

Роль адвоката в обеспечении прав представляемых им участников уголовного процесса

Новый УПК РФ, как и ожидалось, много и часто критикуют, поскольку его применение вызывает многочисленные вопросы, рождает трудноразрешимые, на первый взгляд, проблемы. Рефреном звучит мысль, что новый закон мешает бороться с преступностью, потому что слишком озабочен соблюдением прав обвиняемого (которого называют не иначе, как преступником, и априори считают виновным). Поэтому прежде, чем говорить о конкретных проблемах темы, представляется необходимым сделать ряд замечаний общего характера.

Новый УПК принципиально иначе сформулировал задачи (назначение) и принципы уголовного судопроизводства. Положения статьи шестой определили приоритеты среди охраняемых уголовно-процессуальным правом ценностей таким образом, что весь уголовный процесс предстает перед нами как совокупность правовых форм защиты прав граждан: и от преступления и от необоснованного уголовного преследования.

Защита прав и свобод личности объявлена **единственным** назначением уголовного судопроизводства. Не быстрое и полное раскрытие преступлений, не изобличение виновных и не обеспечение правильного применения закона, а защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод составляют теперь смысл и назначение деятельности органов, осуществляющих уголовное судопроизводство. Уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитация каждого, кто подвергся необоснованному преследованию (ч.2 ст.6 УПК РФ).

Это самое главное, хотя, наверное, еще не до конца нами осознанное и должным образом не оцененное, а многими, очевидно, и невоспринятое, положение нового УПК является величайшим до-

стижением российского общества. Оно, по сути, заставляет понять, что защита конкретного обвиняемого или подозреваемого — дело не только самого обвиняемого (подозреваемого) и его защитника, но и в значительной мере — следователя и прокурора, ибо именно они не только реализуют задачи уголовного судопроизводства, но и исполняют волю государства, воплощенную в Конституции РФ. Она — эта воля — диктует государственным, в том числе и правоохранительным, органам правила поведения, соответствующие в Конституции же закрепленным принципам: права и свободы каждого составляют смысл и содержание деятельности всех государственных органов.

Таким образом, обеспечение прав и интересов обвиняемого (подозреваемого) не противопоставлено законом задаче защиты прав потерпевших от преступлений. Эти две задачи не только равновелики и одновременны, но и взаимосвязаны: защитить права потерпевшей стороны путем осуждения виновного в причинении вреда можно только обеспечив права и интересы обвиняемого в преступлении лица. Нарушение прав обвиняемого чревато необратимыми и нежелательными для потерпевшего последствиями, в том числе и оправданием.

Понимание этой взаимосвязи мне представляется не только наиболее важной, но и наиболее трудной среди существующих проблем, рожденных новым УПК. Не пытаться отменить или оспорить, не отторгать ее внутренне, а принять, и принять не как неизбежное, но обязательное «зло», но как аксиому уголовного судопроизводства, не подлежащую каким бы то ни было сомнениям. Тогда и многие частные правила УПК станут более понятными, и некоторые несовершенства, неясности нового закона будут преодолены.

Наверное, нет и не может быть сомнений в том, что реализация права на защиту обвиняемым и подозреваемым в большинстве случаев не может быть эффективной без помощи адвоката. Совершенно очевидно, что не обладая юридическими познаниями, обвиненный в преступлении человек не может в полной мере реализовать свой процессуальный статус. Он заведомо более слабая сторона в правоотношениях с органами государственной власти, поэтому закон, регулируя такие отношения, стремится компенсировать это неравенство, уравнивая обвиняемого со следователем хотя бы в юридических познаниях. Но именно это юридическое неравенство и обуславливает априорно установленную законом недопустимость понуждения обвиняемого (подозреваемого) к совершению каких-либо процессуальных действий без обеспечения ему права на получение квалифицированной юридической помощи. Будучи совершенными, та-

кие действия становятся юридически ничтожными независимо от того, на каком этапе судопроизводства они имели место.

