

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ЗАЩИТЫ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ СКВОЗЬ ПРИЗМУ ПРОБЛЕМАТИКИ ПРАВООТНОШЕНИЙ ЗАЩИТНИКА С ПОДОЗРЕВАЕМОМ И ОБВИНЯЕМОМ

© 2018 г. И. С. Дикарев

Институт права Волгоградского государственного университета

E-mail: iliadikarev@volsu.ru

Поступила в редакцию 4.06.2017 г.

Одним из факторов, негативно влияющих на эффективность защиты по уголовным делам, является отсутствие в УПК РФ процессуальных обязанностей защитника перед подзащитным. Такая регламентация объясняется преобладанием в теории уголовного судопроизводства взгляда на правоотношения защитника с подзащитным как непроцессуальные, а также господством идеи о том, что защита по уголовным делам является общественным служением. В статье обосновывается необходимость ревизии теоретических взглядов на природу правоотношений между защитником и подзащитным, изменения сложившегося подхода к регламентации процессуального статуса защитника.

Ключевые слова: правоотношение, уголовное преследование, защита, квалифицированная юридическая помощь, право на защиту, подозреваемый, обвиняемый, защитник, адвокат, адвокатура.

DOI: 10.31857/S013207690000894-5

Равноправие сторон, без которого невозможна реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве, предполагает предоставление стороне защиты такого объема процессуальных прав, который позволил бы ей на равных со стороной обвинения отстаивать свою позицию по уголовному делу. Для этого требование обеспечения подозреваемому и обвиняемому права на защиту закреплено в уголовно-процессуальном законодательстве как один из основополагающих принципов уголовного судопроизводства (ст. 16 УПК РФ).

Право на защиту включает в себя совокупность предусмотренных законом прав, а также не запрещенных законом средств и приемов¹, использование которых позволяет подозреваемому или обвиняемому, а также его защит-

нику и законному представителю оспаривать выдвинутое подозрение или обвинение. Говорить об эффективности законодательной регламентации права на защиту можно только при том условии, что практическая реализация комплекса указанных прав, средств и приемов реально позволяет лицу, подвергнутому уголовному преследованию, избежать уголовной ответственности или применения иных мер уголовно-правового характера в том случае, когда оно в действительности не причастно к совершенному преступлению (общественно опасному деянию).

Согласно ч. 1 ст. 16 УПК РФ только подозреваемому и обвиняемому обеспечивается право на защиту. Однако следует иметь в виду, что данный принцип уголовного процесса в полной мере распространяет свое действие также на лиц, в отношении которых ведется производство о применении принудительных мер медицинского характера либо принудительных мер воспитательного воздействия.

¹ Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Право на защиту должно обеспечиваться каждому гражданину, в отношении которого осуществляется уголовное преследование². Под последним же следует понимать процессуальную деятельность, осуществляемую стороной обвинения в целях изобличения лица в совершении деяния, запрещенного уголовным законом, когда это необходимо для его привлечения к уголовной ответственности или применения к нему иных мер уголовно-правового характера³. Не случайно ч. 1 ст. 437 УПК РФ гласит, что лицу, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, должно быть предоставлено право лично осуществлять процессуальные права, предусмотренные ст. 46 и 47 УПК РФ, т.е. права подозреваемого и обвиняемого (если его психическое состояние позволяет ему осуществлять такие права).

Учитывая *профессиональный* характер публичного уголовного преследования, выражающийся в том, что его осуществляют специально уполномоченные должностные лица и государственные органы, реальное равноправие сторон в уголовном процессе достижимо только при условии обеспечения подозреваемому и обвиняемому права пользоваться *квалифицированной* юридической помощью. Как писал И.Я. Фойницкий, “раз в процессе обвинительные функции успели уже выделиться в особо организованный институт прокуратуры, необходимо дать соответствующую организацию и защите; иначе юридически образованный, опытный представитель государственного обвинения будет иметь против себя слабую, неопытную защиту”⁴.

Проблема процессуальной регламентации отношений защитника с подзащитным и эффективность защиты. Гарантии права на получение квалифицированной юридической помощи, которая в случаях, предусмотренных законом, оказывается гражданину бесплатно,

закреплены в ст. 48 Конституции РФ. Каждому задержанному, заключенному под стражу, обвиняемому в совершении преступления предоставлено право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. Развивая приведенные конституционные положения, уголовно-процессуальное законодательство предусматривает, что подозреваемый и обвиняемый вправе осуществлять свое право на защиту как лично, так и *с помощью защитника* и (или) законного представителя (ч. 1 ст. 16 УПК РФ). В УПК РФ детально регламентируются основания и момент вступления защитника в уголовное дело (ст. 49), порядок его приглашения, назначения и замены, оплаты его труда (ст. 50), перечисляются случаи обязательного участия защитника в уголовном судопроизводстве (ст. 51), а также его полномочия (ст. 53) и т.д.

