

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САМАРСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ имени академика С.П. КОРОЛЕВА»
(Самарский университет)

А.С. ТАРАН

**ОТВОД АДВОКАТА КАК ГАРАНТИЯ ПРАВА
НА КВАЛИФИЦИРОВАННУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ
ПОМОЩЬ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РФ**

Монография

С А М А Р А
Издательство Самарского университета
2016

УДК 343
ББК 67.99(2)93
Т 19

Рецензенты: д-р юрид. наук, проф., зав. каф. уголовного процесса и криминалистики Самарского национального исследовательского университета им. академика С.П. Королева В. А. Л а з а р е в а, д-р юрид. наук, проф., зав. каф. уголовного права и процесса Башкирского государственного университета А. А. Т а р а с о в, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, член Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы Н. М. К и п н и с

Таран, Антонина Сергеевна

Т 19 **Отвод адвоката как гарантия права на квалифицированную юридическую помощь в уголовном процессе РФ: монография / А. С. Таран.** – Самара: Изд-во Самарского университета, 2016. – 592 с.

ISBN 978-5-7883-1120-3

В монографии институт отвода адвоката рассматривается как гарантия обеспечения права граждан на получение квалифицированной юридической помощи. В работе исследуются актуальные в теоретическом и правоприменительном аспектах вопросы правовой природы отвода адвоката, дана характеристика оснований отвода адвоката и возникающих при его осуществлении правоотношений.

Монография предназначена для практикующих юристов, судей, адвокатов, прокуроров, следователей, дознавателей, преподавателей вузов и научных работников, а также студентов и всех тех, кто интересуется проблемами гарантий права граждан на квалифицированную юридическую помощь.

Подготовлена на кафедре уголовного процесса и криминалистики.

УДК 343
ББК 67.99(2)93

ISBN 978-5-7883-1120-3

© Самарский университет, 2016

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	6
Глава 1. Отвод адвоката в свете обеспечения конституционного права на квалифицированную юридическую помощь: общая характеристика	14
§ 1. Право граждан на квалифицированную юридическую помощь и его уголовно-процессуальные гарантии	14
§ 2. Понятие отвода в уголовном процессе. Отвод как правовой институт	24
§ 3. Отвод адвоката в институте отвода участников уголовного процесса	33
§ 4. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле: понятие, виды, тенденции развития	41
§ 5. Правовое значение отвода адвоката в обеспечении права граждан на квалифицированную юридическую помощь	54
Глава 2. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе: содержание, место в системе оснований ограничения адвокатской деятельности	65
§ 1. Обстоятельства, ограничивающие осуществление адвокатской деятельности: понятие и система	65
§ 2. Содержание обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе:	70
2.2.1. Участие в деле в ином процессуальном статусе как обстоятельство, исключающее участие адвоката в уголовном процессе	70
2.2.2. Родство как обстоятельство, исключающее участие адвоката в уголовном процессе	89
2.2.3. Коллизия интересов доверителей как обстоятельство, исключающее участие адвоката в деле	126

§ 3. Обстоятельства, исключающие осуществление адвокатской деятельности как внепроцессуальное основание отвода адвоката	178
§ 4. Обстоятельства, исключающие принятие адвокатом поручения, их соотношение с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле	188
§ 5. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле и основания его «недопуска» к участию в нем	202

Глава 3. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле в системе оснований его отвода	214
§ 1. Формы и основания отстранения адвоката от участия в уголовном процессе	214
§ 2. Отказ от защитника и обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе	222
§ 3. Замена адвоката как форма его отстранения от участия в деле	245
§ 4. Самоотвод адвоката и обстоятельства, исключающие его участие в уголовном процессе	269

Глава 4. Общая характеристика правоотношений по отводу адвоката	279
§ 1. Объект правоотношений по отводу адвоката	279
§ 2. Субъекты, уполномоченные принимать решение об отводе адвоката	287
§ 3. Понятие и система поводов отвода адвоката	296
§ 4. Обязанность доказывания обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе	325
§ 5. Установление обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном судопроизводстве (на примере конфликта интересов доверителей адвоката)	348

§ 6. Процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе	361
§ 7. Особенности последствий установления отдельных оснований отвода адвоката	381

Глава 5. Отвод адвоката на отдельных этапах, стадиях и формах производства по уголовному делу 403

§ 1. Некоторые вопросы отвода адвоката на досудебных стадиях уголовного процесса	403
§ 2. О возможности отвода адвоката на стадии подготовки к судебному заседанию	414
§ 3. Процессуальный порядок отвода адвоката в подготовительной части судебного разбирательства	420
§ 4. Отвод адвоката после начала судебного следствия	435
§ 5. Отвод адвоката при особых порядках уголовного судопроизводства	451
§ 6. Осуществление отвода адвоката в проверочных стадиях уголовного процесса	461

Глава 6. Постановление (определение) об отводе адвоката, гарантии его законности 467

§ 1. Процессуальное решение об отводе адвоката: требования к содержанию и форме	467
§ 2. Процессуальный контроль за отводом адвоката следователем	480
§ 3. Обжалование постановления следователя (дознавателя) об отводе адвоката	488
§ 4. Обжалование судебного решения об отводе адвоката	515

Заключение 537

Библиографический список 548

ВВЕДЕНИЕ

Конституция РФ гарантирует право каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48). Обеспечить это право призвана адвокатура – независимый институт гражданского общества, профессиональное сообщество адвокатов (ч. 1 ст. 3 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»). Гарантией реализации адвокатурой такой помощи является установление совокупности требований, которым должны удовлетворять лица, обладающие статусом адвоката.

Данные требования делятся на универсальные и специальные (т. е. привязанные к специфике процессуальной ситуации в конкретном уголовном процессе). Последние являются предметом регулирования уголовно-процессуального законодательства, предусматривающего отстранение адвоката (отвод) от участия в уголовном процессе.

В этой связи отвод адвоката¹, как его отстранение от участия в производстве по уголовному делу в связи с несоответствием определенным требованиям, следует рассматривать как гарантию конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ).

Отвод адвоката – явление, встречающееся далеко не по каждому уголовному делу. Только 3 % опрошенных нами адвокатов, 2,9 % следователей и 7 % судей были отведены/отводили (соответственно) адвоката когда-либо. При этом, однако, практика преподносит казусы, когда в одном производстве по уголовному делу

¹ Говоря об отводе адвоката, мы подразумеваем адвоката, осуществляющего в уголовном судопроизводстве квалифицированную юридическую помощь в любом из статусов: защитника, представителя потерпевшего и прочее. Там, где его процессуальный статус значим, он будет специально обозначаться. При этом при отсутствии специальной оговорки, сказанное в отношении адвоката-представителя потерпевшего будет справедливо и по отношению к адвокату-представителю гражданского истца и гражданского ответчика.

осуществляется отвод сразу нескольких адвокатов по независящим друг от друга основаниям².

Между тем, значимость того или иного процессуального института и актуальность его исследования, безусловно, не определяются исключительно статистикой частоты его применения. Необходимо исходить из таких критериев, как процессуальные последствия его нарушения, вероятность ущемления тем самым конституционных прав граждан, тенденции правоприменительной практики.

Оказание юридической помощи защитником вопреки установленному запрету (ст. 72 УПК РФ) влечет признание права обвиняемого (подозреваемого) на защиту нарушенным, является существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 4 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ).

В силу этого ситуации, когда адвокат оказывает юридическую помощь при наличии предусмотренных в законе обстоятельств, исключающих его участие в деле, должны своевременно пресекаться.

Отвод адвоката, отстранение его от производства по делу напрямую затрагивает интересы его доверителя. Здесь ставится под

² В качестве примера приведем следующие уголовные дела:

По делу Б., П., Ш. и С. В ходе судебного разбирательства был произведен отвод и адвоката-представителя потерпевшего и защитника на основании того, что первый являлся родственником следователя, ранее принимавшего участие в производстве по делу, а второй ранее участвовал в данном уголовном процессе в качестве следователя. См.: Определение Судебной Коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29 апреля 2008 г. № 74-О08-16 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 1. С. 25–26;

По уголовному делу в отношении Ф.В.Б., Л.А.С., Ю.А.М., Ш.А.А., В.А.М. был произведен отвод адвоката-защитника П.С. Паулова по п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, как ранее участвовавшего в производстве по данному уголовному делу в качестве следователя, а также адвокат-защитник А.А. Кильмаев, по п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, являвшийся родным братом следователя Е.А. Кильмаева, проводившего отдельные следственные действия по данному делу. См.: Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия от 29 апреля 2013 г. Материал № 22-997/13. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-mordoviya-respublika-mordoviya-s/act-473808993>.

угрозу конституционное право каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ), подразумевающее право пользоваться помощью именно выбранного адвоката. Поэтому данное решение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, не должно быть произвольным. Конституционный Суд РФ подчеркнул, что «реализация права пользоваться помощью адвоката (защитника) не может быть поставлена в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело»³.

Таким образом, в равной мере недопустимо как необоснованное осуществление отвода адвоката, так и его необоснованное неприменение. Вот почему значима такая регламентация оснований и процедуры отстранения адвоката от участия в уголовном процессе, которая исключала бы его произвольное осуществление.

В настоящее время институт отвода с точки зрения законодательной регламентации и правоприменения получает достаточно критическую оценку. Например, отмечается несовершенство оснований и процедуры отвода судьи как гаранта обеспечения его беспристрастности⁴.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева; Постановление Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2003 г. № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ч. 1, 2 ст. 118 УПК РФ в связи с жалобой З.Р. Шенгеля; Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. № 251-О-П по жалобе гражданина Д.Ф. Туктымышева на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 50 и ч. 3 ст. 51 УПК РФ.

⁴ См.: Насонов С.А. Аналитический обзор результатов мониторинга по проблемам судебной реформы в Российской Федерации // Аналитический обзор результатов Всероссийского мониторинга по проблемам судебной реформы в Российской Федерации. М.: Р. Валент, 2009. С. 17; Ковтун Н.Н. Повторное участие судьи в рассмотрении уголовного дела: коллизии закона при отводе // Уголовный процесс. 2008. № 6. С. 27–30.

Существуют очевидные проблемы и в осуществлении отвода адвокатов. Современные правовые реалии таковы, что он нередко используется на практике как средство устранения из дела «неудобного», активного адвоката, оказания на него давления с целью пресечения настойчивости в осуществлении процессуальной функции защиты⁵.

Очевидно, что проблемы реализации института отвода адвоката обусловлены недостатками его правовой регламентации, многие его положения нуждаются в осмыслении уголовно-процессуальной наукой. Необходимо признать, что последняя не уделяла указанной проблематике должного внимания.

Отвод адвоката не был предметом специального диссертационного или монографического исследования в отечественной уголовно-процессуальной науке. Можно выделить отдельные диссертационные исследования 80-х гг. прошлого века на соискание ученой степени кандидата юридических наук В.Г. Задерако и Х.А. Мамедовой, а также современный монографический труд М.В. Горского, посвященные институту отвода в целом, в которых отвод адвоката освещается только как один из его элементов.

Отводу защитника в уголовном процессе были посвящены статьи, опубликованные в 1983–1985 гг., в центральной научной печати В. Никандрова, А. Кафтасевой и Л. Винокуровой, Л.Т. Ульяновой, появление которых было обусловлено введением в действие ст. 67 (1) УПК РСФСР.

Анализируя достигнутый уровень изученности темы, нельзя не отметить очевидную недостаточность ее научной разработанности.

⁵ Масленникова Л.Н. Мониторинг УПК РФ с позиций адвокатов / Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): сб. ст. и материалов / под ред. Е.Б. Мизулиной и В.Н. Плигина. М.: Юрист, 2006. С. 261.

Отдельные статьи, написанные в период действия уголовно-процессуального законодательства, утратившего силу, не могут отразить современную проблематику вопроса. Диссертационные и монографические исследования, посвященные институту отвода в целом, учитывая многообразие субъектов (участников процесса), подлежащих отводу, и особый статус адвоката в их числе не могут охватить весь комплекс специфических проблем, связанных с правовой оценкой и реализацией нормативных предписаний в отношении отвода адвоката.

Существующие научные разработки в данной области не получили всестороннего и систематизированного осмысления, многие высказанные учеными положения не бесспорны, не всегда надлежащим образом сформулированы, что затрудняет их оценку. Например, в учебнике по адвокатуре для вузов 2001 года издания со ссылкой на работы И.Д. Перлова, М.С. Строговича указано: «Упоминание в ст. 67 УПК (имеется в виду УПК РФ, хотя на самом деле, очевидно, речь о норме УПК РСФСР – примечание. А. Т.) об отводе защитника не позволяет отождествлять этот отвод с отводом судьи, прокурора и других лиц. Защитнику не может быть заявлен отвод, как это имеет место с судьей, народным заседателем, прокурором и некоторыми другими участниками процесса»⁶. Далее проводится различие между отводом адвоката и иных участников процесса, при этом, однако, не пояснено, почему в возможности заявления отвода защитнику отказано.

Учеными высказано мнение, что ч. 1 ст. 72 УПК РФ «содержит *детальный перечень* (выделено мной. – А. Т.) обстоятельств, в силу которых прежде всего адвокат, а также другие лица, которые по закону вправе выступать защитником обвиняемого, подсудимого,

⁶ Стешенко Л.А., Шамба Г.М. Адвокатура в РФ: учебник для вузов. М.: Издательство НОРМА, 2001. С. 188.

... может оказаться психологически несвободен, связан в отстаивании своей позиции в уголовном деле»⁷.

Однако проблемы применения этой нормы указывают на недостатки правовой регламентации анализируемого процессуально-института, многие его положения вызывают вопросы, требуют разъяснений.

Сказанное убедило нас в актуальности исследования как общих вопросов данной проблематики: понятия и сущности отвода адвоката в уголовном процессе, его правового и нравственного значения, так и специальных, раскрывающих нюансы его применения в отдельных ситуациях.

Велико значение четкого определения в законе круга обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Известно, что круг обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, в отличие от соответствующих норм в отношении судьи, прокурора, следователя, дознавателя (ч. 2 ст. 61 УПК РФ) является закрытым. Действительно ли исчерпывающий круг таких обстоятельств дан в статье 72 УПК РФ? Является ли запрет, установленный ст. 72 УПК РФ, абсолютным? Нет ли исключений из него? Соответствует ли перечень обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле кругу обстоятельств, при наличии которых адвокат должен отказаться от принятия поручения? Как соотносятся обстоятельства, исключающие участие в деле с иными обстоятельствами, исключающими или ограничивающими осуществление адвокатской деятельности? Как соотносятся они с иными обстоятельствами, влекущими отстранение адвоката от участия в процессе?

Кроме того, весьма значимо правильное понимание процессуального порядка осуществления отвода адвоката. В этой связи не-

⁷ Безлепкин Б.Т. Комментарий к УПК РФ (постатейный). 2 изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, 2003. С. 108.

обходимо раскрыть и дать оценку таким установленным уголовно-процессуальным законом условиям отвода адвоката, как кругу субъектов, уполномоченных его заявлять и осуществлять, его поводам, этапам производства по делу, на которых он допускается, процессуальному порядку производства отвода адвоката на отдельных стадиях процесса. Следует обозначить требования к содержанию и форме процессуального решения об отводе адвоката, отследить закрепление в уголовно-процессуальном законе гарантий его законности и существование возможности обжалования, как одной из них.

Требуют осмысления многие вопросы процедуры отвода адвоката, не получившие законодательного разрешения, например: обязан ли следователь уведомить адвоката и его доверителя об обнаружении обстоятельств, исключающих участие в деле, и выяснить их позицию на этот счет; должен ли адвокат при наличии указанных обстоятельств отстраниться от участия в деле и если да, то в каком порядке; обязан ли адвокат при обнаружении оснований для отвода какого-либо участника процесса заявить об этом, или же он может о них умолчать, руководствуясь, в первую очередь, интересами и позицией доверителя?

Необходимо определить не получивший до настоящего времени однозначного ответа круг процессуальных последствий обнаружения оснований отвода адвоката, а именно: кто подлежит отводу при установлении родства адвоката с профессиональным участником процесса (адвокат, профессиональный участник процесса или оба); как процессуально грамотно реагировать на обнаружение конфликта интересов доверителей адвоката в одном деле (должен ли адвокат быть отведен только в отношении одного из них или в отношении обоих и выбыть, таким образом, из процесса вообще) и ряд других.

Актуальность указанной проблемы как с теоретической, так и с практической точек зрения и предопределила выбор темы настоящего монографического исследования.

Настоящая монография представляет собой исследование всех теоретических и практически значимых проблем осуществления отвода адвоката, возникающих в сфере уголовного судопроизводства. Рассмотрение отвода адвоката в свете обеспечения права граждан на квалифицированную юридическую помощь ставит задачу определить его сущность, основания, виды, характер возникающих при его реализации правоотношений, требований к решению об отводе и прочее.

Все это должно содействовать усилению защиты прав и свобод человека и гражданина в целом и права на получение квалифицированной помощи, в частности, а также укреплению и расширению правовой основы судопроизводства по уголовным делам.

Глава 1.
ОТВОД АДВОКАТА В СВЕТЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА
НА КВАЛИФИЦИРОВАННУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ:
ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

**§ 1. Право граждан на квалифицированную юридическую
помощь и его уголовно-процессуальные гарантии**

Уголовное судопроизводство, как урегулированная уголовно-процессуальным законодательством деятельность уполномоченных лиц по раскрытию, расследованию преступления и рассмотрению дела в суде, может быть представлена как система властеотношений, неизбежно сопряженных с применением государственного принуждения, в том числе затрагивающего конституционные права граждан: право на судебную защиту прав и свобод (ст. 46), презумпцию невиновности (ст. 49), право на неприкосновенность частной жизни (ст. 24), неприкосновенность жилища (ст. 25) и др.

Гарантом обеспечения прав лиц, участвующих в уголовном процессе, выступает предоставленное им Конституцией РФ право на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48)⁸.

⁸ Особая значимость реализации права на квалифицированную юридическую помощь именно в уголовном судопроизводстве была озвучена в качестве положения, выносимого на защиту В.Л. Кудрявцевым в диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук: «...среди всех видов судопроизводств особое место в системе защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина отводится уголовному судопроизводству. Именно в этом виде судопроизводства наиболее высока роль и значимость квалифицированной юридической помощи как способа защиты конституционных прав и законных интересов». Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника)

Это право должно быть предоставлено в полном объеме подозреваемому и обвиняемому, потерпевшему и частному обвинителю, гражданскому истцу и гражданскому ответчику, свидетелю и иным субъектам, в нем нуждающимся. Очевидно, что в первую очередь оно необходимо лицу, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, конституционные права и свободы которого поставлены в связи с этим под угрозу. В обозначенном аспекте право на получение квалифицированной юридической помощи является гарантией права на защиту.

Конституционный Суд РФ отметил, что «праву каждого на получение квалифицированной юридической помощи корреспондирует обязанность государства обеспечить надлежащие условия, в том числе нормативно-правового характера, с тем, чтобы каждый в случае необходимости имел возможность обратиться за юридической помощью для защиты и отстаивания своих прав и законных интересов»⁹.

Тем самым, обеспечение конституционного права на квалифицированную юридическую помощь выступает как обязанность государства, а также как значимая публично-правовая функция государства и соответствующих субъектов, на которые она возложена в силу статуса¹⁰.

Обеспечить право граждан на получение квалифицированной юридической помощи призвана адвокатура – независимый институт гражданского общества, профессиональное сообщество адво-

в российском уголовном судопроизводстве: теоретические основы и проблемы обеспечения: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 12.

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ в связи с жалобами ООО «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева».

¹⁰ См.: Теплякова О.А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ в отношении права на квалифицированную юридическую помощь // Евразийский юридический журнал. 2014. № 11. С. 144.

катов (ч. 1 ст. 3 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»¹¹). Адвокатура не входит в систему органов государственной власти и местного самоуправления, действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления и корпоративности. Деятельность членов этого профессионального сообщества (адвокатская деятельность) заключается в оказании на профессиональной основе лицами, получившими в установленном законом порядке статус адвоката, квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию (ст. 1 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»). Гарантией качественной реализации адвокатуры такой помощи является установление законодателем совокупности требований, которым должны удовлетворять лица, обладающие статусом адвоката (ст. 9, 16, 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»). Соответствие этим требованиям презюмирует качество оказываемой адвокатом юридической помощи.

Значимость реализации права граждан на получение квалифицированной юридической помощи обусловило повышенный интерес к нему ученых-процессуалистов. В настоящее время весьма значительно количество работ, ему посвященных, как монографического¹², так и диссертационного характера¹³. Право на получение

¹¹ Принят Государственной Думой 26 апреля 2002 года.

¹² См.: Ботнев В.К. Актуальные проблемы оказания квалифицированной юридической помощи адвокатурой России. М.: Дрофа, 2010. 352 с.; Казаков В.Н., Шагиев Б.В. Профессиональные качества личности юриста в системе условий обеспечения права гражданина на оказание квалифицированной юридической помощи (проблемы теории и практики). М.: Изд-во РАН, 2014. 151 с.; Кудрявцев В.Л. Конституционно-правовые основы института квалифицированной юридической помощи в российском уголовном судопроизводстве. М.: Юрлитинформ, 2007. 152 с.

¹³ См.: Бондарь О.Н. Квалифицированная юридическая помощь – конституционная гарантия судебной защиты прав и свобод человека и гражданина в РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Р-н/Д., 2008. 30 с.; Ботнев В.К. Квалифициро-

квалифицированной юридической помощи, при всем многообразии его научных трактовок, вслед за В.Л. Кудрявцевым можно определить как «... гарантированную, обеспеченную Конституцией РФ, Уголовно-процессуальным кодексом РФ возможность каждому обратиться за защитой своих либо чьих-то прав и законных интересов к адвокату, на которого государством возложена публичная обязанность по оказанию каждому желающему достаточно высокого уровня любого из видов предоставляемой в уголовном судопроизводстве юридической помощи, в том числе, в случаях предусмотренном законом бесплатно, или к иному лицу, способному, по мнению обратившегося, оказать квалифицированную юридическую помощь, за исключением случаев, предусмотренных законом, когда такая помощь может быть оказана только адвокатом либо наряду с ним»¹⁴.

Право участника уголовного процесса на квалифицированную юридическую помощь является важнейшим принципом международного права. В числе основных источников международного права в рассматриваемой области следует назвать:

ванная юридическая помощь как конституционно-правовая гарантия защиты прав и свобод человека и гражданина: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. 56 с.; Воронов А.А. Роль адвокатуры в реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. 58 с.; Краснов И.В. Конституционное право на квалифицированную юридическую помощь и его обеспечение в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2003. 179 с.; Манафов А.Г. Конституционное право граждан на квалифицированную юридическую помощь в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 185 с.; Мухудинова Н.Р. Обеспечение конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2005. 220 с.; Рамазанов С.З. Конституционно-правовые основы оказания квалифицированной юридической помощи в судах общей юрисдикции: дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2006. 219 с.; Черняков И.Г. Реализация конституционного права на квалифицированную юридическую помощь в Российской Федерации: проблемы и перспективы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007. 27 с.

¹⁴ Кудрявцев В.Л. Указ. соч. С. 13–14.

- Всеобщую декларацию прав человека, принятую Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948 года.
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 16.12.1966 года.
- Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, более известную как Европейская Конвенция, принятую 04.11.1950 г.
- Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденный 09.12.1988 г. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН.
- Основные положения о роли адвокатов, принятые Конгрессом ООН в августе 1990 года.
- Рекомендации «О свободе осуществления профессии адвоката», принятые Комитетом Министров Совета Европы (1997 год).

Правовое значение права на получение юридической помощи настолько велико, что его нарушение, ущемление прав адвоката либо возможностей пользоваться его помощью при производстве по уголовному делу рассматривается отечественным законодателем как существенное нарушение уголовно-процессуального закона, влекущее отмену приговора и иного судебного акта, недействительность совершенного действия и недопустимость полученного доказательства (п. 4 ч. 2 ст. 381, п. 1 ч. 1 ст. 75 УПК РФ). Эту ответственность можно рассматривать как уголовно-процессуальную гарантию реализации того права, которое оно обеспечивает.

Данная процессуальная санкция – далеко не единственная гарантия анализируемого конституционного права. Для того чтобы право участника процесса было реально обеспечено и реализовано, законодатель предусматривает сразу комплекс, систему его гарантий. Тем более это актуально для такого значимого права, как право на квалифицированную юридическую помощь.

Что же выступает уголовно-процессуальными гарантиями права на получение квалифицированной юридической помощи?

Процессуальные гарантии в теории уголовного процесса в отечественной науке советского периода определялись как «средства, с помощью которых все участники процесса могут осуществлять свои права и защищать их в случае их нарушения»¹⁵, как «предусмотренные уголовно-процессуальным правом средства, с помощью которых обеспечивается успешное достижение задач уголовного процесса в целом и отдельных его действий (мер), а равно реализация прав и выполнение обязанностей его субъектами»¹⁶. Реформирование уголовно-процессуального законодательства, смена идеологии и научных взглядов фактически не отразилась на отношении ученых к понятию процессуальных гарантий. В настоящее время отмечается, что «Процессуально-правовые гарантии – это правовые средства, обеспечивающие назначение (задачи) уголовного судопроизводства, защиту прав и законных интересов его участников, возможность производства процессуальных мероприятий и принятия процессуальных решений»¹⁷.

Правовым гарантиям в уголовно-процессуальной науке всегда уделялось серьезное внимание. Это неслучайно, поскольку очевидна их особая роль именно в уголовном процессе: «Особенно велико значение процессуальных гарантий в уголовном судопроизводстве, которое охватывает сферу острых конфликтных от-

¹⁵ Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. 2-е изд, перераб. М.: Госюриздат, 1951. С. 14. Процессуальные гарантии как «установленные законом средства, при помощи которых участвующие в уголовном процессе граждане могут защищать свои права и интересы» определял и М.С. Строгович. См.: Строгович М.С. Учебник уголовного процесса. М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1938. С. 11.

¹⁶ Бойков А.Д. Указ. соч.

¹⁷ Россинский С.Б. Уголовный процесс: учебник. М.: ЭКСМО, 2009. С. 47–48. Аналогично рассматривают процессуальные гарантии и другие авторы. См.: Скоробогатова О.В. Уголовно-процессуальные гарантии защиты прав участников уголовного судопроизводства // Вестник Амурского государственного университета. 2010. Вып. 48. Сер.: Гуманитар. науки. С. 92.

ношений, связанных с применением репрессивных мер уголовного законодательства и мер процессуального принуждения (задержание, аресты, обыски, допросы, принудительное освидетельствование и т. д.)¹⁸.

В отечественной уголовно-процессуальной науке еще с советского периода ее развития признается, что «... в широком смысле слова, все предписания уголовно-процессуального права выступают в качестве гарантий достижения задач уголовного процесса. В этом смысле любой институт уголовно-процессуального права, любой его принцип выступает как гарантия. Можно сказать, что весь уголовный процесс – это система таких гарантий»¹⁹. Это мнение не потеряло своей актуальности и в наши дни, поскольку все требования уголовно-процессуального закона вне зависимости от его уровня можно рассматривать как систему средств достижения назначения уголовного судопроизводства, обозначенного в ст. 6 УПК РФ. Да и само назначение уголовного процесса рассматривается само по себе как его гарантия. «Основной гарантией в уголовном процессе служит его высокое назначение», – отмечал М.А. Чельцов²⁰. Теория уголовного процесса как системы гарантий личности в советской литературе была развита проф. Н.Н. Полянским²¹.

Процессуальные гарантии в науке подразделялись на гарантии правосудия, гарантии прав участников процесса и гарантии производства отдельных процессуальных действий и принятия отдельных процессуальных решений. Сразу обозначим, что это разделение в науке всегда признавалось в определенной степени услов-

¹⁸ Бойков А.Д. Указ. соч.

¹⁹ Там же.

²⁰ Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. 2-е изд, перераб. М.: Госюриздат, 1951. С. 11.

²¹ Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. М.: Право и жизнь, 1927. С. 44.

ным. Очевидно, например, что если признавать, что без обеспечения права на получение квалифицированной юридической помощи невозможно осуществление истинного правосудия, то и гарантии обеспечения первого будут, в конечном итоге, средством обеспечения и второго.

Раскрывая гарантии права на получение квалифицированной помощи, отметим, что под гарантиями прав и законных интересов личности понимались «многочисленные и многообразные по своему конкретному содержанию средства, предусмотренные нормами советского уголовно-процессуального права, служащие обеспечению возможности осуществления, защите прав и законных интересов граждан, участвующих в уголовном процессе»²².

В частности, в числе уголовно-процессуальных гарантий права на получение квалифицированной юридической помощи можно назвать:

1. Принципы уголовного процесса. Здесь следует выделить принцип обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту (ст. 16 УПК РФ), презумпцию невиновности (ст. 14 УПК РФ), принцип состязательности (ст. 15 УПК РФ) и др.

2. Обязанности субъектов, ведущих уголовное судопроизводство (обязанности дознавателя, следователя и суда), обеспечить участие защитника по просьбе подозреваемого, обвиняемого (ч. 2 ст. 50 УПК РФ, пригласить защитника в случае волеизъявления на то обвиняемого, привлечь к участию в деле адвоката в качестве представителя несовершеннолетнего потерпевшего в случае, предусмотренном ч. 2 (1) ст. 45 УПК РФ и проч.).

3. Права адвоката в уголовном процессе (например, право защитника на ознакомление с материалами дела – п. 7 ч. 1 ст. 53 УПК

²² Куцова Э.Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе. М.: Изд-во Московского университета, 1972. С. 8.

РФ; право адвоката свидетеля делать заявления о нарушениях прав и законных интересов свидетеля (ч. 5 ст. 189 УПК РФ) и проч.).

4. Обязанности адвоката в уголовном процессе (например, обязанность являться на производство следственного действия, вытекающая из ч. 3 ст. 50 УПК РФ, обязанность не отказываться от принятой защиты (ч. 7 ст. 49 УПК РФ) и проч.

5. Процессуальные санкции за невыполнение субъектами уголовного процесса обязанностей по обеспечению права на квалифицированную юридическую помощь (например, нарушение права обвиняемого пользоваться помощью защитника как существенное нарушение уголовно-процессуального закона, влекущее его отмену – п. 4 ч. 2 ст. 389 (17) и проч.).

Право на квалифицированную юридическую помощь не только обеспечено процессуальными гарантиями, но и само выступает гарантией реализации принципов уголовного процесса: «Право подозреваемого, обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи имеет значение не только само по себе, но и как гарантия реализации принципов обеспечения права на защиту, состязательности и равноправия сторон»²³.

Проиллюстрируем связь права на получение квалифицированной юридической помощи и права на защиту.

Из анализа решений ЕСПЧ следует, что он выделяет в пункте 3с ст. 6 Европейской конвенции по правам человека, предусматривающей право обвиняемого на защиту, четыре четко сформулированные составные части:

- а) право защищать себя лично (Фуше против Франции);
- б) при определенных обстоятельствах выбирать себе защитника (Кэмпбелл и Фелл против Соединенного Королевства);

²³ См.: Лазарева В.А., Иванов В.В., Утарбаев А.К. Защита прав личности в уголовном процессе России: учебное пособие для бакалавриата и магистратуры. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2015. С. 142–143.

с) при недостатке средств для оплаты услуг защитника пользоваться услугами назначенного защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия (Джон Мюррей против Соединенного Королевства);

д) право на практическую и полноценную юридическую помощь (Богумил против Португалии)²⁴.

Таким образом, обеспечение права на квалифицированную юридическую помощь не может ограничиваться формальным предоставлением адвоката, а сам факт участия в производстве по делу последнего не является однозначным критерием его реализации. Законодатель презюмирует качество помощи, оказываемой адвокатом, но эта презумпция не абсолютна. В том случае, когда сам адвокат или его деятельность не отвечают определенным требованиям, участие такого адвоката в уголовном процессе нельзя признать надлежащим обеспечением права граждан на получение квалифицированной юридической помощи. ЕСПЧ в своих решениях подчеркивает, что сам по себе факт предоставления адвоката не обеспечивает оказание должной юридической помощи, констатируя нарушение права на квалифицированную помощь, обусловленное несоответствием адвоката определенным критериям²⁵.

Именно потому, что участие в процессе любого адвоката само по себе не является обеспечением права на получение квалифицированной помощи, уголовно-процессуальное законодательство устанавливает ряд положений, позволяющих отстранить адвоката от производства по делу в том случае, если потенциально ставится

²⁴ Виткаускас Д., Диков Г. Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж: ООО Фирма «Элистр», 2014. С. 162.

²⁵ Постановление ЕСПЧ по делу Ананьев и другие против России. Извлечения из постановлений Европейского Суда по правам человека // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 2. С. 36–37; Решение ЕСПЧ Энслин и другие против Германии от 08 июля 1976 г. // Виткаускас Д. Указ. соч. С. 165 и др.

под угрозу качество оказываемой им юридической помощи. Институт отстранения участника процесса от производства по делу именуется «отводом».

Отвод, как гарантию реализации права обвиняемого на защиту, упоминала в своем труде Э.Ф. Куцова²⁶. Однако она, как следует из смысла текста работы, подразумевала отвод обвиняемым следователя. На наш взгляд, можно и необходимо говорить об отводе адвоката как гарантии права на получение квалифицированной юридической помощи, соответственно, иных прав личности, смежных с этим правом, как форме его реализации, а также как о правовом средстве обеспечения адвокатской деятельности.

§ 2. Понятие отвода в уголовном процессе.

Отвод как правовой институт

Уголовно-процессуальный кодекс не раскрывает понятие «отвод» ни в главе 9 УПК РФ, определяющей основания и порядок отвода, ни в общей норме – ст. 5 УПК РФ «основные понятия, используемые в настоящем кодексе».

Это заставляет нас обратиться к лексическому значению данного термина, его этимологии.

Согласно словарю С.И. Ожегова «отвод» – существительное от глагола «отвести», – т. е. отклонить, отвергнуть²⁷. Д.Н. Ушаков также определяет «отвод» через «отвести», т. е. отстранить, устранить от участия в чем-нибудь, по непригодности, подозрению²⁸.

²⁶ Куцова Э.Ф. Указ. соч. С. 10.

²⁷ Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. 10-е изд. М.: Русский язык, 1973. С. 427.

²⁸ Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Астрель: АСТ, 2000. Т. II. Стб. 906.

Непосредственно «отвод» определяется как «неприятие или устранение кого-либо, чего-либо как неподходящего, несоответствующего чему-нибудь, заявление протеста против чего-либо»²⁹.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство использует термин «отвод» во всех указанных смыслах, обозначая им:

- заявление о наличии обстоятельств, исключающих участие какого-либо субъекта в деле (п. 9 ч. 2 ст. 37, ч. 2 ст. 62, ч. 1 ст. 64 УПК РФ);
- процедуру рассмотрения вопроса о наличии или отсутствии данных обстоятельств (ст. 66, 67 УПК РФ, посвященные процессуальному порядку установления этих обстоятельств, называются «отвод прокурора, отвод следователя или дознавателя»);
- принятое по итогам данного рассмотрения процессуальное решение (ч. 1 ст. 256 УПК РФ);
- само отстранение от участия в производстве по делу на основе предусмотренных в законе обстоятельств (ч. 1 ст. 62 УПК РФ).

Таким образом, можно отметить многозначность нормативного понятия «отвод», определение которого может быть дано после исследования сущности и содержания каждого обозначаемого им правового явления.

Уголовно-процессуальной наукой отвод также рассматривается как правовой институт, то есть как «сравнительно небольшая, устойчивая группа правовых норм, регулирующих определенную разновидность общественных отношений»³⁰. Соответственно, можно дать еще и институциональное понятие отвода.

²⁹ Словарь современного русского литературного языка. М.-Л.: Изд-во Акад. наук СССР, 1958. Т. 8. Стб. 1283.

³⁰ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юристъ, 1997. С. 351.

Указанная трактовка правового института отражает в целом представление отечественной юриспруденции о данном правовом явлении, что следует из анализа его определений иных авторов:

Понимание сущности правового института дает возможность разграничения его с отраслью права. В отличие от отрасли права, правовой институт регулирует не всю совокупность качественно однородных общественных отношений, а только разные стороны (признаки, особенности) одного типичного отношения³¹. Соответственно, отвод рассматривается и как правоотношение, являющееся предметом регулирования соответствующего правового института, то есть как «урегулированное нормами уголовно-процессуального права общественное отношение между субъектами уголовно-процессуальной деятельности, характеризующееся

«Институт права – это основной элемент системы права, представленный совокупностью правовых норм, регулирующих однородную группу общественных отношений». См.: Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2001. С. 210;

«Правовой институт – совокупность норм, регулирующих ту или иную область однородных общественных отношений». См.: Юридический словарь / Братусь С.Н. М.: Госюриздат, 1953. С. 238;

«Правовой институт – совокупность норм, регулирующих обособленные общественные отношения в пределах той группы общественных отношений, которые составляют предмет отрасли». См.: Теория государства и права / под ред. А.И. Денисова. М.: Изд-во МГУ, 1967. С. 311–312;

«Правовой институт – совокупность норм, очерчивающих определенные типизированные отношения». См.: Дембо Л.И. О принципах построения системы права // Советское государство и право. 1956. № 8. С. 94;

«Правовой институт – это совокупность правовых норм, составляющих часть отрасли права, регулирующих вид или определенную сторону однородных общественных отношений». См.: Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник. М.: Изд-во Спарк, 1998. С. 234;

«Правовой институт – такие группы норм, которые регулируют лишь однородные и взаимосвязанные общественные отношения». См.: Общая теория советского права / под ред. С.М. Братуся, И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1966. С. 317;

«... институт права... представляет собой объективно сложившуюся внутри отрасли права в виде ее обособленных норм группу правовых норм, регулиующую с требуемой детализацией типичное общественное отношение и в силу этого приобретающую относительную самостоятельность, устойчивость и автономность функционирования». См.: Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. С. 300.

³¹ Керимов Д.А. Указ. соч. С. 300.