Иной характер носит право иных участников уголовного судопроизводства на получение юридической помощи. Гарантированное Конституцией, оно предоставляется новым УПК не только потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, но и свидетелю, а в некоторых случаях даже лицу, не имеющему определенного юридического статуса. Каждый из них вправе пригласить адвоката для защиты и представительства его интересов. Однако если статус адвоката потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика определен именно как представителя, то статус адвоката свидетеля не очень понятен.

Закон наделяет адвоката правом явиться на допрос вместе со свидетелем, и в случае нарушения прав последнего заявить об этом по окончании допроса. Заявление адвоката подлежит занесению в протокол. При этом закон (ст. 189) говорит не об участии адвоката в допросе, а о его присутствии при допросе. Разница принципиальная: адвокат не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы.

Для того, чтобы понять, какую процессуальную фигуру сконструировал законодатель под видом адвоката свидетеля, сравним его права с правами защитника обвиняемого. В итоге мы убедимся, что УПК не предусмотрел в четком виде возможности задавать вопросы и комментировать ответы и для защитника обвиняемого. Однако применительно к защитнику в законе употреблен термин **участвовать в допросе**, что предполагает право задавать вопросы допрашиваемому. Нет сомнений, что простое присутствие защитника при допросе обвиняемого (подозреваемого) малоэффективно. Защитник должен иметь право задать обвиняемому такие вопросы, которые не были заданы следователем, в том числе и вопросы уточняющего, конкретизирующего и дополняющего характера. Но имеется ли такое принципиальное различие между адвокатом, представляющим интересы свидетеля, и адвокатом, защищающим обвиняемого, которое требовало бы ограничения прав одного из них по сравнению с другим?

Если исходить из буквального толкования статьи 189 УПК, адвокат свидетеля молча наблюдает нарушение прав свидетеля со стороны следователя (или защитника обвиняемого, который вправе участвовать в допросе, производимом по его ходатайству), и лишь потом делает заявление о нарушении этих прав. Вряд ли законодатель именно это имел в виду. Адвокат приглашен свидетелем к уча-

стию в допросе для того, чтобы последний мог воспользоваться его юридической помощью непосредственно в ходе допроса. Без помощи адвоката свидетель, подвергнутый интенсивному допросу, может потерять ориентацию, не понять, на какой вопрос он обязан отвечать, а на какой, например, который может поставить его в сложное положение, поскольку носит уличающий свидетеля характер, он вправе не ответить. Думается, что свидетель может попросить адвоката разъяснить ему смысл заданного вопроса, уточнить свои права. Если это добросовестный свидетель, то нет никаких оснований ограничивать его право на юридическую помощь со стороны приглашенного им для этого адвоката. Если же это лицо, скрывающее свою причастность к преступлению, то оно тем более имеет право и на совет адвоката и на молчание. Смысл участия адвоката в допросе — не зафиксировать, а предотвратить нарушение прав свидетеля.

Таким образом, буквальное толкование статьи 189, превращающее адвоката в безмолвного статиста, не имеет ничего общего с гарантированной Конституцией юридической помощью.

Без всякого сомнения имеет, право на аналогичную помощь адвоката и потерпевший, хотя ни в статье 42, ни в статье 45 УПК РФ об этом прямо не сказано. Нет сомнений и в том, что адвокат может по желанию клиента участвовать в других следственных действиях, особенно связанных с дачей показаний — очных ставках, проверке показаний на месте.

Вопрос о субъекте права на получение юридической помощи тесно связан с вопросом о моменте, с которого лицо вправе претендовать на такую помощь. Этот вопрос — всегда дискуссионный и в теории, и (особенно остро) в практике — не может быть решен исходя из какого-либо формального критерия, хотя законодатель предпринял попытку обозначить эти критерии. И Конституция РФ, и ряд всем известных постановлений Конституционного Суда РФ однозначно говорят о том, что право на получение юридической помощи не может быть поставлено в зависимость от формального предоставления лицу, в отношении которого начато уголовное преследование, какого-либо процессуального статуса, от принятия должностным лицом какого-либо решения. Поэтому наличие в УПК РФ (ст.49) указания на момент вступления адвоката в предварительное расследование не должно рассматриваться как основание для ограничения права на защиту.