Анализ положений УПК РФ позволяет выделить, во-первых, права подозреваемого и обвиняемого, связанные с обеспечением этим участникам уголовного процесса самой возможности пользоваться квалифицированной юридической помощью защитника; во-вторых, корреспондирующие этим правам обязанности государственных органов и должностных лиц, ведущих производство по уголовному делу; в-третьих, полномочия защитника, реализуя которые он обеспечивает защиту прав и законных интересов подозреваемого и обвиняемого.

Теории уголовного процесса давно известны феномен так называемых “односторонних властных полномочий”, когда обязанностям должностных лиц и государственных органов не корреспондируют чьи-то конкретные субъективные права. Например, какому субъективному праву корреспондирует полномочие следователя возбудить уголовное дело в том случае, когда в деле нет потерпевшего? Такие ситуации не укладываются в традиционную схему правоотношения, в связи с чем современные исследователи выводят в качестве субъекта правоотношения общество, имеющее право требовать уголовного преследования тех, кто преступил уголовный закон⁵. В вопросах обеспечения подозреваемому и обвиняемому со стороны государственных ор-

² Мы разделяем точку зрения, согласно которой право на защиту возникает у гражданина с момента начала осуществления в отношении него уголовного преследования (см.: *Стецовский Ю.И., Ларин А.М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 206; *Химичева Г.П.* Досудебное производство по уголовным делам: концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности. М., 2003. С. 55).

³ См.: *Дикарев И.С.* Уголовное преследование: уточнение понятия // Росс. юстиция. 2013. № 9. С. 25.

⁴ *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. Изд. 3-е, пересм. и доп. СПб., 1910. С. 58.

⁵ См.: Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головки. М., 2016. С. 111.

ганов и должностных лиц права на защиту таких затруднений не возникает. Субъективным правам подозреваемого и обвиняемого, связанным с обеспечением возможности защищаться от предъявленного обвинения (будь то право пользоваться помощью защитника или переводчика, давать показания, заявлять ходатайства или иное), корреспондируют конкретные обязанности субъектов, ведущих уголовный процесс. Как писал А.Х. Гольмстен, «мы имеем здесь дело с очень простым явлением: сторона имеет право требовать назначения себе защитника, а этому праву соответствует обязанность суда назначить такового»⁶. Причем исполнение этих обязанностей закон ограждает надежными процессуальными гарантиями: применительно к органам предварительного расследования оно обеспечено ведомственным контролем, прокурорским надзором и судебным контролем, а применительно к суду — контролем за правосудностью промежуточных и итоговых судебных актов со стороны вышестоящих судебных инстанций.

Однако *среди норм уголовно-процессуального права невозможно отыскать такие, которые регламентировали бы обязанности защитника перед подозреваемым или обвиняемым, связанные с осуществлением защитительной деятельности*. В ст. 53 УПК РФ перечислены полномочия защитника, однако они сформулированы как правомочия (в ч. 1 ст. 53 УПК РФ используется слово «вправе»), а не как обязанности по осуществлению защиты. Не закреплено в УПК РФ и каких-либо прав подозреваемого и обвиняемого по отношению к своему защитнику.

Такая регламентация является одним из факторов, негативно влияющих на эффективность участия защитников в уголовном судопроизводстве. Ведь, не будучи в должной мере обеспеченным корреспондирующими обязанностями защитника, право подозреваемого, обвиняемого на защиту (в этой части) оказывается фикцией. В юридической литературе отмечается, что законодательная конструкция, при которой полномочия защитника определяются только через права, а не обязанности, нередко на практике приводит к тому, что адвокат-защитник в уголовном судопроизводстве оказывается настолько пассивен, что от

него нет ни ходатайств, ни заявлений, ни вопросов, ни доказательств. И случается так, что защитник есть, а защиты нет⁷. Реалии правоприменительной практики сегодня вынуждают исследователей констатировать, что в ряде случаев участие адвокатов в уголовном процессе оказывается профанацией⁸. И такие выводы основываются на многочисленных примерах бездействия адвокатов, участвующих в уголовном процессе в качестве защитников.

Следует в полной мере согласиться с Ю.К. Якимовичем, который писал, что «проблема повышения эффективности защиты по уголовным делам заключается не в том, чтобы наделить их (защитников. — И.Д.) дополнительными правами, а в добросовестном использовании тех прав, которые у них уже есть»⁹. Добиться этого без закрепления в уголовно-процессуальном законе четких обязанностей защитника невозможно.