наличием субъективных уголовно-процессуальных прав и обязанностей»³².

Раскроем признаки правового института, значимые для понимания сущности института отвода³³.

Первоначально основанием группировки норм по институтам служил только предмет регулирования. В структуре предмета правового регулирования каждого института выделяют следующие элементы: субъекты, их практическая деятельность (поступки, действия, поведение); объекты (предметы, явления) окружающего мира, по поводу которых возникают регулируемые общественные отношения; социальные факты (события, обстоятельства), способствующие возникновению или прекращению соответствующих отношений³⁴.

В дальнейшем, наряду с предметом регулирования, ученые стали выделять в качестве критерия правового института и метод правового регулирования. К нему относятся следующие компоненты: установление границ регулируемых отношений; издание соответствующих нормативных актов, предусматривающих права и обязанности субъектов, предписания о должном и возможном их поведении; наделение участников общественных отношений правоспособностью и дееспособностью, позволяющей вступать в раз-

³² Элькинд П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1963. С. 8.

Схожие позиции были высказаны и другими исследователями. См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. С. 31–36; Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. лит., 1975. С. 87.

³³ Как отмечалось в науке, «Вопрос о природе, системе, структуре правового института в теории разработан недостаточно». См.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 300.

Мы не предполагаем разрешение этих проблем в данной работе, поэтому за основу рассуждений будем брать устоявшиеся, общеизвестные положения.

³⁴ См.: Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. С. 353; Общая теория государства и права: в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Издательство «Зерцало», 1998. С. 234.

нообразные правоотношения; определение мер ответственности (принуждения) на случай нарушения этих установлений³⁵.

Характеризуя предмет правового регулирования института отвода, осветим вкратце его основные элементы.

Субъекты правоотношений по отводу можно разделить на три группы: субъект, осуществляющий отвод, субъект, подлежащий отводу, и субъекты, имеющие право заявить отвод.

Объектом правоотношений по отводу является отстранение определенного субъекта от участия в уголовном судопроизводстве. Содержанием этих отношений является деятельность участников этих правоотношений по осуществлению этого отстранения.

Юридические факты, способствующие возникновению правоотношений – обстоятельства, исключаящие, с точки зрения закона, участие в уголовном судопроизводстве, а также предусмотренные законом источники получения данной информации в уголовном процессе (поводы).

В науке выделены признаки (критерии), по которым отличают институты права. К ним относят:

– однородность фактического содержания – каждый институт предназначен для регулирования самостоятельной, относительно обособленной группы отношений либо отдельных проступков, действий людей;

– юридическое единство правовых норм, т. е. нормы, входящие в правовой институт, образуют единый комплекс, выражаются в общих положениях, правовых принципах, специфических правовых понятиях, что создает особый, присущий для данного вида отношений правовой режим регулирования;

³⁵ См.: Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. С. 355.

– нормативную обособленность, т. е. обособление образующих правовой институт норм в главах, разделах, частях, иных структурных частях закона либо иного нормативно-правового акта;

– полноту регулируемых отношений. Институт права включает такой набор норм (дефинитивных, управомачивающих, запрещающих и др.), который призван обеспечить беспробельность регулируемых им отношений³⁶.

На наш взгляд, данные положения выступают, с одной стороны, признаками и критериями выделения институтов права, с другой – предъявляемыми к ним требованиями, полное или частичное несоответствие которым должно служить основанием для пересмотра представлений о системе правовых институтов, а также определять направления их развития.

Обращаясь к понятию отвода, как правового института, отметим, что он определяется в науке как «совокупность норм, обеспечивающих объективность и беспристрастность лиц, участвующих в расследовании и судебном рассмотрении дела, а также выполняющих другие требования уголовно-процессуального и иного законодательства, определяющих, какие лица и при каких обстоятельствах не могут участвовать в деле»³⁷.

В основе этого определения лежит представление о том, что «условием пригодности субъектов уголовно-процессуальной деятельности к осуществлению в конкретном деле возложенных на них функций наиболее полно выражают такие взятые в совокупности категории, как объективность и беспристрастность»³⁸.

³⁶ Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. С. 210–211;

³⁷ Мамедова Х.А. Институт отводов в советском уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 15–16.

³⁸ Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1978. С. 7.

Позволим себе не согласиться как с универсальностью предложенного критерия, так и со справедливостью изложенного подхода к определению института отвода в целом.

Обстоятельства, исключающие участие в уголовном процессе, не однородны. Значительная их часть, предусмотренная ч. 1 ст. 61 УПК РФ по отношению к профессиональным участникам процесса, действительно, может быть охарактеризована категориями «объективность и беспристрастность». Но если взять такое основание для отвода эксперта, специалиста и переводчика, как «обнаружившаяся некомпетентность» (ч. 2 ст. 62, п. 3 ч. 2 ст. 70, ч. 2 ст. 71 УПК РФ), то никакого отношения к объективности и беспристрастности указанных лиц по отношению к конкретному делу оно не имеет.

Что касается нашей оценки данного определения понятия отвода по существу, отметим, что в его основу положен такой признак, как основания, по которым определенные субъекты не могут участвовать в уголовном процессе. То есть те юридические факты, с которыми законодатель связывает возникновение, изменение или прекращение конкретных правоотношений, являющихся предметом определенного института. Между тем юридические факты в структуру правоотношений не входят, они находятся за его рамками³⁹. Поэтому институт отвода правильнее было бы характеризовать через объект регулируемых им отношений, то есть **как совокупность норм, определяющих процессуальный порядок отстранения субъектов, участвующих в уголовном судопроизводстве от производства по делу при наличии установленных законом оснований.**

³⁹ Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. С. 478.

В этой связи подчеркнем, что гл. 9 УПК РФ называется не «отвод участников уголовного процесса», а «обстоятельства, исключающие участие в деле». Вместе с тем данная глава, помимо собственно оснований отвода (обстоятельств, исключающих участие в деле), регулирует еще и отдельные вопросы его процедуры: субъекты разрешения и заявления отвода, частично – его процессуальный порядок.

Случайно ли это название?

Если главным признаком института отвода считать основания возникновения правоотношений, четко обозначенные в этой главе, – то есть объективные обстоятельства, установленные законом, безусловно, исключающие участие определенного субъекта в деле, тогда, наверное, уместно было бы назвать ее «отвод участников процесса».

Если же основополагающим в отводе считать объект регулируемых правоотношений: само отстранение от производства по делу, тогда отвод явно не ограничивается рамками гл. 9. Например, УПК РФ определяет, кто не может быть понятым за пределами этой главы (ч. 2 ст. 60 УПК РФ). Бесспорно, однако, что наличие установленных ею обстоятельств должно влечь отвод данного участника процесса.

Отвод присяжного заседателя является важным элементом процедуры формирования коллегии присяжных заседателей (ст. 328 УПК РФ), регулируемой в особом разделе, посвященном особенностям производства в суде с участием присяжных заседателей (раздел XII УПК РФ). Возможность отвода свидетеля, о которой пишет С. Ширинский⁴⁰, также не урегулирована гл. 9 УПК РФ.

⁴⁰ Ширинский С. Самоотвод и отвод свидетеля // Российская юстиция. 2001. № 2. С. 20.

В этой связи вполне логично то, что гл. 9 УПК РФ не именуется «Отвод участников процесса», ибо отвод, как отстранение от производства по делу по решению субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, возможен и по иным основаниям помимо обстоятельств, исключающих участие в деле, предусмотренных гл. 9 УПК РФ. В частности, это могут быть обстоятельства, исключающие осуществление профессиональной деятельности вообще, а не только в рамках конкретного процесса⁴¹.

В науке существует мнение, что «некоторые правовые институты являются характерными не для одной, а для двух и более отраслей права»⁴². Оно не поддержано всеми учеными, не все признают существование «комплексных» или «сложных» или «смежных» правовых институтов⁴³. Однако, на наш взгляд, институт отвода – очевидная иллюстрация такого института. Отстранение от участия в процессуальных правоотношениях предусмотрено не только в уголовно-процессуальном праве. Оно применяется и в рамках арбитражного процесса (гл. 3 АПК РФ), и в рамках гражданского процесса (гл. 2 ГПК РФ). Отводы регламентированы и в исполнительном производстве⁴⁴, и в отдельных видах дисциплинарных производств⁴⁵, при производстве в третейских судах⁴⁶, в международном коммерческом арбитраже⁴⁷ и др. При этом очевидны лежащие в их основе общие для всех видов производств

⁴¹ Например, это могут быть приостановление или прекращение полномочий судьи по основаниям, предусмотренным законом (ст. 13–14 ФЗ «О статусе судей» от 26.06.92 г. за № 31321).

⁴² Павлов И.В. О системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1958. № 11. С. 10.

⁴³ См., например, Керимов Д.А. Указ. соч. С. 301.

⁴⁴ Ст. 63 ФЗ «Об исполнительном производстве» № 229 от 02 октября 2002 г.

⁴⁵ Ст. 10, 11 ФЗ «О судопроизводстве по материалам о грубых дисциплинарных проступках при применении к военнослужащим дисциплинарного ареста и об исполнении дисциплинарного ареста» за № 199-ФЗ от 1 декабря 2006 г.

⁴⁶ Ст. 11, 12 ФЗ «О третейских судах РФ» № 102-ФЗ от 24 июля 2002 г.

⁴⁷ Ст. 12–13 ФЗ «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 г.

идеи и нормативные предписания, регламентирующие отвод. Некоторые из них получили закрепление в источниках, определяющих правовой статус определенного субъекта в целом. Например, обстоятельства, исключающие участие судьи в производстве по делу, определены в ч. 2 ст. 3 ФЗ РФ от 26 июня 1992 г. № 3131-1 «О статусе судей в Российской Федерации».

Таким образом, как межотраслевой институт отвод – совокупность норм, определяющих процессуальный порядок отстранения определенных субъектов от участия в уголовно-процессуальном, гражданском, административном и ином производстве при наличии установленных законом оснований.

§ 3. Отвод адвоката в институте отвода участников уголовного процесса

В числе участников процесса, подлежащих отводу, раздел 2 УПК РФ называет судью, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, переводчика, эксперта, специалиста, защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика⁴⁸.

Всех указанных участников процесса можно разделить на три группы:

1. субъекты, правомочные принимать по делу решения (судья, прокурор, следователь, дознаватель);
2. участники процесса, содействующие осуществлению правосудия (эксперт, специалист, переводчик, секретарь судебного заседания);

⁴⁸ На наш взгляд, здесь явно упущен адвокат, оказывающий помощь свидетелю в порядке п. 6 ч. 4 ст. 56 УПК РФ.

3. субъекты, представляющие процессуальные интересы сторон (защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, частного обвинителя), а также свидетеля.

Таким образом, адвокат относится к последней выделенной нами группе, отдельной категории субъектов, подлежащих отводу. Определим в связи с этим его место в институте отвода.

Долгое время действующее уголовно-процессуальное законодательство не устанавливало обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Среди объяснений этому было, например, такое, что «от защиты и защитника может отказаться только сам подсудимый»⁴⁹.

Соответственно, в правовых определениях понятия «отвод» данный субъект не упоминался. Так, советский юридический словарь 1953 г. указывал, что «отвод – устранение некоторых участников процесса от участия в нем при наличии условий, которые могут дать повод для сомнений в их беспристрастности (ст. 43–49, 122 УПК, ст. 104, 130, 153 ГПК). Могут быть отведены судьи (в том числе и народные заседатели), секретарь судебного заседания, переводчик, эксперт, прокурор и следователь»⁵⁰.

Необходимо отметить, что в ст. 32 Положения об адвокатуре РСФСР 1962 г. перечислялись обстоятельства, служащие препятствием к принятию адвокатом поручения на ведение дела. Было установлено, что адвокат не вправе принимать данное поручение в случаях: а) когда в расследовании и решении дела принимает участие должностное лицо, с которым адвокат состоит в родственных отношениях; б) когда он по данному делу ранее оказывал помощь

⁴⁹ Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д., 1977. С. 165.

⁵⁰ Юридический словарь / под ред. С.Н. Братусь М.: Государственное издательство юридической литературы, 1953. С. 426.

См.: Юридический словарь / под ред. П.И. Кудрявцева. Т. 2. М.: Госюриздат, 1956. С. 77–78.

лицу, интересы которого противоречат интересам лица, обратившегося с просьбой о ведении дела, или участвовал ранее в деле в качестве судьи, следователя, прокурора, лица, производившего дознание, свидетеля, эксперта, переводчика или понятого. Однако в уголовно-процессуальной науке эти нормы не рассматривались как основания для отвода. Справедливо указывалось, что, во-первых, они не могут регулировать уголовно-процессуальные отношения, во-вторых, не содержат реальных гарантий соблюдения адвокатами предписываемых требований⁵¹, в-третьих, не отражают в полной мере круг оснований для отвода адвоката, в-четвертых, не совпадают друг с другом, т. к. основания для отвода могут стать известны и после принятия поручения⁵².

Между тем на практике периодически возникали ситуации, когда допустимость участия в деле того или иного адвоката вызывала серьезные сомнения. Защитник, который по закону не вправе отказываться от защиты (ст. 51 УПК РСФСР), формально был обязан осуществлять ее при наличии очевидных препятствий к этому (предыдущее участие в деле в ином статусе, оказание юридической помощи лицу, чьи интересы противоречат интересам подзащитного и т. д.). В таких ситуациях некоторые адвокаты, чувствуя моральную обязанность сложить с себя полномочия в силу невозможности осуществления защиты по этическим соображениям, были вынуждены заявлять самоотвод. Интересно, что суды даже при отсутствии специальных норм об основаниях и порядке отвода защитника, с одной стороны, и наличии требования закона о недопустимости отказа от защиты, с другой, такие самоотводы удовле-

⁵¹ Ульянова Л.Т. Отвод адвоката-защитника в советском уголовном процессе. // Вестник Московского государственного университета. 1985. № 1. Сер. 11: Право. С. 11.

⁵² См.: Никандров В. Об основаниях отвода защитника // Советская юстиция. 1983. № 14. С. 31.

творяли, фактически осуществляя отвод адвоката, уголовно-процессуальным законом не предусмотренный⁵³. Кроме того, существовала практика отстранения защитников от участия в деле субъектами, ведущими процесс, на основании законодательства об адвокатуре⁵⁴.

Верховный Суд СССР отчасти восполнил пробел законодательства, указав в постановлении Пленума от 16 июня 1978 г. № 5 «О практике применения судами законов, обеспечивающих обвиняемому право на защиту»: «адвокат подлежит освобождению от участия в деле, если будет установлено, что ранее он оказывал по данному делу юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам подзащитного или участвовал в этом деле в качестве судьи, следователя, прокурора, лица, производящего дознание, свидетеля, эксперта, переводчика или понятого».

Все это привело к тому, что как на практике, так и в науке возникло осознание необходимости уголовно-процессуальной нормы, четко обозначающей основания отвода адвоката, круг обстоятельств, исключающих его участие в деле и процедуру отвода. Были опубликованы научные работы, в которых обосновывалась значимость этих нормативных предписаний⁵⁵.

Указом Президиума Верховного Совета РСФСР «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» от 8 августа 1983 г. УПК РСФСР был дополнен ст. 67.1, предусматривающей обстоятельства, исключающие участие в деле адвоката защитника и представителя потерпевшего. Перечень установленных в нем оснований отвода адвоката полностью совпал с обстоятельствами, исключающими принятие адвокатом поручения, предусмотренными ч. 2 ст. 16 Положения об адвокатуре

⁵³ Там же.

⁵⁴ Стешенко Л.А., Шамба Т.М. Указ. соч. С. 188.

⁵⁵ Никандров В. Указ. соч. С. 31–32.

РСФСР от 20.11.1980 г., и оставался неизменным в течение всего последующего действия УПК РСФСР.

Следует отметить, что действующий УПК РФ сохранил основания отвода адвоката, которые предусматривались УПК РСФСР, несколько их скорректировав и в целом расширив их применение.

Согласно ст. 72 УПК РФ защитник (представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика) не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, в случаях: 1) предыдущего участия в деле в ином определенном законом процессуальном статусе; 2) определенной степени родства с установленным законом кругом участников процесса; 3) конфликта интересов его доверителей.

Таким образом, почти три десятилетия отечественное уголовно-процессуальное законодательство регулирует круг обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Следует, однако, заметить, что до сих пор юридические справочники, энциклопедии, учебники, раскрывая понятие «отвод», не упоминают адвоката в числе субъектов, к которым он применяется. Так, например, согласно большому юридическому словарю, отвод – «институт гражданско-, арбитражно- и уголовно-процессуального права, средство обеспечения объективности и беспристрастности судебного разбирательства и предварительного следствия. Означает отстранение судьи, арбитражного судьи, народного заседателя, присяжного заседателя, прокурора, следователя, секретаря судебного заседания, эксперта или переводчика от участия в деле в связи с его личной (прямой или косвенной) заинтересованностью в исходе дела либо по иным обстоятельствам, вызывающим сомнение в его беспристрастности»⁵⁶. Аналогично характеризуется отвод в других ис-

⁵⁶ Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина. М.: Инфра-М, 1998. С. 464.

точниках, которые иногда признают, что он распространяется и на конституционное судопроизводство, или, наоборот, распространяют его исключительно на уголовный процесс, но о возможности отвода адвоката, осуществляющего профессиональную деятельность, также не упоминают.⁵⁷ Кроме того, представленная в этих определениях общая характеристика оснований отвода («личная (прямая или косвенная) заинтересованность в исходе дела либо иные обстоятельства, вызывающие сомнение в беспристрастности»⁵⁸) к адвокату явно не применима, поскольку его беспристрастность если и требуется, то вовсе не в том смысле, который вкладывается в идею отвода иных перечисленных субъектов. В свете сказанного не в полной мере точны обобщающие указания на то, что целью гл. 9 УПК РФ является «исключение предвзятости и необъективности в процессе предварительного расследования и судебного рассмотрения каждого уголовного дела»⁵⁹. Это вполне объясняет то, что иногда понятия «отвод адвоката» и «отвод прокурора, следователя, дознавателя» в юридических энциклопедиях разводятся⁶⁰. В ряде источников дается характеристика отвода от-

⁵⁷ См.: Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 1998. С. 216–217; Большой юридический энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Книжный мир, 2007. С. 455–456; Юридический словарь / под ред. В.Т. Гайкова. 2-е изд., доп. и перераб. Ростов-н/Д., 2006. С. 216; Масликов И.С. Юридический словарь. М.: Дашков и К, 2007. С. 200–201.

⁵⁸ В учебнике, написанном профессорско-преподавательским составом кафедры уголовного процесса и криминалистики СамГУ, в котором автор настоящей монографии выступил соавтором, также указано, что «... закон предусматривает отстранение ряда субъектов от участия в уголовном процессе по основаниям, свидетельствующим о возможной заинтересованности в деле» См.: Уголовный процесс: учебник / под ред. В.А. Лазаревой. М.: ЮСТИЦИЯ, 2015. С. 120–121.

⁵⁹ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. Д.И. Козак, Е.Б. Мизулина. М.: Юрист, 2003. С. 190.

⁶⁰ Большая юридическая энциклопедия. М.: ЭКСМО, 2005. С. 384–385.

дельных участников процесса, но об отводе адвоката ничего не говорится⁶¹.

Следует ли разграничивать отвод адвоката и отвод иных участников процесса, разные ли это процессуальные институты?

На наш взгляд, понимание отвода как процессуального института, регулирующего отстранение субъекта от участия в уголовном процессе вообще, независимо от оснований такого отстранения, позволяет признать отвод адвоката частью процессуального института отвода. При этом помимо отвода ввиду наличия обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе, отвод адвоката возможен при отказе от защитника (ч. 1 ст. 52 УПК РФ) и при его замене в смысле ч. 2 ст. 258 УПК РФ⁶².

Таким образом, на примере адвоката особенно четко видно то, что нормативное определение понятия «отвод» и институциональное не совпадают.

Во-первых, уголовно-процессуальный закон знает три формы отстранения адвоката от участия в процессе: отвод, замену и отказ от защитника. Тем самым можно выделить отвод в широком смысле слова – как правовой институт, охватывающий все три формы отстранения адвоката от участия в производстве по делу, и отвод в узком смысле – как отстранение, обусловленное наличием обстоятельств, исключающих его участие в производстве по делу, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, которому и посвящена данная монография.

Во-вторых, помимо установленных в УПК РФ оснований его отстранения от участия в производстве по делу существуют осно-

⁶¹ Юридический энциклопедический словарь / М.О. Буянова [и др.]; отв. ред. М.Н. Марченко. М.: ТК Велби; Проспект, 2008. С. 449–452; Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: Юрист, 2001. С. 697–698.

⁶² Отвод адвоката в указанных формах – тема для самостоятельного исследования и предметом данной работы не является.

вания, обусловленные положениями ФЗ РФ «Об адвокатской деятельности...», – обстоятельства, исключаящие или приостанавливающие осуществление адвокатской деятельности (ст. 16, 17).

Заметим, что отвод адвоката получил регламентацию именно в уголовно-процессуальном праве. Гражданский процесс не знает возможности отвода представителя. Здесь, как и ранее в уголовно-процессуальном законодательстве, все отдается на усмотрение его доверителя. Вместе с тем и здесь могут возникать ситуации, когда заинтересованность представителя в неблагоприятном для представляемого исходе дела может привести к умышленной постановке последнего в неблагоприятную ситуацию. В современной науке применительно к сотрудникам юридической службы органа государственной власти или органа местного самоуправления поставлена проблема корыстной или личной заинтересованности, приводящая к занятию заведомо незаконной правовой позиции⁶³. Отмечено, что «... гражданский (арбитражный) процесс, построенный на принципах диспозитивности и состязательности, не позволяет судье при дефектном представительстве интересов одной из сторон спора восполнить такую дефектность, и, заняв положение стороны, во-первых, распознать ее интересы, а во-вторых, обеспечить ее адекватное и качественное представительство». Очевидно, что помимо гражданско-правовых и уголовно-правовых механизмов восстановления нарушенных в данной ситуации прав, далеко не всегда эффективных, институт отвода являлся бы эффективным средством предупреждения таких злоупотреблений правом.

⁶³ Юдин А.В. Злоупотребление должностными полномочиями, совершаемое судебными представителями органа власти путем занятия заведомо незаконной позиции по делу в гражданском и арбитражном судопроизводстве // Администратор суда. 2010. С. 7–11.

§ 4. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле: понятие, виды, тенденции развития

Уголовно-процессуальное законодательство предусматривает ряд факторов, с наличием которых связывает недопустимость выполнения адвокатом при производстве по уголовному делу функций защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика. Они составляют систему обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, выступают, соответственно, юридическими фактами, т. е. конкретными жизненными (социальными) обстоятельствами, вызывающими в соответствии с нормами права наступление определенных последствий – возникновение, изменение или прекращение правовых отношений⁶⁴.

Таким образом, обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, – юридические факты, наличие которых обуславливает недопустимость осуществления защиты и иного представительства определенным субъектом.

Согласно ч. 1 ст. 72 УПК РФ защитник (представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика) не вправе участвовать при производстве по уголовному делу, если он:

1. ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, начальника органа дознания, начальника подразделения дознания, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого.

⁶⁴ См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 281; Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. С. 496.

2. является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, начальника органа дознания, начальника подразделения дознания, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего либо принимающего участие в производстве по данному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты;

3. оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

В науке была предпринята попытка систематизировать обстоятельства, исключаящие участие в деле адвоката. Так, Г.Н. Козырев поделил их на три группы:

1. обстоятельства, препятствующие адвокату осуществлять профессиональные обязанности в силу различия позиций обвиняемого и потерпевшего, а также противоречие интересов двух и более обвиняемых в одном деле, так как это исключает возможность оказания им равноценной помощи одним адвокатом;

2. обстоятельства, запрещающие совмещение различных процессуальных обязанностей по делу;

3. родственные отношения с должностным лицом, участвующим в деле»⁶⁵.

Мы полагаем, отчасти в силу изменения уголовно-процессуального законодательства (например, в части обстоятельств, связанных с родством адвоката), отчасти в силу излишней конкретизации (например, в части обстоятельств, обусловленных коллизией интересов доверителей) данная классификация сужает

⁶⁵ Козырев Г.Н. Институт защиты в уголовном судопроизводстве: науч.- прак. ком. Н. Новгород, 1995. С. 37–38.

обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, предусмотренные действующим законодательством.

На наш взгляд, действующий уголовно-процессуальный закон выделил три группы обстоятельств, с наличием которых законодатель связывает невозможность участия адвоката в деле.

Первая группа включает обстоятельства, определяющие недопустимость совмещения выполнения адвокатом различных процессуальных полномочий по одному и тому же делу.

Вторая группа определяет обстоятельства, указывающие на родственные отношения адвоката с определенным кругом лиц: как с должностными лицами, участвующими в расследовании и рассмотрении дела, так и с любым иным лицом, чьи интересы противоречат интересам его доверителя.

К третьей группе относятся обстоятельства, обусловленные наличием коллизии между интересами доверителей адвоката.

В науке была осуществлена также систематизация обстоятельств, исключающих участие всех субъектов уголовного процесса в деле, подлежащих отводу. Проводится их унификация и универсализация по отношению ко всем субъектам, на которых он распространяется. Так, например, в своем диссертационном исследовании Х.А. Мамедова выделила следующие группы обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе:

1. недопустимость выполнения лицом в одном и том же производстве двух и более процессуальных функций;
2. предыдущее участие в производстве по одному и тому же делу;
3. особые отношения с лицами, участвующими в деле, что создает или может создать препятствия к объективному расследованию или разбирательству дела;

4. иные обстоятельства этического или психологического характера, препятствующие его участию в деле⁶⁶.

На наш взгляд, данная классификация не может претендовать на универсальность. Например, она явно не охватывает обнаружившуюся некомпетентность, предусмотренную в качестве основания отвода переводчика (ч. 2 ст. 69 УПК РФ), эксперта (п. 3 ч. 2 ст. 70 УПК РФ), специалиста (ч. 2 ст. 71 УПК РФ).

Применительно к адвокату мы видим, что если одни основания имеют к нему отношение (п. 1, 3), то другие на него не распространяются (п. 2).

В литературе существует и попытка выделить общий признак для всех оснований отвода всех участников процесса.

Так, например, В.Г. Задерако отмечал, что «условием пригодности субъектов уголовно-процессуальной деятельности к осуществлению в конкретном деле возложенных на них функций наиболее полно выражают такие взятые в совокупности категории, как объективность и беспристрастность»⁶⁷.

И сейчас эта позиция находит отражение в исследованиях. Так, например, отмечается: «Объективность и беспристрастность как основные требования к правосудию побуждают законодателя устанавливать целый ряд норм, предусматривающих недопустимость участия в рассмотрении дела лица, чье решение, позиция или мнение в силу неоправданно заинтересованного отношения к делу может повлечь неправильное разрешение уголовного дела, призвано служить обеспечению всесторонности, полноте и объективности расследования и разрешения уголовного дела»⁶⁸.

⁶⁶ Мамедова Х.А. Указ. соч. С. 16.

⁶⁷ Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1978. С. 7.

⁶⁸ Тухташева У.А. Уголовный процесс республики Узбекистан: общая часть: учеб. пособие. Ташкент: Изд-во ТГЮИ, 2007. URL: <http://kalinovsky-k.narod.ru/b/tuxtaseva/08.htm>.

На наш взгляд, объективность и беспристрастность как универсальный критерий выделения обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе, применительно к адвокату не выдерживает критики. Законодатель не устанавливает запрет на заинтересованность адвоката в исходе дела, главное – чтобы она не шла вразрез с интересами его доверителя.

Если выделять единый критерий, объединяющий все обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, то представляется, что для всех трех групп этих обстоятельств есть общий признак: в каждом из них речь идет о существовании (в прошлом или настоящем) у адвоката статуса (как процессуального, так и внепроцессуального), конкурирующего с его процессуальной ролью защитника или представителя потерпевшего (гражданского истца, гражданского ответчика).

По мнению законодателя, именно данные свойства (состояния) адвоката являются юридически значимыми при определении обстоятельств, предопределяющих недопустимость его участия в деле, влекущих его отстранение от участия в нем (отвод).

В уголовно-процессуальной науке существует различная оценка указанной системы обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Еще применительно к ст. 67 (1) УПК РСФСР высказывалось мнение, что перечисленных в ней оснований отвода адвоката-защитника «вполне достаточно и дополнять или как-то видоизменять эти обстоятельства нет необходимости»⁶⁹.

Между тем и тогда, и теперь в науке уголовного процесса высказаны предложения о дополнении оснований отвода адвоката. Можно столкнуться с расширением их перечня и на практике. Если научные разработки как результат исследований, обнародован-

⁶⁹ Зинатуллин Т.З. Этические основы уголовно-процессуальной деятельности адвоката-защитника: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 1999. С. 84–85.

ный для всеобщего обсуждения и анализа, априори заслуживают уважения и всестороннего обсуждения, то тенденция расширения оснований отвода на практике, выход правоприменителей за рамки ст. 72 УПК РФ может вызвать только однозначную негативную оценку. Иначе как вмешательством в адвокатскую деятельность, расправой над адвокатами в одностороннем порядке лицами, осуществляющими уголовное судопроизводство, это назвать нельзя. Высшие судебные инстанции нашей страны именно так справедливо трактуют такую практику.

В свое время выход правоприменителей за рамки ст. 67 (1) УПК РСФСР при отводе адвокатов заставил Верховный Суд СССР в одном из постановлений специально указать на то, что «незнание защитником языка, на котором ведется судопроизводство, не может служить основанием для устранения его от участия в деле»⁷⁰.

В литературе приводится пример из столичной практики, когда адвокат со ссылкой на ст. 67 (1) УПК РСФСР был отведен следователем за ненадлежащее осуществление адвокатской деятельности. Основанием вынесения постановления об отводе стало то, что адвокат Т. и С. (его подзащитный) использовали методы, противоречащие закону, а именно уговорили свидетеля М. давать показания, не соответствующие действительности, составили от его имени расписки о передаче С. денег, пытались ввести следствие в заблуждение⁷¹. Следователя не остановило то, что в норме закона, которой он якобы руководствовался, это основание отвода отсутствовало.

⁷⁰ Постановление Пленума Верховного Суда СССР № 5 «О практике применения судами законов, обеспечивающих обвиняемому право на защиту» от 16 июня 1978 г. // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. М.: Спарк, 1995. С. 161.

⁷¹ См.: Иванов А.В. Адвокат-защитник в судебном следствии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 53–54.

В недалеком прошлом органы, осуществляющие производство по уголовным делам, связанным с государственной тайной, рассматривали отсутствие у адвоката допуска к сведениям, составляющим государственную тайну, в качестве обстоятельства, исключающего его участие в уголовном процессе.

Конституционный Суд РФ в связи с обращениями констатировал тот факт, что отстранение адвокатов от участия в деле на основании ст. 21 ФЗ «О государственной тайне» в связи с отсутствием допуска к государственной тайне не соответствует ст. 48, ч. 3 ст. 123 Конституции РФ⁷².

Несмотря на четкую позицию Конституционного Суда РФ в этом вопросе, на практике можно встретить и иные направления расширения действия ст. 72 УПК РФ.

Так, общественный резонанс получило дело об отводе 11 ноября 2008 г. следователем Р. Галимуллиним адвокатов С. Сидорковой и Р. Валиуллина в связи с тем, что они отказались от дачи подписки о неразглашении данных предварительного расследования⁷³.

17 ноября 2008 г. Набережнoчернинский городской суд признал данное решение следователя не подлежащим отмене.

Суд отметил, что законом, действительно, не предусмотрена обязанность защитника давать подписку о неразглашении данных предварительного расследования, но дальнейшее участие защитника в уголовном судопроизводстве без выполнения этого требования следователя не представляется возможным, поскольку его, в противном случае, нельзя будет привлечь к ответственности за

⁷² Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 1996 г. По делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова, А.К. Никитина.

⁷³ См.: Сайт адвоката Валиуллина Руслема Рафаэлевича. URL: www.lawfulstate.ru.

разглашение данных предварительного расследования, что «противоречит интересам государства в целом», а защитник не только вправе, но и обязан давать такую подписку только «в целях дальнейшего участия в уголовном судопроизводстве и защиты интересов своего подзащитного».

Суд отметил также, что УПК РФ не содержит такого основания для отвода адвоката, но «в то же время, изложенное в соответствии общими принципами и назначением уголовного судопроизводства, позволяет суду сделать однозначный вывод о законности отвода защитника»⁷⁴.

Что касается научных разработок на предмет расширения оснований отвода адвоката, то соответствующие предложения были еще на момент разработки и законодательного закрепления ст. 67 (1) УПК РСФСР.

Так, в 1983 г. В. Никандров предлагал считать основанием отвода ситуацию, когда позиция адвоката расходится с позицией его подзащитного⁷⁵.

Эта точка зрения находит отклик у наших современников. Так, Н.С. Гаспарян также склоняет нас к идее невозможности участия адвоката в деле в данном случае. Сокрушаясь об отсутствии этого основания для отвода в законе, данный автор пишет: «в УПК РФ и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре...» не имеется такого основания для отвода защитника от участия в деле, когда между защитником и обвиняемым возникла коллизия в выборе позиции защиты. Например, когда защитник уверен в необходимости допроса свидетелей, а подзащитный возражает против этого. Либо когда адвокат считает вину не доказанной, а обвиняемый ее признает и запрещает адвокату доказывать его невиновность. В ре-

⁷⁴ URL: <http://www.lawfulstate.ru/attack3postotkintergos.html>.

⁷⁵ Никандров В. Указ. соч. С. 32.

зультате возникших расхождений между защитником и его подзащитным не может быть единой позиции, и участие защитника в такой ситуации является невозможным. Однако защитник в такой ситуации не может отказаться от принятой на себя защиты, закон не дает ему такой возможности»⁷⁶.

Следует отметить, что расхождение позиций адвоката с обвиняемым планировалось рассматривать как основание для отвода адвоката в проекте Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 мая 2015 г. «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве».

Согласно п. 17 «При выявлении существенных различий в позициях обвиняемого и его защитника суд должен предоставить им возможность для выработки согласованной позиции, объявив перерыв в судебном заседании, либо принять меры к замене защитника».

На наш взгляд, рассматривать расхождение позиций с доверителем как основание для отвода/самоотвода адвоката – значит разрушить достижения современной адвокатской этики в данном вопросе. Совершенно неслучайно данное положение в окончательный текст Постановления Пленума не вошло. ФЗ «Об адвокатской деятельности...» устанавливает, что адвокат не вправе «занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя» (п. 3 ч. 4 ст. 6). Этой норме вторит п. 2 ч. 1 ст. 9 КПЭА. Если адвокат вопреки позиции своего подзащитного, отстаивающего свою невиновность, сконцентрировался на доказывании меньшей степени его виновности, то это не повод для его отвода, а повод для

⁷⁶ См.: Гаспарян Н.С. Пассивная защита как разновидность неквалифицированной защиты и пути ее реанимации // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конференций 2004–2005 гг. / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации. М.: Новая юстиция, 2006. С. 92.

привлечения к дисциплинарной ответственности за ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей⁷⁷. Если ситуация противоположна, и адвокат убежден в наличии самоговора доверителя, то закон дает ему возможность занять иную позицию.

Ни о каком отказе защитника от защиты в данном случае речи не может идти. Освободить его от полномочий может доверитель, только ему решать, отказываться от защитника, занявшего иную с ним позицию, или нет.

В свое время В. Никандров предлагал считать основанием для отвода еще и ненадлежащее исполнение защитником профессиональных обязанностей⁷⁸. Однако закрепление этого основания отвода в одном ряду с остальными, без установления дополнительных гарантий, приведет к тому, что из средства обеспечения независимости адвоката институт отвода неизбежно превратится в орудие давления на него.

В современной отечественной науке было высказано мнение, что «адвокат не должен участвовать в деле, если разрешение спора может повлиять на его собственные имущественные интересы (при этом, разумеется, не имеется в виду получение гонорара)»⁷⁹. Обратим внимание на то, что, во-первых, данный запрет распространен М.Ю. Барщевским исключительно на имущественные интересы, и, во-вторых, не зависит от направленности этих интересов.

Следует отметить, что подобный этому запрет, но в более широком виде, не ограниченный только лишь имущественными интересами адвоката, традиционен для французской адвокатуры. Прецедентным стало указание, адресованное адвокату, «не высту-

⁷⁷ См.: Таран А.С. Дисциплинарное производство в отношении адвоката П. // Обзор дисциплинарной практики Палаты адвокатов Самарской области за 2003 г. // Вопросы адвокатуры. 2005. № 2 (37). С. 76.

⁷⁸ Никандров В. Указ. соч. С. 32.

⁷⁹ Барщевский М.Ю. Адвокатская этика. 2-е изд., испр. М.: Профобразование, 2000. С. 69.

пать (говоря вообще) по своему личному делу, потому что может невольно увлечься или выказать предубеждение»⁸⁰. М. Молло указывал: «опыт показал, что в личном деле адвокат редко сохраняет хладнокровие, а, следовательно, и сознание профессионального достоинства...»⁸¹. Он же отмечал: «адвокат должен воздерживаться от внесения в дело даже тени корыстолюбия или личной неприязни»⁸².

Что касается решения этого вопроса отечественным законодателем, отметим, что ФЗ «Об адвокатской деятельности...» в числе обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения от обратившегося к нему лица, предусматривает «самостоятельный интерес по предмету соглашения с доверителем, отличный от интересов данного лица» (п. 2 ч. 4 ст. 6). Сам УПК РФ оказание адвокатом помощи в таком случае не упоминает прямо в числе оснований отвода. Однако в то же время УПК РФ запрещает адвокату участвовать при производстве по уголовному делу, если он является близким родственником или родственником лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

Безусловно, запрет, установленный самим УПК РФ, изначально строже, чем упомянутый запрет ФЗ «Об адвокатской деятельности...». Нелогично было бы трактовать идею законодателя так, что родственные связи с лицом, имеющим противоположный его доверителю интерес, влечет отстранение адвоката от дела, а такой же личный интерес самого адвоката – нет. Если интерес адвоката в

⁸⁰ Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX вв.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 35.