Например, п.2 ч.3 ст.49 говорит о том, что защитник допускается к участию в деле с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица. Правомерно ли трактовать эту норму та-

ким образом, что если в постановлении о возбуждении уголовного дела не указано конкретное лицо, действия которого являются объектом расследования, то это лицо не имеет права на защиту? Подобные уловки давно известны: уголовное дело как бы возбуждается по факту совершения преступления, тогда как из самого этого факта явствует, что деяние, если оно и было совершено, то совершено конкретной личностью. Например, уголовное дело возбуждено по факту совершения мошенничества неизвестным лицом, хотя само мошенничество, как следует из постановления о возбуждении уголовного дела, состоит в якобы незаконных действиях юридического лица, а точнее, его органа, а еще точнее — директора как органа этого юридического лица. Начатое расследование направлено на обоснование вины этого лица, следовательно, против этого лица начато уголовное преследование. Надо сказать, что непредоставление такому лицу статуса подозреваемого работники следствия подчас обосновывают заботой об этом лице. Допрос в качестве свидетеля рассматривается ими как более благоприятный по сравнению с допросом в качестве подозреваемого. В психологическом аспекте это может быть и так, однако думается, что такое объяснение не более, чем фиговый лист, прикрывающий желание получить показания от фактически подозреваемого лица не затрудняя себя совершением действий по обеспечению права такого лица на защиту.

Поэтому если из постановления о возбуждении уголовного дела и из материалов, послуживших основанием принятия такого решения, усматривается фигура подозреваемого, это лицо должно быть обеспечено всеми правами подозреваемого.

Ч.5 ст.47 допускает защитника к участию в деле также с момента начала иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления. Не очень удачная формулировка, вызывающая вопрос: лицо, подозреваемое в совершении преступления — это подозреваемый? Если да, то приведенное положение закона является излишним: подозреваемый имеет право на помощь адвоката и без дополнительного условия в виде действий, затрагивающих его права и свободы, с того момента, когда он стал подозреваемым, т.е. с момента возбуждения уголовного дела, задержания или применения меры пресечения. Значит, закон имеет в виду лицо, не имеющее формального статуса подозреваемого, но подвергнутое каким-либо иным ограничениям в правах, например, обыску. Право этого лица на защиту несомненно, однако правомерность использования термина — **лицо, подозреваемое в совершении**

преступления, сомнительна. Лицом, подозреваемым в совершении преступления, может быть только подозреваемый. Однако п.5 ч. 4 ст.50 имеет самостоятельное значение, если тому же обыску лицо подверглось не в связи с тем, что оно подозревается в совершении преступления, а в связи с наличием оснований полагать, что у него, например, в жилище или ином помещении находятся предметы или документы, имеющие значение для дела. Но в этом случае излишним становится указание на то, что ограничению подверглись права лица, подозреваемого в совершении преступления.

Таким образом, понятно, что законодатель, может быть, не всегда удачно, но последовательно стремится обеспечить правом на защиту не только лиц, подозреваемых в совершении преступления, но и всех тех, чьи права могут быть ограничены при производстве процессуальных действий. Подтверждение этому находим и в статье 182 (п.11) УПК РФ — при производстве обыска вправе присутствовать адвокат того лица, в помещении которого производится обыск. Если в ходе этого следственного действия возникла необходимость личного обыска этого лица, адвокат, очевидно, вправе присутствовать и при этом действии, если он одного пола с обыскиваемым, хотя прямо закон об этом и не говорит.