Немаловажно и то, что подзащитный, столкнувшись с откровенным бездействием своего защитника, не имеет возможности в рамках уголовного процесса добиваться исправления такой ситуации — суды отказываются оценивать деятельность защитников с точки зрения эффективности. «Часто в практике, заявляя отказ от защитника, — пишет судья А.Н. Новосельцев, — подсудимый указывает на неэффективность получаемой юридической помощи (как правило, в отношении

⁷ См.: *Калинкина Л.Д.* Обязанность адвоката с особым тщанием защищать интересы подзащитного в уголовном процессе // Татишевские чтения: актуальные проблемы науки и практики: материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 4. Актуальные проблемы юридической науки. Тольятти, 2008. С. 151; *Калинкина Л.Д., Яшкина О.А.* Алгоритмы в деятельности адвоката-защитника на стадии судебного разбирательства как программа обязательных его процессуальных действий по обеспечению квалифицированной юридической помощи подзащитному // Обеспечение права каждого на рассмотрение уголовного дела справедливым, беспристрастным, независимым судом, созданным на основании закона, в разумный срок: материалы II Междунар. науч.-практ. конф. Саранск, 11 декабря 2008 г. Саранск, 2009. С. 252; *Мамаев И.Н., Якомаскина В.В., Яшкина О.А.* Обязательные процессуальные действия адвоката-защитника в российском уголовном судопроизводстве // Бюллетень УрО МАСП. 2009. № 1. С. 61, 62.

⁸ См.: *Калинкина Л.Д., Васяев А.А.* Является ли профанацией участие адвоката в уголовном процессе? // Актуальные проблемы российского права. 2009. № 2. С. 299.

⁹ *Якимович Ю.К.* Участники уголовного процесса. СПб., 2015. С. 151.

⁶ *Гольмстен А.* В защиту процессуальной теории Булова // Журнал Министерства юстиции. Кн. 6. 1916. С. 317.

защитников по назначению), при этом подсудимый не всегда действует добросовестно. Представляется, что суд неправомочен давать оценку деятельности адвоката с точки зрения неэффективности защиты и ненадлежащего исполнения защитником своих обязанностей, если противоречие интересов защитника и подсудимого не налицо. Очевидная неэффективность защиты и ненадлежащее исполнение своих обязанностей могут вытекать из субъективного поведения адвоката, когда защитник фактически занимает сторону обвинения, открыто опровергая позицию подсудимого, разглашает сведения, составляющие адвокатскую тайну¹⁰. Таким образом, бездеятельность защитника не рассматривается в судебной практике как поведение, нарушающее право подозреваемого, обвиняемого на защиту. И этому есть логичное объяснение, ведь уголовно-процессуальный закон не содержит требования, чтобы защитник был активным. Между тем закрепление в УПК РФ конкретных обязанностей защитника дало бы органам предварительного расследования и суду формальные (а значит, вполне применимые на практике) критерии оценки эффективности деятельности защитника с позиций соблюдения им требований закона.

Почему же уголовно-процессуальный закон не закрепляет корреспондирующие друг другу права подозреваемого и обвиняемого, с одной стороны, и обязанности защитника — с другой? Тому есть по меньшей мере две причины, коренящиеся в теории права и оказывающие сильнейшее влияние на законоотворчество. Первая связана с преобладанием в теории уголовного судопроизводства взгляда на правоотношения защитника с подзащитным как непроцессуальные. Вторая — с абсолютным господством идеи защиты по уголовным делам как общественного служения.

Процессуальное правоотношение — всегда властеотношение? По устоявшемуся в теории уголовного судопроизводства мнению, обязательным участником уголовно-процессуального отношения является должностное лицо или орган, наделенные в сфере уголовного процесса властными полномочиями (это может быть должностное лицо, производящее

предварительное расследование, прокурор либо суд).

Традиция рассматривать процесс как юридическое отношение между судом и сторонами возникла еще в XIX столетии. Родоначальником этого воззрения на природу судопроизводства являлся немецкий ученый-юрист О. фон Бюлов¹¹. Распространившись сперва в германской теории гражданского процесса, оно позднее нашло себе авторитетных сторонников среди российских процессуалистов. Так, ординарный профессор Императорского Петроградского университета Н.Н. Розин полагал, что субъектами процессуально-правового отношения являются только стороны и суд, связанные взаимными правами и обязанностями. При этом суд является тем “медиумом”, через который стороны общаются друг с другом, хотя и сам он связан с обеими сторонами¹². Основные положения данного учения были обобщенно изложены П.И. Люблинским в работе, посвященной критике данной теории: 1) уголовный процесс есть юридическое отношение, имеющее целью осуществление карательного права государства или решение правового спора; 2) отношение это происходит между судом как носителем судебной власти и сторонами как носителями соответствующих интересов; 3) отношение это является публично-правовым во всех своих частях; 4) отношение это является подвижным, развивающимся,двигающимся по ступеням¹³.

Произошедшее в советский период изменение модели досудебного производства, в котором главенствующая роль стала отводиться не принадлежащим к судебному ведомству органам предварительного расследования, не позволило рассматривать уголовный процесс как правоотношение исключительно сторон и суда. Однако тезис о публично-правовом характере процессуального отношения, распространенный на весь уголовный процесс, советская юридическая наука приняла безоговорочно. Из публично-правового начала судопроизводства выводилась специфическая чер-

¹¹ См.: *Bylow O. v. Die Lehre von die Prosesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.* Giessen, 1868.

