суд в рамках исполнения приговора. Особенно если речь идет о предоставлении бесплатной юридической помощи. Риск нарушения прав осужденного все же намного меньше тех рисков, что существуют для обвиняемого и подозреваемого. Видимо это и является концептуальным основанием не рассматривать пока этот вопрос с политическим плане.

⁴⁰ См., например, Коцубин Ю.М. О конституционности положений ст. 399 Уголовно-процессуального кодекса РФ, применяемой судами при рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговоров // Российский судья, 2005, N 11; Корниенко В. Право осужденного на защиту при рассмотрении судом вопросов, связанных с исполнением приговора // Уголовное право, 2006, N 3.

⁴¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.2011 N 21 (ред. от 09.02.2012) "О практике применения судами законодательства об исполнении приговора"

Тем не менее, не исключаем, что в перечне ст.397 при детальном анализе могут быть выявлены те вопросы, при разрешении которых будут все основания требовать обязательного участия адвоката. Некоторые ученые так и пишут, что закрепление в уголовно-процессуальном законе перечня случаев обязательного участия адвоката в рассмотрении вопросов, перечисленных в ст.397 УПК РФ «является приоритетными направлениями совершенствования законодательной регламентации уголовно-исполнительного судопроизводства»⁴².

Юридическая помощь в рамках исполнения приговора может иметь самые различные формы. Адвокат, в случае заключения с ним соглашения на оказание юридической помощи, обладает теми же правами, что и осужденный, а именно - правом знакомиться с представленными в суд материалами; участвовать в их рассмотрении; заявлять ходатайства и отводы; давать объяснения; представлять документы⁴³. Кроме того, адвокат может самостоятельно обратиться с любым ходатайством относительно перечня разрешаемых вопросов при исполнении приговора⁴⁴. Данный объем прав предполагает использование всех форм юридической помощи.

Главной особенностью оказания помощи при исполнении приговора в отношении лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы является то, что получатель помощи находится в специальном режимном учреждении. Гарантированность каждому права на получение квалифицированной юридической помощи требует даже в этом случае обеспечить условия для ее оказания, для чего Уголовно-исполнительный кодекс предусматривает специальные меры.

Так, ч.4 ст.89 УИК РФ указывает, что для получения юридической помощи осужденным предоставляются свидания с адвокатами или иными

⁴² Николук В.В. Уголовно-исполнительное судопроизводство: содержание, взаимосвязь с производством по уголовному делу, проблемы согласования норм УПК и УИК Актуальные проблемы гражданского права и процесса: Сборник материалов Международной научно-практической конференции / Д.Х. Валеев, И.Г. Горбачев, Д.Н. Горшунов и др.; под ред. Д.Х. Валеева, М.Ю. Чельшева. М.: Статут, 2006. Вып. 1. 461 с.

⁴³ Коряковцев В.В., Питулько К.В. Руководство адвоката по уголовным делам. СПб.: Питер Пресс, 2006. 528 с.

⁴⁴ П.30. Постановления пленума ВС (ред. от 09.02.2012) "О практике применения судами законодательства об исполнении приговора"

лицами, имеющими право на оказание юридической помощи, без ограничения их числа продолжительностью до четырех часов. По заявлению осужденного свидания с адвокатом предоставляются наедине, вне пределов слышимости третьих лиц и без применения технических средств прослушивания. Это же положение распространяется даже на тех лиц, которые находятся в штрафных изоляторах, помещениях камерного типа, единых помещениях камерного типа и одиночных камерах, на что специально указал Конституционный суд.⁴⁵ В 2008 году он же указал на недопустимость личного досмотра адвокатов без достаточных фактических оснований, свидетельствующих о его намерении пронести на территорию исправительного учреждения запрещенные предметы, и без принятия администрацией исправительного учреждения мотивированного решения о проведении личного досмотра и письменной фиксации хода и результата соответствующих действий.⁴⁶ Кроме того, закон специально предусматривает, что переписка осужденного с защитником или иным лицом, оказывающим юридическую помощь на законных основаниях, цензуре не подлежит, за исключением случаев, если администрация исправительного учреждения располагает достоверными данными о том, что содержащиеся в переписке сведения направлены на инициирование, планирование или организацию преступления либо вовлечение в его совершение других лиц (ст.91 УИК РФ).