При этом, правда, может возникнуть вопрос, каким образом адвокат появится в месте производства обыска. Учитывая право лица на участие в обыске адвоката, надо полагать, что следователь, предъявив обыскиваемому постановление о производстве обыска, разъясняет ему его права, в том числе и право пригласить адвоката. Если лицо, в помещении которого производится обыск, изъявит желание пригласить адвоката, ему должна быть предоставлена такая возможность, например, по телефону.

Отдельно стоит вопрос о моменте предоставления помощи защитника в случае задержания подозреваемого. Сопоставление п.3 ч.3 ст.49 и п.15 ст.5 УПК приводит к выводу, что защитник участвует в уголовном деле не с момента задержания в процессуальном смысле — т.е. с момента составления протокола задержания, а с момента фактического лишения лица свободы передвижения. Именно поэтому статья 92 требует, чтобы в протоколе задержания было указано не только время составления протокола, но и время фактического задержания. С этого же момента ч.2 ст.46 УПК исчисляет срок, в течение которого подозреваемый должен быть допрошен, а протокол задержания должен быть составлен не позднее 3-х часов с момента доставления подозреваемого в орган дознания или к следователю. Обращает на себя внимание и формулировка ч.1 ст.92 — «по-

сле доставления **подозреваемого**... должен быть составлен протокол задержания», из которой следует, что лицо имеет статус подозреваемого и вытекающее из него право на приглашение защитника не после, а до составления протокола задержания. Если лицо тем или иным способом удерживается в органе дознания (например, сидит на стуле, но не имеет возможности выйти из кабинета или вообще уйти), это не что иное, как фактическое задержание. Этому фактически задержанному лицу должна быть обеспечена возможность пригласить защитника. Именно для этого статья 96 УПК обязывает следователя известить родственников задержанного или предоставить ему возможность сделать это самому. Недопущение к фактически задержанному лицу защитника само по себе есть нарушение права на защиту, не говоря уже о полученных от лица в это время показаниях или объяснениях. Ссылка на то, что еще не возбуждено уголовное дело, следовательно, нет задержания, не только не состоятельна, но и свидетельствует о двойном нарушении закона. Если в течение 3-х часов должен быть составлен протокол задержания, то в этот же срок должно быть возбуждено и уголовное дело. Если нет оснований для возбуждения дела, то тем более нет оснований и для задержания (или удержания) лица. Таким образом, 3 часа — **предельный срок законного удержания заподозренного в преступлении лица без процессуального оформления**. Далее — либо возбуждение уголовного дела и составление протокола задержания либо освобождение задержанного. В случае необходимости проводится дальнейшая проверка наличия оснований для возбуждения уголовного дела.

Много вопросов вызывает так называемый «допуск» адвоката к участию в уголовном деле. С каким смыслом этот термин употреблен в ст.49 УПК? Наделен ли следователь полномочием не допустить адвоката к участию в следственном действии или реализации иных прав? Вполне очевидно, что если адвокат имеет надлежащим образом оформленные документы (удостоверение и ордер — ч.4 ст.49), то ни следователь, ни кто-либо еще не вправе воспрепятствовать адвокату исполнить его профессиональный долг.

В УПК РФ ничего не сказано о том, как удостоверяются полномочия адвоката, представляющего потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, свидетеля и обыскиваемого, однако думается, что правила ч.4 ст.49 применимы не только к адвокату-защитнику, но и к адвокату, выполняющему иные функции. Однако здесь есть еще одна проблема — количественная. Адвокат должен предъявить ордер не только следователю, но и суду, рассматривающему жалобы на действия следователя и принимающему решения о