¹² См.: *Розин Н.Н.* Процесс как юридическая наука // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 8. С. 28; *Розин Н.Н.* Уголовное судопроизводство. 3-е изд., пересм. Пг., 1916. С. 4, 5.

¹³ См.: *Люблинский П.И.* Новая теория уголовного процесса // Журнал Министерства юстиции. 1916. № 1. С. 107.

¹⁰ *Новосельцев А.Н.* Практика применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве (в том числе и злоупотребление этими правами участниками уголовного судопроизводства) // Общество. Закон. Правосудие. 2016. № 4. С. 33.

та всех уголовно-процессуальных отношений — обязательное участие в них представителя государственной власти¹⁴. Таким образом, уголовно-процессуальные отношения представляли всегда в форме “властеотношений”. Эта идея сохраняет господствующие позиции в процессуальной теории и поныне¹⁵.

Вполне закономерно, что сторонники взгляда на уголовно-процессуальное отношение как на властеотношение отрицают уголовно-процессуальный характер любых правоотношений, в которых властные субъекты не участвуют. Так, по мнению Ю.К. Якимовича, правоотношения, возникающие между обвиняемым и его защитником, не являются уголовно-процессуальными и основываются не на уголовно-процессуальном законе, а на Федеральном законе “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”¹⁶.

Именно такой подход к пониманию юридической природы правоотношений защитника с подзащитным, будучи господствующим в науке уголовного процесса, и послужил теоретической основой для отказа законодателя от регламентации содержания этих отношений¹⁷ в уголовно-процессуальном законодательстве. Видимо, законодатель рассуждает следующим образом: если отношения между защитником и подзащитным не являются по своей природе уголовно-процессуальными, следовательно, они не охватываются предметом правового регулирования уголовно-процессуального права. Однако при всей логичности приведенного рассуждения следует указать на ошибочность его исходной посы-

ки — о непроцессуальном характере рассматриваемых правоотношений.

Идея о том, что отношения между защитником и подзащитным являются уголовно-процессуальными, неоднократно высказывалась в юридической литературе. Однако данная позиция так и не получила распространения в той мере, чтобы оказывать влияние на законотворчество. Так, П.И. Люблинский отмечал, что процесс вовсе не исчерпывается юридическими отношениями между судом и сторонами или между сторонами, но включает в себя также отношения между иными участниками процесса, в том числе обвиняемым и защитником¹⁸. Среди советских ученых-процессуалистов наличие между участниками процесса непосредственных процессуальных отношений без участия в них суда констатировал Л.Д. Кокорев. По его мнению, отношения, возникающие между подсудимым и его защитником, являются процессуальными, так как они регулируются процессуальным законом и осуществляются в уголовном судопроизводстве¹⁹. В.Р. Навасардян также считает, что взаимоотношения между защитником и подзащитным в основном регулируются нормами уголовно-процессуального законодательства и определяются процессуальным положением каждого из них²⁰. О.А. Зеленина, отмечая, что “отношения между обвиняемым и его защитником не являются процессуальными отношениями в полном смысле этого слова, поскольку у защитника нет инициативных прав в отношении своего подзащитного”, вместе с тем подчеркивает, что нельзя вести речь о полном отсутствии процессуальных отношений между защитником и его подзащитным, так как, во-первых, защитник свои полномочия получает не только от законодателя, но и от самого обвиняемого, а во-вторых, законодатель наделяет обвиняемого инициативными правами в отношении своего защитника²¹.

¹⁴ См., напр.: *Божьев В.П.* Уголовно-процессуальные правоотношения. М., 1975. С. 153.

¹⁵ См., напр.: *Фомин М.А.* Сторона защиты в уголовном процессе (Досудебное производство). М., 2004. С. 16, 17; *Бацко И.Н.* Суд как центральный субъект уголовно-процессуальных правоотношений // Обеспечение права каждого на рассмотрение уголовного дела справедливым, беспристрастным, независимым судом, созданным на основании закона, в разумный срок: материалы II Междунар. науч.-практ. конф. Саранск, 11 декабря 2008 г. С. 35; *Тарасов А.А.* Эксперт и специалист в уголовном процессе России. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2017. С. 18.

¹⁶ См.: *Якимович Ю.К.* Понятие, назначение, дифференциация уголовного судопроизводства. Томск, 2015. С. 9.

¹⁷ В вопросе о юридическом содержании правового отношения мы опираемся на позицию Н.Н. Вопленко, считающего, что его составляют субъективные права и юридические обязанности субъектов (см.: *Вопленко Н.Н.* Очерки общей теории права. Волгоград, 2009. С. 613).

¹⁸ См.: *Люблинский П.И.* Указ. соч. С. 112, 113.

¹⁹ См.: *Кокорев Л.Д.* Участники правосудия по уголовным делам. Воронеж, 1971. С. 39.