В последнее время одним из самых актуальных вопросов, связанных с доступностью юридической помощи осужденным к лишению свободы был вопрос о возможности проноса и использования адвокатом технических средств и фотоаппаратов. Соответствующий приказ Министерства юстиции

⁴⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 26.12.2003 N 20-П

"По делу о проверке конституционности отдельных положений частей первой и второй статьи 118 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой Шенгелая Зазы Ревазовича"

⁴⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2008 N 428-О-П

"По жалобе гражданки Кириюхиной Ирины Петровны на нарушение ее конституционных прав частью шестой статьи 82 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации и пунктом 6 статьи 14 Закона Российской Федерации "Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы"

не допускал подобного со стороны адвоката⁴⁷. Однако Верховный суд, сначала в 2009 году, а потом дополнительно и в 2012 признал недействующими п.76 приказа допускающей распространение положений этих пунктов на пронос и использование адвокатом (защитником) при свиданиях с осужденным средств связи⁴⁸ и в части, допускающей распространение положения этого пункта на пронос и использование в исправительных учреждениях адвокатом (защитником) при свиданиях с осужденными фотоаппаратов, видео- и аудиотехники⁴⁹. 19.06.2012 Верховный суд отклонил апелляцию Министерства юстиции по последнему из принятых по поводу данного приказа решений.⁵⁰ Таким образом, постепенно адвокат получает максимум возможностей для полноценного оказания юридической помощи в рамках исполнения приговора при отбытии наказания в виде лишения свободы.

Таким образом, в уголовном процессе условно можно выделить два направления юридической помощи – то, что именуется защита и относится к подозреваемому и обвиняемому и помощь всем остальным участникам уголовного судопроизводства, которая специально оговорена в законе. Как мы выяснили крайней специфичностью обладает именно первое направление. Второе направление, за рядом небольших особенностей, попадает под общие признаки, характеристики юридической помощи.

Первое направление защитой мы все же называем с оговоркой. Мы выяснили, что не вся деятельность защитника сводится к защите. И вообще, если смотреть строго по закону, то не только защитник может осуществлять уголовно-процессуальную защиту. Меры прокурорского реагирования, деятельность компетентных органов по отмене незаконных решений – все это также можно в полной мере отнести к понятию «уголовно-процессуальная защита». То, что делает защитник, уместнее было бы назвать

⁴⁷ Приказ Минюста РФ от 03.11.2005 N 205 (ред. от 12.02.2009, с изм. от 07.02.2012)"Об утверждении Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений"

⁴⁸ Решение Верховного Суда РФ от 15.04.2009 N ГКПИ09-13.

⁴⁹ Решение Верховного Суда РФ от 07.02.2012 N ГКПИ11-2095.

⁵⁰ Адвокатам окончательно разрешили проносить в колонии фотоаппараты и диктофоны
<http://pravo.ru/news/view/73816/>

проще и одновременно термином, скрывающим более широкое понятие – оказание квалифицированной юридической помощи. Причем помощи в форме профессионального юридического представительства.

Основными чертами, которые отличают оказание такой помощи подозреваемому, обвиняемому от общих характеристик профессионального юридического представительства являются:

1. Особый субъект оказания юридической помощи – адвокат, или в исключительном случае иное лицо, которое, по мнению компетентного органа способно оказывать юридическую помощь в данном конкретном деле;
2. Как правило – обязательное участие защитника. Вопрос отказа от защитника окончательно также решается органом, ведущим расследование;
3. Самостоятельность защитника как участника уголовного процесса;
4. Возможность занимать позицию, отличную от позиции своего подзащитного;
5. Как правило, невозможность в одностороннем порядке прекратить оказывать юридическую помощь;
6. Обвиняемый по решению суда обязан компенсировать затраты на оплату труда адвокату, если он был назначен дознавателем, следователем или судом. Имеются основания и для освобождения обвиняемого от такой оплаты.