производстве ряда следственных действий. Ордер является и основанием допуска адвоката в следственный изолятор. Однако адвокат принимает на себя защиту интересов лица по уголовному делу, ордер выдается адвокату на ведение всего дела, а не на отдельное полномочие. Отдав ордер следователю, адвокат лишается возможности подтвердить свои полномочия в иных органах. Поэтому вряд ли противоречит закону именно **предъявление** адвокатом ордера следователю, а не отдача его. Подтверждение этого нахожу в ч. 4 ст.49: адвокат допускается по предъявлении удостоверения и ордера. Но никто же не будет говорить, что адвокат должен отдать для приобщения к делу свое удостоверение. Между тем закон не делает различий между **предъявлением** ордера и **предъявлением** удостоверения. Можно рекомендовать приобщение к делу ксерокопий ордера, как это делается в отношении доверенностей по гражданским делам. Ордер — та же доверенность, т.е. документ, удостоверяющий полномочия адвоката по конкретному делу.

Некоторые проблемы возникают у следователей с обеспечением участия адвоката в следственных действиях в связи с категорическим указанием ст.75 на недопустимость показаний, данных обвиняемым в ходе досудебного производства в отсутствие защитника. Обеспечение участия защитника может оказаться одинаково сложным как в случае приглашения защитника обвиняемым, так и в случае назначения его следователем. Приглашенный обвиняемым защитник может не являться к следователю в силу связанности волей подследственного или согласованной с ним тактикой. Надо сказать, закон не возлагает на защитника каких-либо процессуальных обязанностей. Поэтому, строго говоря, следователь не вправе вызвать защитника, обязать его явкой или предъявить какие-либо иные требования. Защитник несет обязанности лишь перед лицом, которому в данный момент оказывает юридическую помощь, и его поведение диктуется выполняемой им функцией. Поэтому бессмысленно конфликтовать с защитником, писать на него жалобы в связи с неявкой и т.п. Необходимо так организовать расследование преступления, чтобы не оказаться в зависимости от любого поведения защитника, тем более, что законом предоставлены для этого достаточные возможности.

Так, ч.3 ст.50 УПК устанавливает, что в случае неявки в 5-дневный срок приглашенного обвиняемым защитника следователь вправе предложить ему пригласить другого защитника, а в случае отказа принять меры по назначению защитника. Часть 4 ст.50 предусматривает сокращенные сроки — 24 часа — для ожидания защитника в

случае задержания подозреваемого или заключения под стражу. Таким образом, закон определяет срок, в течение которого неявка защитника является правомерной, следовательно, планировать время производства следственного действия надо с учетом этих 5 суток или 24-х часов.

Если защитник был своевременно поставлен в известность о предполагаемом следственном действии и установленные законом сроки его ожидания истекли, но он не явился, следователь должен быть готов к замене защитника другим адвокатом. Отказ от назначенного защитника для следователя в ряде случаев не обязателен, поэтому он может произвести следственное действие с участием защитника, игнорируя волю обвиняемого (подозреваемого). В тех же случаях, когда участие защитника не является обязательным, а подсудственный отказывается от защитника, назначенного следователем в порядке замены избранного обвиняемым защитника, или просто заявляет об отказе от защитника, следственное действие проводится без адвоката.

Может ли это иметь какие-либо неблагоприятные последствия? Может, но только если следственное действие сопряжено с получением от подсудственного устной информации — показаний (допрос, очная ставка, проверка показаний на месте). Если обвиняемый не подтвердит в суде показания, данные им в ходе досудебного производства в отсутствие защитника, они лишаются доказательственного значения. Однако угроза недопустимости доказательств представляется сильно преувеличенной. Она реальна только в тех случаях, когда обвиняемый (подозреваемый) в отсутствие адвоката признал свою вину в совершении преступления, а она (вина) более ничем не подтверждается. В такой ситуации, если обвиняемый даже и не отказывается впоследствии от своих показаний, обвинительный приговор вряд ли можно считать обоснованным. Если следователь собрал надежную совокупность доказательств помимо показаний обвиняемого, то отказ последнего подтвердить то, в чем он признался в отсутствие защитника, не будет иметь негативных последствий. Если же обвиняемый в отсутствие защитника отрицает свою причастность к преступлению или вообще отказывается от дачи показаний, то угрозы недопустимости его показаний вовсе не существует.