²⁰ См.: *Наvasардян В.Р.* Право на защиту подозреваемого, обвиняемого и подсудимого в уголовном процессе. СПб., 2000. С. 5.

²¹ См.: *Зеленина О.А.* Уголовно-процессуальные отношения как форма реализации процессуального статуса участником уголовного судопроизводства // Вестник СПбУ МВД России. 2011. № 3. С. 89.

Мы также убеждены в том, что отношения защитника и подзащитного (подозреваемого, обвиняемого) являются уголовно-процессуальными. Между этими субъектами имеется реальное взаимодействие, составляющее обязательный элемент любого правоотношения, которое осуществляется в рамках и в связи с производством по уголовному делу. В основе этого взаимодействия лежат нормы уголовно-процессуального права, поскольку именно их применение порождает у конкретного подозреваемого, обвиняемого право на защиту, ради реализации которого в уголовное судопроизводство и вступает защитник. Другими словами, возникновение, изменение и прекращение правовых связей между защитником и подзащитным обусловлены не чем иным, как практическим действием уголовно-процессуальных норм. А раз это так, значит, *необходимо провести ревизию теоретических взглядов на природу правоотношений между защитником и подзащитным в уголовном процессе, поставив на повестку дня вопрос о полноценной регламентации содержания таких отношений в уголовно-процессуальном законодательстве.*

Взгляд на защиту как на служение общественное и его влияние на процессуальный статус адвоката. Фактическому выведению правоотношений защитника и подзащитного за границы предмета правового регулирования уголовно-процессуального права во многом способствовало также утверждение в юридической теории взгляда на защиту по уголовным делам как на деятельность, носящую исключительно публичный (общественный) характер.

Как писал И.Я. Фойницкий, государство, оказывая помощь обвинению, в тех же интересах правосудия должно оказать равномерную помощь защите. Последняя становится при этом *общественным служением*, подобным служению обвинительному, и сам защитник призывается к участию в уголовном процессе не как представитель частной воли подсудимого, ограничивающийся изложением и разъяснением ее перед судом, а как представитель общей воли закона, доросшего до сознания необходимости защитника в интересах правосудия²². “Недалеко уже время, — предсказывал

великий учитель русских криминалистов, — когда защита во всех отношениях сравняется с обвинением, и, подобно тому как существует обвинительная власть, появится *власть защитительная*, которая сосредоточит в своих руках защитительный розыск и формулирование защитительного антитезиса”²³.

Тезис И.Я. Фойницкого был подхвачен советскими учеными-процессуалистами, продолжавшими называть деятельность защитника по уголовным делам “общественным служением”²⁴, и вот уже на протяжении многих десятилетий защита по уголовным делам рассматривается в юридической науке как публичная функция, осуществляя которую защитник отстаивает общественный интерес²⁵.

Правда, термин “защитительная власть” в юридическом обороте не прижился, но обозначаемое им явление вполне реально — носителем этой власти в современном государстве является адвокатская корпорация. Следует отдавать себе отчет в том, что без утверждения идеи государственного, публичного значения адвокатуры этот институт не смог бы стать по-настоящему независимым и самоуправляемым. Как отмечал П. Котляревский, “подчинив адвокатуру *такой регламентации, какой не подчиняется ни одна из свободных профессий*, и установив *нравственный ценз* ее несколько строже, чем нормальный ценз государственных должностей.., законодатель признал *важное государственное значение адвокатуры* и общим смыслом учреждения судебных установлений отчасти обеспечил ее свободу и независимость от произвола судей в оценке нравственных качеств адвоката”²⁶.

Развиваясь, адвокатская корпорация становилась все более независимой от государства, а адвокат... — от своего доверителя. По сути, в современной правовой системе адвокат явля-

²³ Там же. С. 15.

²⁴ См., напр.: *Стремовский В.А.* Участники предварительного следствия в советском уголовном процессе / отв. ред. В.Е. Чугунов. Ростов н/Д., 1966. С. 176.

²⁵ См.: *Цыткин А.Л.* Очерки советского уголовного судопроизводства. Саратов, 1975. С. 97; *Краснов В.Е.* Обеспечение соразмерности цензуры переписки с адвокатом лиц, в отношении которых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу // Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса: сб. материалов Междунар. науч. конф. Санкт-Петербург, 30-31 октября 2009 г. / сост. К.Б. Калиновский. СПб., 2010. С. 193.

²⁶ *Котляревский П.* Русская адвокатура и закон. Очерк судоустройства. Киев, 1905. С. 3, 4.

²² См.: *Фойницкий И.Я.* Защита в процессе уголовном // Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 4. 1885. С. 14, 15.