⁸¹ Там же. С. 100.

⁸² Там же. С. 18.

деле настолько значим, что он является участником процесса, имеющим интерес, противоположный интересам его доверителя, это должно являться основанием его отвода. Солидарный же с доверителем интерес адвоката препятствием к выполнению адвокатом своего поручения не является.

Продолжая говорить о перспективах расширения оснований отвода адвоката, нельзя не упомянуть, что в науке уголовного процесса звучала мысль о том, что перечень обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, должен быть открытым, как это сделано применительно к судье, прокурору и т. д. (ст. 61 УПК РФ, ст. 59 УПК РСФСР).

Так, В. Никандров указывал, что основанием для отвода адвоката должны стать все «иные обстоятельства, свидетельствующие о прямой или косвенной заинтересованности защитника в неблагоприятном для обвиняемого исходе дела»⁸³.

Эту точку зрения отстаивали и иные исследователи, которые, развивая ее, раскрывали, что подразумевается под данного рода заинтересованностью. Так, отмечалось, что «личная прямая или косвенная заинтересованность защитника в исходе дела, препятствующая осуществлению права обвиняемого на защиту, может выражаться в том, что решение при рассмотрении уголовного дела может отразиться на интересах защитника (например, будет приобретено право собственности и т. д.)»⁸⁴.

Признавая справедливость приведенного в качестве аргумента расширения оснований отвода адвоката примера, обоснованность которого была только что нами представлена, мы не можем согласиться с самой идеей: закреплением открытого перечня оснований отвода адвоката.

⁸³ Никандров В. Указ. соч. С. 32.

⁸⁴ Кафтасьева А., Винокурова Л. Отвод защитника // Советская юстиция. 1984. № 10. С. 22.

Мы согласны с тем, что разнообразие жизненных обстоятельств может привести к тому, что некоторые из них, объективно препятствующие участию адвоката в деле, могут не вписываться в заданный перечень оснований отвода адвоката. Как показывает практика, законодательно закрепленные основания отвода адвоката не охватывают сами по себе все реальные обстоятельства, которые могут и должны служить основанием для отвода адвоката. Но для нас это – не более чем повод для совершенствования уголовно-процессуального закона, для дополнения и уточнения его формулировок.

Принципиально выступая против установления открытого перечня оснований отвода адвоката, мы руководствуемся соображениями обеспечения его независимости и гарантированности невмешательства в сферу профессиональной деятельности.

По результатам проведенного нами опроса, за закрепление в УПК РФ положения о том, что основанием отвода защитника (представителя потерпевшего) могут быть «любые обстоятельства, свидетельствующие о прямой или косвенной заинтересованности в неблагоприятном для доверителя исходе дела», высказались 68,6 % следователей, 66 % секретарей СЗ помощников судей, 81,4 % судей и только 24,2 % адвокатов. В числе аргументов последних, высказавшихся против данного нормативного предписания, прозвучало следующее: «это будет использоваться как немотивированный вывод неугодного адвоката из дела», «под такие обстоятельства можно подвести многие аргументы», «это внутреннее дело адвокатской корпорации», «вероятно выдумывание этих обстоятельств», «выбор адвоката – личное дело подзащитного», «это не предмет процессуального регулирования». Интересно, что отрицательно высказавшиеся иные категории респондентов руководствовались совершенно иными соображениями, например, судьи указали, что «это может привести к затягиванию процесса со стороны

подсудимого» и что «на практике доказать заинтересованность практически невозможно, поэтому это положение закреплять в УПК не имеет смысла».

Таким образом, то, что перечень обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, в отличие от оснований отвода других участников процесса, закрытый – не случайно. Его предписания, как и их изменение, должны оцениваться с точки зрения того, чьи интересы он обеспечивает.

§ 5. Правовое значение отвода адвоката в обеспечении права граждан на квалифицированную юридическую помощь

Рассматривая значение установления в законе возможности отстранения адвоката от производства по делу ввиду наличия обстоятельств, исключающих его участие в нем, зададимся вопросом: чьи интересы защищает законодатель, предусматривая основания и процедуру отвода данного субъекта?

Отвечая на него, изначально обозначим позиции практиков-представителей различных направлений правоприменительной деятельности.

Из опрошенных следователей только один посчитал, что отстранение им адвоката от участия в процессе предусмотрено законом, прежде всего, в интересах самого адвоката. Мнения остальных разделились абсолютно поровну: одни посчитали, что приоритетными при установлении института отвода были публичные интересы, другие – интересы доверителя адвоката.

Нельзя сказать о преобладании и у адвокатов какой-либо определенной позиции на этот счет. Наибольшее количество голосов было отдано за то, что этот институт направлен, прежде всего, на защиту публичных интересов (39,4 %), на втором месте (24,2 %) –

за то, что он обеспечивает интересы доверителя адвоката. Примечательно, что ни один из адвокатов не посчитал, что институт отвода установлен для защиты интересов самого адвоката, а в целом по отзывам отдельных адвокатов, выбравших свободный вариант ответа, видно негативное отношение адвокатов к институту отвода. Они отметили, что этот институт обеспечивает интересы «конкретного должностного лица», «обвинения», «противоположной стороны по делу», является «средством управления ходом расследования» и «воздействия на неугодного адвоката».

Большинство опрошенных секретарей судебных заседаний/помощников судей (68 %) высказались за то, что отвод адвоката защищает, прежде всего, интересы доверителей. Еще большее количество судей (76,7 %) посчитали также, что, однако, не помешало чуть больше половине судей отметить значение отвода адвоката и в обеспечении публичных государственных интересов.

Таким образом, мнения практиков по вопросу о значимости отвода адвоката в уголовном процессе достаточно сильно разнятся, достаточно существенны отличия в понимании предназначения института отвода адвоката и его оценки у различных категорий опрошенных. Это демонстрирует актуальность исследования поставленного нами вопроса о правовом значении отвода адвоката.

Высший орган конституционного контроля нашей страны, затронув вопрос о правовом значении отвода адвоката в одном из своих решений, указал, что основания отвода связаны «с необходимостью обеспечения как ... права на защиту, так и прав и свобод других лиц, а также интересов правосудия»⁸⁵.

На наш взгляд, «интересы правосудия», названные Конституционным Судом РФ последними, на самом деле являются ключе-

⁸⁵ Определение Конституционного Суда РФ № 333-О от 14.10.2004 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина К.В. Брындына на нарушение его конституционных прав ч. 6 ст. 49, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ».

вым пунктом. Если бы установление обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, преследовало исключительно цель защиты интересов доверителя адвоката, институт отвода был диспозитивен и позволял ему воспользоваться помощью избранного адвоката даже при их наличии⁸⁶.

В чем состоят интересы правосудия, на которые сослался Конституционный Суд РФ? Интересы правосудия, на наш взгляд, заключаются в достижении назначения уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК РФ). Они состоят в неукоснительном соблюдении процедуры предварительного расследования и судебного разбирательства с тем, чтобы его результат был формально безупречен.

Правовая регламентация обстоятельств, исключающих участие в деле адвоката, обусловлена тем, что государство взяло на себя обязательство обеспечить обвиняемого (подозреваемого) и потерпевшего квалифицированной юридической помощью (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ). Для этого оно предусмотрело гарантии реализации указанного права (например, требования к уровню квалифи-

⁸⁶ К слову сказать, в некоторых странах продолжение участия адвоката в деле при установлении некоторых обстоятельств, исключающих осуществление им своих полномочий, поставлено в зависимость от мнения его доверителя. Согласно Правилам адвокатской этики Украины от 1 октября 1999 г. эта оговорка действует применительно к ряду обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения. Согласно ч. 3 ст. 23 «адвокат не может принять поручение, зная, что его выполнение может противоречить его собственным интересам, интересам его родственников, или адвокатского объединения, членом которого он является, или будет противоречить его профессиональным и другим обязанностям, партийным, религиозным убеждениям». В то же время принятие такого поручения возможно, если клиент, которому сообщили о возможном конфликте интересов, дал письменное согласие на представительство его интересов, а также если адвокат уверен, что он может сохранить независимость и объективность своих заключений и действий, а также соблюдение всех других профессиональных и этических требований при выполнении этого поручения.

Согласно ч. 4 этой же статьи адвокат не вправе принимать поручение, зная, что интересы этого лица противоречат интересам клиента, которого представляет адвокат – его близкий родственник. Опять же, если оба клиента не дадут своего письменного согласия на то после соответствующего информирования.

кации адвокатов и т. д.). Среди них – установленный нормами уголовно-процессуального закона ряд положений, в соответствии с которым лицу, формально и в целом имеющему возможность квалифицированно ее оказывать неопределенному количеству лиц, отказывают в ее осуществлении именно в данном деле. Оценивая выделенные законодателем виды обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле в целом, нетрудно заметить, что законодателем названы объективные обстоятельства, не связанные с качеством оказываемой адвокатом юридической помощи. То есть его отвод не обуславливается напрямую ни недобросовестностью адвоката, ни его тактическими или процессуальными злоупотреблениями или ошибками. Но законодатель их подразумевает, предполагая, что наличие ряда обстоятельств не позволит адвокату должным образом осуществить свою профессиональную деятельность, следовательно, презюмирует нарушение конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

Отсюда можно видеть взаимосвязь института отвода адвоката с такими принципами уголовного процесса, как охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст. 11 УПК РФ), состязательность (ст. 15 УПК РФ), обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту (ст. 16 УПК РФ). Обеспечение права граждан на квалифицированную юридическую помощь выступает гарантий их реализации. В свою очередь, они являются его правовым обоснованием.

В частности, как справедливо было отмечено отечественными процессуалистами, наличие обстоятельств, исключающих участие адвокатов в деле, одновременно «означает или может означать преждевременную информированность их о доказательственных материалах и доводах противоположной стороны, что нарушает

соблюдение принципа равенства сторон в состязательном судопроизводстве»⁸⁷.

На наш взгляд, устанавливая основания отвода адвоката, государство параллельно обеспечивает доказательственную силу материалов, имеющихся в деле, освобождая субъекта, ведущего процесс, от необходимости оценивать в каждом конкретном случае то, как определенные процессуальные или внепроцессуальные отношения адвоката повлияли на качество оказываемой им юридической помощи и, вследствие этого, на достоверность доказательств, полученных с его участием.

Очевидно, что с точки зрения законодателя, наличие ряда обстоятельств может негативно сказаться на качестве адвокатской деятельности, априори не позволит установить ту степень доверия в отношениях, которая должна быть между адвокатом и его доверителем. Например, сам факт осознания лицом того, что его адвокат не сможет никогда выступить в качестве представителя его процессуального противника, позволяет «открыться» адвокату, лишает смысла утаивание информации, что является залогом качества оказываемой юридической помощи. Отвод гарантирует, что интересы доверителя являются для адвоката первостепенными и не вступают в конкуренцию с интересами кого бы то ни было, в том числе самого адвоката. Связанность адвоката определенным социальным статусом, определенными личными обязательствами может оказать негативное влияние на качество адвокатской деятельности. Очевидно, например, что отвод защищает доверителя адвоката от возможной недобросовестности, злоупотреблений со стороны последнего, обусловленных родственной зависимостью.

⁸⁷ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.В. Смирнова. СПб.: Питер, 2003. С. 210.

В науке справедливо отмечается, что «определение указанных обстоятельств (имеются в виду п. 1-3 ст. 72 УПК РФ – примечание. А. Т.) обусловлено необходимостью исключить случаи возможной ориентации защитника или представителя на первоочередное или первостепенное удовлетворение в ходе производства по уголовному делу интересов, расходящихся с интересами подзащитного или представляемого»⁸⁸. В этой связи данный институт обеспечивает требование к адвокатам честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и активно отстаивать права и законные интересы доверителя (ч. 1 ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», п. 1 ч. 1 ст. 8 КПЭА).

Как указал Конституционный Суд РФ в Определении от 9 ноября 2010 г. № 1573-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Дубининой Т.Н. на нарушение ее конституционных прав ч. 1 ст. 69 и п. 1 и 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ», оспариваемые заявителем положения закона «не только не ограничивает право подозреваемого и обвиняемого на защиту, а напротив, является дополнительной гарантией его реализации, поскольку направлено на исключение каких-либо действий со стороны защитника, могущих прямо или косвенно способствовать неблагоприятному для его подзащитного исходу дела».

Кроме того, обстоятельства, исключающие участие адвоката в производстве по делу, в большей или меньшей степени призваны обеспечить защиту информации, обладателем которой стал адвокат, от распространения, отсекая ситуации, чреватые использованием ее вразрез интересам доверителя. В этой связи можно говорить об обеспечении институтом отвода принципа адвокатской тайны (ст. 8 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», ст. 6 КПЭА),

⁸⁸ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. О.А. Галустяна. М.: РИОР, 2007. С. 160.

выступающего, в свою очередь, гарантом права граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

Исследуемый правовой институт направлен на защиту интересов самого адвоката и освобождает его от необходимости осуществлять процессуальную деятельность в условиях, когда возникает коллизия различных социальных статусов, и перед адвокатом встает нравственный выбор, разрешение которого весьма проблематично. Например, роль близкого родственника может оказаться более значимой по сравнению с официальным процессуальным статусом защитника. Отвод охраняет адвоката от щепетильных ситуаций, требующих нравственного выбора, позволяя сложить с себя полномочия по защите путем самоотвода при возникновении такого рода обстоятельств, чего, по общему правилу, как известно, защитник делать не вправе (ч. 7 ст. 49 УПК РФ). В этой связи отвод – одна из гарантий такого принципа адвокатской деятельности, как независимость (ст. 5 КПА): «работа защитника по уголовному делу не должна дать оснований для возникновения той или иной зависимости от тех или иных лиц либо поставить под сомнение доверие подзащитного к своему защитнику»⁸⁹. Независимость адвокатской деятельности выступает, в свою очередь, гарантией квалифицированности оказываемой адвокатами юридической помощи.

В институте отвода адвоката заложен интерес и необходимость обеспечения прав и интересов и противоположной стороны по делу. Наличие предусмотренных законом обстоятельств, исключающих участие в деле, по сути, может давать адвокату определенные объективные преимущества перед другой стороной. Родственные отношения адвоката с субъектом, ведущим уголовное судопроиз-

⁸⁹ Фомин М.А. Сторона защиты в уголовном процессе (досудебное производство). М.: Юрлитинформ, 2004. С. 76.

водство, как и предыдущее участие в деле в ином статусе, может очень даже устраивать его доверителя, но негативно сказаться на процессуальных интересах противоположной стороны по делу. При всем различии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, преимущества перед другой стороной сводятся в итоге к информированности адвоката о производстве по делу из источников, недоступных при осуществлении этих полномочий в обычной ситуации. Очевидно, например, что адвокат в силу указанных в ч. 1 ст. 72 УПК РФ обстоятельств обладает или может обладать определенной информацией, полученной вне связи с деятельностью по оказанию юридической помощи в конкретном деле. Это дает ему некоторое преимущество перед любым другим адвокатом. Например, адвокат, ранее имевший в деле иной процессуальный статус, может быть хорошо осведомлен как о фактических обстоятельствах самого дела, так и о специфике производства по нему со всеми его изъятиями. Как раз это обстоятельство может быть очень даже выгодно его доверителю.

Институт отвода адвоката настолько тесно связан с обеспечением конституционных прав участников процесса, что в равной мере недопустимо как неприменение его при наличии на то оснований, так и необоснованное применение. В частности, осуществление отвода адвоката при отсутствии на то законных оснований само по себе также будет нарушением права на защиту. Это четко обозначено Европейским судом по правам человека, в частности, в Постановлении от 13 апреля 2006 г. по делу «Федорова против России» (№ 73225/01), где им было отмечено, что допрос адвоката ограничивает право его доверителя к полноценному доступу к правосудию, поскольку в таком случае адвокат переходит в статус

свидетеля, а доверитель лишается возможности на юридическую защиту с его стороны⁹⁰.

Сказанное позволяет прийти к выводу, что отвод адвоката направлен на обеспечение права граждан на получение квалифицированной юридической помощи, в свою очередь, выступающего гарантом реализации других конституционных прав граждан, и, в конечном счете, служит достижению назначения уголовного судопроизводства. Отвод адвоката служит гарантом реализации таких принципов адвокатской деятельности, как независимость, адвокатская тайна и т. д., в свою очередь, выступающих средством реализации права граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

Что такое отвод защитника (адвоката-представителя потерпевшего) по сути? Фактически, это лишение лица возможности воспользоваться помощью конкретного адвоката зачастую не случайно назначенного, а выбранного самим обвиняемым (подозреваемым), потерпевшим.

В этой связи интересно соотношение отвода адвоката и принципа обеспечения права на защиту, предполагающего право пользоваться помощью именно выбранного защитника (ч. 1 ст. 50 УПК РФ). Безусловно, отвод адвоката является нормой, специальной по отношению к положению о возможности приглашения защитника самостоятельно и по своему усмотрению. Он ограничивает действие последней нормы определенными рамками.

Обстоятельства, исключающие участие защитника в деле, являются и специальной нормой по отношению к обязанностям защитника. В частности, по закону адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты (ч. 7 ст. 49 УПК РФ). Однако выявление

⁹⁰ Постановление ЕСПЧ от 13 апреля 2006 г. по делу «Федоров против России» (за № 73225/01).

обстоятельств, исключающих участие в деле, требует заявить самоотвод.

В исследуемом институте, на наш взгляд, четко прослеживается публичное начало уголовного судопроизводства. Государство заранее, в одностороннем порядке решает, какой адвокат «не подойдет» обвиняемому. Желание и воля последнего на получение помощи именно от этого адвоката при наличии установленных в законе обстоятельств не учитываются.

Отвод защитника в связи с установлением обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, с точностью до наоборот отражает институт защиты по назначению в ситуациях, когда отказ от защитника признан не обязательным (ч. 2 ст. 52 УПК РФ). Там защитник назначается обвиняемому (подозреваемому) вопреки волеизъявлению последнего. Здесь же защитник, наоборот, сознательно выбран обвиняемым, но устраняется зачастую помимо воли последнего в случае установления обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Интересно, что и в том и другом случае в основу этих предписаний положена идея реализации права граждан на защиту, получающая такие разные формы выражения.

В свое время к институту обязательного участия защитника ученые призывали подходить осторожно. Вспомним ставшие крылатыми слова о том, что «право на защиту нельзя превращать в обязанность терпеть защитника»⁹¹. В наши дни эта идея тоже поднимается в литературе, звучат предложения о расширении возможности отказаться от защитника в этом процессуальном институте⁹².

⁹¹ Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Котов Д.П. Судебная этика. Воронеж: Изд-во Воронежского университета, 1973. С. 163.

⁹² Алиев Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. М.: Книга-сервис, 2002. С. 38–39; Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. I. М.: ТК Велби, 2004. С. 112.

Поскольку нормы ст. 72 УПК РФ уже не единожды оспаривались в Конституционном Суде РФ как нарушающие конституционное право на защиту, очевидно, что соблюдение баланса между публичными и частными интересами в этом институте является центральной проблемой.

На наш взгляд, институт отвода адвоката нуждается в осмыслении сквозь призму нового видения соотношения публичного и частного начал в уголовном процессе. При этом следует учитывать необходимость соблюдения как установленных законодательством гарантий адвокатской деятельности и в целом – обеспечения права граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

Глава 2.
ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ
УЧАСТИЕ АДВОКАТА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ:
СОДЕРЖАНИЕ, МЕСТО В СИСТЕМЕ ОСНОВАНИЙ
ОГРАНИЧЕНИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Обстоятельства, ограничивающие осуществление
адвокатской деятельности: понятие и система

Последствием установления обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, является отвод, т. е. отстранение от участия в деле. Адвокат выбывает из процесса, его возможности по осуществлению адвокатской деятельности в рамках конкретного судопроизводства, тем самым, ограничиваются. Вместе с тем обстоятельства, предусмотренные ст. 72 УПК РФ, являются не единственным основанием ограничения осуществления адвокатской деятельности. В этой связи следует обозначить все известные основания ограничения осуществления адвокатской деятельности, их виды, проанализировать с позиции соотнесения с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле.

Можно выделить следующие обстоятельства, ограничивающие осуществление адвокатской деятельности (рис. 1):

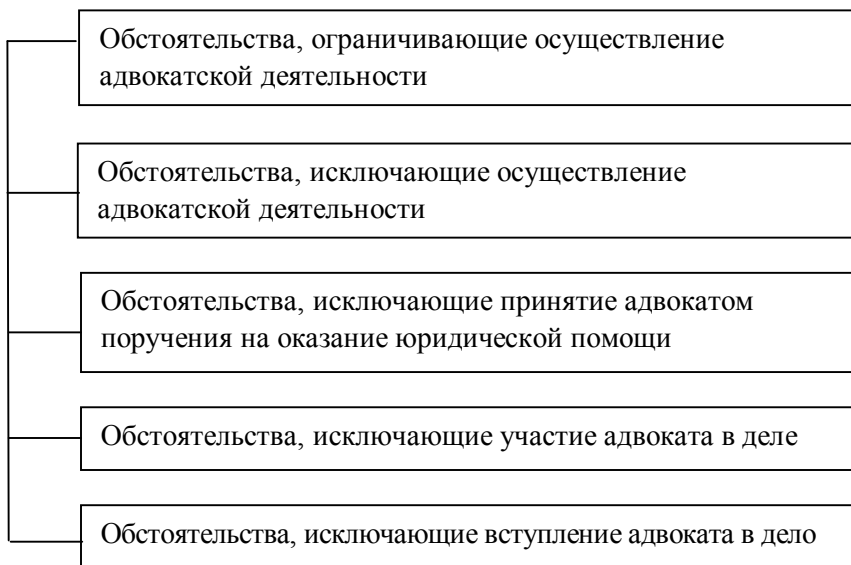


Рис. 1.

Данные обстоятельства различаются по сфере распространения ограничения.

Обстоятельства, исключающие осуществление адвокатской деятельности, предполагают невозможность ее осуществления в целом. Все остальные выделенные виды обстоятельств, ограничивающих осуществление адвокатской деятельности, предполагают наличие определенной объективно сложившейся правовой ситуации, влекущей невозможность осуществления адвокатом профессиональной деятельности в конкретном деле.

Таким образом, по сфере действия (рис. 2) УПК РФ упоминает и регламентирует не все основания отстранения адвоката от участия в деле, а только некоторые из них. Часть из них регламентируется законодательством об адвокатуре (ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»). В силу этого можно подразделить основа-

ния ограничения адвокатской деятельности на процессуально регламентированные (процессуальные) и процессуально нерегламентированные (внепроцессуальные).



Рис. 2.

По сфере правовой регламентации обстоятельства, ограничивающие осуществление адвокатской деятельности, можно подразделить (рис. 3):



Рис. 3.

Чем объясняется, что одни основания, ограничивающие осуществление адвокатской деятельности, регламентированы в уголовно-процессуальном законе, а другие – нет? Очевидно, что процессуальная регламентация осуществлена там, где от органов, ведущих уголовное судопроизводство, требуется принятие мотивированного процессуального решения, установление юридически значимых фактов, выяснение отношения к ним участников процесса и прочее.

В тех же случаях, когда невозможность участия адвоката в деле обусловлена формальными, внепроцессуальными основаниями, удостоверяется соответствующими надлежащим образом оформленными документами, Уголовно-процессуальный кодекс основания отстранения адвоката от участия в процессе не определяет.

В этой связи заметим, что уголовно-процессуальная деятельность регламентируется не только нормами УПК РФ и Конституции РФ (ч. 1 ст. 1 УПК РФ). Субъекты, ведущие уголовное судопроизводство, во всех необходимых случаях должны руководство-

ваться специальными нормативно-правовыми актами, регулирующими правовые отношения определенного рода. Это справедливо применительно к рассматриваемым аспектам участия адвоката в деле. Поэтому положения ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», устанавливающие ограничения на осуществление адвокатской деятельности, также должны обеспечиваться в рамках уголовного судопроизводства.

Необходимо указать, что обстоятельства, ограничивающие осуществление адвокатской деятельности, различаются по своему содержанию. Исходя из характера устанавливаемого ограничения, они ограничивают: 1) принятие адвокатом поручения; 2) вступление в дело; 3) участие в деле. В связи с этим может быть осуществлена их классификация, представленная наглядно рис. 4:

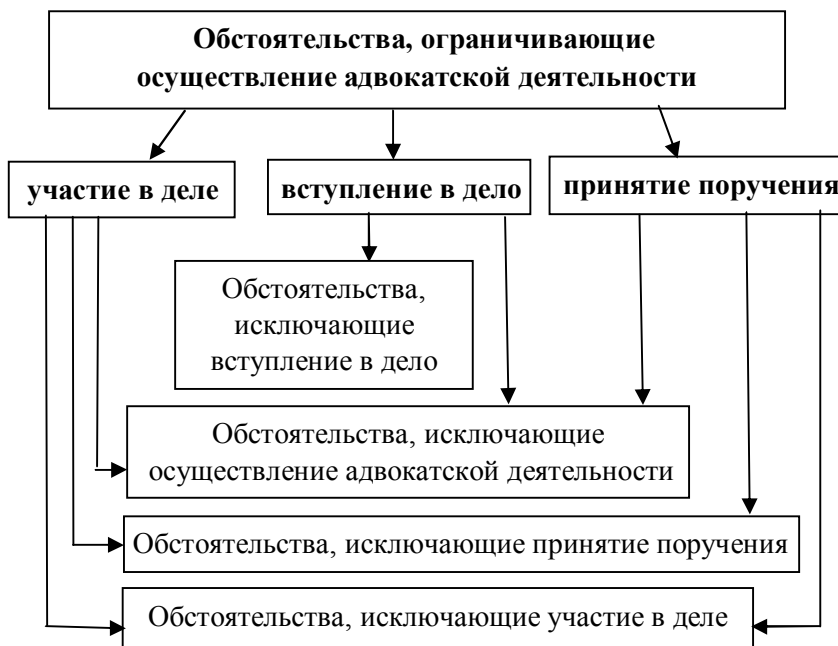


Рис. 4.
69

Охарактеризуем каждый из выделенных нами видов обстоятельств, ограничивающих осуществление адвокатской деятельности, в аспекте соотношения с обстоятельствами, исключающими осуществление адвокатской деятельности.

§ 2. Содержание обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе

2.2.1. Участие в деле в ином процессуальном статусе как обстоятельство, исключающее участие адвоката в уголовном процессе

Первыми в числе оснований отвода уголовно-процессуальное законодательство называет обстоятельства, обусловленные фактом предыдущего участия адвоката в деле (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

В данном основании отвода четко прослеживается идея недопустимости выполнения адвокатом различных процессуальных функций по одному и тому же делу. Согласно п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ первоначальной редакцией защитник (представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика) не вправе участвовать при производстве по уголовному делу, если он ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого. Изменениями, внесенными в УПК ФЗ от 30.12.2015 г. № 440-ФЗ, этот список был дополнен такими участниками процесса, как начальник органа дознания и начальник подразделения дознания.

Исследуемая норма была практически в этом же виде известна и УПК РСФСР (ч. 1 ст. 67 (1)). Вместе с тем УПК РФ включил в перечень субъектов уголовного процесса участие, в качестве кото-

рого лишает адвоката в дальнейшем возможности выступить защитником или представителем потерпевшего, еще и секретаря судебного заседания, начальника органа дознания и начальника подразделения дознания, тем самым, расширив его.

Таким образом, в настоящее время по ст. 72 УПК РФ предыдущее участие в деле в качестве хотя бы одного из двенадцати субъектов уголовного процесса исключает для адвоката возможность выполнять полномочия защитника или представителя потерпевшего.

Анализ предусмотренного законом в п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ перечня участников процесса позволяет разделить упомянутых в нем субъектов на две категории. Это, в первую очередь, должностные лица, ведущие уголовное судопроизводство, осуществляющие рассмотрение и расследование уголовного дела, выполняющие в нем надзорные и контрольные функции: судья, прокурор, следователь, дознаватель, начальник органа дознания и начальник подразделения дознания. Во-вторых, это «иные участники процесса»: секретарь судебного заседания, свидетель, эксперт, специалист, переводчик, понятой.

Что касается *первой категории субъектов* уголовного процесса, то целесообразность данного запрета была признана довольно давно.

Уже в правоприменительной практике дореволюционной России можно встретить отрицательное отношение к такого рода ситуациям. Так, Совет присяжных поверенных признал недопустимым, чтобы присяжный поверенный, бывший мировым судьей, оспаривал свое же решение, постановленное им же в качестве судьи. Он указал, что это «может бросать неприятную тень и на присяжного поверенного, и на судью и вызвать неосновательные подозрения в добросовестности выполнения обязанностей». Совет констатировал, что присяжный поверенный, который «ранее в высоком звании судьи не усвоил элементарной щепетильности... не

может оставаться в сословии присяжных поверенных» и лишил, таким образом, его этого статуса⁹³.

Что касается оценки круга субъектов уголовного процесса, отнесенных к исследуемой категории, то, на наш взгляд, он подлежит расширению. Следуя идее, положенной в основу данной группы обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, не должны осуществлять полномочия защитников и представителей потерпевшего также адвокаты – бывшие руководители следственного органа, осуществлявшие соответствующие полномочия по данному делу. На наш взгляд, законодатель, назвав руководителей следственного органа и начальников подразделения дознания участниками процесса и внося Федеральным законом от 5 мая 2007 г. № 87-ФЗ соответствующие дополнения в УПК РФ (ст. 39, 40.1), не смог последовательно провести надлежащие изменения через все процессуальные институты, в том числе институт отвода.

По поводу *второй группы субъектов*, которым запрещено вступать в дело в качестве защитника (представителя потерпевшего), заметим, что эта группа «иных участников процесса», осуществляющих так называемую вспомогательную функцию, обеспечивающих нормальный ход процесса, которым посвящена гл. 8 УПК РФ. На наш взгляд, установив данный запрет, законодатель исходил, в первую очередь, из приоритета статуса свидетеля перед статусом защитника и договорного представителя в силу заменимости вторых и исключительности первого, которого создают зачастую неповторимые обстоятельства: либо события преступления, либо его расследования. Говоря о приоритете статуса свидетеля, мы имеем здесь в виду не только собственно свидетеля (в смысле

⁹³ Правила адвокатской профессии в России: Опыт систематизации и обобщения постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. М., 1913 г. Фрагмент № 262 / отв. ред. Ю.В. Тихонравов. М.: Статут, 2003. С. 98.

ст. 56 УПК РФ), но и всех «иных участников процесса», ибо все они потенциально могут быть вызваны в качестве свидетеля в ходе расследования и рассмотрения дела для дачи показаний об обстоятельствах своего участия в деле.

Возможны ситуации, когда адвокат по каким-либо причинам, не связанным с профессиональной деятельностью, например, в силу личного знакомства с обвиняемым, знает об обстоятельствах совершения преступления. Участие такого адвоката в деле чревато ситуацией, с которой столкнулся Совет присяжных поверенных, когда в речи адвоката суд услышал новые сведения об обстоятельствах дела, отсутствующие в его материалах. Как признал Совет, «Произнесение в судебном заседании при защите подсудимого таких выражений, которые явно содержат в себе свидетельское показание об обстоятельствах, клонящихся к оправданию подсудимого, составляет нарушение положительно выраженного в законе (ст. 709 Уст. Угол. Суд.) правила о несовместимости роли свидетеля с ролью защитника подсудимого и проступок против обязанностей звания присяжного поверенного»⁹⁴.

Адвокат, являющийся одновременно и защитником, и очевидцем расследуемого события, может поставить суд и следствие в затруднительную ситуацию, когда придется его допрашивать, соответственно, лишая обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего возможности пользоваться юридической помощью выбранного им лица, допущенного к участию в деле и приступившего к исполнению своих профессиональных обязанностей.

Данное обстоятельство обусловило возникновение в юридической науке мнения о необходимости воздерживаться от принятия поручения адвокатом в том случае, если он стал очевидцем преступления. Так, еще в 1927 г. Н.Н. Полянский писал: «Адвокат,

⁹⁴ Фрагмент № 649. Правила адвокатской профессии в России... С. 209.

знающий, что он может быть вызван в качестве свидетеля против обвиняемого, не должен принимать на себя защиту, так как если бы он при указанном условии принял на себя защиту, тем самым он сознательно создал бы для суда затруднение в исследовании дела»⁹⁵.

Нашла ли эта научная рекомендация отражение в действующем законодательстве?

Согласно п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» «адвокат не вправе ...принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение, в случаях, если он... является по данному делу ... свидетелем». Согласно ч. 1 ст. 56 УПК РФ свидетель – это лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, и *которое вызвано* (выделено мной. – *А. Т.*) для дачи показаний. Тем самым закон устанавливает, что адвокат не вправе принимать поручение на представление интересов по уголовному делу, если он уже стал участником данного уголовного процесса, является свидетелем, т. е. как минимум ему направлена повестка о вызове на допрос в этом качестве. Таким образом, по закону адвокат вне зависимости от факта обладания информацией по делу, полученной не в связи с профессиональной деятельностью, при отсутствии этих формальных обстоятельств вправе принять по такому делу поручение на представление интересов обратившегося к нему лица.

Однако учитывая, что отвод адвоката в связи с его допросом в качестве свидетеля в целом негативным образом сказывается на реализации права его доверителя на получение квалифицированной юридической помощи и ходе производства по делу, т. к. заме-

⁹⁵ Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. М.: Издательство «Правовая защита», 1927. С. 42.

на защитника требует времени, вызывает личные неудобства у доверителя в связи с необходимостью поиска нового адвоката, установления с ним контакта и т. д., адвокат при заключении соглашения должен учитывать такой фактор, как возможность вызова его на допрос в качестве свидетеля по делу. Если вероятность последнего велика, то адвокату, действительно, по этическим соображениям целесообразно было бы отказаться от принятия поручения. Тем более, если он знает, что его свидетельские показания могут подтвердить алиби лица, подозреваемого (обвиняемого), обратившегося к нему с просьбой об осуществлении его защиты, как это произошло по делу Винькова и Аббасова, на котором мы подробнее остановимся позже⁹⁶.

Это требование справедливо при наличии трех условий. Первое: если адвокат оказался не просто очевидцем, а основным или единственным очевидцем по делу, т. е. «стал свидетелем существенных и важных фактов, которые без его допроса в качестве свидетеля не могут быть выявлены...»⁹⁷. Второе: если он является именно очевидцем, т. е. непосредственно наблюдал совершение преступления полностью или в части, а не получил информацию от третьих лиц, тем более если последнее происходило в процессе оказания юридической помощи. Третье: если эта информация была получена им до обращения к нему за юридической помощью как к адвокату.

Если адвокат стал очевидцем преступления в процессе оказания юридической помощи, но не в связи с принятым поручением, то на эти сведения не распространяется адвокатская тайна, и об этих фактах он обязан давать показания. Мы не можем согласиться с категоричностью утверждения о том, что «неправомерен вызов и

⁹⁶ Определение Верховного Суда РФ № 48-о01-19 от 26.02.2001 г. по делу Винькова и Аббасова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 9. С. 11.

⁹⁷ Горский Г.Ф. Указ. соч. С. 163.

допрос защитника об обстоятельствах совершения его подзащитным преступления, очевидцем которого был защитник, если он присутствовал при этом в связи с оказанием обвиняемому или подсудимому юридической помощи по другому делу»⁹⁸.

Если же речь идет о том, что адвокат подозревается в соучастии в преступлении по которому он же оказывает юридическую помощь, то тогда он тем более не может быть вызван на допрос в качестве свидетеля, а должен быть предварительно привлечен к производству по делу в качестве обвиняемого (подозреваемого) с соблюдением всех предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством гарантий (гл. 52 УПК РФ).

В связи с изложенным, на наш взгляд, требование п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» целесообразно трактовать расширительно и под термином «свидетель» понимать не только лицо, подпадающее под требования ч. 1 ст. 56 УПК РФ, но и любое лицо, чья вероятность допроса в качестве свидетеля по данному уголовному делу достаточно высока. Предвосхищая возможные возражения о том, что такая трактовка закона приведет к злоупотреблениям со стороны следственных органов, которые будут использовать эту норму для отказа в допуске адвоката в дело на том основании, что он может быть допрошен в качестве свидетеля, заметим следующее. Не допускать адвоката в дело на том основании, что тот не был вправе принимать поручение, в том числе в связи с тем, что был очевидцем преступления и может быть вызван на допрос, следователь не должен. Запрет на принятие поручения по делу адресован исключительно адвокату и в случае его нарушения это повод для постановки перед исполнительными органами адвокатского сообщества вопроса о соответствии действий

⁹⁸ Никитин С.Ю. Свидетельский иммунитет в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. С. 132–133.

адвоката нормам профессиональной этики и привлечения его к дисциплинарной ответственности. Об основаниях отвода речь может идти только тогда, когда адвокат стал участником процесса.

Вместе с тем заметим, что требование п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ об отводе защитника в связи с тем, что он являлся свидетелем по делу, расширительному толкованию не подлежит. Факт того, что адвокат обладает информацией об обстоятельствах расследуемого дела, полученной вне оказания доверителю юридической помощи по данному делу, сам по себе не является основанием для его отвода. То есть нельзя отвести защитника, которого органы предварительного расследования желают допросить в качестве свидетеля..

В науке можно встретить и противоположное мнение, согласно которому «защитник подлежит отводу, если он оказался очевидцем расследуемого преступления и может быть допрошен по этому поводу»⁹⁹.

В действительности адвокат отводится не в случаях, когда он «может быть допрошен» в качестве свидетеля, а когда он уже стал таковым. Именно этой позиции придерживался Конституционный Суд РФ, который по делу В.В. Паршуткина отметил, что «в силу прямого указания ч. 1 ст. 67 (1) УПК РСФСР и ст. 16 Положения об адвокатуре участие адвоката в деле исключается, только если ранее он допрашивался по данному делу в качестве свидетеля»¹⁰⁰.