Таким образом, законодатель, формулируя анализируемое положение, последовательно проводит ту мысль, что признание обвиняемым своей вины не является каким-то особенным, решающим доказательством. Обвиняемый не обязан давать показания. Но у него есть такое право. И это право дано ему для того, чтобы он мог

защищаться. А поскольку защищаться можно любым способом, то обвиняемый волен давать или не давать показания, подтверждать или не подтверждать их впоследствии. Если обвиняемый реализует свое право дать показания, это не может быть обращено впоследствии против него самого, поскольку это означает наказание лица за использование своих прав. Вина в совершении преступления должна быть доказана достаточной и надежной совокупностью доказательств, независимо от собственных показаний обвиняемого.

Возвращаясь к вопросу о последствиях неявки адвоката, следует обратить внимание на то, что обязанность доказывания законности своих действий, в том числе и соблюдения права обвиняемого на защиту с помощью избранного им защитника, лежит на обвинителе: следователе или дознавателе. Замена защитника или проведение следственного действия без него в виду неявки избранного защитника возможна только в том случае, если защитник был своевременно извещен. Поэтому вполне прогнозируем рост жалоб со стороны обвиняемых на нарушение права на защиту тем, что защитник не был своевременно извещен о времени проведения следственного действия. И учитывая нашу практику, надо сказать, что эти жалобы должны в большинстве случаев признаваться обоснованными. Вообще, удивительное дело — и ГПК, и, особенно, АПК РФ предусматривают такие способы извещения участников гражданского судопроизводства, которые надежным образом удостоверяют факт получения лицом повестки или извещения.

К примеру, ст.115 ГПК РФ предусматривает, что судебные повестки и иные судебные извещения доставляются по почте или лицом, которому судья поручает их доставить. Время их вручения адресату фиксируется установленным в организациях почтовой связи способом или на документе, подлежащем возврату в суд. Если вручение судебной повестки или иного судебного извещения поручено другому извещаемому или вызываемому в суд лицу, то это лицо обязано возвратить в суд корешок судебной повестки или копию иного судебного извещения с распиской адресата в их получении.

Статья 116 ГПК предусматривает, что судебная повестка, адресованная гражданину, вручается ему лично под расписку на подлежащем возврату в суд корешке повестки. Повестка, адресованная организации, вручается соответствующему должностному лицу, которое расписывается в ее получении на корешке повестки.

Процедура направления извещений по АПК РФ еще более строга — вся корреспонденция направляется заказной почтой с уведомлением о вручении. Отсутствие уведомления влечет отмену реше-

ния, вынесенного без участия стороны. И только в уголовном процессе, где эта процедура более важна, чем в гражданском, она по-прежнему находится в первобытном состоянии.

Достаточно сравнить ст.188 УПК со ст.116 ГПК РФ. В гражданском процессе в случае, если лицо, доставляющее судебную повестку, не застанет вызываемого в суд гражданина по месту его жительства, повестка вручается кому-либо из проживающих совместно с ним взрослых членов с их согласия для последующего вручения адресату. О такой же ситуации ст.188 УПК говорит иначе: В случае временного отсутствия лица, вызываемого на допрос, повестка вручается совершеннолетнему члену его семьи... или иным лицам, которые обязаны передать повестку лицу, вызываемому на допрос. Правомерно ли возлагать на этих лиц такую обязанность? Как удостовериться в ее выполнении и каковы санкции за неисполнение? На эти и многие другие вопросы ответа пока нет. Но любые сомнения, любые неясности закона практика рано или поздно преодолет, выработает механизмы реализации порой не слишком четко прописанных в правовых нормах правил. Хочется надеяться, что эти механизмы будут соответствовать новому, гуманистическому назначению уголовного судопроизводства.