ется служителем той самой защитительной власти, к которой за помощью обращается сам подозреваемый, обвиняемый или иные лица в его интересах (защита по соглашению) либо которую призывают на помощь подозреваемому, обвиняемому представители государства, ведущие уголовный процесс (защита по назначению). Не случайно законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре предусматривает необходимость получения адвокатом ордера, т.е. приказа (от нем. *Order*, фр. *ordre*) на исполнение поручения, отдаваемого соответствующим адвокатским образованием. Адвокат в таких условиях перестает быть (и осознавать себя) частным поверенным, несущим обязанности перед нанявшим его клиентом. Нет у адвоката-защитника и уголовно-процессуальных обязанностей перед подзащитным — свои обязанности он исполняет только перед той властью, которая поручила ему осуществлять защиту по уголовному делу, — перед адвокатской корпорацией. И не случайно в настоящее время все обязанности адвокатов, связанные с ведением защиты по уголовным делам, зафиксированы либо в законодательстве об адвокатской деятельности и адвокатуре (гл. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), либо в корпоративных правовых актах Федеральной палаты адвокатов России (например, Кодекс профессиональной этики адвоката, Стандарт осуществления адвокатом защиты в уголовном судопроизводстве).

Таким образом, право обвиняемого на защиту гарантируется не процессуальными, а профессиональными обязанностями, принимаемыми на себя адвокатом при приобретении им статуса. В частности, хранить втайне сведения, которые стали известны адвокату в связи с оказанием юридической помощи, запрет отказываться от принятой на себя защиты обвиняемого и другие обязанности рассматриваются как вытекающие из профессионального долга адвоката²⁷.

Механизм гарантирования исполнения адвокатами их обязанностей, связанных с защитой по уголовным делам, также находится (и

это вполне закономерно) за пределами уголовного судопроизводства. По сути, основной и единственной гарантией эффективности деятельности защитника в уголовном процессе является дисциплинарная ответственность, которой может быть подвергнут адвокат за ненадлежащее исполнение своих *профессиональных* обязанностей. Как писал В.А. Стремовский, «если же адвокат не выполнил своих обязанностей (связанных с доказыванием. — *И.Д.*), то это не влечет никаких процессуальных последствий. Он отвечает лишь перед коллективом в моральном или дисциплинарном порядке»²⁸.

Неоспоримо, что формирование сильной и независимой адвокатуры было и остается одним из важнейших завоеваний юридической мысли, необходимым условием обеспечения подозреваемому и обвиняемому права на защиту в уголовном процессе. Выработку адвокатской корпорацией норм и требований, обеспечивающих эффективную защиту по уголовным делам (включая стандарты оказания квалифицированной юридической помощи), следует только приветствовать. Трудно переоценить и роль дисциплинарной ответственности, угрожающей адвокату в случае нарушения им требований законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, норм Кодекса профессиональной этики адвоката в качестве гарантии добросовестного исполнения адвокатами-защитниками своего профессионального долга в уголовном процессе.

Процессуальная регламентация правоотношений защитника с подзащитным как фактор повышения эффективности защиты. Однако гарантии права на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ) и вытекающего из него принципа обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту (ст. 16 УПК РФ) не могут и не должны сосредотачиваться исключительно в законодательстве об адвокатуре и корпоративных правовых актах адвокатского самоуправления. Во-первых, обеспечение подозреваемому, обвиняемому права на защиту — это принцип уголовного судопроизводства, а значит, гарантии его реализации должны быть закреплены прежде всего в уголовно-процессуальном законодательстве. Во-вторых, содержание правоотношений защитника и

²⁷ См.: *Стецовский Ю.И.* Советская адвокатура: учеб. пособие для вузов. М., 1989. С. 135. На обеспечение субъективного права подозреваемого, обвиняемого профессиональными обязанностями адвоката указывает также Л.В. Головкин (см.: Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головкин. М., 2016. С. 109, 110).

²⁸ См.: *Стремовский В.А.* Указ. соч. С. 175.

подзащитного, поскольку они являются уголовно-процессуальными, также должно регламентироваться УПК РФ. Наконец, в третьих, в качестве защитников при производстве по уголовному делу допускаются не только адвокаты, но и иные лица (один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, – ч. 2 ст. 49 УПК РФ), на которых законодательство об адвокатской деятельности и нормы адвокатской этики не распространяются, а значит, эти лица в уголовном процессе вообще (sic) оказываются освобожденными от каких-либо обязанностей, связанных с исполнением ими функции защиты. И это – явный пробел уголовно-процессуального законодательства, который необходимо восполнить.

В ранее действовавшем уголовно-процессуальном законодательстве (ст. 51 УПК РСФСР) прямо закреплялась обязанность защитника использовать все указанные в законе средства и способы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих их ответственность, оказывать им необходимую юридическую помощь. Руководствуясь данной нормой, теоретики права выделяли в качестве обязанности защитника “сделать все и не упустить ничего, что может благоприятствовать обвиняемому”²⁹.