Отвод по основанию, предусмотренному п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, может быть произведен как в том случае, когда адвокат стал

⁹⁹ Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В.И. Радченко; под ред. В.Т. Томина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 1999. С. 127; Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 38.

¹⁰⁰ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О по жалобе гражданина В.В. Паршуткина на нарушение его конституционных прав и свобод п. 1 ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и ст. 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР.

свидетелем до вступления в дело в качестве защитника или представителя потерпевшего, так и после этого. Известно, что свидетельский иммунитет адвоката (п. 2, 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ) распространяется только на сведения, ставшие адвокату известными в ходе оказания юридической помощи. По всем иным обстоятельствам адвокат может быть допрошен в качестве свидетеля, невзирая на его действующий процессуальный статус. Кроме того, адвокат может быть допрошен и по обстоятельствам, составляющим адвокатскую тайну, если на то имеется ходатайство его доверителя¹⁰¹. Во всех этих случаях дача адвокатом свидетельских показаний по делу исключает его дальнейшее участие в нем в качестве защитника или представителя потерпевшего, такой адвокат подлежит отводу.

Так, по делу Винькова и Аббасова, обвиняемых в совершении преступления, предусмотренного п. «б», «ж», «з», «н» ч. 2 ст. 105 УК РФ, Челябинский Областной суд постановлением от 29 декабря 2000 г. признал нарушенным право обвиняемого на защиту в связи с допросом в качестве свидетеля адвоката об обстоятельствах дела, ставших ему известными в связи с осуществлением защиты и последующим отводом.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 26 февраля 2001 г. оставила без изменения данное решение суда. Президиум Верховного Суда РФ 30 мая 2001 г. удовлетворил протест заместителя Генерального прокурора РФ. Он отметил, что допрос адвоката был произведен в связи с тем, что Виньков, оспаривая свою виновность, неоднократно заявлял об алиби, утверждая, что в момент совершения преступления он якобы встречался

¹⁰¹ См. подробнее: Таран А.С. О допросе адвоката в качестве свидетеля // Проблемы оправления правосудия по уголовным делам в современной России: теория и практика: сборник научных статей: в 2 ч. / отв. ред. Т.К. Рябинина, А.А. Козьявин. Курск: Курск. гос. техн. ун-т, 2007. Ч. I. С. 167–172.

с адвокатом Т., настаивая на допросе последнего. В данной части, по мнению Верховного Суда РФ, следователь был вправе допросить адвоката. В последующем адвокат Т. правомерно был отведен (ст. 67.1 УПК РСФСР), возражения Винькова по поводу отстранения защитника от участия в деле признаны необоснованными¹⁰².

В настоящее время норма п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в части недопустимости совмещения функций защитника и свидетеля нередко используется правоохранительными органами для устранения из дела неугодных адвокатов. Формально, поскольку по УПК РФ свидетель – лицо, «вызванное на допрос» (ч. 1 ст. 56 УПК РФ), сам факт направления адвокату повестки о вызове на допрос к следователю дает последнему право отвести адвоката от участия в деле. Нередко даже по делам, получившим общественный резонанс, следователи не гнушаются прибегать к такому приему облегчения своей работы¹⁰³. Причем поводом для отвода становится протокол допроса, в котором удостоверяется факт отказа адвоката от дачи показаний. В научной литературе в свете указанной проблемы правильно отмечалось, что свидетелем следует считать не того субъекта, который вызван на допрос, а того, который к тому же еще и подлежит допросу в соответствии с законодательством¹⁰⁴.

Такая практика должна встречать достойное противодействие со стороны адвокатов. Советы адвокатских палат рекомендуют адвокатам не являться на допросы по повесткам, сами адвокаты разработали текст писем-ответов на такого рода требования о яв-

¹⁰² Определение Верховного Суда РФ № 48-001-19 от 26.02.2001 г. по делу Винькова и Аббасова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 9. С. 11.

¹⁰³ Такая ситуация возникла, в частности, по делу мэра г. Томска А. Макарова, когда следственные органы отвели его защитника Виктора Бакуревича. Аналогичным образом пытались устранить из дела об убийстве журналиста Д. Холодова адвоката Ларису Мове, защищавшую подсудимого К. Барковских.

¹⁰⁴ См.: Лазарева В.А., Попов Д.В. Показания адвоката-защитника – недопустимое доказательство // «Черные дыры» в Российском законодательстве. 2007. № 6. С. 257–259.

ке¹⁰⁵. На наш взгляд, сам вызов на допрос может быть оспорен адвокатом в порядке ст. 125 УПК РФ. В принципе к адвокату, не являющемуся на допрос по повестке, может быть применена санкция – привод, т. к. с момента вызова на допрос он формально может считаться свидетелем по делу. Практике уже известны случаи успешного обжалования адвокатами действий следователя по вызову на допрос в качестве свидетеля, некоторые из них описаны в литературе¹⁰⁶.

С нашей точки зрения, в целях обеспечения гарантий сохранности адвокатской тайны и независимости адвоката, вопрос о наличии оснований для его допроса должен решаться в судебном порядке, поскольку такой допрос ведет к отстранению адвоката от участия в деле и, соответственно, способен ущемить конституционное право граждан на квалифицированную юридическую помощь.

Нетрудно заметить, что из списка субъектов, упомянутых в п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, выпали участники процесса – стороны, имеющие в деле личный интерес. Это – потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, подозреваемый (обвиняемый), подсудимый. Между тем в принципе возможна ситуация, когда адвокат, привлеченный к участию в деле в одном из этих качеств, в дальнейшем по каким-либо причинам (выявившаяся фактическая ошибка, прекращение уголовного преследования и т. д.) этот статус теряет.

Означает ли молчание закона в этой части то, что предыдущее участие в деле в одном из этих качеств никак не влияет на вступление адвоката в дело в последующем?

¹⁰⁵ Адвокатская тайна / под ред. В.Н. Бурбина. М.: Статут, 2006. С. 249–252.

¹⁰⁶ Осин В.В. Кто защитит адвоката от незаконных действий следователя? // Адвокат. 2011. № 10. С. 46–49.

Упоминание о такого рода запрете мы обнаружили в Правилах адвокатской этики международного Союза (содружества) адвокатов. Согласно п. 2.4 этого нормативного источника «адвокат не вправе принимать поручение на ведение дела, если ... он ранее участвовал в этом деле в качестве ... потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика...».

Применимо ли это положение к отечественным правоприменительным реалиям? Стоит ли говорить о дополнении списка субъектов, вступление в качестве которых в дело исключает профессиональное участие адвоката в этом деле в последующем? Следует отметить, что 57,6 % опрошенных адвокатов, 54,3 % следователей и 55,8 % судей высказались за включение в уголовно-процессуальный закон данного запрета. Отличное мнение имеют помощники судей (секретари СЗ), только 30 % которых положительно ответили на данный вопрос.

Для решения этого вопроса необходимо определиться, на наш взгляд, со следующими аспектами проблемы: связан ли адвокат в этих случаях предыдущими уголовно-процессуальными отношениями и в какой мере; какие этические стандарты профессии принятие такой защиты может затронуть.

Один из возможных аргументов против такого участия – связанность обязательством сохранять в тайне сведения, оформленным отобранной у участника процесса подпиской в порядке ст. 161 УПК РФ, предполагающей угрозу уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ в случае обнаружения ее третьим лицам, пусть даже и доверителям.

Умалит ли честь адвокатского сословия тот факт, что адвокат, отстаивавший в прошлом в уголовном судопроизводстве свои личные интересы, будет по этому же делу выражать противоположную позицию, выполнять противоположную функцию? Например, бывший обвиняемый станет представлять интересы потерпевшего?

Для ответа на этот вопрос уместно вспомнить, что представление по делу адвокатом позиции иной, чем он высказывал ранее, рассматривается в науке как нарушение адвокатской этики: «Несовместимо с личной честью адвоката и достоинством профессии принятие им поручения, если ранее он высказывал в юридической литературе взгляды, противоположные тому пониманию закона, которое лежит в основании позиции по делу»¹⁰⁷.

В связи с этим занятие диаметрально противоположной позиции на эмпирическом уровне, т. е. по конкретному делу, выражающееся в отстаивании по делу позиции, противоречащей позиции адвоката, уже высказанной им по этому же делу, является очевидным свидетельством нарушений требований этики с его стороны. А ведь выполнение противоположной процессуальной функции требует именно этого.

Таким образом, формально уголовно-процессуальный закон ничего не говорит о запрете в отношении адвоката, ранее привлекавшегося к участию в деле в качестве субъекта, имеющего в нем самостоятельный интерес, вступать в него на профессиональной основе. Однако такое участие в деле может быть связано с определенными ограничениями, нарушение которых поставит вопрос об этичности действий адвоката, как на момент принятия поручения, так и в момент их осуществления. В связи с этим мы считаем такое участие адвоката в уголовном судопроизводстве, когда он станет представлять интересы стороны противоположной той, которую занимал сам, недопустимым. Безусловно, требования Правил адвокатской этики международного Союза (содружества) адвокатов для нас справедливы лишь отчасти. С нашей точки зрения, не будет являться основанием для отвода, например, ситуация, когда адвокат, ставший потерпевшим в порядке ч. 8 ст. 42 УПК РФ, в

¹⁰⁷ Ватман Д.П. Адвокатская этика. М.: Юрид. Лит., 1977. С. 7.

дальнейшем, по договоренности с родственниками, и после удовлетворения соответствующего ходатайства о признании потерпевшим иного родственника, вступит в процесс уже в новом качестве – в качестве представителя потерпевшего или гражданского истца. В то же самое время данный запрет, на наш взгляд, должен быть шире установленного упомянутыми Правилами, поскольку как видно, лицо, обвиняемое в совершении преступления, в них не упоминается. Если это означает, что лицо, проходившее по делу в качестве обвиняемого, может в последующем осуществлять в нем адвокатскую деятельность, а если он был потерпевшим – нет, то это совершенно нелогично, не учитывает принцип равноправия сторон.

Упомянув об отводе адвоката в связи с его участием в деле в качестве субъекта, имеющего личный интерес, мы говорили о предыдущем его участии в этом качестве. Закон обходит молчанием ситуации, когда адвокат в момент принятия поручения уже является субъектом этого уголовного процесса, имеющим личный интерес в деле.

Если сравнивать основания отвода адвоката и основания отвода других участников процесса: судьи, прокурора, следователя, дознавателя, то мы увидим, что обстоятельства, связанные с участием в деле в настоящее время, исключающие выполнение ими в нем полномочий судьи и прочих субъектов, соответственно, закреплены на первом месте (п. 1 ч. 1 ст. 61 УПК). В ней как раз и говорится об участии в деле в качестве потерпевшего гражданского истца, гражданского ответчика¹⁰⁸.

¹⁰⁸ В этой норме ничего не сказано об участии в деле в качестве обвиняемого, но это нельзя назвать пробелом, т. к. перечень обстоятельств, исключающих участие судьи в деле, открытый и все, что не упомянуто в ст. 61 УПК РФ, напрямую, но является обстоятельством, дающим основанием полагать, что судья лично прямо или косвенно заинтересован в исходе дела, влечет отвод судьи (ч. 2 ст. 61 УПК РФ).

На момент введения в уголовно-процессуальный закон нормы об отводе защитника (представителя потерпевшего) в науке было высказано мнение, что несомненным основанием для отвода защитника является участие его в деле в качестве потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика¹⁰⁹. Справедливо ли это мнение? Безусловно, указанные субъекты уголовного процесса не должны совмещать свой процессуальный статус с каким-либо иным. Если же в таком случае адвокат все-таки приступил к участию в деле, то, действительно, должен быть осуществлен отвод. Одновременное совмещение двух процессуальных статусов (обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика) и полномочий защитника (представителя потерпевшего), невозможно.

Заметим, что в корреспондирующем п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ положении п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» указано, что адвокат не вправе принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение, в случае, если он «...является по данному делу потерпевшим или свидетелем». Очевидно, что данную норму закона надо трактовать шире, ибо буквальное ее толкование может создать ошибочное представление, что совмещение иных процессуальных полномочий (обвиняемого, гражданского истца, гражданского ответчика) со статусом защитника (представителя потерпевшего) возможно.

Таким образом, в действительности, можно выделить не две, а три группы субъектов, участие в качестве которых лишает адвоката возможности осуществления в этом же деле профессиональной деятельности. Помимо упомянутых законом в п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, можно говорить о субъектах, имеющих личный интерес в де-

¹⁰⁹ Кафтасьева А. Указ. соч. С. 22.

ле: потерпевший (частный обвинитель), обвиняемый (подозреваемый, подсудимый), гражданский истец, гражданский ответчик.

Характеризуя основание отвода адвоката, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в целом, следует отметить, что закон устанавливает запрет на участие адвоката в различных процессуальных статусах в одном и том же деле. Соответственно, если адвокат был участником процесса, в том числе, из числа упомянутых в п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ по иному делу, в котором участвовал его настоящий доверитель, это не является основанием для его отвода.

Эту позицию последовательно отстаивает в своих решениях Верховный Суд РФ.

Так, по делу Зайцева, Миллер, Шленской, обвинявшихся в преступлениях, предусмотренных п. «в» ч. 3 ст. 162, п. «ж», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ, в процессе предварительного расследования защиты Зайцева осуществлял адвокат С., которая ранее работала судьей и в 1994 г. принимала участие в рассмотрении дела по обвинению Зайцева по ч. 2 ст. 145 УК РСФСР. Адвокат С. в судебном заседании заявила о том, что она не вправе в связи с этим осуществлять защиту Зайцева, ссылаясь на ст. 67.1 УПК РСФСР (ч. 1 ст. 72 УПК РФ). Ее позицию поддержал также участвовавший в деле адвокат Ш. Сам Зайцев не возражал против участия адвоката С. в деле. Несмотря на возражения прокурора, суд разделил позицию адвоката С., и определением Костромского областного суда от 12 апреля 2000 г. данное уголовное дело возвращено для производства дополнительного расследования.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 21 июня 2000 г. частный протест прокурора удовлетворила, отменив определение суда и признав, что тот расширительно истолковал норму ч. 1 ст. 67.1 УПК РСФСР, поскольку по смыслу закона выполнение защитником функций какого-либо из перечисленных в п. 1 ч. 1 ст. 67.1 УПК РСФСР участников уголовного судопроиз-

водства по другому уголовному делу не является основанием для его отвода¹¹⁰.

Такую же позицию занял Верховный Суд РФ по делу Лукина. Архангельский областной суд усмотрел нарушение требований ст. 67 (1) УПК РСФСР в том, что защиту Лукина осуществлял адвокат Коростелев, который в 1980 г. при осуждении Лукина по ст. 103 УК РСФСР являлся государственным обвинителем. Отменяя определение областного суда, кассационная инстанция указала, что участие в деле в качестве защитника адвоката, который ранее работал прокурором и в связи с этим поддерживал обвинение в отношении этого же лица, но совершенно по другому делу, не является нарушением требований ст. 67 (1) УПК РСФСР¹¹¹.

При всей четкости этой позиции она, на наш взгляд, не должна быть столь категоричной. Мы согласны с ее справедливостью в тех случаях, когда защитник участвует в уголовном деле по соглашению. Безусловно, здесь налицо согласие лица на участие такого адвоката в деле, доверие к нему выражено самим фактом обращения за юридической помощью. Вместе с тем участие такого адвоката по назначению весьма небесспорно особенно в ситуациях, когда участие защитника признано обязательным со стороны следователя, прокурора и суда в порядке ст. 51, ч. 2 ст. 52 УПК РФ. Защита предполагает установление особых доверительных отношений между адвокатом и лицом, которому оказывается юридическая помощь, не случайно поэтому последний ФЗ «Об адвокатской деятельности..» именуется «доверителем». Очевидно, что такое доверие ожидать от обвиняемого в рассмотренных случаях

¹¹⁰ Дело Зайцева, Миллер, Шленской // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 2. С. 16.

¹¹¹ См.: Обзор практики Верховного Суда Российской Федерации по рассмотрению уголовных дел в кассационном и надзорном порядке в 1992 году // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 6. С. 15.

достаточно проблематично. В этой связи мы считаем, что основание для отвода, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, применительно к защите по назначению при условии заявления ходатайства об отводе защитника его подзащитным, должно толковаться расширительно. В таких ситуациях установленное п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ ограничение на участие адвоката в деле должно применяться с учетом предыдущих случаев участия защитника в ином процессуальном статусе в производстве по уголовному делу, осуществляемому в отношении его нынешнего подзащитного. 62,8 % судей, 48,6 % следователей, 48,5 % адвокатов и меньше всех – 44 % опрошенных помощников судей (секретарей СЗ) в предложенной им ситуации, когда защитник ранее по другому делу выступал государственным обвинителем, и где подсудимым был его нынешний подзащитный, высказались за отвод защитника.

В этой связи приведем решение Верховного Суда Республики Мордовия от 9 апреля 2013 г., признавшего наличие оснований для отвода адвоката В.С. Паулова, защищавшего В.А.М., при следующих обстоятельствах. В.С. Паулов, являясь старшим следователем прокуратуры, принимал участие в расследовании уголовного дела по факту похищения К.Е.С., повлекшего по неосторожности смерть потерпевшего. Уже после прекращения его участия в производстве по делу обвинение было предъявлено В.А.М. как участнику организованной группы «Юго-Запад». В.С. Паулов стал по назначению осуществлять защиту В.А.М., по другому делу обвинявшемуся в вымогательстве, совершенном указанной группой.

На возражения прокурора И.А. Русяева о том, что В.С. Паулов производил расследование преступления, совершенного В.А.М. по другому делу (поэтому данные обстоятельства лежат за рамками п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ), и что на тот момент не были известны конкретные лица, причастные к совершению данного преступления, судебная коллегия ответила, что учитывает взаимосвязь уго-

ловных дел, «которые по существу представляют собой одно и то же уголовное дело... Не соединение уголовных дел не влияет на обоснованность выводов суда первой инстанции»¹¹².

Заметим, что сам подсудимый В.А.М. в возражениях на апелляционное представление указал, что в ходе предварительного следствия заявлял отвод адвокату В.С. Паулову, как лицу, заинтересованному в исходе дела, однако ему в удовлетворении отвода было отказано.

Данное решение показывает, что суды стараются не следовать там, где это возможно, формальной трактовке категории «по данному уголовному делу» при применении п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, однако все же ограничивают возможную сферу его действия.

Проведенный анализ первого из оснований отвода адвоката, предусмотренного ст. 72 УПК РФ, показал, что данный процессуальный институт нуждается в совершенствовании. Определенный законодателем круг субъектов, предыдущее участие в статусе которых лишает адвоката возможности выполнять в деле процессуальные функции защитника или представителя потерпевшего, должен быть расширен. Практика применения допроса адвоката в качестве способа устранения его из дела должна быть преодолена, что требует выработки соответствующего правового механизма. Обстоятельства, исключающие участие в деле защитника, должны быть дифференцированы в зависимости от оснований его участия в деле.

¹¹² Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда Республики Мордовия от 29 апреля 2013 г. Материал № 22-997/13. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyi-sud-respubliki-mordoviya-respublika-mordoviya-s/act-473808993>.

2.2.2. Родство как обстоятельство, исключающее участие адвоката в уголовном процессе

Вторым основанием отвода адвоката уголовно-процессуальное законодательство называет обстоятельства, обусловленные его родственными связями. Первоначальная редакция: «адвокат не вправе участвовать при производстве по уголовному делу, если он является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, начальника органа дознания, начальника подразделения дознания, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего либо принимающего участие в производстве по данному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты» (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ). Отметим, что такие участники процесса, как начальник органа дознания и начальник подразделения дознания, были введены в данный перечень изменениями, внесенными в УПК РФ федеральным законом от 30.12.2015 г. № 440-ФЗ.

Указанное основание отвода адвоката было известно и УПК РСФСР. Ст. 67.1 УПК РСФСР устанавливала, что адвокат не вправе участвовать в деле, если «в расследовании или рассмотрении дела принимает участие должностное лицо, с которым адвокат состоит в родственных отношениях».

Очевидно, что действующий законодатель существенно изменил формулировку исследуемой нормы закона.

Представить характеристику данного законоположения, дать оценку тенденций его развития позволит анализ всех установленных в законе признаков основания отвода адвоката по признаку родства, установленных в законе.

Прежде всего, рассмотрим первый признак: наличие родства (родственных связей) адвоката. Определяя степень родства,

исключающую участие адвоката в деле, действующее законодательство оперирует категориями «близкий родственник» и «родственник». Данные понятия раскрыты в самом УПК РФ. Согласно п. 4 ст. 5 УПК РФ «близкие родственники» – супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, бабушка, дедушка, внуки. В соответствии с п. 37 этой же статьи «родственники» – все иные лица за исключением близких родственников, состоящие в родстве¹¹³.

УПК РСФСР применительно к данному основанию отвода использовал термин «родственные отношения». Очевидно, что действующий УПК РФ, не только использовавший, но и раскрывший категорию «близкий родственник» и «родственник», конкретизировал данное условие отвода адвоката.

Представляется, что он и сузил его, поскольку категория «родственные отношения» позволяла подразумевать не только само «родство», но и аналогичные близкие отношения, фактически сложившиеся между людьми.

В связи с изложенным при применении п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ необходимо отграничивать «близких родственников» и «родственников» от так называемых «близких лиц». УПК РФ раскрыл последнюю категорию применительно к свидетелям и потерпевшим, указав, что ими являются все «иные лица, состоящие в свойстве с потерпевшим, свидетелем, а также лица, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему, свидетелю в силу сложившихся личных отношений» (п. 3 ст. 5 УПК РФ). Применяя это определение к адвокату, можно сказать, что близкие личные от-

¹¹³ О неудачности определения этих категорий в УПК РФ уже написано в научной литературе. Указывается, что они содержат тавтологию, правовые и логические ошибки, например, отношения между супругами по семейному кодексу РФ родством не являются. См.: Дежнев А.С. Отношения родства, супружества и свойства в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. С. 164.

ношения с субъектами, перечисленными в ч. 2 ст. 72 УПК РФ, а именно отношения свойства и сложившиеся иным образом близкие личные отношения не дают оснований для отвода адвоката.

В свете последнего обстоятельства анализируемая законодательная новелла критикуется некоторыми учеными. Так, среди положений, вынесенных на защиту Д. Арабули, обосновывается необходимость расширения оснований отвода адвоката-защитника, исходя не только из отношений родства, но и свойства, а также фактических брачных отношений. Это, с точки зрения автора данной идеи, позволит укрепить позиции стороны защиты в плане гарантированности права подсудимого на рассмотрение и разрешение его дела независимым и беспристрастным судом, где защитник и государственный обвинитель отвечают требованию незаинтересованности¹¹⁴.

Безусловно, здравый смысл в этом предложении есть. Конечно, формальный подход к установлению родственных связей не обеспечивает в полной мере достижение идеи, положенной в основу института отвода по данному основанию, т. к. не всегда отражает существование особых межличностных отношений, наличие которых, прежде всего, а не штамп в соответствующих документах, требует отвода адвоката. Это тем более актуально в связи с тем, что практике известны случаи, когда адвокаты, чьи супруги получили статус судьи, сознательно официально расторгли брак, фактически продолжая супружеские отношения.

С другой стороны, расширение оснований отвода адвоката – палка о двух концах, особенно если критерий для отстранения адвоката от участия в деле не будет четко очерчен, как в предлагаемой позиции. Необходимо соблюдать определенный баланс, на-

¹¹⁴ Арабули Д.Т. Процессуальное положение и деятельность адвоката-защитника в судебном разбирательстве по уголовно-процессуальному праву России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2002. С. 8–9.

рушив который мы перейдем от идеи обеспечения права на защиту к его необоснованному ограничению.

Кроме того, разрешением проблемы, поставленной Д. Арабули, будет являться отвод судьи, прокурора, следователя и дознавателя, состоящих с адвокатом в соответствующих отношениях. Законодатель, определяя условия отвода этих должностных лиц, также оперирует категориями «родственник» и «близкий родственник» (п. 3 ч. 1 ст. 61 УПК РФ). Однако согласно ч. 2 ст. 61 УПК РФ перечень оснований для отвода данных участников процесса открыт. Анализируемые отношения должны служить поводом признания этих субъектов «прямо или косвенно заинтересованными в исходе дела»¹¹⁵.

Второй признак отвода адвоката по основанию родства – круг лиц, родственные связи с которыми ведут к отстранению адвоката от участия в деле.

Законодатель, определяя его, называет следующих субъектов: судья, прокурор, следователь, начальник органа дознания, начальник подразделения дознания, дознаватель, секретарь судебного заседания, принимавший либо принимающий участие в производстве по данному делу, лицо, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с адвокатом соглашение об оказании защиты.

¹¹⁵ Это соответствует традиции отечественной правоприменительной практики, которая термин «родственник», использовавшийся п. 2 ч. 1 ст. 59 УПК РСФСР при определении условий отвода данных лиц, трактовала весьма широко. Так, в решении коллегии Самарского областного суда от 15.02.2000 г. по делу Л.В. Омелянец было указано: «термины “родственник”, “родство” предполагают в качестве оснований, исключающих возможность участия судьи в рассмотрении дела, не только наличие близких родственных отношений, но и более дальнее родство, отношения свойства (родители и родственники супруга, сватья и т. п.)» Из-за того, что дело рассматривал судья, состоящий с адвокатом в отношениях свойства, приговор Отраденского городского суда был отменен.

См.: Постановления Президиума и определения коллегии Самарского областного суда по уголовным делам // Судебная практика. 2000. № 1. С. 15.

Таким образом, можно выделить две категории субъектов, родство с которыми делает недопустимым участие адвоката в деле.

К первой категории относятся субъекты-участники процесса, осуществляющие в нем свою профессиональную деятельность.

Ко второй – лица, интересы которых противоречат интересам доверителя адвоката, не являющиеся субъектами процесса, отнесенными к первой группе.

Рассмотрим каждую обозначенную категорию субъектов отдельно.

Характеризуя *первую из них*, отметим, что в законе названы 7 участников процесса, родство с которыми не дает адвокату право осуществлять профессиональную деятельность в процессе: судья, прокурор, следователь, начальник органа дознания, начальник подразделения дознания, дознаватель, секретарь судебного заседания.

Сопоставляя анализируемые положения ст. 72 УПК РФ со ст. 67.1 УПК РСФСР, можно увидеть, что законодатель внес некоторые коррективы в данное основание отвода адвоката в этой части.

УПК РСФСР оперировал понятием «должностное лицо, принимающее участие в расследовании или рассмотрении дела». Оно в законе не раскрывалось, в связи с чем являлось достаточно емким. Под него подпадали не только профессиональные участники конкретного уголовного процесса, но и лица, которые в силу профессиональной деятельности осуществляли хотя бы разовые действия (сотрудник жилищно-эксплуатационной организации, приглашенный для участия в обыске (ч. 2 ст. 169 УПК РСФСР), должностное лицо органа дознания, оказывавшее содействие следователю при производстве отдельного следственного действия (ч. 4 ст. 127 УПК РСФСР).

УПК РФ, таким образом, принципиально отошел от этого подхода и пошел по пути перечисления тех субъектов процесса, род-

ство с которыми исключает участие в деле адвоката. Здесь также прослеживается тенденция конкретизации условий отвода адвоката, что вполне оправдано, ибо позволяет избежать его произвольного отвода и, следовательно, в большей мере обеспечивает право граждан на получение квалифицированной юридической помощи¹¹⁶.

Что касается полноты определения законом круга субъектов, отнесенных к исследуемой группе, то, на наш взгляд, он подлежит расширению. Под требования п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ формально не подпадают случаи родства адвоката с такими участниками процесса, как руководитель следственного органа (ст. 39 УПК РФ). Если законодатель дополнил 30.12.2015 г. перечень п. 2 ч. 1 ст. 72 начальником органа дознания и начальником подразделения дознания (ст. 40.1 УПК РФ), то про руководителя следственного органа как не было сказано, так и не сказано до настоящего времени. Вместе с тем можно провести очевидные параллели между полномочиями указанных субъектов. Например, и начальник подразделения дознания, и руководитель следственного органа играют значительную роль в уголовном судопроизводстве, активно влияют на процесс расследования, принимают значимые решения, в том числе отменяют незаконные и необоснованные постановления следователя (дознателя) (п. 2 ч. 1 ст. 39, п. 3 ч. 1 ст. 40.1), дают различного рода указания, влияющие на ход и направление дела

¹¹⁶ Интересно, что применительно к судьбе, прокурору, следователю и дознавателю законодатель исключает возможность осуществления ими своих полномочий при наличии аналогичных отношений с «любым из участников производства по данному делу» (п. 3 ч. 1 ст. 61 УПК РФ). Для адвоката-представителя потерпевшего и защитника это положение неприемлемо, поскольку к ним не предъявляется требование абсолютной незаинтересованности. В этом смысле ст. 72 УПК РФ в указанной части как бы корреспондирует ст. 61 УПК РФ, подтверждая запрет на родственные связи участников процесса, к которым предъявляются требования незаинтересованности и полной объективности с адвокатами.

(п. 3 ч. 1 ст. 39, п. 2 ч. 3 ст. 40.1 УПК РФ). Следуя идее, положенной в основу исследуемой группы обстоятельств, обуславливающих отвод адвоката, не должны принимать участие в деле адвокаты, состоящие в родстве с руководителями следственного органа. Таким образом, как и в случае отвода адвоката в связи с его предыдущим участием в деле (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ), законодатель, назвав этого субъекта участником процесса и внося Федеральным законом от 5 мая 2007 г. № 87-ФЗ соответствующие дополнения в УПК РФ (ст. 39, 40.1), не смог последовательно провести все необходимые изменения.

На практике эта позиция находит поддержку. Нам известен случай отвода адвоката в связи с тем, что он состоял в родстве с начальником следственного отдела следственного управления, осуществлявшего расследование дела. Примечательно, что отвод был произведен судом, на предварительном следствии этот вопрос не возник. Безусловно, такая противоречивая практика не делает чести нашему законодательству, которое нуждается в соответствующей корректировке. Заметим, однако, что это положение если и встретило понимание в целом со стороны правоприменителей, то не такое единодушное, как хотелось бы. За дополнение перечня обстоятельств, исключающих его участие в деле, родственными отношениями адвоката с указанными субъектами высказались 48,5 % опрошенных адвокатов, 54,3 % следователей, 56 % секретарей СЗ помощников судей и 53,5 % судей.

Анализируя круг субъектов первой выделенной нами группы, следует обратить внимание на то, что из участников процесса, осуществляющих так называемую вспомогательную функцию, ст. 72 УПК РФ упоминает только секретаря судебного разбирательства. Насколько это оправдано, и может ли родство с иными субъектами этой категории (свидетелем, экспертом, специалистом, пере-

водчиком, понятым (глава 8 УПК РФ называет их «иные участники уголовного судопроизводства»)) обуславливать отвод адвоката?

Проведенный нами опрос показал, что на практике положение о введении законодателем этих субъектов в число лиц, родство с которыми исключает участие адвоката в деле, получило поддержку в целом у чуть более трети опрошенных следователей, более четверти секретарей судебного заседания (помощников судей), около пятой части адвокатов и судей.

Более точные данные можно увидеть в табл. 1:

Таблица 1

Вопрос: Нужно ли, на ваш взгляд, дополнить перечень обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле следующими позициями (возможен выбор одного или нескольких вариантов):	Следователи %	Адвокаты %	Секретари СЗ\ помощники %	Судьи %
Родство адвоката со свидетелем по делу	34,3	27,3	42	20,9
Родство адвоката с понятым	37,1	21,2	20	16,3
Родство адвоката с экспертом	34,3	27,3	30	25,6
Родство адвоката с переводчиком	34,3	12,1	18	20,9
Родство адвоката со специалистом	31,4	18,2	24	20,9

Очевидно, что предложенные к обсуждению позиции упоминают субъектов процесса, отличающихся по своему процессуальному положению.

Свидетель не подлежит отводу, однако он обладает иммунитетом, обусловленным родственными связями (п. 1 ч. 4 ст. 56 УПК РФ).

Что касается понятого, то закон установил запрет на участие его в деле, если он является родственником или близкими родственником любого участника уголовного судопроизводства (п. 2 ч. 2 ст. 60 УПК РФ). Закон не предусматривает его отвод, его участие в процессе разовое и несоблюдение требований п. 2 ч. 2 ст. 60 УПК РФ поставит вопрос о допустимости соответствующего протокола.

Остальные иные участники процесса подлежат отводу, в том числе и по критерию родства.

В отношении эксперта, специалиста, переводчика содержится также запрет на наличие «родства» или «близкого родства» с любым из участников процесса (ст. 61, 69, 70, 71 УПК РФ) и, кроме того, на «иные обстоятельства, дающие основание полагать, что данные лица прямо или косвенно заинтересованы в исходе дела» (ч. 2 ст. 61 УПК РФ). Для эксперта и специалиста основание отвода еще и «нахождение в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей» (п. 2 ч. 2 ст. 70, ч. 2 ст. 71 УПК РФ). Это означает, что закон содержит запрет на участие данных субъектов в деле как при наличии «близкого родства» или «родства» с адвокатом, осуществляющим функции защитника или представителя потерпевшего (понятой), так и иных личных отношений (свойства, фактических брачных отношений) и даже любых других, обуславливающих какую-либо зависимость от адвоката (например, отношения бытового займа).

При наличии этих обстоятельств данные лица не должны вступать в уголовное судопроизводство, а вступив, заявить о своем самоотводе.

Однако как быть, если свою функцию в процессе данные лица уже выполнили, и в дело вступает адвокат, с которыми он состоит в указанных отношениях?

С одной стороны, на объективность уже сделанных экспертиз, заключений, переводов и удостоверение достоверности протоколов следственных действий факт вступления такого адвоката в дело никак не повлияет. С другой, адвокат, чей родственник выразил так или иначе свою позицию в данном деле, может быть поставлен перед выбором: оспаривать достоверность, допустимость соответствующих доказательств, выявляя недобросовестность, недостаточную квалификацию последнего, или промолчать. Не стоит забывать, что названные участники процесса могут быть вызваны для допроса об обстоятельствах участия в деле в общем порядке (ст. 278 УПК РФ), для дополнения или разъяснения ранее данного заключения (ст. 282 УПК РФ). В последнем случае лицо будет выступать в качестве эксперта со всеми последствиями (п. 1 ч. 2 ст. 70 УПК РФ).

В остальных случаях они будут допрошены по делу в качестве свидетеля.

В связи с этим вернемся к вопросу о родстве адвоката со свидетелем. В свете поставленной проблемы нам бы хотелось рассмотреть вопрос: может ли являться родство с адвокатом основанием для получения права воспользоваться свидетельским иммунитетом (например, когда адвокат-защитник является родственником свидетеля обвинения?) Свидетельский иммунитет иногда трактуют как положение, относящееся исключительно к обвиняемому и его родственникам¹¹⁷. Еще 10 лет назад Л.С. Халдеев в контексте свидетельского иммунитета отмечал, что «спорными и неясными остаются для многих судей ситуации, когда ни потерпевшие, ни свидетели не являются близкими родственниками подсудимого...» и сетовал, что «судебная практика, за редкими исключениями, не

¹¹⁷ Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-н/Д.: Феникс, 1999. С. 137.

пошла по пути разъяснения свидетелям и потерпевшим положений ст. 51 Конституции»¹¹⁸.

В настоящее время очевидно, что свидетельский иммунитет распространяется на потерпевших, свидетелей и не являющихся родственниками обвиняемого (подозреваемого), согласно уголовно-процессуального закона (п. 3 ч. 2 ст. 42, п. 1 ч. 4 ст. 56, ч. 5 ст. 164, ч. 1 ст. 189 УПК РФ), это их право должно быть разъяснено в обязательном порядке.

Очевидно возникает необходимость посмотреть на то, что означает в формулировке свидетельского иммунитета «свидетельствовать против...»: изобличать в совершении преступления или занимать иную позицию, ухудшать процессуальное положение? Чаще всего его используют в первом смысле. Однако если он распространяется не только на родственников обвиняемого (подозреваемого), может быть, есть смысл расширить его трактовку?

На наш взгляд, законодатель скорее бы пошел по пути отвода адвоката, как лица, заменимого в процессуальном плане, чем предоставления свидетелю права отказаться давать показания при родстве с ним. В настоящее время указанное обстоятельство, безусловно, может служить одним из факторов, обуславливающих оценку показаний этого свидетеля. Тем не менее, рассматриваемая ситуация родства свидетеля с адвокатом достаточна щепетильна, ибо фактически первый будет выступать вразрез позиции своего родственника-адвоката, а второй будет вынужден изобличать свидетеля в необъективности, неточности, неполноте показаний и проч.

Быть может, родство адвоката со свидетелем возможно по основанию отвода с участниками процесса второй выделенной нами

¹¹⁸ Халдеев Л.С. Судья в уголовном процессе: практ. пособие. М.: Юрайт, 2000. С. 181.

категории лиц, родство с которыми исключает участие адвоката в деле в качестве характеристики которых названо наличие противоречий интересов с доверителем адвоката? На этот вопрос мы ответим, когда будем решать, что подразумевать под конфликтом интересов доверителей адвоката.

Применительно к анализируемой группе участников уголовного процесса законодатель установил дополнительный признак, являющийся еще одним условием отвода адвоката по основанию родства: это должны быть лица, *«принимавшие или принимающие участие в производстве по данному уголовному делу»*.

Что касается выражения «принимать участие в производстве по делу» то, бесспорно, оно охватывает, прежде всего, осуществление определенных полномочий по его расследованию и разрешению. При этом совсем не обязательно, чтобы это были лица, принявшие на себя производство по данному уголовному делу в установленном законом порядке.

При толковании данной нормы в науке высказано мнение о том, что «вполне достаточно для отвода, чтобы должностное лицо только на каком-то этапе движения дела приняло в нем какое-то официальное участие или хотя бы выполнило разовое процессуальное действие»¹¹⁹.

Однако возникает вопрос: что означает «принять официальное участие в деле», и почему выполнение разового процессуального действия выносится за его рамки?