Подобная специфика, как мы уже поясняли, обусловлена самой сферой уголовно-процессуальной деятельности. Сферой, крайне чувствительной к малейшему злоупотреблению со стороны государственных органов. Сказанное в свою очередь означает, что уголовно–процессуальная правовая политика в сфере юридической помощи должна быть, прежде всего, направлена на определение приоритетов в правовом регулировании

деятельности защитника. Опираясь на общую дефиницию, данную в самом начале нашей главы можно условно определить уголовно-процессуальную правовую политику в сфере юридической помощи как *деятельность органов государственной власти и должностных лиц по определению приоритетов в правовом регулировании юридической помощи в рамках уголовного судопроизводства*. Условно, потому что это часть общей уголовно-процессуальной политики. Нельзя отдельно регулировать деятельность защитника в уголовном процессе. Если нужно что-то менять в направлении юридической помощи – нужно понимать, как это затронет весь процесс и что в целом придется переработать в нормативном описании. И в этом смысле целью политической деятельности в рассматриваемой сфере может являться *такое регулирование юридической помощи, которое обеспечит согласованность этого института с началом уголовного процесса, с его основами и положением иных субъектов и участников*.

Учитывая сказанное, говоря об основном направлении правовой политике в рассматриваемой нами сфере, мы видим его только в одном – *сохранении имеющегося положения защитника*. Оно практически полностью соответствует публичному началу уголовного процесса и, выступая на стороне публичного процесса, мы не видим смысла что-то коренным образом менять. Однако если адвокат работает так, как того требует публичное начало, то вот положение остальных субъектов и участников современного процесса действительно не дают ему возможности в полной мере оказывать юридическую помощь. Так, искусственная ориентация на состязательность сегодня ставит под вопрос требование объективного, всестороннего и полного расследования. А без выполнения этого требования адвокат оказывается в тяжелой ситуации – у него нет прав самому полноценно участвовать в установлении обстоятельств, а помогать доверителю надо, если правоохранительные органы сосредоточились на односторонней работе. Так, у нас прокурор изначально поставлен в позицию обвинителя, хотя остается непонятным, откуда у него до суда появляется такая позиция, если он сам

доказательства не исследовал, а только ознакомился с тем, как это сделал следователь и проверил предварительно логику его выводов. Тем не менее, прокурору надо обвинять и право на другой вывод в современных реалиях он почти не имеет. Так создается искусственная ситуация спора. Так создаются преустановки которые не позволяют объективно исследовать все доказательства. Можно привести еще много примеров, как искусственная ориентация на состязательность не позволяет процессу и защитнику в частности работать эффективно. Если уж законодатель хотел реализовать состязательность, надо было идти до конца. Другое дело, что оснований для полноценной состязательности - ни исторических, ни философских, ни сугубо специальных в России мы не видим. Весь мир, как мы уже отмечали, идет к процессу публичному. Оттого те предложения о расширении полномочий защитника, о введении адвокатского расследования или его элементов кажутся нам не пригодными в качестве основных направлений политической деятельности.

Реализация публичного начала, ориентация на объективность, всесторонность и полноту исследования, восприятие прокурора как органа надзора и т.д. и т.п. Плюс повышения профессионализма следственных, прокурорских и судейских кадров, улучшение условий их труда - вот то, что позволит современному защитнику чувствовать себя полноправным участником уголовного процесса и без дополнительных полномочий. Когда участие защитника будет в режиме «взаимодействия», а не в режиме «противостояние».

Безусловно, мы отразили далеко не все из того, что касается юридической помощи в рамках уголовного процесса и политики ее регулирования. Тема эта настолько многогранна, что и ста тысяч страниц не хватит для того, чтобы пройти путь от оснований до самых частных деталей. Но мы попытались в эти основания заглянуть. Попытались построить свои рассуждения как раз не от деталей и частных, а от корней. Современный мир устроен иначе. Правовое регулирование становится ситуативным,

нежели основанным на научной и социальной базе. И в этом смысле мы считаем важным обращаться к тому, что когда-то послужило и пока еще служит основой того или иного явления в правовой жизни общества. В обратной ситуации мы рискуем получить нежизнеспособные в долгосрочной перспективе правовые конструкции, которые, конфликтуя с основами, будут способствовать росту неэффективного управления и социальной напряженности. Особенно ярко это может проявиться в сфере уголовного судопроизводства. Двигаясь же от основания к деталям, риски существенно уменьшаются. Ибо потерять и не найти основу за большим количеством искусственных деталей очень легко, и совсем не трудно найти нужную деталь при имеющемся основании.