В УПК РФ 2001 г. такой нормы нет. Если закон и предусматривает обязанности защитника, то вовсе не перед подзащитным, а перед должностными лицами, ведущими уголовный процесс, и государством в целом (например, согласно ч. 5 ст. 49 УПК РФ обязанность защитника дать подписку о неразглашении сведений, составляющих государственную тайну, принимать меры по недопущению ознакомления с ними иных лиц, а также соблюдать требования законодательства Российской Федерации о государственной тайне при подготовке и передаче процессуальных документов, заявлений и иных документов, содержащих такие сведения). Поэтому начинать решение задачи регламентации процессуальных отношений защитника с подзащитным в уголовном процессе следует с закрепления в ст. 53 УПК РФ общей (генераль-

ной) обязанности защитника по осуществлению возложенной на него процессуальной функции – активно осуществлять защиту подозреваемого и обвиняемого, использовать при этом все не запрещенные законодательством Российской Федерации средства и способы в целях выяснения обстоятельств, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого, смягчающих их наказание, обеспечивать соблюдение и реализацию прав, предоставленных законом подозреваемому и обвиняемому. Как верно отмечает В.Л. Григорян, “УПК, отказавшись от прежних формулировок, касающихся рассматриваемого вопроса, не предусмотрел никакого другого варианта возложения на защитника обязанности активно использовать предоставленные ему возможности для отстаивания интересов подозреваемого, обвиняемого, ввиду чего профессиональная защита в уголовном процессе России характеризуется ситуативностью, а ее качество во многом зависит от непроцессуальных факторов (индивидуальных способностей конкретного адвоката, материального стимулирования его деятельности и т.д.)”³⁰.

В законе должна быть предусмотрена и уголовно-процессуальная ответственность защитника за ненадлежащее исполнение им обязанности по защите подозреваемого, обвиняемого, а также за действия, нарушающие права и законные интересы подзащитных. Даже законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого может быть отстранен от участия в уголовном деле, если имеются основания полагать, что его действия наносят ущерб интересам подозреваемого, обвиняемого (ч. 4 ст. 426 УПК РФ).

Если же ущерб интересам подзащитного наносит защитник, то его отстранение от участия в уголовном деле тем более необходимо. Понятно, что такое решение может приниматься только по заявлению подозреваемого, обвиняемого об отказе от защитника при обеспечении достаточных гарантий того, что такой отказ не является вынужденным. В настоящее время в законодательстве не предусмотрен механизм отстранения защитника от участия в деле. Как уже говорилось, во многом это объясняется отсутствием за-

²⁹ Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности / под ред. В.М. Савицкого. М., 1984. С. 51.

³⁰ Григорян В.Л. Защита как системообразующий фактор уголовного судопроизводства и принципы ее осуществления / под ред. В.М. Корнукова. Саратов, 2012. С. 37–39.

крепленного в законе перечня процессуальных обязанностей защитника перед подзащитным, что лишает орган, ведущий производство по уголовному делу, возможности оценить эффективность и качество оказываемой защитником юридической помощи. При этом заявленный подозреваемым, обвиняемым отказ от защитника не является для дознавателя, следователя и суда обязательным (ч. 2 ст. 52 УПК РФ).

Об актуальности проблемы повышения качества защитительной деятельности в уголовном процессе свидетельствуют высказываемые в юридической литературе предложения по закреплению в законе процессуальных обязанностей защитника, а также принятие VIII Всероссийским съездом адвокатов (2017 г.) Стандарта осуществления адвокатом защиты в уголовном судопроизводстве.

В частности, коллективом ученых-процессуалистов из Мордовского государственного университета предложен алгоритм действий защитника, представляющий собой подлежащий закреплению в УПК РФ перечень действий защитника, обязательных по каждому уголовному делу и обеспечивающих квалифицированную юридическую помощь подзащитному³¹. По сути, речь идет о перечислении в законе обязанностей защитника, таких как незамедлительно уведомлять органы дознания, предварительного следствия и суд о принятой на себя защите; участвовать при производстве всех следственных и иных процессуальных действий с его подзащитным; в полном объеме знакомиться со всеми материалами уголовного дела после объявления об окончании предварительного следствия и др.³² Поддерживая данное предложение, отметим, что ограничиваться изложением в УПК РФ лишь обязанностей защитника, по нашему мнению, недостаточно. Такой подход не позволяет в полной мере раскрыть содержание уголовно-процессуальных отношений между защитником и подзащитным, оставляя открытым вопрос о том, перед кем несет обязанности защитник: перед обществом, адвокатской корпорацией, государственными органами и должностными лицами, ведущими уголовный

процесс, или все-таки перед своим подзащитным — подозреваемым или обвиняемым? Отправной точкой регламентации содержания правоотношений между защитником и подзащитным в уголовном процессе должно, по нашему мнению, служить, во-первых, закрепление в ст. 46 и 47 УПК РФ права подозреваемого и обвиняемого на получение квалифицированной и эффективной помощи защитника (вместо ни к чему не обязывающего права “пользоваться помощью защитника...” — п. 3 ч. 3 ст. 46, п. 8 ч. 4 ст. 47 УПК РФ); во-вторых, перенесение в уголовно-процессуальный закон нормы п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 31 мая 2002 г. “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации” и, в-третьих, закрепление в ч. 1 ст. 53 УПК РФ положения следующего содержания: “Защитник обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы подозреваемого, обвиняемого всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами” (далее по тексту).