На наш взгляд, для отвода адвоката в связи с родством с должностным лицом, участником процесса, упомянутым ч. 2 ст. 72 УПК РФ, необходимо не только фактическое осуществление этим лицом определенных полномочий, но и сам факт обладания ими.

¹¹⁹ Лубшев Ю.Ф. Комментарий к федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный). М.: ТОН Профобразование, 2002. С. 84.

Бесспорно, на наш взгляд, что отсутствие указаний со стороны прокурора так же, как и их наличие, является выражением определенной оценки им проводимого расследования. Адвокат, отмечая недостатки расследования, изобличает одновременно и бездействие указанного должностного лица, что весьма щепетильно в свете родственных отношений между ними.

Поэтому идее института отвода защитника (представителя потерпевшего) отвечает позиция, по которой для отвода адвоката было бы достаточно, чтобы он состоял в родстве с субъектом, упомянутым ч. 2 ст. 72 УПК РФ, в компетенцию которого входило осуществление соответствующих полномочий по уголовному делу независимо от форм и фактического их осуществления.

Следует подчеркнуть, что действующий законодатель, используя термины «участвует или участвовало» применительно к анализируемой категории субъектов, запрещает осуществление адвокатом своей деятельности не только в том случае, если данное должностное лицо еще работает с делом, но и в тех ситуациях, когда оно уже свои полномочия по нему осуществило на соответствующем этапе (стадии). Этим он существенно расширил основания отвода адвоката по сравнению с УПК РСФСР. Последний в ст. 67.1 УПК РСФСР ограничивал участие адвоката в деле только первым обстоятельством, т. е. исключал одновременное участие в деле таких лиц.

В этой связи показательным делом по обвинению Тимофеева в совершении преступлений, предусмотренных ст. 103 и ч. 2 ст. 211 УК РСФСР. Судья Петродворцового районного суда г. Санкт-Петербурга 29 декабря 1995 г. направил дело для производства дополнительного расследования, указав в постановлении, что защита обвиняемого Тимофеева осуществлялась адвокатом, состоящим в родственных отношениях с и.о. прокурора Петродворцово-

го района, который принимал участие в расследовании данного уголовного дела, чем была нарушена ст. 67.1 УПК РСФСР.

Определением Судебной коллегии по уголовным делам Санкт-Петербургского городского суда от 27 февраля 1996 г. данное постановление было оставлено без удовлетворения.

По протесту прокурора Президиум Санкт-Петербургского городского суда 22 мая 1996 г. пересмотрел это решение.

В протесте указывалось, что расследование осуществлял следователь прокуратуры, надзор за следствием осуществлялся прокурором района.

Было установлено, что родственник адвоката, являвшийся заместителем прокурора, действительно, в период отпуска прокурора района исполнял его обязанности и в данный период, а именно 27 июля 1994 г. им был продлен срок следствия и содержания Тимофеева под стражей.

В дальнейшем надзор за расследованием осуществлял сам прокурор района, который и утвердил 30 ноября 1994 г. обвинительное заключение.

В этот период расследования адвокат в деле не участвовал. Вступил он в процесс только с 26 октября 1995 г., когда дело было направлено судом для дополнительного расследования в связи с нарушением права Тимофеева на защиту ввиду отсутствия адвоката.

Санкт-Петербургский городской суд согласился с доводами протеста и подчеркнул, что в период участия в деле адвоката заместитель прокурора района никаких полномочий по расследованию дела и надзору за расследованием не осуществлял. Это обстоятельство и позволило признать отсутствие нарушения права Тимофеева на защиту ввиду отсутствия оснований для отвода адвоката¹²⁰.

¹²⁰ Определение Президиума Санкт-Петербургского городского суда 22 мая 1996 г. URL: <http://law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialIP=1122622>.

Очевидно, что с позиции современного законодателя данные обстоятельства потребовали бы иной правовой оценки и послужили бы основанием для отвода адвоката. Вообще осуществление адвокатской деятельности родственниками должностных лиц в сфере, подпадающей под их юрисдикцию, пусть и административно-управленческую, – достаточно серьезная проблема. Сами адвокаты указывают на наличие таких фактов, признавая их нарушением профессиональной этики. Так, адвокат Е. обратился с жалобой на адвоката М., где в числе прочего указывал на то, что она, будучи женой прокурора района, неоднократно принимала участие в качестве защитника по делам, расследованных прокуратурой района.¹²¹ И если данная ситуация подпадает под основание отвода адвоката, то участие в процессе судебного разбирательства адвоката – близкого родственника председателя суда, в котором рассматривается дело, – нет. Следует заметить, что согласно положению Концепции федерально-целевой программы «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 гг., утвержденной распоряжением Правительства России от 4 августа 2006 г., № 1082-р «В целях обеспечения прозрачности судебной системы, преодоления конфликтов интересов, устранения личной заинтересованности судьи в исходе дела следует установить запрет на участие адвоката – супруга судьи, близких родственников или свойственников судьи в делах в пределах юрисдикции суда». Можно встретить негативную оценку этого положения среди адвокатов, озвученную в литературе. Так, член квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы, адвокат Ю.А. Костанов в адрес данной нормы пишет: «не умея (или не желая) вести реальную борьбу с коррупцией в судейской среде, Правительство подменяет эту борьбу не-

¹²¹ Дисциплинарное производство в отношении адвоката М. // Профессиональная этика адвокатов: сб. мат. / сост. Н.М. Кипнис. М.: ООО «Вариант». С. 100–115.

лепыми и откровенно неконституционными предложениями о запрете межпрофессиональных браков, забыв (а может быть, и вовсе не зная) о существовании процессуального института отвода»¹²².

Следует, однако, отметить, что данная концепция предлагает пойти дальше существующего института отвода. Поскольку, во-первых, распространяет запрет участия адвоката в деле на отношения свойства, а во-вторых, не ограничивает этот запрет конкретным делом, а определяет его рамками компетенции определенного суда.

Мы же со своей стороны знаем, что на практике многие адвокаты, сталкивавшиеся в процессе с адвокатами-родственниками судей того суда, в котором рассматривалось дело, сетуют на необъективность судей. Поэтому не признать наличие данной проблемы для нас сложно.

В частности, на вопрос «Работали ли вы в одном процессе с адвокатами-родственниками судей того суда, в котором рассматривалось дело», 6 из 33 опрошенных нами адвокатов ответили положительно. При этом пятеро из этих шести адвокатов на вопрос о том, влиял ли на их взгляд факт наличия данных родственных отношений на принятие судьей решения по делу, ответили «да».

При этом вопрос о справедливости запрета на участие адвоката-родственника судьи и прокурора в пределах юрисдикции соответствующего образования вызвал у адвокатов в целом противоречивую оценку, чего не скажешь о следователях и иных категориях респондентов, высказавших положительное отношение к нему. Сказанное наглядно иллюстрирует табл. 2.

¹²² Костанов Ю.А. Об адвокатской независимости // Мораль и догма юриста: профессиональная юридическая этика: сб. науч. ст. М.: Эксмо, 2008. С. 261.

Таблица 2

Вопрос: Как вы считаете, справедлив ли запрет на участие адвоката-родственника судьи на осуществление адвокатской деятельности в пределах юрисдикции этого суда?	Следователи %	Секретари СЗ/ и помощники, %	Судьи %	Адвокаты %
Да	77,1	92	67,4	27,3
Нет	22,9	6	30,2	21,2
Нет ответа	0	2	2,3	27,3
Вопрос Как вы считаете, справедлив ли запрет на участие адвоката-родственника прокурора на осуществление адвокатской деятельности в пределах юрисдикции соответствующей прокуратуры				12,1
Да	74,3	84	69,7	45,5
Нет	25,7	14	25,6	48,5
Нет ответа	0	2	4,7	6

Что касается второй категории субъектов, родство с которыми исключает участие адвоката в деле, то прежде всего необходимо заметить, что данное нормативное предписание – законодательная новелла УПК РФ, в связи с чем дает много поводов для размышлений. Прежде всего, требует анализа то, кто это те «иные лица, интересы которых противоречат интересам доверителя адвоката».

На поставленный нами об этом вопрос практики ответили следующим образом (табл. 3):

Таблица 3

Вопрос: Под «иными лицами, интересы которых противоречат интересам доверителя адвоката», родство с которыми, по смыслу п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ исключает участие адвоката в производстве по делу, следует понимать:	Следователи %	Адвокаты %	Секретари СЗ/ помощники, %	Судьи %
Участника процесса, выполняющего противоположную с адвокатом функцию	22,9	24,2	28	41,9
Участника процесса, фактически имеющего противоречие интересов с доверителем адвоката по обстоятельствам дела	31,4	39,4	24	44,2
Любое лицо, в том числе не являющееся участником процесса, при наличии фактических противоречий интересов с его доверителем по обстоятельствам дела	42,9	18,2	26	23,3
Нет ответа	2,8	24,2	20	0

Из представленных результатов опроса видно, что он вызвал большие затруднения у адвокатов, нежели у следователей и судей, кроме того, если адвокаты и судьи в большей мере ассоциируют данного субъекта с участником процесса, то следователи ориентированы на более широкую трактовку данного положения закона, расширяя, тем самым, и возможности по отводу адвоката.

Если обратиться по этому вопросу к научной литературе, то еще в советский период было высказано мнение, что защитник

должен подлежать отводу, если он является родственником потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей...»¹²³. Очевидно, что п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ охватывает названных участников процесса.

Однако идет ли в законе речь только лишь о противоречии интересов между противоположными сторонами в процессе (между защитой и обвинением), как в приведенной позиции? Иными словами: может ли быть, например, подвергнут отводу защитник в связи с родством с гражданским ответчиком, т. е. лицом, выступающим, как известно, на стороне защиты (глава 7 УПК РФ)? На наш взгляд, конфликт интересов участников процесса нельзя сводить только к противопоставлению их процессуальных функций. Поэтому адвокат-защитник подлежит отводу, например, в том случае, если по делу несколько обвиняемых и гражданский ответчик (родственник адвоката) отвечает за вред, причиненный тем из них, чьи интересы противоречат интересам подзащитного адвоката.

Таким образом, данное положение закона исключает оказание юридической помощи лицу, интересы которого расходятся с интересами родственников адвоката, выступающих в процессе в качестве обвиняемых (подсудимых), потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, частных обвинителей, т. е. субъектов уголовного процесса, имеющих личный интерес в деле.

Как показала практика, к субъектам этой категории в контексте данной нормы относят и свидетеля. Так, адвокат Е.А. Храпунков был отведен в ходе судебного разбирательства от участия в процессе на том основании, что между интересами его доверителя – подсудимого М.А. Богословского и свидетеля (ФИО 2), являющегося супругой данного адвоката, имелись противоречия¹²⁴.

¹²³ Кафтасьева А. Указ. соч. С. 22.

¹²⁴ Интересен тот факт, что защиту адвокат Храпунков осуществлял по соглашению на протяжении всего предварительного расследования, от его услуг

Распространяется ли анализируемое основание отвода на случаи родства адвокатов, принимающих участие в одном деле?

Чтобы ответить на данный вопрос, необходимо решить, подпадает ли адвокат под установленную п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ категорию «лицо, интересы которого противоречат...», т. е. фактически лиц, «имеющих интерес в деле»? Признавая существование различных мнений ученых на этот счет, отметим, что, на наш взгляд, отечественная уголовно-процессуальная наука постепенно отказывается от попыток представить адвоката как абсолютно нейтральную с точки зрения результата судопроизводства процессуальную фигуру¹²⁵. Проблема не в том, чтобы адвокат не имел в деле какой-либо интерес, а в том, чтобы он не противоречил интересам доверителя. Вот, почему, например, законодатель не устанавливает запрет на оказание адвокатом юридической помощи родственникам.

В связи с этим можно сделать вывод о том, что положение п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ запрещает в ряде случаев участие в деле адвокатов-родственников. Приведем позицию Верховного Суда РФ, указавшего по результатам рассмотрения апелляционной жалобы, в которой, помимо прочего, ссылались на родство адвокатов, осуществлявших защиту подсудимых с противоречивыми интересами: «доводы о том, то защитник Волкова является близким родственником и подчиненным адвоката Кулика, являются надуманными и не находят своего подтверждения»¹²⁶. Если бы родство адво-

доверитель не отказывался, при том, что супруга адвоката допрашивалась на предварительном следствии еще до предъявления М. Богословскому обвинения. См.: Кассационное определение Судебной Коллегии по уголовным делам Ярославского областного суда от 18 января 2011 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹²⁵ См. об этом подробнее: Лубшев С. Указ. соч. С. 82.

¹²⁶ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 28 октября 2014 г. № 51-АПУ 14-37. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

катов в данном случае не имело значения, Верховный Суд, очевидно, не стал бы входить в вопрос о доказанности этого обстоятельства.

Примером осуществления отвода адвокатов по признаку родства друг с другом может стать дело О., С., Б. и др. Суд признал нарушенным их право на защиту, поскольку были установлены родственные отношения между адвокатами, участвовавшими в рамках производства по данному уголовному делу, защищавшими обвиняемых, интересы которых противоречили друг другу. Изложим подробнее обстоятельства дела: постановлением судьи Липецкого областного суда от 25.01.2005 г. уголовное дело в отношении О. и других возвращено прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом. Основанием для принятия решения послужили нарушения требований ст. 72, 61-62 УПК РФ и прав обвиняемых С. и Б. на защиту в ходе предварительного следствия. В ходе следствия С. дал показания о том, что убийство Л. совершено О. и Б., а последний, в свою очередь, заявил, что это преступление совершено О. и С., т. е. интересы С. и Б. противоречат друг другу. На предварительном следствии защиту С. осуществлял Ф., являвшийся отцом защитника Б. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ согласилась с выводом суда о том, что вышеуказанное обстоятельство исключает возможность одновременного участия адвокатов Ф. в производстве по уголовному делу в качестве защитников С. и Б.¹²⁷

В наше время в научной литературе высказываются идеи о закреплении в уголовно-процессуальном кодексе особого запрета на

¹²⁷ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ 17 марта 2005 г. дело № 77-о05-3 по делу А.Е. Оленикова и С.П. Сурнина. URL: http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_99537.html или URL: <http://www.lawmix.ru/jude/1899> См. также Фомин М.А. Нарушение права на защиту как основание возвращения уголовного дела прокурору // Уголовный процесс. 2008. № 6 (42). С. 17–26.

участие в уголовном судопроизводстве адвокатов-родственников¹²⁸. Очевидно, не все согласны с тем, что действующий УПК РФ (п. 2 ч. 1 ст. 72) этот запрет уже содержит. О справедливости нашего мнения на этот счет может свидетельствовать тот факт, что руководители рабочей группы по разработке проекта УПК РФ в комментариях данной нормы указали: «защитник подозреваемого, обвиняемого, представитель гражданского истца и гражданского ответчика подлежит отводу, если он находится в родственных связях с потерпевшим, гражданским ответчиком или с *их представителями* (выделено мной. – А. Т.). Аналогичным должно быть решение об отводе представителя потерпевшего или гражданского истца, если он является родственником подозреваемого обвиняемого, или *его защитника* (выделено мной. – А. Т.) или гражданского ответчика»¹²⁹. Тем самым возможность отвода адвоката в связи с родством с другим адвокатом изначально закладывалась в данную норму УПК РФ.

Заметим, что по вопросу о том, являются ли по действующему уголовно-процессуальному законодательству родственные отношения между адвокатами, представляющими интересы противоположных сторон по делу, основанием их отвода, судьи и следователи, с одной стороны, и адвокаты, с другой, высказались по-разному: 57 % следователей и 53,5 % судей против 33,3 % адвокатов. Однако поскольку среди тех, кто ответил отрицательно на поставленный вопрос, было много сторонников закрепления указанного запрета в законе, в итоге признали наличие этого запрета в законе или поддержали его закрепление в нем как адвокаты (60,65 %), так и судьи (67,4 %) и следователи (77,15 %).

¹²⁸ Рудацкая Е. Запретить адвокату защищать двух обвиняемых по одному делу // Рос. Юстиция. 2002. № 9. С. 38.

¹²⁹ Комментарии к УПК РФ / отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. М.: Юристъ, 2002. С. 202.

Более наглядную информацию о результатах опроса можно увидеть в табл 4.

Таблица 4

Вопрос: Является ли по УПК РФ основанием отвода участие в одном процессе адвокатов-родственников, представляющих интересы противоположных сторон?	Следователи %	Адвокаты %	Судьи %
Да	57	33,3	53,5
Нет	43	63,7	46,5
Нет ответа	0	3	0
Вопрос: Если на предыдущий вопрос вы ответили отрицательно, укажите, нужно ли закреплять это основание отвода адвоката в законе?			
Да	46,7	42,9	30
Нет	53,3	57,1	70

Анализируемый запрет известен кодексам профессиональной этики ряда стран. Так он установлен ст. 37 Правил профессиональной этики адвоката республики Беларусь, а также ч. 4 ст. 23 Правил адвокатской этики Украины¹³⁰.

Каковы условия такого отвода по закону, и насколько они обоснованы?

Отметим, что в отечественной науке уже звучало предложение установить в законе запрет на участие в деле адвокатов-

¹³⁰ В последнем случае запрет диспозитивен: он не будет действовать, если «оба клиента дают на это свое согласие после разъяснения каждому из них его адвокатом сложившейся ситуации».

родственников. Поэтому для ответа на этот вопрос обратимся к анализу научной дискуссии на этот счет, развернувшейся задолго до принятия УПК РФ.

По одной позиции такой отвод должен распространяться на случаи, когда имеется родство с адвокатом, «*принимающим* (выделено мной. – А. Т.) участие в деле». По другой – если имеется родство с адвокатом, «который по тому же делу *оказывал* (выделено мной. – А. Т.) юридическую помощь»¹³¹.

Анализируя предложенные подходы, отметим, что первая позиция сужает основания отвода тем, что не охватывает ситуации, когда родственник адвоката оказывал юридическую помощь по этому же делу в прошлом. С точки зрения идеи, положенной в основу института отвода адвоката, обеспечения его независимости, сохранности адвокатской тайны, не имеющей, как известно, временных ограничений (ч. 2 ст. 6 КПЭА), это не совсем корректно. Все это требует, чтобы анализируемый запрет был «вневременным».

Вторая, наоборот, распространяет указанную норму только на случаи участия в деле адвоката-родственника в прошлом. На наш взгляд, данное обстоятельство выглядит нелогично, поскольку очевидно, что одновременное участие в деле адвокатов-родственников имеет более отягощенную перспективу возникновения проблем нравственно-правового порядка.

Кроме того, авторы последней анализируемой нами позиции ничего не упоминают о необходимости наличия конфликта интересов между доверителями адвокатов как условия отвода. Получается, что основанием для отвода является сам факт родства между адвокатами. Категорически исключая возможность участия в деле адвокатов-родственников, авторы указывают, что при наличии та-

¹³¹ Кафтасьева А. Указ. соч. С. 22.

кой ситуации «нет достаточных гарантий, что подсудимый сможет осуществить свое право на защиту»¹³². На наш взгляд, данная позиция необоснованно расширяет основания отвода адвоката. В частности, исключает защиту одного лица адвокатами-родственниками. Не ясно, однако, почему такая защита сама по себе будет менее эффективной, чем оказываемая адвокатами-не родственниками.

Заметим, что отдельные авторы указывали на недопустимость такого участия как в том, так и в другом случае, причем предлагали распространить данный запрет не только на отношения родства между адвокатами, но и на отношения свойства¹³³. Тем самым предлагая учитывать не только формальные, но и фактические личные отношения, возлагающие на адвокатов определенные личностные обязательства.

Анализируя п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в части реализации данных научных представлений, можно прийти к выводу, что действующее уголовно-процессуальное законодательство запретило участие адвоката в деле только при наличии родства с другим адвокатом (не обязательно близкого), причем как принимающим, так и принимавшим в нем участие при наличии конфликта интересов их доверителей. Тем самым участникам процесса, выступающим на противоположных сторонах, а также относящимся к одной стороне, но имеющим противоречивые интересы, не может оказываться помощь адвокатами-родственниками. Условиями такого отвода является конфликт интересов, он распространяется на случаи как одновременного, так и последовательного (один за другим) участия адвокатов в деле.

¹³² Там же.

¹³³ См.: Барщевский М.Ю. Указ. соч. С. 69.

На наш взгляд, адвокаты этот вывод не разделяют. Это видно на примере того, как они оценивают возможность представления интересов двух обвиняемых по одному делу адвокатами-родственниками. Чуть больше половины адвокатов не ограничивают такое участие адвоката в процессе никакими условиями, в том числе конфликтом интересов этих доверителей (54,5 %), минимальная часть адвокатов (6,1 %), напротив, считает, что адвокаты-родственники вообще не вправе представлять интересы разных обвиняемых по одному делу. Следует отметить, что в ответе на этот вопрос следователи были много ближе к положениям закона, поскольку большинство из них (62,9 %) указали на невозможность представления адвокатами-родственниками интересов обвиняемых в случае противоречия интересов последних. При этом более высок процент и тех, которые вообще исключают представление интересов адвокатами-родственниками интересов обвиняемых в одном деле.

Секретари СЗ/помощники судей высказали промежуточную позицию по этому вопросу.

Более полные результаты ответов на поставленный вопрос отражены в табл. 5

Таблица 5

Вопрос: Как вы считаете, вправе ли два адвоката-родственника представлять интересы двух обвиняемых в одном процессе?	Следователи %	Адвокаты %	Секретари СЗ %	Судьи %
Нет, никогда	17,1	6,1	36	14
Нет, если между обвиняемыми имеются противоречия	62,9	39,4	28	39,5
Да	20	54,5	30	44,2
Нет ответа	0	0	6	2,3

Продолжая определять круг лиц, подпадающих под категорию «лицо, интересы которого противоречат...», следует решить, возможно ли, чтобы основанием отвода адвоката послужило родство с лицом, не являющимся участником процесса? Если мы прочтем п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, то увидим, что применительно к категории «лицо, интересы которого противоречат...» законодатель не предъявляет требования, чтобы тот был обязательно участником процесса, в противном случае он употреблял бы термин «иной участник процесса (выделено мной. – А. Т.), интересы которого...». Например, может случиться так, что адвокат-защитник будет родственником гражданской жены потерпевшего. В таких рода ситуациях отвод, на наш взгляд, должен быть произведен. Безусловно, применительно к этой категории субъектов особо актуально констатация «интереса в деле». В данном случае можно говорить об отводе только при установлении прямого интереса в деле (в том или ином итоговом решении), а не в косвенной, побочной заинтересованности.

Отвод адвоката по признаку родства с субъектами, отнесенными нами ко второй категории, обуславливается еще одним условием: противоречие интересов должны быть между ними и **«лицом, заключившим с адвокатом соглашение об оказании защиты»** (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

Какое содержание вкладывал законодатель в термин «участник уголовного судопроизводства, заключивший соглашение об оказании защиты»?

Если исходить из трактовки термина «защита» как вида процессуальной функции, под которой традиционно понимаются «...действия, направленные на полное или частичное опровержение подозрения или обвинения, выявление обстоятельств, говоря-

щих в пользу подозреваемого или обвиняемого»¹³⁴, тогда здесь законодатель имеет в виду наличие соглашения на представление интересов подозреваемых и обвиняемых (подсудимых). В таком случае отвод по основанию наличия родства с субъектами, отнесенными нами ко второй категории, будет возможен, по всей видимости, только в отношении адвоката-защитника.

Вместе с тем уголовно-процессуальный законодатель в ряде случаев применительно и по отношению к деятельности представителя потерпевшего употребляет термин «защита». Так, он говорит о защите адвокатом прав и законных интересов данного субъекта стороны обвинения (ст. 45 УПК РФ). Если брать данный термин в указанном смысле, тогда отводу по основанию п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ должен будет подлежать и адвокат-представитель потерпевшего, гражданского ответчика.

Какая трактовка п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в данной части будет правильной?

На наш взгляд, исходя из идеи равенства прав сторон в уголовном процессе, а также идей, положенных в основу института отвода: обеспечения независимости адвоката, сохранности адвокатской тайны и т. д. было бы целесообразно считать, что отвод, предусмотренный п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в части родства с «иными лицами...», распространяется не только на адвокатов-защитников, но и на адвокатов-представителей потерпевшего. В связи с этим указанную норму целесообразно было бы изложить более корректно и вместо словосочетания «соглашение об оказании защиты» использовать «соглашение об оказании юридической помощи».

Отвод адвоката по признаку родства с субъектами второй категории обусловлен законом наличием дополнительного условия:

¹³⁴ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 1998. С. 76.

интерес лица, с которым адвокат состоит в родственных отношениях, должен противоречить интересам доверителя адвоката (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

Заметим, что законодатель указывает, что такой отвод должен осуществляться в случае, если интересы данных лиц *«противоречат»* (выделено мной. – А. Т.) интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты».

В науке существовали предложения о необходимости осуществлять такого рода отвод в случаях, если интересы лица *«могут противоречить»* (выделено мной. – А. Т.) интересам доверителей¹³⁵.

Очевидно, что разница между *«противоречат»* и *«могут противоречить»* существенна. Безусловно, что второе положение изначально более широкое по объему, включает в себя и случаи, когда конфликт потенциально возможен.

Однако возможно и наоборот, когда первое положение будет шире. Такое возможно, в частности, когда интересы в принципе, по идее не должны противоречить, но противоречие возникло (например, между потерпевшими).

Какой подход является более удачным?

На наш взгляд, безусловное достоинство первого из них – это его более высокая степень конкретности, опять же, создающая определенные гарантии защиты от произвольного вмешательства в деятельность адвоката путем отстранения от участия в деле с использованием института отвода.

В свете исследования данного основания отвода возникает вопрос: является ли близкое родство с доверителем основанием для отвода самого адвоката?

¹³⁵ Никандров В. Указ. соч. С. 32.

Сразу отметим, что практики в целом не увидели проблем в данном участии адвоката в деле, причем следует отметить в этом вопросе единодушие подавляющего числа адвокатов.

Результаты опроса представлены в табл. 6.

Таблица 6

Вопрос: Как Вы считаете, должен ли адвокат иметь право представлять в уголовном процессе интересы своих близких родственников?	Следователи %	Адвокаты %	Секретари СЗ/ помощники, %	Судьи %
Да	68,6	94	58	76,7
Нет	31,4	6	38	20,9
Нет ответа	0	0	4	4,7

Для того чтобы обозначить, что проблема на самом деле существует, вспомним о запрете, существующем во Франции на участие адвоката в личных делах. К делам, в том или ином исходе которых он лично заинтересован, безусловно, следует отнести дела, затрагивающие личные интересы их близких родственников. Действующее отечественное законодательство, в том числе уголовно-процессуальное, не запрещает адвокату представлять интересы своих близких родственников: потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, обвиняемых, выступая в процессе в официальном качестве защитника, представителя потерпевшего и т. д. соответственно. Приглашать или нет адвоката-родственника для защиты своих интересов – выбор, остающийся за лицом, в этой помощи нуждающимся. Причем возможно, что в различных ситуациях он отдаст предпочтение принципиально противоположным решениям.

Оказание юридической помощи адвокатом-родственником доверителя – ситуация, имеющая как плюсы, так и минусы для обоих субъектов, достаточно индивидуальна и весьма щепетильна по многим аспектам. Например, порой боязнь личного осуждения со стороны адвоката-родственника может помешать доверителю открыться, правдиво представить свою роль в механизме преступления и т. д. Все сказанное позволяет заключить, что если защитник по назначению окажется родственником обвиняемого, последнему необходимо в обязательном порядке предоставить возможность отказаться от помощи такого адвоката, причем этот отказ должен быть обязательным для органов, ведущих предварительное расследование и суда.

Нельзя не признать, что оказание помощи адвокатом своему родственнику, действительно, имеет некоторые проблемы нравственного порядка. Помимо уже упомянутых М. Малло аргументов, высказанных в поддержку идеи отказа от осуществления адвокатом профессиональной деятельности в личном деле, заметим, что такая деятельность сталкивается на практике с еще одной проблемой нравственного порядка.

Адвокатская деятельность – труд адвоката, на оплату которого каждый имеет право согласно ч. 2 ст. 37 Конституции РФ. Однако брать плату за помощь с близкого родственника по российскому менталитету не вполне этично. Возможно ли оказание адвокатом юридической помощи близкому родственнику бесплатно?

По поводу возмездности адвокатской деятельности в науке было высказано следующее мнение: «... по своему усмотрению адвокат вправе оказывать бесплатную юридическую помощь, в том числе консультационную, и в иных случаях, помимо предусмотр-

ренных законом». ¹³⁶ Позволим себе с ним не согласиться. Адвокатская деятельность должна осуществляться на основании соглашения, заключаемого в порядке ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», обязательным условием которого является определение размера гонорара (ч. 6 ст. 25). КПЭА определяет принцип возмездности адвокатской деятельности (ст. 16), получение вознаграждения – право адвоката, которое в свете системы отчислений с получаемых адвокатом сумм является и его обязанностью перед адвокатским сообществом (ч. 7 ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»). Перечень случаев, при которых адвокат может оказывать юридическую помощь бесплатно, четко определен ФЗ «О бесплатной юридической помощи» от 21 ноября 2011 г., оказание адвокатом помощи близким родственникам в нем нет.

Таким образом, оказывая юридическую помощь своему родственнику в обычном порядке, адвокат обязан вступить с ним в систему денежных обязательств, причем имеющих некоторую степень публичности.

Возможно, данная проблема будет снята, если мы решим, что адвокат вправе представлять интересы лиц, являющихся его родственниками, в частном порядке, т. е. не как представитель адвокатской корпорации, а как частное лицо? Возможно, таким образом, эта помощь может стать безвозмездной?

Отвечая на этот вопрос, нельзя не вспомнить о том, что осуществление в уголовном судопроизводстве защиты – прерогатива адвокатов. Адвокат не сможет осуществлять защиту как частное лицо, как родственник, если только он не будет осуществлять с разрешения судьи защиту наряду с адвокатом, или если речь идет

¹³⁶ Макаров С.Ю. Особенности консультационной работы адвоката // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов III Всерос. науч.-практ. конф. / отв. ред. С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М.: Новый учеб., 2006. С. 221.

о производстве у мировой судьи, т. е. только в рамках судебного разбирательства (ч. 2 ст. 49 УПК РФ)¹³⁷.

Представление же интересов потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика возможно и лицом, не являющимся адвокатом, в том числе близким родственником. Может ли в данном случае адвокат выступать как частное лицо?

В обзоре дисциплинарной практики Московской городской и областной коллегий адвокатов, составленной П.А. Огаревым в 1970 г., указано: «Адвокат не вправе представлять интересы по гражданскому делу или защищать по уголовному делу даже своих близких родственников без оформления поручения в консультации...» (п. 44).

Если обратиться к современной практике, то она дает иное решение этого вопроса. Так, по делу адвоката К. совет Адвокатской палаты г. Москвы признал, что «статус адвоката не препятствует адвокату представлять интересы родственников и иных близких лиц в гражданском процессе не в порядке выполнения ими своих профессиональных обязанностей, а по личной просьбе этих лиц на основании полученной от них доверенности»¹³⁸. В связи с этим Совет не стал рассматривать вопрос о соответствии профессиональной этики действий адвоката, выразившихся в одностороннем отказе от исполнения своих обязанностей, мотивированном неприязненным отношением к нему судьи. Совет исходит из того, что ненадлежащее оформление поручения на представление интересов – исключительная прерогатива доверителя адвоката.

¹³⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гиттиса и С.В. Абрамова.

¹³⁸ Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Вестник адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 1.

Вполне резонно было бы предположить, что эта позиция может быть распространена Советом и на участие адвоката в уголовном судопроизводстве по представлению интересов своих родственников там, где это возможно по закону в частном порядке (ч. 2 ст. 49 УПК РФ).

В данном решении интересны два аспекта:

- 1) признание возможным оказание адвокатом юридической помощи близким родственникам в частном порядке безвозмездно;
- 2) оказание адвокатом такой помощи выходит за рамки адвокатской деятельности, и на нее требования профессиональной этики не распространяются.

Что касается последней позиции, то она расходится с требованиями адвокатуры Франции: «...адвокат, явившийся в суд в инсиньях своего звания для ведения личного дела, должен подвергнуться дисциплинарному взысканию, если оскорбит чем-либо суд. Действительно, он не может пользоваться своим положением стороны для забвения обязанностей адвоката»¹³⁹.

Интересна в этом смысле практика ПАСО. Если первоначально она терпимо относилась к случаям представления интересов различных лиц адвокатами по доверенности, то постепенно стала от этой позиции отходить¹⁴⁰. Так, на поступившую в ПАСО от гражданина С. жалобу адвокат Ш. в объяснении указал, что не может нести дисциплинарную ответственность по законодательству об адвокатуре и КПЭА как адвокат, поскольку по данному делу он осуществлял представление интересов гражданина С. на безвозмездной основе и на основании доверенности. Совет адвокатской палаты Самарской области констатировал, что адвокатом С. фак-

¹³⁹ Молло М. Указ. соч. С. 100.

¹⁴⁰ Хотя принятые ею решения касались участия адвокатов в частном порядке в гражданских делах, можно предполагать распространение занятой позиции по аналогии и на аналогичное участие адвокатов в уголовном судопроизводстве.

тически осуществлялась адвокатская деятельность: были даны консультации, составлены и поданы жалобы, осуществлялось представление интересов доверителя при рассмотрении дел в судах. ПАСО признала, что действия адвоката Ш. нарушили требования ч. 1, 2 ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и применила в качестве дисциплинарной ответственности выговор¹⁴¹.

Для нас очевидно, что решение Совета Адвокатской палаты г. Москвы можно использовать в качестве ориентира по вопросу о возмездности деятельности адвоката применительно к ситуациям, где в качестве доверителей выступают близкие родственники.

Однако полностью выводить эту деятельность за рамки требований адвокатской этики мы бы не стали. Из этого следует, что если адвокат оказывает помощь в уголовном процессе как частное лицо, это не значит, что на него распространяется только требования ст. 72 УПК РФ, регулирующие основания для отвода любого представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика. В отношении него и в этом случае должно действовать требование профессиональной этики о недопустимости принятия такого поручения при наличии обстоятельств, изложенных в ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», ст. 13 КПЭА, а также обязанности сложения с себя соответствующих полномочий в соответствии с ч. 9 ст. 10 КПЭА под угрозой привлечения к дисциплинарной ответственности.

Наше исследование было бы неполным без обращения к некоторым аспектам реализации обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле по признаку родственных отношений в дореволюционной России.

¹⁴¹ См.: Дисциплинарное производство в отношении гражданина Ш. / Обзор дисциплинарной практики ПАСО за 2003 г. / сост. А.С. Таран // Вопросы адвокатуры. 2005. № 2 (37). С. 71–72.

Еще в конце позапрошлого века Учреждение судебных установлений в ст. 401 закрепило: «Присяжный поверенный не может действовать в суде в качестве поверенного против своих родителей, жены, детей, родных братьев, сестер, дядей (очевидно, и тетей тоже. – А. Т.) и двоюродных братьев и сестер». Очевидно, что эта норма была более продуманной, чем соответствующее положения недавно действовавшего УПК РСФСР. По буквальному прочтению УПК РСФСР получалось, что если родственники адвоката, фактически заинтересованные в деле, не являлись участниками процесса, или были участниками, но непрофессиональными, не подпадающими под признаки субъектов, упомянутых в п. 2 ч. 1 ст. 67.1 УПК РСФСР, то он мог выступать и против их интересов. Например, адвокат по назначению мог выступать защитником по делу, где потерпевшей являлась его мать.

Теперь, очевидно, положения п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ исключают такие ситуации. При этом, применив категорию «родственник», судя по п. 37 ст. 5 УПК РФ, данную норму распространили и на более дальние родственные связи, чем двоюродное родство, в связи с чем установили более широкий запрет на участие адвоката в деле, чем дореволюционное законодательство.

Говоря о перспективах реализации этой законодательной новеллы в свете истории, следует отметить, что еще в дореволюционной России применение данного положения вызвало на практике ряд вопросов. О разрешении одного из них писал И.Я. Фойницкий, который, анализируя ст. 401 «Учреждений...», указывал: «запрещение это относится как к гражданским, так и к уголовным делам; но из него должно быть сделано изъятие для случаев, в которых присяжный поверенный является в то же время защитником

интересов ближайших родственников, как, например, в деле об оскорблении его родителей или жены его двоюродным братом»¹⁴².

Очевидно, что при применении нового законоположения п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ необходимо учитывать опыт дореволюционной практики. Вместе с тем, на наш взгляд, нельзя отбрасывать и некоторые изменения в правовой ментальности. В частности, мы не считаем, что данное предложение корифея уголовно-процессуальной науки в настоящее время бесспорно, на наш взгляд, оно нуждается в дальнейшем осмыслении.

Можно прийти к выводу, что анализируемое положение п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ устраняет очевидные пробелы действовавшего отечественного уголовно-процессуального законодательства, соответствует традициям российского права, отражает предложения ряда ученых о необходимости соответствующего расширения оснований отвода адвоката от участия в деле.

Подводя итог анализу основания отвода адвоката, предусмотренного п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, отметим следующее.

Действующий УПК РФ, по сравнению с УПК РСФСР, скорректировал основания отвода адвоката. Во-первых, он отошел от термина «должностное лицо, принимающее участие в расследовании или рассмотрении дела», допускавшего достаточно широкую трактовку, и перечислил конкретных субъектов уголовного процесса, родство с которыми исключает участие адвоката в деле. Во-вторых, он исключил возможность участия адвоката в деле не только одновременно с соответствующим субъектом уголовного процесса, являющимся его родственником, но и в случае, если последний ранее, т. е. до вступления адвоката в дело, участвовал в нем. В-третьих, вместо термина «родственные отношения» дейст-

¹⁴² См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Т. I. С. 495–496.

вующий УПК РФ оперирует категориями «близкий родственник или родственник», придав им четкое содержание. В-четвертых, он ввел дополнительный запрет на участие адвоката в деле, обусловив его родством с лицом, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, которому он оказывает юридическую помощь.

Таким образом, действующий законодатель по сравнению с УПК РСФСР конкретизировал ряд положений, вызывавших неоднозначное толкование, а также ввел дополнительные основания для отвода адвоката. В целом можно сказать, что возможность отвода адвоката в связи с его родственными отношениями расширена.

2.2.3. Коллизия интересов доверителей как обстоятельство, исключающее участие адвоката в деле

К третьей группе установленных уголовно-процессуальным законом обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, относятся обстоятельства, обусловленные интересами доверителей. О том, что тема конфликта интересов в процессе оказания юридической помощи является актуальной, свидетельствует, например, факт проведения 2 декабря 2010 г. в Федеральной палате адвокатов конференции «Конфликт интересов в гражданском и арбитражном процессе». Поскольку проблемы судебного представительства в уголовном процессе и гражданском во многом перекликаются, можно говорить и о значимости проблематики этой конференции в рамках уголовного судопроизводства. Об этом свидетельствует проект изменений и дополнений в КПК, предложенный президентом адвокатской группы «Юстина» В.Н. Буробиным, возглавившим рабочую группу, созданную в рамках этой конференции для разработки данного проекта. В этом проекте содержатся

ся общие нормы, регулирующие деятельность адвоката с точки зрения конфликта интересов в любом судопроизводстве, в том числе уголовном¹⁴³.

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ «защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, если он оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им обвиняемого, подозреваемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика».

Данное основание отвода адвоката было известно и УПК РСФСР. Ч. 1 ст. 67.1 УПК РСФСР устанавливала, что адвокат не вправе участвовать в деле, если он по данному делу оказывает или оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам лица, обратившегося с просьбой о ведении дела.

Очевидно, что действующий законодатель в некоторой части изменил данное нормативное предписание.

Провести анализ произошедших изменений, дать обзор круга обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, подпадающих под п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, и установить тенденции его развития, позволит исследование условий отвода адвоката по данному основанию, установленных в законе.

Прежде всего следует определить *сферу распространения данного запрета (по кругу и категории дел, по времени, форме оказания юридической помощи)*.

УПК РФ в п. 3 ч. 1 ст. 72 не содержит оговорки, что указанный запрет действует при наличии конфликта интересов «по данному делу», используемой УПК РСФСР (ст. 67.1). Тем самым он не ог-

¹⁴³ См.: Конфликтов должно быть меньше // Новая адвокатская газета. 2010. № 24 (089). С. 5.

раничивает действие этой нормы рамками одного и того же судопроизводства.

Данное положение УПК РСФСР критиковалась еще в советский период развития отечественной науки: «Тесные, доверительные отношения между подсудимым и его защитником, складывающиеся при выполнении последним в суде своих обязанностей, создает тот нравственный микроклимат, который накладывает отпечаток на все последующие отношения между ними. В связи с этим, независимо от времени, прошедшего со дня окончания процесса, защитник не вправе превращаться в процессуального противника своего бывшего клиента по другому делу, вести его против интересов бывшего подзащитного»¹⁴⁴.

Разъясняя данное основание отвода адвоката, Пленум Верховного Суда РФ в постановлении № 29 от 30 июня 2015 г. указал: «Исходя из взаимосвязанных положений части 1 статьи 72 УПК РФ установленное в пункте 3 данной нормы ограничение относится к случаям, когда защитник в рамках данного или выделенного из него дела оказывает или ранее оказывал в ходе досудебного производства либо в предыдущих стадиях судебного производства и судебных заседаниях юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им обвиняемого. Однако это не исключает возможность отвода защитника и в иных случаях выявления подобных противоречий, не позволяющих ему участвовать в данном деле»¹⁴⁵. Заметим, что, на наш взгляд, это комментирование не совсем удачное. Последнего пункта в проекте данного Постановления не было, он появился, очевидно, потому,

¹⁴⁴ Кафтасьева А. Указ. соч. С. 22.

¹⁴⁵ Пункт 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 29 от 30 июня 2015 г. «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве».

что без него Пленум явно сводил возможность отвода адвоката по п. 3. ч. 1 ст. 72 УПК РФ фактически только к рамкам производства по одному уголовному делу (упоминание о выделенном деле только подчеркнуло данное обстоятельство). Но добавленное «однако это не исключает...», на наш взгляд, не совсем удачно, поскольку ставит «иные случаи» как бы в разряд факультативных, делая все же акцент на том, что конфликт интересов доверителей, являющийся основанием отвода адвоката, должен быть преимущественно в рамках производства по одному делу или в нескольких при условии выделения одного из другого.

Никаких ограничений по кругу и категории дел, в которой могут столкнуться интересы доверителей, а также времени, прошедшего между оказанием такой помощи, действующий УПК РФ не устанавливает. Его положения в данной части находят поддержку среди правоприменителей, причем у следователей – в большей степени, чем у адвокатов. По данным опроса то, что УПК РФ установил запрет на оказание юридической помощи при конфликте интересов доверителей вне зависимости от времени, прошедшего с момента ее оказания одному из них, посчитали разумным 78,8 % адвокатов, 94,3 % следователей, 76 % секретарей СЗ/помощников судей и 81,4 % судей.

Эту позицию в настоящее время стараются проводить в жизнь Советы адвокатских палат. Так, Совет адвокатской палаты г. Москвы указал: «Даже спустя длительное время после окончания процесса адвокат не может превратиться в процессуального противника бывшего клиента по другому делу и вести его против интересов своего бывшего доверителя»¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Решение по казусу № 4 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 7–8 (21–22). С. 5–38.

Следует однако отметить, что анализируемое изменение уголовно-процессуального законодательства не получило однозначную положительную оценку в науке и на практике, в ряде случаев оно рассматривается как существенное и необоснованное ограничение адвокатской деятельности.

Это видно, например, из того, что в проекте изменений и дополнений КПК, предложенном В. Буробиним, содержится положение, согласно которому адвокат не должен действовать против бывшего или нынешнего клиента, за исключением ряда случаев:

- интересы, доверенные адвокату, касаются иного вопроса, чем тот, в отношении которого адвокат или его коллега из одного адвокатского образования представляет или представлял его нынешнего или бывшего клиента, и интересы, доверенные адвокату, не связаны с этим вопросом и вряд ли будут с ним связаны;

- адвокат или его коллега из одного адвокатского образования не располагает никакой коммерческой или иной конфиденциальной информацией, полученной от бывшего или нынешнего клиента, которая могла бы быть значимой в деле против бывшего или нынешнего клиента, и бывшим или нынешним клиентом или стороной дела, требующей у адвоката представлять ее интересы, не было высказано никаких разумных возражений;

- если сторона дела, требующая от адвоката представлять ее интересы, и бывший или нынешний клиент, против которого адвокат должен предпринимать действия, предварительно на основе предоставленной им должной информации дадут адвокату свое письменное согласие»¹⁴⁷.

Несмотря на то, что это решение принято применительно к гражданскому судопроизводству, выраженная позиция, на наш взгляд, универсальна и применима в том числе к уголовно-процессуальной сфере.

¹⁴⁷ См.: Конфликтов должно быть меньше // Новая адвокатская газета. 2010. № 24 (089). С. 5.

Таким образом, очевидно, что эти исключения из правила недопустимости оказания юридической помощи при конфликте интересов доверителей существенно расходятся с положениями действующего УПК РФ, их не предусматривающим.

В науке предложено конкретизировать п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ условием: «когда ставшие известными в связи с оказанием юридической помощи сведения могут причинить вред интересам этого лица»¹⁴⁸, тем самым, ограничив ее действие.

Еще до принятия УПК РФ учеными было высказано опасение, что «исключить полностью возможность принятия адвокатом дела, направленного против его бывшего клиента, ... является нецелесообразным и нереальным...», в связи с чем предлагалось «установление некоего «срока давности», в течение которого адвокат не вправе выступать в деле против своего бывшего клиента» с сохранением требования о бессрочном запрете на разглашение конфиденциальной информации, полученной от первого доверителя¹⁴⁹. В последующем в отношении самой рассматриваемой законодательной нормы было заявлено, что УПК РФ в этой части «...значительно ограничил возможности адвоката для участия в уголовном деле и ставит решение вопроса об участии адвоката по делу в зависимость от усмотрения процессуальных противников его доверителей»¹⁵⁰. Дополнительным аргументом для критики этой правовой новеллы явилось также то, что в небольших населенных пунктах выбор адвокатов существенно снижен, и данное расширение оснований отвода приведет к отсутствию возможно-

¹⁴⁸ Азизова О.А. Адвокат как участник уголовного судопроизводства со стороны защиты: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. С. 37.

¹⁴⁹ Барщевский М.Ю. Указ. соч. С. 82.

¹⁵⁰ Мусихин М.Л. Конфликт интересов как основание для отвода адвоката в уголовном судопроизводстве // Проблема правосубъектности. Самара: Самарская гуманитарная академия, 2004. Вып. 2. С. 204.

сти «не то чтобы выбрать, а вообще воспользоваться помощью адвоката»¹⁵¹.

Далее тот же автор, размышляя о бессрочности запрета п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, указывает: «Если принять это толкование п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, можно предположить, что потерпевший по уголовному делу об убийстве вправе заявить отвод защитнику по тем основаниям, что адвокат, участвующий в качестве защитника, три (срок не имеет значения) года назад дал этому потерпевшему консультацию по любому правовому вопросу, никак не связанному с данным уголовным делом и подзащитным. В данной ситуации адвокат, не получив от потерпевшего никакой информации по данному уголовному делу, не имея с ним никаких действующих договорных отношений и взаимных обязательств, не имея возможности хоть как-то использовать его давнее общение с потерпевшим в интересах своего подзащитного, только из-за наличия самого факта обращения к нему потерпевшего за устным советом может быть отведен от участия в уголовном деле»¹⁵².

Позволим себе начать с последнего утверждения. Да, совершенно верно то, что адвокат «не имеет возможности хоть как-то использовать давнее общение с потерпевшим в интересах своего подзащитного». Но вовсе не потому, что это предыдущее общение не может дать ему такой возможности фактически (как минимум, он стал обладателем информации, позволяющей охарактеризовать бывшего доверителя), а потому, что адвокат юридически этой возможности лишен, т. к. связан «обетом молчания» – адвокатской тайной. Закон запрещает адвокату разглашать сведения, полученные им в процессе оказания юридической помощи, этот запрет бессрочен (ч. 2 ст. 6 КПЭА). В связи с этим обязательства-то, как

¹⁵¹ Там же. С. 204–205.

¹⁵² Там же. С. 204.

раз есть, пусть они не взаимные, как и пишет автор, но и односторонние обязательства по сохранению сведений, полученных в процессе оказания юридической помощи, связывают адвоката. Даже если этот же адвокат получит данную информацию еще и из других источников, он все равно будет связан адвокатской тайной, не сможет ее ни подтвердить, ни опровергнуть.

Последний вывод следует из анализа дисциплинарного производства в отношении адвоката С. В частном определении суд поставил вопрос о привлечении адвоката С. к дисциплинарной ответственности, указав, помимо прочего, что тот нарушил адвокатскую тайну, поскольку, осуществляя защиту гр-на Х, в ходе судебного разбирательства предал огласке информацию о том, что свидетель А., проводивший по делу контрольную закупку у Х., сотрудничает с работниками милиции (он был внедрен в преступную группу). Данная информация стала известна адвокату С. в связи с тем, что ранее он по другому уголовному делу осуществлял защиту А.

В кассационной жалобе на частное определение, оставленной судом кассационной инстанции без удовлетворения, а затем и в своих объяснениях по возбужденному дисциплинарному производству, адвокат С. ссылаясь на то, что имел право предать огласке имеющиеся у него сведения, поскольку не был предупрежден следователем в порядке ст. 161 УПК РФ об ответственности за их разглашение. Кроме того, на заседании квалификационной комиссии адвокат С. в обоснование своей правоты указал также на тот факт, что данные сведения были рассекречены прокурором в ходатайстве, ксерокопию которого он предложил представить.

Однако квалификационная комиссия ПАСО не сочла достаточными аргументы адвоката, и Совет ПАСО признал адвоката С. на-

рушившим нормы профессиональной этики адвоката и применили к нему меру дисциплинарной ответственности – замечание¹⁵³.

Следует заметить, что если даже адвокат и сохранит адвокатскую тайну, где гарантия того, что знание какой-либо информации о лице, когда-то обращавшемся к нему за юридической помощью, а ныне выступающем процессуальным противником, не повлияет на выбор тактики, стратегии защиты? Тем самым предыдущее обращение за помощью к адвокату все же может обернуться против его доверителя, если закон будет позволять адвокату выступать против него даже по другим делам.

Так что данная новелла нормы п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ отражает интересы достаточно большого количества субъектов. Прежде всего лицо, которому эта помощь оказывалась в прошлом, ограждается от угрозы разглашения адвокатской тайны и от весьма сомнительных с этической точки зрения ситуаций, когда ему придется выступать против адвоката, которому оно в прошлом доверилось. В то же самое время защищает лиц от положений, при которых их будет защищать адвокат, руки которого связаны предыдущими обязательствами и отношениями. Не следует забывать и о самом адвокате, которого выступление против своего бывшего доверителя и необходимость остерегаться того, чтобы не быть обвиненным в разглашении адвокатской тайны, может достаточно серьезно обременять.

Что касается аргументов о недостатке адвокатов в малонаселенных поселениях, то, на наш взгляд, данная проблема должна решаться не путем ограничения или отступления от нравственных принципов деятельности адвоката, а посредством реализации взятых на себя государством обязательств по организационному

¹⁵³ Дисциплинарное производство по частному определению Кировского районного суда г. Самары от 15.12.2002 г. // ПАСО. Дисциплинарная практика за 2003 г.

обеспечению доступа граждан к квалифицированной юридической помощи.

В анализируемой норме УПК РФ мы не видим и опасности возникновения зависимости от усмотрения процессуальных противников. Такая зависимость существовала бы, если от участников процесса, в том числе самого адвоката зависело, отстранят ли его от дела или нет. Суть закрепления в законе оснований отвода адвоката в том, что у участников процесса, принимающих соответствующее решение, нет выбора – отводить его или нет. Они обязаны это делать в каждом случае обнаружения обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Именно в этом, в минимизации внутреннего усмотрения при принятии данного решения, заложена гарантия независимости адвоката.

Продолжая характеризовать основание отвода адвоката, предусмотренное п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, по сфере распространения, заметим, что законодатель не ограничивает его не только рамками одного дела, но еще и видами судопроизводства, т. е. оно действует независимо от того, в каком судопроизводстве (уголовном, гражданском и т. д.) осуществлялась адвокатом юридическая помощь.

Таким образом, закон запрещает как одновременное («параллельное») оказание помощи лицам с противоречивыми интересами, так и разновременное («последовательное» – один за другим). При этом в последнем случае временной промежуток значения не имеет. Однако независимо от того, о каком из названных случаев идет речь, само противоречие интересов должно существовать в настоящем времени, т. е. наличествовать на момент оказания адвокатом юридической помощи.

В научной литературе можно встретить мнение, что по ч. 3 ст. 72 УПК РФ «защитник не вправе защищать двоих обвиняемых и тогда, когда в деле содержатся доказательства, исходя из содержания которых можно сделать вывод, что на определенном этапе

расследования противоречия в их интересах существовали»¹⁵⁴. Указывается, что в этих случаях должен быть защитник у каждого из обвиняемых¹⁵⁵.

На наш взгляд, утверждение, что в данном случае должен быть произведен отвод адвоката, сомнительно. Ни закон, ни судебная практика не дают оснований для такого вывода. Скорее всего, данное обстоятельство – повод для адвоката задуматься о вероятности возникновения конфликта интересов между доверителями в будущем и отказе от принятия защиты при соответствующем прогнозе.

Говоря о **форме оказания** юридической помощи, на которую распространяется данный запрет, можно сказать, что используя термин «юридическая помощь», закон подразумевает любую ее форму. Согласно ч. 2 ст. 2 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» формами оказания гражданам юридической помощи являются: дача консультаций и справок, в том числе в устной форме, составление документов, представление интересов доверителя в органах государственной власти, участие в качестве представителя в судах и т. д.

Таким образом, ст. 72 УПК РФ запрещает оказывать юридическую помощь против бывшего доверителя «независимо от того, в чем выражалась эта помощь и оказывалась ли она по тому же или по иному делу»¹⁵⁶.

Второе условие отвода адвоката определяет **круг лиц, которым запрещено оказание юридической помощи одним и тем же адвокатом.**

¹⁵⁴ Рыжаков А.П. Комментарий к УПК РФ. 2-е изд., изм. и перераб. М.: Норма, 2002. С. 218.

¹⁵⁵ Сергеев В.И. Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособие для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. С. 226.

¹⁵⁶ Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. М.: Спарк, 2002. С. 151.

П. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ упоминает, с одной стороны, таких участников процесса, как обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, с другой – лицо, которому адвокат «оказывает или оказывал юридическую помощь».

Сопоставляя в этой части два упомянутых уголовно-процессуальных кодекса, следует отметить, что ст. 72 УПК РФ сформулирована более корректно хотя бы потому, что ст. 67.1 УПК РФ, распространяя эту норму на лицо, «обратившееся к адвокату с просьбой о ведении дела», больше напоминает основания для отказа в принятии адвокатом поручения (ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»), а не его отвода.

Нетрудно заметить, что в первую группу входят участники процесса, являющиеся стороной по делу: как защиты, так и обвинения. Очевидно, в первую очередь, данная норма направлена на защиту их интересов.

Кто подпадает под категорию «лицо, интересы которого противоречат...»?

Безусловно, это процессуальные оппоненты субъектов первой категории, т. е. тот же обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик.

В данном случае имеет место противоречие интересов субъектов процесса, осуществляющих противоположные процессуальные функции: обвинения, с одной стороны, и защиты – с другой. Здесь наличие противоречий интересов у данных участников процесса презюмируется, т. е. не требует дополнительного обоснования и установления¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Вместе с тем нельзя не отметить, что отдельные судебные решения выражают иное мнение. Так, Белгородский областной суд, рассматривая законность отстранения адвоката И. от участия в производстве по делу, указал: «Участие в уголовном деле Ф. и Н. в разных процессуальных статусах само по себе еще не свидетельствует о наличии противоречий в их процессуально-правовых интересах в деле». (Заметим, что Ф. и Н. состояли в статусе подозреваемый и потерпев-

Указанное основание отвода адвоката базируется на нравственных принципах адвокатской деятельности и является результатом осмысления пределов допустимости осуществления адвокатской деятельности. В качестве «недостойного примера в жизни великих людей» приводит М. Молло тот факт, что Демосфен часто сочинял речи для обеих сторон¹⁵⁸.

В России эта позиция уходит корнями в дореволюционную практику. Так, Московский совет присяжных поверенных столкнулся со следующей ситуацией: присяжный поверенный, являясь на предварительном следствии советчиком потерпевшего, в судебном разбирательстве занял положение защитника одного из обвиняемых. Совет установил, что фактически потерпевший был заинтересован в оправдании данного обвиняемого. Однако, по мнению Совета, это «... не устраняло взаимного противоречия двух положений, последовательно занятых присяжным поверенным»¹⁵⁹. При разрешении данной ситуации Совет оперировал общим требованием о том, что «в каждом уголовном деле надлежит наблюдать, чтобы защитник был совершенно свободен от всяких, могущих связать его деятельность, отношений к другим лицам, хотя бы таковым лицом являлся потерпевший, по существу расположенный к подсудимому»¹⁶⁰.

Таким образом, законодателем исключены ситуации, когда адвокат будет представлять интересы доверителей, являющихся потерпевшим, гражданскими истцом, с одной стороны, и обвиняе-

ший, соответственно). Суд отметил также, что по материалам дела потерпевший Ф. считает виновным в ДТП В., претензий к Н. не имеет. См.: Определение Белгородского областного суда от 16 февраля 2011 г. об отводе адвоката в качестве представителя потерпевшего. URL: <http://xn--90afdbaav0bd1afy6eub5d.xn--p1ai/bsr/case/78335>.

¹⁵⁸ Молло М. Указ. соч. С. 57.

¹⁵⁹ Фрагмент 598. Правила адвокатской профессии в России... С. 193.

¹⁶⁰ Там же.

мым (подозреваемым), гражданскими ответчиком – с другой. Если Демосфен, отстаивая позиции разных сторон, делал это заочно, то наши адвокаты способны в таких ситуациях лично участвовать в деле, несмотря на очевидность установленного запрета. Так, решением Совета Адвокатской палаты Алтайского края адвокат Б. был привлечен к дисциплинарной ответственности в связи с тем, что он, выступая защитником К, позднее принял на себя защиту Кл-ва по другому делу, по которому в качестве потерпевшего проходил К. Данное обстоятельство защитник Б. не знать не мог, т. к. принимал участие в качестве защитника Кл-ва при проведении очной ставки между обвиняемым Кл-вым и потерпевшим К.

За данный проступок адвокат Б. был лишен статуса адвоката. Суд, рассмотревший жалобу адвоката, не согласился с его мнением о суровости возложенной ответственности и ее несоответствии содеянному¹⁶¹.

Противоречия интересов, однако, существуют не только между участниками процесса, относящимися к противоположным сторонам процесса (обвинения и защиты). Безусловно, данные противоречия могут присутствовать и между участниками процесса, выполняющими одинаковую процессуальную функцию.

Тем самым к категории «лицо, интересы которого противоречат...» могут относиться и субъекты, наделенные одинаковой функцией с участником процесса, которому адвокат оказывает помощь.

Яркий пример таких противоречий – противоречия между обвиняемыми.

Следует отметить, что предусмотренное ст. 72 УПК РФ ограничение на участие в деле адвоката является гарантией обеспечения

¹⁶¹ Дисциплинарное производство в отношении адвоката Б. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис. М.: ООО «Вариант». С. 36–42.

запрета, установленного ч. 6 ст. 49 УПК РФ, согласно которому адвокату запрещается быть защитником двух обвиняемых (подозреваемых), если интересы одного из них противоречат интересам другого. Осуществление одним и тем же лицом защиты двух и более подсудимых, если интересы одного из них противоречат интересам другого, было названо Верховным Судом РФ существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора¹⁶².

Этот запрет является достаточно традиционным для отечественного уголовно-процессуального законодательства, его соблюдение признавалось значимым еще в дореволюционной России. Так, Московский Совет присяжных поверенных указывал: «одновременное состояние поверенным двоих обвиняемых, интересы которых не солидарны, должно быть признано невозможным, во избежание нареkania, что, состоя поверенным обоих обвиняемых, присяжный поверенный умышленно приносит интересы одного в жертву интересам другого»¹⁶³.

В современной практике встречаются нарушения этой нормы, что свидетельствует о недопонимании или неправомерном игнорировании адвокатами установленного запрета. Так, 8 августа 2007 г. Президиум ВС РФ отменил кассационное определение и передал дело на новое кассационное рассмотрение, одновременно вынеся частное постановление о нарушении адвокатом У. требований

¹⁶² Постановление Пленума Верховного Суда РСФСР «О повышении роли судов кассационной инстанции в обеспечении качества рассмотрения уголовных дел» от 23 августа 1988 г. № 5 // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. М.: Фирма «СПАРК», 1995. С. 502.

¹⁶³ Фрагмент 617. Правила адвокатской профессии в России: Опыт систематизации постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты А.Н. Марков. Москва, 1913 г. / сост. А.В. Воробьев, А.В. Поляков, Ю.В. Тихонравов; отв. ред. Ю.В. Тихонравов. М.: Статут, 2003. С. 198.

ст. 67.1 УПК РСФСР. В ходе предварительного следствия обвиняемого Ц. защищала адвокат У., участвовавшая в проведении различных следственных действий. Ц. на следствии изобличал М. в совершенных преступлениях, и его показания послужили основанием к осуждению М. Адвокат У. приняла на себя защиту М. в суде кассационной инстанции, написала жалобу и выступала в судебном заседании. Верховный Суд РФ признал, что в данной ситуации М. был лишен права на защиту¹⁶⁴.

Существование такой практики, ее негативные последствия привели к тому, что в современной научной литературе прозвучало мнение о необходимости вообще запретить адвокату оказывать одновременно юридическую помощь нескольким подсудимым¹⁶⁵.

Основной аргумент этой позиции заключается в том, что «между двумя и более обвиняемыми по одному делу на судебной стадии рассмотрения дела почти всегда возникают противоречия... защищаясь от обвинения, они “валят” вину друг на друга»¹⁶⁶.

Что касается мнения правоприменителей по этому вопросу, то их отношение к нему обнаруживает диаметрально противоположные тенденции. Так, на вопрос о том, нужно ли запретить осуществление одним адвокатом защиты нескольких (двух и более) обвиняемых одновременно по одному делу, большинство следователей с небольшим, правда, перевесом (51,4 %) ответили положительно, а подавляющее большинство адвокатов (78,8 %) – отрицательно. К последним примкнуло чуть больше половины (54 %) секретарей СЗ/помощников судей и 72,1 % судей.

¹⁶⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 4. С. 21.

¹⁶⁵ Рудацкая Е. Указ. соч. С. 38; Бережко Е.В. Нравственные начала при рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции: дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2003. С. 113.

¹⁶⁶ Рудацкая Е. Указ. соч. С. 38.

Давая оценку предложению о запрете оказания помощи нескольким обвиняемым одним адвокатом по одному делу, отметим следующее: мы согласны с этой идеей применительно к защите по назначению. Качество защиты по назначению в настоящее время в целом – огромная проблема современной российской системы уголовного судопроизводства¹⁶⁷. Тем более бессмысленно ждать хорошей работы от таких адвокатов при защите сразу двух обвиняемых, которая требует особой отдачи, профессионализма и добросовестности.

Хотелось бы заметить, что защита адвокатом одновременно в одном деле нескольких обвиняемых по назначению традиционна для отечественной правовой системы. У И.Я. Фойницкого можно прочитать: «При защите по назначению и необходимой, председатель суда обязан назначить лишь одного защитника для подсудимого; если подсудимых несколько и интересы их не противоречат друг другу, то им может быть назначен один общий защитник»¹⁶⁸. При этом он добавляет: «Однако, сверх назначенного, подсудимый может пригласить и других защитников, по добровольному с ними соглашению»¹⁶⁹. Вероятно, последнее право подсудимого, которого не знает действующее законодательство, могло в какой-то мере играть роль сдерживающего фактора, исключающего различные злоупотребления со стороны назначенного адвоката на такой значимой стадии, как судебное разбирательство, завершающейся принятием итогового решения по делу.

¹⁶⁷ См.: Таран А.С. Защита по назначению: квалифицированная юридическая помощь или бесплатный сыр? // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. научных статей / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2007. Вып. 2. С. 60–67.

¹⁶⁸ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Т. II. С. 69.

¹⁶⁹ Там же.

В целом же, на наш взгляд, эта проблема опять же должна решаться с точки зрения соотношения интересов правосудия и личности. Безусловно, для обвиняемых защита одним адвокатом может иметь преимущества. Это может быть и финансовая выгода в виде размера и порядка оплаты услуг адвоката, и тактическая: адвокат поможет провести единую линию защиты, выработать и скоординировать единую позицию по делу, стратегию ее реализации и т. д. Это особенно значимо для обвиняемых – близких родственников.

Однако не секрет, что и адвокату выгодно осуществлять защиту сразу двух обвиняемых: идет ли речь о назначении (защитник быстрее закрывает месячный план), или о соглашении (идет экономия временных затрат на ознакомление с материалами дела, встречу с обвиняемыми и т. д. при двойном гонораре). Адвокат, принимающий такую защиту, понимает, что здесь или пан или пропал: или защита при всех названных плюсах будет осуществлена в полном объеме или же при возникновении конфликта интересов, он выйдет из процесса и, соответственно, недополучит гонорар (недовыполнит план защиты по назначению). Соответственно, и в том, и в другом случае адвокату не выгодно, чтобы между его подзащитными было установлено противоречие интересов. Поэтому там, где оно все же возникает, адвокат «корректирует» показания, уговаривает, объясняет, скрывая его возникновение, делая его неявным или нивелируя. Идет ли это во благо его доверителям? Это уже другой вопрос, явно, что действия адвоката направлены, прежде всего, на реализацию собственных интересов.

Вот почему к одновременной защите сразу нескольких лиц следует относиться особенно осторожно. Не зря поэтому кодексы профессиональной этики адвоката различных стран запрещают осуществление такой защиты не только при наличии противоречия интересов подзащитных, но и при угрозе ее возникновения. Так,

согласно Правилам адвокатской этики Украины от 1 октября 1999 г. «адвокат не может представлять одновременно двух и более клиентов, интересы которых являются взаимно противоречащими, или с *высокой степенью достоверности могут стать противоречивыми* (выделено мной. – А. Т.)» (ст. 8).

Что касается мнения практиков, то за то, чтобы само наличие высокой вероятности возникновения конфликта интересов двух обвиняемых выступало обстоятельством, исключающим участие защитника в деле, высказались примерно одинаковое количество следователей (34,3 %), адвокатов (36,4 %), секретарей СЗ/помощников судей (30 %) и еще меньшее количество судей (16,3 %). Соответственно, большинство правоприменителей исходит из того, что основанием отвода адвоката должен быть именно реальный, а не предполагаемый конфликт интересов.

Вместе с тем анализ дисциплинарной практики показывает, что в современной отечественной юриспруденции весьма возможно расширительное толкование п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ и применение этой нормы там, где существует только вероятность возникновения такого конфликта. Этот вывод сделан на основании изучения дисциплинарного производства в отношении адвоката О.

Так, адвокат О., помимо всего прочего, был привлечен к дисциплинарной ответственности за то, что осуществлял защиту по назначению Е. и К., обвинявшихся в совершении преступления, предусмотренного п. «а, б, в», ч. 2 ст. 158 УПК РФ. Дело в отношении К. было выделено в отдельное производство в связи с объявлением его в розыск. Таким образом, адвокат О. осуществлял защиту Е. и К. по одному преступлению, но по разным уголовным делам. Квалификационная комиссия адвокатской палаты Ставропольского края пришла к выводу, что данные лица обвиняются в совершении преступления с разной степенью участия каждого из них, указав, что данное заключение сделано из квалифицирующе-

го признака состава – ч. 2 ст. 158 УК РФ – группа лиц по предварительному сговору. Было признано, что «адвокат не должен участвовать в деле, в котором присутствует или *может присутствовать* (выделено мной. – А. Т.) конфликт интересов сторон». В связи с этим в действиях О. было констатировано нарушение ч. 6 ст. 49 УПК РФ, отмечено, что они повлекли нарушение права на защиту.¹⁷⁰

В современной отечественной науке отстаивается противоположная позиция: «Основанием для запрета (имеется в виду п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ – прим. А. Т.) является наличие установления реальной коллизии интересов обвиняемых, а не предположение, что коллизия при защите может появиться в ходе дальнейшего производства по делу»¹⁷¹.

Если обратиться к практике, то можно сделать вывод, что привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности за принятие поручения и оказания юридической помощи нескольким обвиняемым, в интересах которых имеется вероятность возникновения конфликта, весьма спорно. Так, 05.02.2010 г. адвокат С., осуществлявший защиту трех обвиняемых, был отведен от участия в деле следователем СК при МВД России К. Основанием данного решения стал вывод следователя о том, что с учетом разной роли обвиняемых в совершении инкриминируемого преступления их интересы могут в дальнейшем противоречить друг другу. Адвокат С. обжаловал это постановление следователя, указав на то, что все обвиняемые вину свою не признают, реализовали свое право на отказ от дачи показаний, поэтому их интересы друг с другом в противоречия не вступают.

¹⁷⁰ Дисциплинарное производство в отношении адвоката О. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 352–353.

¹⁷¹ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 11.

Судья Тверского районного суда г. Москвы С. в постановлении от 05 марта 2010 г. указала, что «в материалах уголовного дела отсутствуют данные о противоречии законных интересов обвиняемых К., В. и Н. друг другу, которые были бы вызваны характером предъявленного каждому из них обвинения, либо противоречием в их показаниях, касающимся роли каждого из участников, формы вины, целей совершения инкриминируемого деяния», в связи с чем удовлетворила жалобу адвоката С. и признала незаконным и необоснованным постановление следователя по особо важным делам СК при МВД России К. об отводе адвоката С. от участия в производстве по уголовному делу.

Таким образом, данное решение суда дает основание для выводов о том, что только реальное, а не предполагаемое противоречие интересов обвиняемых может быть основанием отвода адвоката¹⁷².

Думается, именно потенциальная опасность существования противоречий между интересами нескольких обвиняемых привела к тому, что дореволюционные Советы присяжных поверенных исходили из недопущения защиты одного подсудимого по соглашению с другим. Было замечено: «... это легко может навлекать на присяжных поверенных подозрение в том, что они действуют вовсе не в интересах лиц, защитниками коих являются, и даже вредят им, искусственно облегчая положение других подсудимых»¹⁷³. Также были осуждены действия защитника, который принял от своего доверителя поручение о приглашении защитника для другого подсудимого, находившегося от первого и служебной зависимости, поскольку «... при таком избрании защитников всем под-

¹⁷² Постановление Тверского районного суда от 05.03.2010 г. материал № 3/7-197/10 по делу № 28860.

¹⁷³ См.: Макалинский П.В. Присяжная адвокатура. Деятельность С.-Петербургского совета присяжных поверенных за 22 года (1866–1888) // Адвокат в уголовном процессе / под ред. П.А. Лупинской; сост. С.Н. Гаврилова. М.: Новый юрист, 1997. С. 308.

судимым одним из них – легко зарождается и в суде, и в обществе подозрение, очевидно, вредное для чести и достоинства всего со-словия»¹⁷⁴.

Представляется, что и в современном уголовном судопроизводстве данные обстоятельства будут свидетельствовать не в пользу требования независимости адвоката и должны служить как для отказа в принятии поручения, так и отвода адвоката.

Наличие запрета на представление лиц с противоречивыми интересами требует от адвокатов принимать поручение, только предварительно убедившись в отсутствии такого рода противоречий: «... коль скоро присяжный поверенный был избран защитником подсудимого, допущен Судом, имел с ним свидание в тюрьме, то в ограждение достоинства носимого им звания он мог бы принять на себя защиту другого в этом деле подсудимого, лишь предварительно убедившись, что защита может быть проведена, не касаясь обстоятельств, уличающих виновность первого...»¹⁷⁵. Эта позиция Московского Совета присяжных поверенных актуальна и поныне. Нарушение исследуемой нормы, сам факт принятия такого поручения адвокатом, независимо от последствий исполнения такого поручения, должен влечь меры дисциплинарного реагирования.

Вместе с тем в литературе встречаются, по сути, и противоположные рекомендации по принятию защиты нескольких обвиняемых. Так, в комментарии к ФЗ «Об адвокатской деятельности...» можно прочитать: «Встретившись с отсутствием общего взгляда на дело, адвокат разъясняет обратившемуся лицу и доверителю данное обстоятельство, предлагает им договориться и определиться в отношении к делу. С тем, чтобы он мог иметь и отстаивать общую позицию всех»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Там же. С. 308–309.

¹⁷⁵ Правила адвокатской профессии в России... Фрагмент 625. С. 200.

¹⁷⁶ Лубшев С. Указ. соч. С. 84.

Очевидно, что ситуации, при которых уже на момент принятия поручения между обратившимися к адвокату лицами существуют некоторые противоречия и разногласия, чреватые обнажением и усугублением их в будущем. Принятие защиты в таких случаях, как минимум, приведет к ущемлению интересов одного из доверителей (качественная защита одного требует ухудшения положения другого), либо повлечет отвод адвоката, что также имеет ряд негативных последствий как для самих подзащитных (лишит возможности воспользоваться помощью выбранного адвоката), так и для судопроизводства в целом (будет потрачено время на замену адвоката). Поэтому никаких договоренностей по предотвращению и, тем более, устранению противоречий, существующих на момент принятия защиты, адвокат организовывать не должен.

На практике суды пресекают такие ситуации, принимая решение об отводе адвоката. Так, адвокат Д.В. Копылов был отведен следователем при следующих обстоятельствах. Подозреваемые В.К.П., А.Д.С., И.С.А. и Т.А.С., защищаемые разными адвокатами, признали себя виновными в совершении преступления группой лиц по предварительному сговору, подробно рассказывая об обстоятельствах совершенного преступления и роли каждого из них. В дальнейшем все подозреваемые заключили соглашение на представление их интересов адвокатом К. и дали показания, из которых следовало совершение преступлений В.К.П. единолично и непричастности к ним остальных. Судья Трубчевского районного суда Брянской области согласился с решением следователя, увидев конфликт интересов доверителей адвоката в том, что «между показаниями подозреваемых данными первоначально и впоследствии имеются противоречия». Он отметил также, что «... В. в своих показаниях, данных им в качестве подозреваемого с участием защитника Копылова Д.В. оговорил себя с целью оградить от уголовной ответственности А., И. и Т. за совершенные ими совместно с ними

преступления, что не соответствует его интересам, т. к. он должен быть привлечен к уголовной ответственности только за совершенные им противоправные действия и не отвечать за действия других соучастников»¹⁷⁷. Брянский областной суд поддержал позицию нижестоящего суда, указав, что «... первоначальные признательные показания могут быть признаны доказательствами по делу и будут являться предметом проверки в ходе судебного разбирательства при рассмотрении уголовного дела по существу, в связи с чем оказание полноценной защиты всем подозреваемым одним и тем же адвокатом Копыловым Д.В. представляется затруднительным и нереальным ибо первоначальные показания их войдут в противоречие с их настоящей позицией»¹⁷⁸.

Отметим, что данные решения судов далеко не безукоризнены. Прежде всего сомнительно обоснование конфликта интересов доверителей адвоката. В данном случае существовало противоречие между показаниями обвиняемых, данными до принятия адвокатом защиты, после же его вступления в дело противоречия как раз были устранены. То, что суд, рассматривая жалобу адвоката в порядке ст. 125 УПК РФ, дал оценку изменениям показаний, указав на то, что В.К.П. взял вину соучастников на себя – явно выход за пределы полномочий суда, осуществляющего судебный контроль, этот вывод, основанный на оценки доказательств, вправе делать только суд, рассматривающий дело по существу.