Закрепление в УПК РФ права подозреваемого иметь свидание с защитником наедине и конфиденциально *до первого допроса* (п. 3 ч. 4 ст. 46 УПК РФ) также не обеспечивает необходимых гарантий права на защиту. В законе должно быть закреплено общее право подозреваемого, обвиняемого на конфиденциальные консультации с защитником, и этому праву должны корреспондировать не только обязанности лица, ведущего производство по уголовному делу, обеспечить условия для таких консультаций, но также и обязанность самого защитника давать таковые (и не только до первого допроса подозреваемого или обвиняемого). В УПК РФ следует также закрепить процессуальную обязанность защитника разъяснять подзащитному его процессуальные права, последствия их реализации, а также содержание и значение процессуальных документов, представляемых подозреваемому, обвиняемому для ознакомления. Разумеется, возложение этой обязанности на защитника не освобождает суд, прокурора, следователя и дознавателя от необходимости выполнения требования ч. 1 ст. 11 УПК РФ о разъяснении участникам уголовного процесса их прав, обязанностей и ответственности. Данная обязанность защитника корреспондирует праву подзащитного на конфиденциальные консультации и предполагает дачу разъяснений относи-

³¹ См., напр.: *Калинкина Л.Д., Яшкина О.А.* Указ. соч. С. 247 — 254; *Яшкина О.А.* Этический аспект в деятельности адвоката: проблемы бездействия и пассивности при оказании им юридической помощи своему доверителю // Бюллетень УрО МАСП. 2009. № 2. С. 113—116.

³² См.: *Калинкина Л.Д., Яшкина О.А.* Указ. соч. С. 253.

тельно процессуальных прав подзащитного, необходимости и последствий их реализации, содержания и значения имеющихся в материалах дела документов в контексте конкретной следственной ситуации с учетом имеющихся в распоряжении стороны обвинения доказательств. В этом смысле такие консультации являются неотъемлемой частью деятельности стороны защиты по выработке тактики противодействия обвинению.

Крайне важным представляется также предусмотреть в УПК РФ обязанность защитника обжаловать судебное решение в том случае, когда оно не соответствует позиции стороны защиты в судебном заседании. Речь идет о ситуациях, когда суд не разделит позицию адвоката-защитника и (или) подзащитного и назначил более тяжкое наказание или наказание за более тяжкое преступление, чем просили адвокат и (или) подзащитный (такая обязанность ныне возложена на адвоката-защитника п. 2 ч. 4 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката). Не обжалуя такого приговора, защитник, по сути, отказывается от использования доступных ему средств защиты прав осужденного. Освободить защитника от данной обязанности может только сам подзащитный и только при условии, что участие защитника в уголовном деле не яв-

ляется в силу требований ст. 51 УПК РФ обязательным.

Таким образом проблематика правоотношений защитника и подзащитного в уголовном процессе нуждается в дальнейшем исследовании. Необходимо предпринимать усилия к тому, чтобы законодатель принял, наконец, идею об уголовно-процессуальном характере таких отношений и реализовал ее, закрепив в УПК РФ корреспондирующие друг другу права подозреваемого и обвиняемого, с одной стороны, и обязанности защитника – с другой. Соответственно, и содержание таких правоотношений должно раскрываться не в законодательстве об адвокатуре или корпоративных правовых актах адвокатского самоуправления, но прежде всего в УПК РФ, обладающем приоритетом перед другими обычными федеральными законами, обусловленном и ограниченном рамками специального предмета регулирования, которым является порядок уголовного судопроизводства³³.

³³ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П “По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы” // Росс. газ. 2004. 7 июля.

DEFENSE EFFICIENCY IN CRIMINAL CASES THROUGH THE PERSPECTIVE OF LEGAL RELATIONS BETWEEN THE DEFENSE LAWYER WITH THE SUSPECT AND THE ACCUSED

© 2018 I. S. Dikarev

Institute of law of Volgograd State University (Volgograd, Russia)

E-mail: iliadikarev@volsu.ru

Received 4.06.2017

One of the factors affecting the efficiency of defense in criminal cases is the absence of the defense lawyer procedural obligation to the defendant in the code of criminal procedure. Such regulation is accounted for by the predominance of the view in the theory of criminal proceeding considering the relationship of the defense lawyer and the defendant as non-procedural as well as the domination of the idea that criminal defense is a public service. The article proves the need for revision of theoretical views on the nature of the legal relationship between the defense lawyer and the defendant, modifications of the current approach to regulating the procedural status of the defense lawyer.

Key words: legal relations, criminal prosecution, defense, qualified legal assistance, right to defense, suspect, accused, defense lawyer, advocate, advocacy.