В продолжение обсуждения п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ необходимо отметить, что установленный запрет императивен, он не предполагает учет воли доверителей адвоката при решении вопроса о воз-

¹⁷⁷ Постановление Трубчевского районного суда Брянской области от 22 февраля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-trubchevskij-rajonnij-sud-bryanskaya-oblast-s/act-103240235>.

¹⁷⁸ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Брянского областного суда от 6 апреля 2012 г. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/23641936/23168425>.

возможности участия в деле последнего в связи с наличием конфликта их интересов. При обсуждении КПЭА России был разработан его проект, который решал данный вопрос по-иному. Так, согласно 3.2. этого проекта при заключении соглашения, если адвокат «ранее оказывал юридическую помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица, он вправе принять поручение при условии уведомления об этом обратившегося, получении согласия бывшего доверителя и при соблюдении адвокатской тайны». Следует отметить, что аналогично данный вопрос уже решен в Правилах адвокатской этики Украины, допускающий выполнение такого поручения по «письменному согласию обоих клиентов» (ч. 2 ст. 23).

В связи с противоречием данной нормы п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ она не может быть закреплена в кодексе профессиональной этики адвокатов. Письменное согласие связывало бы доверителей, делало бы невозможным отвод такого адвоката в будущем. Не всегда на момент заключения соглашения лица могут полностью просчитать все процессуальные последствия представления их интересов одним и тем же адвокатом и оценить перспективу возникновения между ними конфликта интересов.

Чтобы можно было диагностировать наличие или большую степень вероятности возникновения противоречий интересов доверителей при принятии адвокатом поручения на защиту нескольких лиц, определимся, **в чем выражается противоречие интересов**, о котором говорится в п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ? Для ответа на данный вопрос обратимся к некоторым положениям КПЭА.

КПЭА закрепляет перечень случаев, когда адвокат не вправе принимать поручение на осуществление защиты по уголовному делу двух и более лиц.

К ним он отнес ситуации, когда:

- 1) интересы одного из них противоречат интересам другого;

2) интересы одного, хотя и не противоречат интересам другого, но эти лица придерживаются различных позиций по одним и тем же эпизодам дела;

3) по одному делу необходимо осуществлять защиту лиц, достигших и не достигших совершеннолетия (п. 1-3 ч. 1 ст. 13).

КПЭА указал, что эти случаи закрепляются «помимо тех, что установлены законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре» (ч. 1 ст. 13 КПЭА).

Позволим себе не согласиться с последним утверждением.

П. 1 ч. 1 ст. 13 КПЭА практически дословно воспроизводит запрет п. 3 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»¹⁷⁹.

П. 2 ч. 1 ст. 13 КПЭА упоминает противоречие позиций как основание для запрета осуществления адвокатом одновременной защиты обвиняемых. На практике такие ситуации рассматривались всегда как основание для отвода, подпадающее под п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ (ч. 1 ст. 67.1 УПК РСФСР), т. е. противоречие позиций (выражающееся чаще всего в показаниях) рассматривалось как частный случай проявления противоречия интересов.

П. 3 ч. 1 ст. 13 КПЭА, на первый взгляд, действительно, устанавливает новую норму. Однако следует отметить, что в интересы совершеннолетнего и несовершеннолетнего обвиняемого изначально заложено противоречие: «...невозможно обойтись без обвинения соучастника по делам о вовлечении в преступление несовершеннолетних. Защитник несовершеннолетнего не вправе не использовать такое существенное смягчающее обстоятельство и не может обойти молчанием формы и способы вовлечения в преступление его подзащитного, без которых объективная сторона этого

¹⁷⁹ Напомним: согласно п. 3 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» адвокат не вправе принимать поручение «если он оказывает юридическую помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица».

преступления не существует»¹⁸⁰. На наш взгляд, в каждом случае защиты несовершеннолетнего при наличии взрослых соучастников защитник должен использовать возможность постановки вопроса о вовлечении несовершеннолетнего в преступную деятельность, о негативном влиянии взрослых соучастников на формирование преступного умысла несовершеннолетнего и т. д.

Выделение данного пункта в обстоятельствах, исключающих принятие поручения на защиту, обусловлено тем, что в указанном случае наличие противоречий интересов таких обвиняемых преюдицируется.

Таким образом, положения п. 1–3 ч. 1 ст. 13 КПЭА скорее уточняют или конкретизируют п. 3 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», чем дополняют законодательство новыми основаниями для отказа в принятии поручения.

Следует особо отметить, что все перечисленные п. 1–3 ч. 1 ст. 13 КПЭА основания для отказа в принятии поручения следует рассматривать и как обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, подпадающие под п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ.

Так, М. и У. были осуждены за умышленное убийство И., совершенное по предварительному сговору группой лиц. Из материалов уголовного дела усматривается, что до привлечения к уголовной ответственности осужденных по этому же уголовному делу и по этому же обвинению к уголовной ответственности привлекались также О. и П. Адвокатом в обоих случаях был А.Г. Кочкин. Затем этот же адвокат осуществлял защиту У. Уголовное преследование в отношении П. и О. было прекращено в связи с тем, что оба они отказались от своих явок с повинной, а задержанные к

¹⁸⁰ Лазарева В.А., Юношев С.В., Таран А.С. Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособ. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2008. С. 67.

этому времени М. и У. дали явки с повинной, и им предъявлено обвинение.

Изложенное свидетельствует о том, что один и тот же защитник оказывал юридическую помощь нескольким подозреваемым и обвиняемым в совершении одного и того же преступления, в том числе и несовершеннолетнему У. При этом правовые последствия каждого из них зависели от правового разрешения дела в отношении каждого персонально. Следовательно, интересы каждого из них противоречили интересам другого. Указанные нарушения были допущены в отношении У. в том числе и при предъявлении ему обвинения, и при проведении последующих следственных действий с ним. Кроме того, У., согласно протоколу, был допрошен с участием адвоката Булыгина, осуществлявшего в это же время защиту М. Интересы У. и М. также противоречивы¹⁸¹.

Таким образом, на практике до сих пор встречаются нарушения адвокатами анализируемых правовых предписаний. В современной науке принятие адвокатом поручения вопреки прямому запрету п. 3 ч. 1 ст. КПЭА на одновременное осуществление защиты по уголовному делу двух и более лиц, если по одному делу необходимо осуществлять защиту лиц, достигших и не достигших совершеннолетия, было отмечено в числе ошибок адвокатов¹⁸². Наш опрос показал, что незнание указанного положения КПЭА доста-

¹⁸¹ Определение Верховного Суда РФ № 55-005-4 от 25.05.2005. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸² Пронькина А.Н. Ошибки адвокатов-защитников в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006. С. 19.

Ошибками адвокатов-защитников в уголовном судопроизводстве автор называет «непреднамеренное по отношению к наступившему результату, и не образующее состава преступления, неправильное применение, нарушение, либо неприменение адвокатом-защитником положений закона и (или) научных рекомендаций по осуществлению профессиональной защиты, которое повлекло нарушение права подозреваемого (обвиняемого) на защиту или нарушение иных прав и законных интересов подзащитного, либо прав и законных интересов иных участников уголовного судопроизводства». См.: Там же. С. 8.

точно распространено среди адвокатов. Так, на вопрос о том, должен ли защитник подлежать отводу в случае защиты нескольких обвиняемых, один из которых – несовершеннолетний, только 8 % секретарей СЗ/помощников судей, 9 % судей и 12,1 % адвокатов ответили утвердительно. Следует отметить, что в этой части следователи пусть и ненамного, но показали лучший результат (20 %), что вызвано, однако, как представляется, не столько знанием положений КПК, сколько выявившейся общей тенденцией широкого видения ими оснований отвода адвоката.

На наш взгляд, достаточно интересно указанное отношение практиков сравнить с их позицией относительно возможности защиты одним адвокатом нескольких несовершеннолетних обвиняемых независимо от наличия фактического противоречия их интересов. Ровно такое же количество опрошенных адвокатов (12,1 %), 7 % судей и еще большее количество секретарей СЗ/помощников судей (10 %) и следователей (31,4 %) высказались за отвод защитника в указанном случае. Хотя из законодательства, в отличие от первой позиции, такой ответ не вытекает. Возможно, он дан на основании этических представлений опрошенных, считающих, что защита несовершеннолетних требует особого внимания и должна осуществляться строго индивидуально с учетом интересов конкретного несовершеннолетнего обвиняемого. Заметим, что проект Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 29 от 30 июня 2015 г. в п. 10 предполагал закрепление предписания, в соответствии с которым «Несовершеннолетний обвиняемый обеспечивается помощью адвоката, осуществляющего по данному уголовному делу защиту только его интересов». Однако в окончательной версии этого документа данное положение отсутствует.

Очевидно, что в указанных случаях адвокаты должны быть осмотрительны в принятии защиты. Думается, что ошибочным будет являться и принятие на себя защиты в ситуациях, когда адвокат

мог заранее установить наличие противоречий интересов подзащитных в других случаях.

Говоря о содержании конфликта интересов доверителей, нельзя проигнорировать аспект, связанный с его формой. В связи с этим возникает вопрос: **что может являться источником для установления наличия противоречий? В чем они выражаются?**

Прежде всего, как мы выяснили, в отнесении доверителей адвоката к участникам процесса, выполняющим противоположные процессуальные функции (обвинения и защиты), где наличие конфликта презюмируется.

Наличие же противоречий между участниками процесса, являющимися представителями одной стороны, необходимо устанавливать.

В первую очередь, конечно, конфликт интересов проявляется в показаниях, чаще всего составляющих позицию по делу. Обратившись к Постановлению Пленума Верховного Суда № 29 от 30 июня 2015 г., мы увидим разъяснения, в которых конфликт интересов обнаруживается именно через содержание показаний: «Если между интересами обвиняемых, защиту которых осуществляет один адвокат, выявятся противоречия (признание обвинения одним и оспаривание другим по одним и тем же эпизодам дела; избличение одним обвиняемым другого и т. п.), то такой адвокат подлежит отводу...» (п. 10).

Примером данного толкования противоречия интересов судом может служить дело В. и С., которое было возвращено Измайловскому межрайонному прокурору г. Москвы Измайловским районным судом г. Москвы. Московский городской суд, рассматривая данное решение суда по апелляционному представлению государственного обвинителя О.М. Лаврова и апелляционной жалобе адвоката А.К. Товта, указал, что «... одним из явных, то есть очевидных для всех участвующих в деле лиц, противоречий в показаниях

подзащитных, является не только взаимно изобличающие друг друга показания, но и признание одним лицом вины в совершении преступления и непризнание вины другим, то есть различная позиция соучастников и разное их отношение к инкриминируемому деянию»¹⁸³.

Однако только ли в показаниях выражается противоречие интересов и можно ли, наоборот, признать его наличие, когда между участниками процесса, выступающими на одной процессуальной стороне, противоречий в показаниях нет? Могут ли для констатации наличия противоречий служить только лишь материалы дела без учета содержания показаний доверителей адвоката?

В связи с поставленным вопросом актуально следующее дело. Центральный суд г. Кемерово, рассмотрев жалобу на постановление следователя об отводе адвоката, решением от 25.10.2001 г. признал его незаконным, установив, что следователь принял решение исходя из того, что у каждого из 4-х лиц преступной организации имелась своя роль, что предусматривает наличие противоречий. Суд пришел к выводу, что ст. 47 УПК РСФСР (ныне – ч. 6 ст. 49 УПК РФ) говорит о «существующих, наличных противоречиях». По делу обвиняемые И., М., М., К., воспользовавшись правом, предоставленным ст. 51 Конституции РФ, показания не давали, соответственно, по мнению суда, нельзя сделать вывод о наличии каких-либо противоречий¹⁸⁴.

Не подвергая анализу вывод суда по данному конкретному делу, обстоятельства которого нам малоизвестны, отметим, что с решением суда нельзя согласиться в той части, где он приводит основной аргумент в пользу выраженной позиции. На наш взгляд, показания не стоит рассматривать как единственный источник ин-

¹⁸³ Апелляционное постановление Московского городского суда от 23 декабря 2013 г. по делу № 10-13436\13. Доступ из СПС КонсультантПлюс.

¹⁸⁴ URL: http://pravorub.ru/upload/content/2002/02/11/10_doc_postanovlenie.html.

формации о наличии противоречий между интересами нескольких обвиняемых.

Уместно вспомнить позицию Пленума Верховного Суда СССР, указавшего в одном из постановлений, что противоречия интересов обвиняемых могут быть вызваны характером обвинения, предъявленного каждому из них¹⁸⁵. Факторами, автоматически влекущими констатацию противоречия интересов, могут быть и возраст обвиняемых (совершеннолетний и несовершеннолетний), и объективная сторона преступления, указывающая на то, что защита одного обвиняемого будет ущемлять интересы другого.

Вспомним в связи с этим вопросом уже упомянутое дисциплинарное производство в отношении адвоката О., по которому один из ее подзащитных находился в розыске, а вывод о наличии противоречий между ними был сделан исходя из обстоятельств дела и квалификации преступления¹⁸⁶.

Наличие объективных обстоятельств, провоцирующих возникновение конфликта, адвокат, принимающий поручение на осуществление защиты, должен учитывать. И даже если на момент принятия поручения обвиняемые придерживаются единой позиции, от принятия поручения на защиту одновременно нескольких лиц следует отказаться там, где велика вероятность изменения обвиняемыми в процессе движения дела своих позиций с последующей необходимостью сложения защитником своих полномочий.

Не претендуя на исчерпывающий характер представленного перечня, отметим, что на основе анализа практики, можно сделать

¹⁸⁵ Постановление Пленума Верховного Суда СССР № 5 «О практике применения судами законов, обеспечивающих обвиняемому право на защиту» от 16 июня 1978 г. // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. М.: Спарк, 1995. С. 161.

¹⁸⁶ См. казус по сноске №170. Дисциплинарное производство в отношении адвоката О. // Профессиональная этика адвокатов: сб. матер. / сост. Н.М. Кипнис. М.: Вариант. 2008. С. 352–353.

вывод, что противоречие интересов обвиняемых будет очевидным, в частности, в случаях:

1. когда один соучастник изобличает другого в совершении преступления, говорит о значительной роли в его организации, совершении, взаимном изобличении соучастников и т. п.;

2. когда имеет место противоречие в показаниях обвиняемых по тем или иным эпизодам обвинения. Трудно представить себе адвоката, который, осуществляя защиту при этих обстоятельствах, в защитительной речи сможет представить картину происшествия так, что она будет удовлетворять позиции каждого из обвиняемых. А ведь в противном случае он подвергает обоснованному сомнению правдивость одного из них;

3. защиты несовершеннолетнего и совершеннолетнего обвиняемого, которые требуют ставить вопрос об ответственности за вовлечение в преступную деятельность несовершеннолетнего, когда фактор участия взрослого соучастника служит объяснению факторов, способствовавших совершению преступления;

4. когда налицо объективное противоречие интересов обвиняемых. Например, если оба обвиняемых (подозреваемых) полностью отрицают свою причастность к преступлению, которое по обстоятельствам дела не мог совершить кто-либо другой¹⁸⁷;

5. когда по делу надо занять разные позиции в отношении каждого из подзащитных. Здесь адвокату объективно сложно в полном объеме и надлежащем качестве провести в одном процессе линию защит, основанных на разных, а иногда и противоположных тезисах. Например: один подзащитный признает свою вину в совершении преступления, а другой ее отрицает; когда в интересах одного из обвиняемых прекратить дело по какому-либо основанию, а второго – переквалифицировать обвинение на более мягкое.

¹⁸⁷ Комментарий к УПК РФ / под ред. А.В. Смирнова. СПб.: Питер, 2003. С. 167.

В качестве иллюстрации последнего примера приведем дело Прокофьева и Гусева. Приговором Железнодорожного суда г. Самара В.Ю. Прокофьев и Л.В. Гусева осуждены по ст. 228 ч. 4 УК РФ на 7 лет лишения свободы с конфискацией имущества. Коллегия Самарского облсуда приговор отменила, указав следующее: на следствии адвокат Похвалина защищала интересы Прокофьева и просила дело в отношении него прекратить производством. Гусеву защищала адвокат Юдакова, которая просила переквалифицировать ее действия со ст. 228 ч. 4 УК РФ на ст. 228 ч. 1 УК РФ. Судебное заседание правильно было назначено с участием двух адвокатов, поскольку интересы обвиняемых противоречили друг другу. Однако судебное заседание проводилось с участием одного адвоката Похвалиной, которая защищала и Прокофьева, и Гусеву. Самарский областной суд пришел к выводу, что адвокат Похвалина не могла защищать интересы Ю. Гусевой, усмотрел нарушение запрета ст. 47 ч. 6 УПК РСФСР на защиту двух лиц, если интересы одного из них противоречат интересам другого¹⁸⁸.

Можно также на основе существующей практики отметить, что некоторые ситуации, являющиеся спорными, решаются не в пользу констатации противоречия между интересами доверителей адвоката. Так, было установлено, что адвокат К. одновременно по разным делам защищал интересы Т. и несовершеннолетнего Р.Р., законный представитель последнего – Р.К. являлся потерпевшим по делу Т.

В связи с данным фактом судья Индустриального районного суда Алтайского края уголовное дело в отношении Т. возвратил прокурору для устранения препятствий в его рассмотрении. Суд счел установленным факт нарушения ч. 1 п. 3 ст. 72 УПК РФ.

¹⁸⁸ Дело В.Ю. Прокофьева и Л.В. Гусева // Судебная практика. 2000. № 1. С. 14.

Совет адвокатской палаты Алтайского края признал адвоката К. нарушившим требования профессиональной этики и применил к нему меру дисциплинарной ответственности – прекращение статуса.

Тем самым он посчитал, что конфликт интересов присутствует не только там, где адвокат выступает против своего доверителя даже по другому делу, но и там, где становится процессуальным противником его близких родственников – участников уголовного процесса.

Центральный районный суд г. Барнаула Алтайского края 15 августа 2005 г. рассмотрел жалобу адвоката К. на данное решение Совета и пришел к выводу об отсутствии в действиях адвоката нарушений требований ст. 72 УПК РФ. Он отметил, что в ходе защиты Р.Р. как на следствии и в суде, какой-либо помощи Р.К. им оказано не было. Противоречий между интересами Р.Р. и Т. по различным уголовным делам, не соединенным в одно производство, нет.

Судебная коллегия по уголовным делам Алтайского краевого суда определением от 21 сентября 2005 г. оставила без изменений решение районного суда, указав, что с учетом того, что К. непосредственно не осуществлял защиту Р.К., суд пришел к правильному выводу о недоказанности противоречий интересов Р.Р. и Т.

Тем самым, суд посчитал, что «конфликт интересов доверителей адвокатов налицо, если адвокат выступает непосредственно против доверителя, а не его родственников, даже близких»¹⁸⁹.

В целом тезис, безусловно, правильный, однако, на наш взгляд, в данном деле есть некоторые нюансы, учет которых мог бы повлиять на существо принятого решения по делу. В указанном случае речь шла не просто о родственнике, а о том родственнике, с

¹⁸⁹ Дисциплинарное производство в отношении адвоката К. // Профессиональная этика адвокатов: сб. матер. / сост. Н.М. Кипнис. М.: Вариант, 2008. С. 42–49.

которым адвокат одновременно по одному и тому же делу выполнял одну процессуальную функцию по защите одного и того же лица. Нельзя говорить об эффективном осуществлении профессиональной защиты несовершеннолетнего без выработки единой позиции, согласования стратегии и тактики с его законным представителем. Исходя из презумпции добросовестности адвоката, следует предполагать, что именно такие отношения между ними и сложились. Заметим, что многие адвокаты увидели для себя очевидные проблемы в осуществлении защиты в вышеописанном случае, поскольку 48,5 % из них высказались за отвод адвоката. Интересно и то, что другие категории респондентов – секретари СЗ/помощники судей (80 %), следователи (71,4 %), напротив, в большинстве своем не увидели никаких оснований для отвода адвоката в данной ситуации. Судьи, 41,9 % из которых увидели в данной ситуации наличие оснований для отвода адвоката, оказались ближе к позиции адвокатов на этот счет. Мы также не можем согласиться с тем, что действия адвоката столь безупречны с точки зрения закона и профессиональной этики, как признал в рассмотренной ситуации суд, тем более что сами адвокаты, как видно из решений адвокатской палаты и из результатов их опроса, склонны относиться к данному поступку более критично.

Таким образом, противоречие интересов может быть как между участниками процесса, выполняющими противоположные функции, так и являющимися одной стороной при наличии ряда факторов.

В обоих случаях «лицом, интересы которого противоречат...» выступает субъект – сторона в процессе.

Ограничивается ли данная категория лиц только лишь участниками процесса, являющимися стороной по делу? Могут ли быть такими «лицами» так называемые «иные участники уголовного судопроизводства»: свидетель, эксперт, специалист, переводчик, понятой?

Мы остановимся на анализе данной проблемы в аспекте разрешения ее в отношении свидетеля. Прежде всего потому, что она наиболее актуальна по вероятности возникновения: свидетель – наиболее распространенная процессуальная фигура. Кроме того, остальные «иные участники процесса» также в силу процессуальной обстановки могут стать, в конечном итоге, свидетелями по делу, если после выполнения соответствующей процессуальной функции будет инициирован их допрос в этом качестве.

Прежде всего необходимо определиться с тем, может ли в принципе адвокат осуществлять представление интересов свидетеля при допросе, если первый выступает (выступал) либо на стороне обвинения (представитель потерпевшего), либо на стороне защиты.

Мнение практиков на этот счет весьма противоречиво, поскольку по отношению опрошенных адвокатов и следователей к возможности защитника осуществлять представление интересов свидетеля по делу и те, и другие разделились примерно поровну.

Результаты ответов, полученных по данному вопросу, представлены в табл. 7.

Таблица 7

Вопрос: Может ли адвокат по одному и тому же делу осуществлять защиту и оказывать помощь свидетелю при допросе в порядке ч. 5 ст. 189 УПК РФ?	Следователи %	Адвокаты %
Да, в любом случае	8,6	12
Да, если это – свидетель со стороны защиты	37,1	36,4
Нет	51,4	45,5
Нет ответа	2,9	6,1

Как показывает практика, такое участие адвоката в деле допускается. «Следователи, дознаватели часто сталкиваются с проблемой приглашения свидетелем адвоката, выступающего в уголовном деле защитником обвиняемого, подозреваемого, подсудимого или представителем потерпевшего. Чаще всего это происходит тогда, когда сторона обвинения или защиты ходатайствовали о допросе дополнительного свидетеля или производстве следственных действий»¹⁹⁰.

Эта практика находит одобрение и в научной среде. Мало того, в науке имеется рекомендация, адресованная адвокатам по обязательному присутствию на допросе «своего» свидетеля: «в том случае, если адвокат принял решение, исходя из сложившейся ситуации на следствии, раскрыть свидетелей и не только приобщить к материалам дела письменный опрос последних, но и для усиления позиции стороны защиты заявить ходатайство об их допросе под протокол следственного действия, для того, чтобы зафиксировать, но уже рукой следователя, дополнительные доказательства, подтверждающие правовую позицию стороны защиты, то в этом случае необходимо будет присутствие адвоката обвиняемого при допросе следователем свидетеля стороны защиты»¹⁹¹.

Если, как мы выяснили, на практике допускается оказание адвокатом юридической помощи и свидетелю, и участнику процесса – стороне по делу, то возможен ли отвод такого адвоката и в каких случаях?

На наш взгляд, практика не совсем однозначно подходит к данному вопросу. Так, если вновь обратиться к делу в отношении адвоката С., разгласившего, как помним, информацию в отношении

¹⁹⁰ Брежнева М.Ю. Участие адвоката в уголовном судопроизводстве для оказания помощи свидетелю: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 61.

¹⁹¹ Фомин М.А. Указ. соч. С. 499–500.

бывшего доверителя – в настоящем свидетеля по делу А.¹⁹², то ни суд в частном определении, ни Совет адвокатской палаты Самарской области не вменили адвокату в вину нарушение положений ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. Вопрос о необходимости самоотвода и отвода в самом судебном разбирательстве не поднимался.

Мнение о том, что отвод адвоката свидетеля по признаку конфликта интересов недопустим в принципе, высказал Белгородский областной суд, рассматривая жалобу адвоката А.В. Исайчева на решение суда, признавшего решение следователя о его отводе законным. Будучи представителем потерпевшего Ф. тот был отведен следователем от участия в процессе после того, как свидетель Н. заявил ходатайство о допуске адвоката Исайчева к его допросу. Признавая это решение незаконным, суд дословно воспроизвел текст п. 1. ч. 1. ст. 72 УПК РФ, перечисляя лиц-доверителей адвоката, конфликт интересов которых может привести к его отводу, указав, что в этой части «... ст. 72 УПК расширительному толкованию не подлежит». Кроме того, суд пошел дальше, показав, что «согласно ст. 14 УПК РФ, закрепляющей принцип презумпции невиновности, недопустимым является предположение суда о том, что изменится процессуальное положение свидетеля “Н”»¹⁹³ (т. е. что он станет подозреваемым или обвиняемым, т. е. будет подпадать под категорию лиц, обозначенных в п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

Вместе с тем в другом случае ситуация была решена и иным образом.

¹⁹² См. казус по сноске № 153. Дисциплинарное производство по частному определению Кировского районного суда г. Самары от 15.12.2002 г. // ПАСО. Дисциплинарная практика за 2003 г.

¹⁹³ Определение Белгородского областного суда от 17 ноября 2010 г. по жалобе адвоката А.В. Исайчева на Постановление Шебекинского районного суда от 15 октября 2010 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-belgorodskij-oblastnoj-sud-belgorodskaya-oblast-s/act-104197652>.

Замначальника следственного отдела прокуратуры Архангельской области отвел адвоката-защитника в связи с тем, что ранее он представлял интересы свидетелей по этому же делу, обосновывая свое решение тем, что они давали показания, изобличающие обвиняемого.

Адвокат обжаловал это постановление, ссылаясь на отсутствие у свидетелей самостоятельного интереса в уголовном деле.

Суд не согласился с указанными доводами, указав, что налицо основания, предусмотренные ст. 72 УПК РФ¹⁹⁴.

Таким образом, далеко не все склонны рассматривать свидетеля как фигуру, значимую при определении возможности отвода адвоката по основанию наличия конфликта интересов доверителей одного и того же адвоката.

При этом основным аргументом этой позиции, как нам кажется, является такая категория, как «интерес».

В соответствии с интересом определены в уголовном процессе стороны – сторона обвинения и сторона защиты. Именно применительно к сторонам отмечается, что они имеют правовой интерес в деле¹⁹⁵. К ним свидетель не отнесен. Так называемые «иные участники процесса», к которым принадлежит свидетель, не имеют в деле самостоятельного интереса и после выполнения своих функций выбывают из процесса¹⁹⁶. Интерес – та цель, которую преследует человек в том или ином уголовном деле. Следовательно, свидетель не может считаться лицом, которое имеет по делу свой

¹⁹⁴ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Архангельского обл. суда от 29 августа 2006 г. Дело № 22-к-2602.

¹⁹⁵ Уголовный процесс: учебник для вузов / под ред. В.П. Божьева. 2-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2000. С. 123.

¹⁹⁶ Уголовно-процессуальное право (Уголовный процесс): курс лекций / под общ. ред. Г.И. Загорского. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 80.

процессуальный интерес. И говорить о том, что он такой интерес имеет, – значит признавать его необъективность¹⁹⁷.

Если посмотреть на этот вопрос иначе, то законодатель, оперируя в ст. 72 УПК РФ категорией «интерес», не говорит об «интересе в деле». Охраняемый законом интерес признается предметом соглашения на оказание юридической помощи в уголовном судопроизводстве¹⁹⁸. А раз свидетель такое соглашение с адвокатом заключает, значит, он у него есть. Свидетелю, безусловно, в идеале должен быть безразличен результат судебного разбирательства (хотя – это, очевидно, только условная модель, некая правовая презумпция), но это не значит, что ему безразлично в уголовном процессе все, что связано с ним самим, с его процессуальным статусом и положением. Например: оценка правдивости его показаний или его личностных качеств субъектами, ведущими уголовное судопроизводство, соблюдение ими его прав и т. д. Интересам свидетеля, в частности, может соответствовать сокрытие адвокатом информации, которой последний обладает в силу оказания первому юридической помощи. Соответственно, этот интерес противоречит интересу участника процесса, заинтересованному в их обнаружении. Таким образом, если мы категорию «интерес» будем понимать шире, чем конечную цель участника процесса в виде принятия определенного итогового решения по делу, то тогда признаем, что вполне возможно говорить о конфликте интересов и между свидетелем, и стороной в процессе. Соответственно, вполне возможен отвод адвоката в случае конфликта интересов доверителей, когда хотя бы один из доверителей – свидетель.

Допущение возможности отвода адвоката в рассматриваемом случае, на наш взгляд, будет отвечать требованиям Европейского

¹⁹⁷ Стенограмма судебного процесса по делу УРАЛИНВЕСТЭНЕРГО // АиФ-Урал. 2006. 7 июня.

¹⁹⁸ Воробьев А.В. Указ. соч. С. 482.

сообщества. Согласно Кодексу поведения для юристов в Европейском сообществе (3.2.2) «Юрист должен прекратить действовать в интересах обоих клиентов, когда конфликт интересов возникает между этими клиентами, а также всякий раз, когда имеется риск нарушения конфиденциальности или может быть нанесен ущерб его независимости». Тем самым, одновременное представление интересов двух лиц ограничивается не только собственно конфликтом интересов. С учетом этой нормы и следует трактовать п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ.

Однако что является основанием для констатации такого противоречия интересов? Можно ли формально решить данный вопрос и исходить из того, что если свидетель выступает на стороне обвинения, к примеру, то и адвокат может оказывать помощь ему и потерпевшему (соответственно, аналогично – в отношении обвиняемого)?

Если обратиться к практике представления адвокатами свидетелей по делу, то, как правило, следствие не препятствует одновременно представлять интересы обвиняемого и свидетеля защиты (п. 6 ч. 4 ст. 56 УПК РФ). То есть практика зачастую идет именно по этому «формальному пути». Так, например, отказав в ходатайстве об отводе адвоката, судья сослался на то, что адвокат-представитель потерпевшего оказывал помощь свидетелю, который указан в обвинительном заключении как свидетель обвинения. Суд признал отсутствие доказательств того, что интересы свидетеля противоречат интересам потерпевшего¹⁹⁹.

На первый взгляд, данное решение вопроса выглядело бы самым логичным. Но это только на первый. На самом деле оно упирается в следующие контраргументы:

¹⁹⁹ Стенограмма судебного процесса по делу УРАЛИНВЕСТЭНЕРГО. Там же.

1. Не всегда вполне ясно, что понимать под свидетелем обвинения (защиты). Возможно ли применение формального критерия: по чьей инициативе вызван свидетель на допрос? В реальной действительности все не так однозначно, как кажется на первый взгляд. Например, кто является свидетелем защиты? Одно дело, если о вызове свидетеля и допросе ходатайствует адвокат, либо он был установлен (его допрос был инициирован) органами следствия без ходатайства защитника, при этом дает показания в пользу обвиняемого. Другое, – если его допрос был произведен по инициативе следствия, при этом он дает «нейтральные» показания. А еще он может быть допрошен по инициативе следователя и давать показания в пользу доверителя адвоката только в части.

2. Официальный статус свидетеля может не соответствовать фактическому. Так, свидетель, чей допрос был инициирован следователем и давший показания, не отвечающие интересам потерпевшего, будет формально проходить по делу как свидетель обвинения.

3. Официальный список свидетелей, разделяющий их на две категории: свидетелей обвинения и свидетелей защиты, появляется только по окончании предварительного расследования (ч. 4 ст. 220 УПК РФ). Это, во-первых, поздно, т. к. право свидетеля на получение помощи адвоката актуально именно в ходе предварительного расследования, во-вторых, он, как мы отметили, не всегда объективно отражает фактическую сторону дела.

Все изложенные моменты позволяют сделать следующие выводы:

1. Практика допускает оказание юридической помощи по одному и тому же делу свидетелю и обвиняемому (потерпевшему).

2. Отвод адвоката возможен в связи с тем, что он оказывает (оказывал) помощь лицу, проходящему свидетелем по данному делу.

3. Основанием такого отвода является конфликт интересов доверителей адвоката, возникающий, в первую очередь, по поводу угрозы обнародования им сведений, составляющих адвокатскую тайну.

4. Наличие этого конфликта презюмируется, если по закону свидетель является свидетелем противоположной доверителю адвоката стороны.

5. Формальное отнесение законом свидетеля к свидетелям той или иной стороны не всегда отражает факт отсутствия или наличия конфликта интересов у свидетеля и другого доверителя адвоката. Соответственно, решение этого вопроса по формальным признакам (см. п. 4) будет нарушать интересы как свидетеля, так и другого доверителя адвоката, т. к. первый будет видеть в бывшем своем доверенном лице постоянную угрозу разглашения нежелательных для него сведений, а второй – лишится возможности использовать для защиты своих интересов определенных сведений при помощи адвоката, связанного установленным законом обязательством их неразглашения.

Возможно, при решении вопроса об отводе адвоката наряду с формальным критерием следует руководствоваться и фактическим: содержанием показаний свидетеля, их сутью: обвинительной или оправдательной. Вспомним решение судебной коллегии по уголовным делам, согласившейся с прокурором, который в обоснование невозможности участия адвоката, оказывающего помощь свидетелю в деле, ссылаясь именно на содержание показаний последнего?²⁰⁰

Конечно, такой подход более разумен, но и он не свободен от недостатков:

²⁰⁰ См. казус по сноске № 194.

1. Поскольку материалы дела еще не обнародованы, дело сторонам не представлено, доказательства в суде не исследованы в соответствующих условиях, делающих их доступными для всестороннего анализа, дать однозначную оценку содержанию показаний свидетеля нельзя.

2. Изменение свидетелем, которому адвокатом была оказана помощь, показаний в суде, выявившее конфликт интересов с доверителем этого же адвоката со всей неизбежностью повлечет отстранение адвоката от участия в деле, причем в самый ответственный для его доверителя (подсудимого или потерпевшего) момент.

В свете сказанного, на наш взгляд, самым правильным ответом на вопрос о возможности участия в деле адвоката-защитника (представителя потерпевшего) при осуществлении помощи свидетелю был бы ответ отрицательный. О недопустимости оказания помощи свидетелю защитником (представителем потерпевшего) уже говорилось в современной науке. Так, М.Ю. Брежнева отмечает: «Адвокат, оказывающий помощь свидетелю – иной участник уголовного судопроизводства, поэтому он не может одновременно участвовать в деле на стороне защиты или обвинения. В противном случае велика вероятность его предвзятого влияния на свидетеля»²⁰¹.

Действительно, можно привести аргументы, ставящие под сомнение возможность участия в деле адвоката в таких случаях в принципе:

1. Адвокат, участвующий в допросе свидетеля, в настоящее время наделен широким кругом полномочий, аналогичным его полномочиям при оказании юридической помощи на допросе подзащитному. А именно: давать в присутствии следователя краткие консультации допрашиваемому свидетелю, задавать вопросы последнему, делать замечания по поводу правильности и полноты

²⁰¹ Брежнева М.Ю. Указ. соч. С. 61.

записей в протоколе данного следственного действия, делать заявления о нарушении прав и законных интересов свидетеля (ч. 2 ст. 53, ч. 5 ст. 189 УПК РФ). В литературе прямо отмечается, что, участвуя в допросе свидетеля, адвокат «корректирует фиксирование следователем в протоколе допроса показаний свидетеля... Присутствие адвоката, осуществляющего защиту, необходимо и для того, чтобы своим присутствием исключить возможность следователю заложить противоречия в их показания»²⁰².

Учитывая все это, если адвокат-защитник или представитель потерпевшего участвует при допросе свидетеля защиты (обвинения, соответственно), могут возникнуть сомнения в объективности свидетеля и достоверности его показаний. Возникает представление, что свидетель представляет интересы стороны в деле, а сам адвокат формирует доказательственную базу для своего доверителя (обвиняемого или потерпевшего).

В свете сказанного примечателен отвод адвоката Ю.Ю. Гладышевой следователем Советского межрайонного следственного отдела по г. Липецку от 12.05.2011 г., оказывающего юридическую помощь подозреваемому и свидетелю. Обжалуя решение следователя, адвокат указывала, что между показаниями ее доверителей нет противоречий. Суд, соглашаясь с правомерностью осуществленного отвода, отметил, что у следователя имелись все основания полагать, что данному свидетелю могли быть известны обстоятельства, имеющие существенное значение для дела, так как допрошенные им свидетели указывали на то, что он являлся очевидцем преступления»²⁰³. Тем самым не реальный, а предполагаемый

²⁰² Фомин М.А. Указ. соч. С. 499–500.

²⁰³ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда от 12 июля 2011 г. URL: <http://sudrf.kodeks.ru/rospravo/document/468652779>.

конфликт интересов стал основой отвода адвоката, обусловленный необходимостью получения достоверных показаний свидетеля.

Адвокат нужен свидетелю для обеспечения реализации при допросе его прав. Чьи интересы будет оберегать в первую очередь адвокат, оказывающий помощь свидетелю параллельно с обвиняемым (потерпевшим): представляемого обвиняемого (потерпевшего) или свидетеля, учитывая что помощь последнему оказывается разово (по крайней мере, от допроса к допросу)? Ответ очевиден.

Согласно уголовно-процессуальному законодательству защитник и адвокат-представитель потерпевшего получают возможность ознакомиться с материалами уголовного дела только по окончании расследования (ст. 216, 217 УПК РФ). Однако в случае оказания юридической помощи еще и свидетелю, защитник (представитель потерпевшего) получает доступ к материалам дела – протоколам его допроса, знание которых он не может не использовать в пользу своей функции стороны в деле. При этом, как видим, адвокат-представитель потерпевшего и защитник окажутся в неравном правовом положении, если один из них оказывает параллельно помощь какому-либо свидетелю по делу, а другой – нет. Это нарушает равноправие сторон в уголовном процессе – одного из элементов принципа состязательности (ст. 15 УПК РФ).

Вместе с тем возможность участия защитника в допросе свидетеля защиты обосновывается в науке тем, что «...УПК не содержит запрета на участие адвоката обвиняемого в допросе свидетеля стороны защиты, а последний, в силу п. 6 ч. 4 ст. 56 УПК, вправе являться на допрос с адвокатом...»²⁰⁴. Однако то, что закон «не содержит запрета на участие адвоката обвиняемого в допросе свидетеля стороны защиты», вовсе не означает, что он его допускает, т. к., как известно, что:

²⁰⁴ Там же. С. 500.

а) в УПК не действует принцип: все, что не запрещено, разрешено;
б) УПК не содержит, как мы убедились, и прямого указания на запрет участия защитника в допросе свидетеля обвинения, однако из этого вовсе не следует, что оно возможно.

Риск нарушения конфиденциальности, о котором говорится в ст. 3.2.2 Кодекса поведения для юристов в Европейском сообществе, в случае осуществления адвокатом одновременно и функции одной из сторон, и представления интересов свидетеля в одном деле достаточно велик.

Адвокат, оказывающий помощь свидетелю по делу, выполняет функцию вспомогательную по отношению к функции свидетеля – обеспечения нормального хода уголовного судопроизводства. Получается, что, оказывая параллельно помощь одной из сторон, он совмещает в одном лице различные процессуальные функции, что проблематично и с психологической, и с этической, и с процессуальной точек зрения.

2. Адвокат, представляющий в одном уголовном процессе субъектов, выполняющих различные процессуальные функции, не может быть независимым. Он связан обязательствами перед одним доверителем зачастую в ущерб другому, что, напомним, согласно ст. 3.2.2 Кодекса поведения для юристов в Европейском сообществе является основанием для ограничения возможности представлять интересы нескольких лиц.

Учитывая, однако, уже сложившуюся практику положительно-го решения вопроса о возможности адвоката, представляющего сторону в процессе, оказывать помощь свидетелю по тому же делу, желательно, как минимум, расширить возможность отвода адвоката в рассмотренных случаях включением диспозитивного компонента в основания отвода. А именно:

1. должен действовать как формальный (отнесение свидетеля к противоположной другому доверителю адвоката стороне), так и фак-

тический критерий (свидетельствование против доверителя адвоката-стороны в процессе) как безусловное основание для его отвода по признаку наличия конфликта интересов между его доверителями;

2. помимо этого основанием такого отвода должно являться и заявление ходатайства об отводе адвоката со стороны любого из доверителей адвоката (свидетеля или обвиняемого, потерпевшего). Тем самым в случаях, не подпадающих под предыдущий пункт, решение этого вопроса о возможности участия адвоката в деле необходимо отдать на усмотрение доверителей адвоката. При этом от заявителя нельзя требовать, чтобы он мотивировал свое заявление указанием, в чем именно выражается конфликт его интересов (обратное зачастую потребовало бы обнаружения нежелательной для него информации), достаточно было бы отметить сам факт нежелательного оказания адвокатом юридической помощи свидетелю и иному субъекту процесса. В отличие от простого отказа от помощи адвоката последний не просто прекращает оказание помощи конкретному доверителю, а полностью выбывает из производства по уголовному делу с запретом на осуществление полномочий в конкретном уголовном судопроизводстве.

Анализируя отвод адвоката в связи с возможностью представления интересов свидетеля, следует обратить внимание еще на один важный, с нашей точки зрения, момент. При прочтении п. 3 ч. 1 ст. 72 УПКРФ возникает впечатление, что отвод адвоката возможен только в том случае, если хотя бы один из его доверителей – сторона в процессе. Да и сама статья, если обратить внимание на ее название, посвящена отводу только защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика. Это может привести к выводу, что закон в принципе не допускает возможности заявить отвод адвокату, оказывающему помощь свидетелю.

Это изначально неверно, хотя бы потому, что сама ст. 72 УПК РФ в исследуемой части допускает отвод адвоката в том случае, если он в прошлом осуществлял защиту или представление интересов потерпевшего, а ныне представляет «иное лицо, интересы которого противоречат...», т. е. не обязательно участвует в деле в качестве защитника или представителя потерпевшего. Таким образом, формулировка названия ст. 72 УПК РФ не отражает реальный круг участников процесса, подлежащих отводу.

Несостоятельными на практике признаются доводы о том, что адвокат свидетеля не может быть отведен от участия в процессе в связи с тем, что ст. 72 УПК РФ на него не распространяется. Так, адвокат Г.Л. Казак 2 июня 2010 г., представлявший интересы свидетеля Ж.Е.С., был отведен от участия в процессе на основании п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. Заметим, что следователь отводил адвоката Казака как защитника подозреваемого. Обжалование этого решения в порядке ст. 125 УПК РФ со ссылкой на то, что Ж.Е.С. по закону подозреваемым не является и на то, что УПК РФ не предусматривает отвод адвоката, представляющего интересы свидетеля, к отмене постановления следователя не привело²⁰⁵.

Тем самым мы вполне допускаем ситуации отвода адвоката, оказывающего помощь свидетелю, причем не только в случае, если он в прошлом осуществлял защиту или представление интересов потерпевшего, но и когда обоими его доверителями являются свидетели по делу. В последнем случае решение вопроса о необходимости отвода адвоката также должно осуществляться исходя из тех критериев, которые были нами выделены.

Результаты опроса показали, что большинство адвокатов (60,6 %) и следователей (65,7 %) считают недопустимым осуществление

²⁰⁵ Сайт адвоката Г.Л. Казака. URL: [www/http://advokatkazak.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=10:2010-08-28-09-14-18&catid=1:2010-08-18-15-00-25&Itemid=2](http://advokatkazak.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=10:2010-08-28-09-14-18&catid=1:2010-08-18-15-00-25&Itemid=2).

адвокатом представления интересов свидетелей в одном процессе при наличии существенных противоречий в их показаниях. В то же время треть и тех, и других посчитали, что это представление интересов возможно при условии, что речь идет о свидетелях одной стороны (защиты и обвинения).

Ознакомиться с конкретными результатами опроса можно в представленной табл. 8:

Таблица 8

Вопрос: Может ли адвокат в одном и том же деле оказывать помощь нескольким свидетелям при допросе в порядке ч. 5 ст. 189 УПК РФ при наличии существенных противоречий в показаниях этих свидетелей?	Следователи %	Адвокаты %
Да	8,6	3
Да, если это – свидетели с одной стороны (защиты или обвинения)	25,7	27,3
Нет	65,7	60,6
Нет ответа	0	9,1

Тем самым чуть менее трети опрошенных не связывают конфликт интересов свидетелей с содержанием их показаний, целиком полагаясь на формальный признак (какая сторона инициировала его участие в деле). В целом же обе категории опрошенных (следователи даже в большей степени) склонны решать этот вопрос исходя из сути показаний свидетелей. Вместе с тем эта готовность следователей не может не настораживать, поскольку может на практике быть поводом для необоснованного отстранения

адвоката из дела на основании наличия несущественных противоречий в показаниях свидетелей, наличие которых всегда будет у двух людей, даже в случае правдивого описания одного и того же события. В этой связи мы бы советовали адвокатам воздерживаться от оказания юридической помощи нескольким участникам одного и того же процесса.

Хотелось бы отметить, что обстоятельства, исключающие участие в уголовном деле адвоката применительно к представлению им интересов свидетеля, напрямую урегулированы кодексами некоторых стран. Так, например, ч. 5 ст. 61 УПК Украины запрещает адвокату в одном деле представлять интересы двух и более свидетелей, а также оказывать юридическую помощь параллельно свидетелю и подозреваемому, обвиняемому, подсудимому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику.

Очевидно, что исходя из вероятности отвода, обусловленного конфликтом интересов доверителей, адвокаты должны быть осторожны при принятии поручения, дабы избежать щепетильных ситуаций отвода, которые грозят их доверенным лицам лишением юридической помощи. Однако полностью, при всей осмотрительности и предупредительности адвоката, избежать возникновений таких ситуаций нельзя, т. к. на момент принятия поручений адвокат может быть не в курсе, что в деле фигурирует доверитель, которому он ранее оказывал юридическую помощь (хотя фамилии основных фигурантов дела, безусловно, он должен узнать), адвокат может не выявить конфликт доверителей, или он может появиться позже уже в процессе оказания адвокатом юридической помощи.

§ 3. Обстоятельства, исключающие осуществление адвокатской деятельности как внепроцессуальное основание отвода адвоката

Законодательство об адвокатуре и адвокатской деятельности устанавливает общие требования к субъекту, претендующему на получение статуса адвоката (ст. 9 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»). При удовлетворении этим требованиям и сдаче квалификационного экзамена лицу присваивается указанный статус и предоставляется право осуществления адвокатской деятельности.

Однако действие статуса адвоката не безусловно. При наступлении определенных юридических фактов лицо его теряет временно или на постоянной основе. ФЗ «Об адвокатской деятельности...» в ст. 16, 17 устанавливает перечень обстоятельств, с наличием которых связывает приостановление и прекращение статуса адвоката (рис. 5).

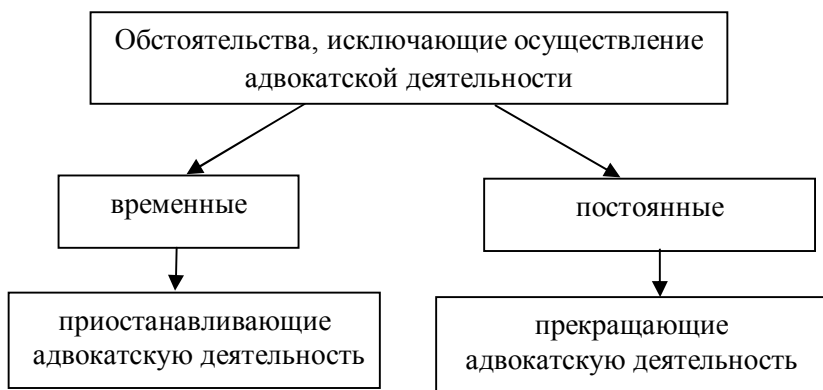


Рис. 5.

Согласно ч. 1, 2 ст. 16 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» статус адвоката приостанавливает:

- избрание адвоката в орган государственной власти или орган местного самоуправления на период работы на постоянной основе;
- неспособность адвоката более шести месяцев исполнять свои профессиональные обязанности;
- призыв адвоката на военную службу; признание адвоката безвестно отсутствующим в установленном федеральном законе порядке;
- применение к адвокату принудительных мер медицинского характера.

Согласно ч. 1 ст. 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» «Прекращение статуса адвоката» статус адвоката прекращается по следующим основаниям:

- подача адвокатом заявления о прекращении статуса адвоката в совет адвокатской палаты;
- вступление в законную силу решения суда о признании адвоката недееспособным или ограниченно дееспособным;
- смерть адвоката или вступление в законную силу решения суда об объявлении его умершим;
- вступление в законную силу приговора суда о признании адвоката виновным в совершении умышленного преступления;
- нарушение адвокатом требований закона о недопустимости осуществления адвокатской деятельности в период приостановления статуса адвоката.

Согласно ч. 2 ст. 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» статус адвоката может быть прекращен в связи со следующими обстоятельствами:

- неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей;
- нарушение адвокатом норм кодекса профессиональной этики адвоката;

– неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции;

– установление недостоверности сведений, представленных в квалификационную комиссию для допуска в квалификационному экзамену;

– отсутствие в адвокатской палате в течение четырех месяцев со дня присвоения статуса адвоката либо внесения сведений об адвокате в региональный реестр после изменения им членства в адвокатской палате, либо возобновления статуса адвоката сведений об избрании адвокатом формы адвокатского образования.

Приостановление и прекращение статуса адвоката влечет запрет на осуществление им адвокатской деятельности (ч. 3.1 ст. 16, ч. 3 ст. 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности»). Таким образом, наличие установленных ст. 16, 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности ...» обстоятельств означает невозможность осуществления этой деятельности в принципе в любой форме при производстве по любому делу. В этой связи они и исключают участие адвоката, в том числе в конкретном деле. Это объединяет их с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле, предусмотренными УПК РФ. Но очевидно и различие с ними, как существующими исключительно в связи с особенностями самого дела, с характеристиками его участников и распространяющимися на производство по конкретному уголовному делу.

Кроме того, факт наличия этих обстоятельств устанавливается специально уполномоченными органами, наделенными ФЗ «Об адвокатской деятельности...» соответствующей компетенцией: Советом адвокатской палаты соответствующего субъекта либо в особо оговоренных случаях – судом (ст. 16, 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»). В этом также их отличие от предусмотренных УПК РФ обстоятельств, исключающих участие адвоката в де-

ле, констатация которых осуществляется в предусмотренном законом порядке субъектом, ведущим уголовное судопроизводство, и оформляется соответствующим решением (ч. 2 ст. 72 УПК РФ).

Адвокат, чей статус приостановлен или прекращен, не может осуществлять адвокатскую деятельность и должен, сделав соответствующее заявление и представив документы, подтверждающие приостановление или прекращение своего статуса, прекратить свои полномочия по конкретному делу, либо он должен быть отстранен от участия в деле субъектом, ведущим уголовное судопроизводство, при наличии соответствующих подтверждающих документов как лицо, не соответствующее предъявляемым законом требованиям для вступления и участия в деле (наличие статуса адвоката, подтвержденного удостоверением (ч. 2 ст. 49, ч. 1 ст. 45, ч. 4 ст. 49 УПК РФ)). В этом сходство обстоятельств, исключающих осуществление адвокатской деятельности, с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле: они также прекращают участие адвоката в деле.

Следует отметить, что форма такого отстранения адвоката от участия в деле, его процедура Уголовно-процессуальным кодексом РФ не предусмотрена. Очевидно, что в свете обеспечения права граждан на квалифицированную юридическую помощь в целом и права обвиняемого на защиту в частности, это отстранение адвоката заслуживает, как минимум, упоминания в уголовно-процессуальном законе. Между тем данный пробел законодательного регулирования может быть разрешен путем применения аналогии закона: распространением процессуального порядка отвода адвоката на случаи прекращения его участия в деле на основании обстоятельств, исключающих осуществление адвокатской деятельности.

В свете сказанного можно подвергнуть анализу положение п. 5 ч. 1 ст. 87 УПК Республики Беларусь, предусматривающего в чис-

ле обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, признание его в установленном порядке недееспособным. Примеряя эту норму к отечественному судопроизводству, становится очевидным, что оно рассматривает его не как обстоятельство, исключающее участие адвоката в деле, а как обстоятельство, исключающее осуществление адвокатской деятельности: согласно ч. 1 ст. 9 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» лицо, признанное недееспособным или ограниченно дееспособным, не вправе претендовать на приобретение статуса адвоката и, соответственно, признание неспособности, как и ограниченной дееспособности адвоката признается в качестве основания для прекращения его статуса (п. 2 ч. 1 ст. 17).

УПК Украины от 28 декабря 1960 г. в этой части зашел дальше УПК республики Беларусь, устанавливая в числе обстоятельств, исключающих участие защитника в деле помимо указанного (п. 5 ч. 1 ст. 61 УПК Украины) еще и приостановление действия свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью или права на предоставление правовой помощи или аннулирования в порядке, установленном законодательными актами Украины (п. 2 ч. 2 ст. 61 УПК Украины). УПК Украины, принятый 13.04.2012 г., к числу обстоятельств, исключающих участие в деле лица в качестве защитника или представителя потерпевшего, отнес «прекращение или приостановление права на занятие адвокатской деятельностью (приостановление действия свидетельства на право занятия адвокатской деятельностью либо его аннулирования) в порядке, предусмотренном законом (п. 2 ч. 2 ст. 78). Таким образом, к обстоятельствам, исключающим участие адвоката в деле, он целиком отнес обстоятельства, исключающие осуществление адвокатской деятельности.

УПК Республики Казахстан это же предписание формулирует в числе обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле,

весьма лаконично: «защитник, а также представитель потерпевшего (частного обвинителя), гражданского истца, гражданского ответчика, не могут участвовать в производстве по уголовному делу ... если он не вправе быть защитником или представителем в силу закона или решения суда» (п. 4 ч. 1 ст. 94 УПК Республики Казахстан от 4 июля 2014 г.)²⁰⁶. Заметим, что аналогичное положение закрепляли проект УПК РФ, подготовленный ГПУ Президента РФ (п. 3 ч. 1 ст. 116) и Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств-участниц СНГ п. 3 ч. 1 ст. 130).

В современной отечественной уголовно-процессуальной науке также предлагается включить в УПК РФ аналогичные положения. Так, М.В. Горский считает необходимым в числе оснований отвода защитника (представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика) предусмотреть случай, когда он «не соответствует требованиям, предъявляемым законом к лицам, обладающим соответствующим процессуальным статусом»²⁰⁷. О включении в ст. 72 УПК РФ формулировки, аналогичной п. 4 ч. 1 ст. 97 Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г., писал В.А. Федерякин²⁰⁸.

На наш взгляд, закрепление этого требования в УПК РФ приведет к смешению различных институтов. Обстоятельства, исключющие участие в деле, предусматривают ситуации, при которых субъект, обладающий статусом адвоката, не может осуществлять профессиональную деятельность в конкретном деле. Разрешение

²⁰⁶ Отметим, что аналогичное положение содержалось в п. 4 ч. 1 ст. 97 ранее действовавшего УПК Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г.

²⁰⁷ Горский М.В. Механизм правового регулирования отводов участников уголовного судопроизводства (процессуальное и криминалистическое исследование). М.: Юрлитинформ, 2011. С. 80.

²⁰⁸ Федерякин Ф.А. Процессуально-правовые и нравственные основы участия защитника-адвоката в производстве следственных действий (по материалам РФ и Республики Казахстан): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 58.

отвода при их наличии требует от субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, установления юридически значимых фактов, учета специфики конкретной процессуальной обстановки. В случае же существования обстоятельств, исключающих осуществление адвокатской деятельности, такие факты устанавливать не надо: они уже удостоверены соответствующими органами и подтверждены соответствующими документами и решениями. Эти обстоятельства предусматривают невозможность осуществления адвокатской деятельности, в том числе в конкретном деле лицом, адвокатом не являющимся. Их наличие будет исключать вступление его в дело, а в случае их появления или выявления в процессе участия в нем – повлечет отстранение, т. е. отвод.

На практике возникают ситуации, когда отдельные обстоятельства по-разному оцениваются с точки зрения допустимости осуществления адвокатской деятельности и, соответственно, возможности признания в качестве основания для отвода.

Так, например, возникший на практике казус заставил Верховный Суд РФ указать правоприменителям на то, что не является основанием для отстранения от участия в деле адвоката предъявление ордера юридической консультации, которая территориально не относится к тому субъекту РФ, где ведется производство по уголовному делу.

По обстоятельствам дела в судебном заседании прокурор заявил ходатайство о направлении дела на дополнительное расследование в связи с тем, что, по его мнению, полномочия адвоката Т., защищавшего Зайцева и на предварительном следствии, и в суде, оформлены не должным образом, и данное нарушение процессуального закона не может быть устранено в суде.

Дзержинский районный суд г. Ярославля 28 марта 2000 г. ходатайство прокурора удовлетворил.

Судебная коллегия по уголовным делам Ярославского областного суда оставила определение районного суда без изменения. Президиум Ярославского областного суда оставил судебные решения без изменения, а протест в порядке надзора – без удовлетворения.

Заместитель Председателя Верховного Суда РФ поставил вопрос об отмене судебных постановлений в порядке надзора. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 5 февраля 2001 г. протест заместителя Председателя Верховного Суда РФ удовлетворила, указав следующее. Направляя дело для производства дополнительного расследования, суд сослался на то, что Т. – адвокат юридической консультации Ивановской области, которая не имеет статуса межрегиональной, и открытие филиала юридической консультации в Ярославской области незаконно, поэтому Т. не мог защищать права обвиняемого в ходе следствия, а согласно ст. 47 УПК РСФСР мог быть допущен лишь к участию в суде. Осуществление же Т. адвокатских обязанностей в ходе следствия является нарушением права Зайцева на защиту.

Однако такой вывод противоречит закону и не основан на материалах дела. Как установлено судом, Т. – профессиональный адвокат.

Из материалов дела видно, что, будучи задержанным, Зайцев выразил желание иметь в качестве защитника адвоката Т., который был приглашен и участвовал в деле на основании ордера президиума 2-й Ивановской областной коллегии адвокатов, образованной и зарегистрированной в соответствии с требованиями действующего законодательства (сообщение начальника управления юстиции Ивановской области).

То, что Т. – адвокат не Ярославской коллегии адвокатов, не относится к обстоятельствам, предусмотренным ст. 67.1 УПК РСФСР как исключаяющим участие в деле адвоката²⁰⁹.

В то же время следует отметить, что решение поднятой проблемы не столь однозначно. Согласно разъяснениям Совета ФПА от 2 апреля 2010 г. и 30 ноября 2010 г. не допускается работа адвоката в адвокатском образовании (филиале адвокатского образования) на территории субъекта РФ, если в реестре этого субъекта РФ отсутствуют сведения об адвокате как о члене адвокатской палаты этого субъекта РФ, либо если адвокатское образование (его филиал) не числится в реестре адвокатских образований адвокатской палаты субъекта РФ.

Осуществление адвокатской деятельности на территории другого субъекта РФ может носить только временный характер, не предполагающий постоянного проживания. Адвокат вправе оказывать помощь по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда только на территории того субъекта РФ, в реестр которого внесены сведения об адвокате, и только в порядке, установленном советом адвокатской палаты.

Аналогичную позицию занял Совет АП г. Москвы в решении № 33 от 19 апреля 2007 г. «О соблюдении порядка оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению»: «адвокатские образования и адвокаты, внесенные в соответствующие реестры г. Москвы, не вправе исполнять требования органов дознания, органов предварительного следствия, прокуроров или судов об участии в уголовном судопроизводстве в качестве защитника

²⁰⁹ Дело по обвинению Зайцева и Панова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 8. С. 12–13.

по назначению, если перечисленные государственные органы не распространяют свою юрисдикцию на территорию г. Москвы»²¹⁰.

В этой связи интересно дело И., в котором судебная коллегия по уголовным делам Московского городского суда 16 апреля 2007 г. кассационным определением отменила приговор Никулинского районного суда г. Москвы от 26 декабря 2006 г. в связи с нарушением права подсудимого на защиту. Одним из установленных нарушений было то, что следователь привлек к участию в деле в качестве защитника И. адвоката, числящегося в коллегии адвокатов Удмурдской Республики, и не имеющего права участвовать в следственных действиях в порядке ст. 51 УПК РФ на территории г. Москвы согласно Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»²¹¹.

На наш взгляд, сказанное позволяет заключить следующее: защита по назначению адвокатом на территории адвокатского образования, членом которого он не является, недопустима. Обнаружение этого обстоятельства должно влечь его отвод. Исключение должны составлять лишь случаи, когда адвокат в связи с переездом сменил членство в адвокатской палате в процессе производства по делу. В данном случае его отвод возможен только на основании его самоотвода или на основании отвода, заявленного его подзащитным. В случае защиты по соглашению осуществление отвода при наличии указанных обстоятельств по инициативе органа, ведущего судопроизводство, недопустимо. Это означало бы возложение им на себя полномочий по определению того, осуществ-

²¹⁰ Решение № 33 Совета АП г. Москвы от 19 апреля 2007 г. «О соблюдении порядка оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению» // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2007. № 4–5 (42–43). С. 11–12.

²¹¹ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 16 апреля 2007 г. Дело № 22-2971 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2007. Вып. № 6–7 (44–45). С. 139–141.

ляется ли данным адвокатом адвокатская деятельность на постоянной основе на территории данного субъекта РФ, или она носит временный, эпизодический характер. Очевидно, это компетенция органа, призванного привлекать адвоката к дисциплинарной ответственности. Участие такого адвоката в деле должно определяться позицией самого доверителя, признать нарушенным его право на защиту при наличии добровольности выбора им данного защитника нельзя.

§ 4. Обстоятельства, исключающие принятие адвокатом поручения, их соотношение с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле

Законодательство об адвокатуре определяет перечень обстоятельств, при наличии которых адвокат не вправе принимать поручение от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи (ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», ч. 3 ст. 10, ст. 13 КПЭА). Мы их выделили в отдельную группу обстоятельств, ограничивающих осуществление адвокатской деятельности. Исследование обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, без соотнесения с ними было бы неполным.

Их взаимосвязь прослеживается в самой истории развития отечественного законодательства. При отсутствии законодательного закрепления обстоятельств, исключающих участие в деле, в отечественной уголовно-процессуальной науке высказывались идеи о том, что адвокат еще на момент принятия поручения должен прогнозировать возможные негативные правовые последствия этого. В связи с этим ученые обозначали круг обстоятельств, исключающих возможность принятия адвокатом поручения на представление интересов обратившегося к нему за юридической помощью

лица в уголовном деле. Что входит в этот круг, решали по-разному. Однако как бы он не трактовался, ученым было ясно, что в любом случае в него должны подпадать обстоятельства, исключаящие участие адвоката в деле, поскольку такую защиту нет смысла принимать на себя в принципе.

Одно из интересных и небесспорных, с точки зрения нравственности, предложений можно, например, встретить в работе М. Некрасовой, указавшей, что адвокат вправе «отказаться от принятия защиты, если обвиняемый или его родственники непосредственно обращаются к защитнику, но он в силу каких-либо объективных или субъективных причин чувствует антипатию к обвиняемому и в результате не сможет осуществить всестороннюю и полную защиту».²¹² Следует отметить, что это положение не закреплено отечественным законодательством, однако указанная идея в настоящее время реализована в кодексах профессиональной этики адвокатов некоторых стран. Так, согласно ст. 37 Правил профессиональной этики адвоката республики Беларусь основанием обязательного отказа не только в принятии поручения, но и в ведении дела служат «неприятные отношения с клиентом или лицом, против которого нужно вести дело».

К обстоятельствам, исключающим принятие поручения, предлагали отнести также следующее:

– публичное выражение мнения, противоположное позиции, которую придется отстаивать при принятии поручения. В частности, это мнение высказал Д.П. Ватман²¹³;

– наличие на момент принятия поручения потенциальной возможности участия адвоката в деле в качестве свидетеля. Об этом писал В.Д. Гольдинер: «Исходя из приоритета интересов правосу-

²¹² Некрасова М.Н. Правовые и нравственно-психологические аспекты защиты. Калининград, 1984. С. 36

²¹³ Ватман Д.П. Указ. соч. С. 7.

дия, а также принимая во внимание незаменимость свидетеля и возможность приглашения другого представителя или защитника для ведения дела, адвокату следует отказаться от принятия поручения, если есть основания полагать, что он может быть вызван в качестве свидетеля»²¹⁴.

В современной отечественной науке также разрабатываются положения о том, когда адвокат вправе отказаться принять защиту. Так, к ним относят:

«– несогласие с позицией, избранной обвиняемым, или средствами защиты, которыми намерен пользоваться последний;
– в силу занятости в других процессах;
– в случае нахождения в командировках, отпусках, по болезни и проч»²¹⁵.

Очевидно, что правовая природа предписаний о том, когда адвокат «не вправе принять поручение» отличается от тех, при которых адвокат «вправе не принимать поручение». Очевидно, что положения о том, когда адвокат «вправе отказаться принять защиту» никак не влияют на участие защитника в деле, когда адвокат своим правом не воспользовался, т. е. когда защита уже принята. А вот обстоятельства, при которых адвокат «не вправе принимать поручение на ведение дела», могут и должны иметь последствия, распространяющиеся на его участие в деле.

Действующий ФЗ «Об адвокатской деятельности...» установил, что адвокат не вправе принимать от лица, обратившегося к нему за юридической помощью, поручение в случае, если:

– оно имеет заведомо незаконный характер (п. 1 ч. 4 ст. 6);
– он имеет самостоятельный интерес по предмету соглашения с доверителем, отличный от интересов данного лица;

²¹⁴ Гольдинер В.Д. Об этике в деятельности адвоката // Советское государство и право. 1965. № 10. С. 96.

²¹⁵ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 27.

– участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, переводчика, является по данному делу потерпевшим или свидетелем, а также если он являлся должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решений в интересах данного лица;

– состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица;

– оказывает юридическую помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица (п. 2 ч. 4 ст. 6).

Этот перечень дополняет КПЭА. Он запрещает адвокату принимать поручение:

– на оказание юридической помощи заведомо больше, чем адвокат в состоянии выполнить (п. 5 ч. 1 ст. 9 КПЭА);

– если его исполнение будет препятствовать исполнению другого, ранее принятого поручения (ч. 3 ст. 10 КПЭА);

– на осуществление защиты по уголовному делу двух и более лиц, если:

1) интересы одного из них противоречат интересам другого;

2) интересы одного, хотя и не противоречат интересам другого, но эти лица придерживаются различных позиций по одним и тем же эпизодам дела;

3) по одному делу необходимо осуществлять защиту лиц, достигших и не достигших совершеннолетия (ч. 1 ст. 13 КПЭА).

Можно встретить мнение о том, что запрет, содержащийся в п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», соответствует основаниям отвода любого участника судопроизводства, которые отражены в процессуальных кодексах²¹⁶.

²¹⁶ См.: Лубшев Ю.Ф. Указ. соч. С. 83.

На самом деле, это не так, и названные основания не только не отражают основания отвода любых участников уголовного процесса (судьи, прокурора и т. д.), но и не соответствуют полностью основаниям отвода адвоката, закрепленным в УПК РФ. Сопоставляя перечень обстоятельств, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, со ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», видно, что обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном судопроизводстве, составляют только часть обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения. В то же самое время они не полностью поглощаются ими, поскольку могут возникнуть и после принятия поручения. Например, может появиться конфликт интересов между его доверителями, или возникнут родственные отношения с кем-либо из участников уголовного процесса, упомянутых в ч. 2 ст. 72 УПК РФ (допустим, путем заключения брака).

Поскольку законодательство об адвокатской деятельности, закрепляя обстоятельства, исключающие принятие адвокатом поручения, не выделяет особо обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, следует провести четкую грань между ними, что имеет принципиальное значение для определения сущности и правовой природы последних.

Существует мнение, что обстоятельства, исключающие принятие поручения, тождественны по правовым последствиям обстоятельствам, исключающим участие адвоката в процессе, в том числе в отношении осуществления защиты: «в п. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» более широко определены причины, по которым адвокат не вправе принимать поручение от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, а следова-

тельно, участвовать в производстве по уголовному делу в качестве защитника»²¹⁷.

Между тем согласно КПЭА выявление обстоятельств, исключающих принятие поручения, должно влечь расторжение адвокатом уже заключенного соглашения с той оговоркой, что это требование неприемлемо для ситуаций осуществления защиты по уголовному делу (ч. 9 ст. 10 КПЭА). Таким образом, установление факта выполнения адвокатом поручения, принятого при наличии обстоятельств, это исключающих, не являющихся при этом основаниями для отвода, недостаточно для прекращения его полномочий в уголовном процессе и не порождает для защитника процессуальных последствий. Вместе с тем для адвоката-представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика возникает обязанность расторгнуть соглашение. Это и будет основанием для его выбытия из процесса. В противном случае можно ставить вопрос о неправомерности участия в деле адвоката в данном статусе. Последнее в случае отказа адвоката от самостоятельного сложения полномочий может осуществляться путем обращения соответствующих субъектов в органы, уполномоченные решать вопрос о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности за несоблюдение требований профессиональной этики. Из участников процесса к таким субъектам относятся: доверитель адвоката, суд, защитник (представитель), являющийся адвокатом (ч. 1 ст. 20 КПЭА). Другие субъекты (следователь, дознаватель, прокурор и т. д.) могут поставить вопрос о соответствии действий адвоката требованиям профессиональной этики только через фе-

²¹⁷ Уголовно-процессуальное право: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юрист, 2006. С. 171–172.

деральную регистрационную службу²¹⁸. Доверитель же адвоката может в таких ситуациях расторгнуть с ним соглашение.

Отметим, что адвокат, принявший защиту, зная о наличии обстоятельств, исключающих принятие поручения, но не исключающих участие в деле, также может быть подвергнут дисциплинарной ответственности. Последний вывод мы можем сделать на основании того, что при формулировании запрета на принятие поручения законодатель не установил никаких оговорок в отношении защитника (напомним, в соответствии с ч. 7 ст. 49 УПК РФ исключение существует применительно к требованию сложить с себя полномочия).

Возникает вопрос: почему законодатель так по-разному отнесся к решению вопроса о возможности участия в деле адвоката и при наличии равных обстоятельств ставит ее в зависимость от его процессуального статуса? Меняет ли последний уровень негативных последствий от принятия адвокатом поручения при наличии установленного в законе запрета, влияет ли это на качество его работы? Очевидно, что нет. Представляется, что законодатель в данном случае просто признает преимущество права выбора адвоката тем, кто особенно остро нуждается в юридической помощи – подозреваемым, обвиняемым, подсудимым. В этой связи наиболее ярко реализуется принцип обеспечения подозреваемому (обвиняемому) права на защиту (ст. 16 УПК РФ). Если лицо доверяет адвокату настолько, что оно выбрало его в качестве защитника и не отказывается от его помощи даже при наличии обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения, то оно имеет право на то, чтобы эту помощь оказывал ему именно данный адвокат. Другое дело, что адвокат должен сообщить о наличии обстоятельств, ис-

²¹⁸ Лазарева В.А., Таран А.С. Конфликты между профессиональными участниками уголовного судопроизводства (проблемы разрешения) // Уголовное право. 2006. № 1. С. 91–95.

ключающих принятие им поручения сразу, как только ему станет известно об этом лице, которому юридическая помощь оказывается. Решение вопроса о продолжении участия защитника в деле в таком случае – за последним.

В связи с этим резонно поставить на обсуждение одну проблему: лицо, которому помощь оказывается на основании соглашения, вправе в любой момент отказаться от помощи защитника в том числе и при выявлении любых обстоятельств, исключавших принятие поручения. В случае же защиты по назначению ситуация обстоит иначе. По смыслу ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», запрещающей адвокату принимать поручение «от лица, *обратившегося к нему* за оказанием юридической помощи (выделено мной. – А. Т.)», установленный запрет должен действовать только на случаи защиты по соглашению. На самом деле, он должен распространяться и на случаи защиты по назначению. На наш взгляд, такая защита, при которой подозреваемый (обвиняемый) не доверяет назначенному ему защитнику по основаниям настолько веским, что они признаны законодателем обстоятельствами, исключающими принятие поручения, не может быть эффективной и реализующей принцип обеспечения обвиняемому (подозреваемому) права на защиту.

Что касается обязанности и возможности адвоката отказаться от принятия защиты по назначению, то, на наш взгляд, перечень оснований для этого должен быть шире обстоятельств, исключающих участие адвоката в производстве по делу. А именно: он должен включать в себя также любое обстоятельство, исключающее принятие поручения. Подзащитный, чей адвокат этого не сделал, имеет все основания для обращения к исполнительным органам адвокатского сообщества для решения вопроса о привлечении такого адвоката к дисциплинарной ответственности. Обвиняемый (подозреваемый), которому назначили защитника, имеет право

отказаться от него не только при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле, но и при наличии обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения. Этому праву должна корреспондировать обязанность субъектов, ведущих уголовное судопроизводство, этот отказ удовлетворить и осуществить замену адвоката. Ситуации продолжения осуществления защиты при наличии таких обстоятельств также должны признаваться существенным нарушением права обвиняемого на защиту и влечь соответствующую замену адвоката.

Мало того, на наш взгляд, в указанном вопросе следует пойти немного дальше. Ведь запрет на принятие поручения (п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» законодатель установил, презюмируя наличие волеизъявления лица, обратившегося к адвокату, т. е. констатируя с его стороны доверие и желание получить эту помощь именно от данного адвоката. В силу этого абсурдно было бы предусматривать в этой норме запрет принимать поручение, если обратившийся не доверяет адвокату или состоит с ним в конфликтных отношениях. В ситуации защиты по назначению все обстоит иначе. У обвиняемого не спрашивают о его доверии к тому или иному адвокату, и даже обоснованное недоверие к данному лицу (не подпадающее под ст. 72 УПК РФ) не принимается достаточным аргументом к отказу от помощи конкретного защитника. В этой связи интересно дело по обвинению М. Дикина и А. Дикина в организации покушения на предпринимателя О. Сорокина. Судья нижегородского областного суда Н. Чинякова три раза отказывала подсудимым в удовлетворении отказа от назначенных им адвокатов. Помимо всего прочего в качестве обоснования заявленного отвода адвокатов прозвучал тот факт, что с адвокатом Н. Фроловичевой у А. Дикина сложились личные неприязненные отношения 20-летней давности. Последнее обстоятельство Н. Фроловичева подтвердила и заявила о возможности своего отвода. От-

вод поддержали М. Дикин, его адвокаты А. Гузев и И. Караваев, а также потерпевший А. Новосельцев. Прокурор, потерпевший О. Сорокин и его адвокат возражали, ссылаясь на то, что уголовно-процессуальный кодекс не предусматривает отвод адвокатов в случае их неприязненных отношений с подзащитным²¹⁹.

Очевидно, что нежелание А. Дикина видеть в качестве защитника Н. Фролович было в принципе обоснованным, уже сам факт, что с течением времени этот конфликт не забылся, говорит о его значимости для обвиняемого. Вряд ли в этой ситуации можно ожидать квалифицированной помощи со стороны адвоката хотя бы уже потому, что она практически невозможна без согласованной, слаженной работы адвоката с доверителем, без знания адвокатом обстоятельств дела со «всех сторон», в том числе и с позиции последнего и т. д. На наш взгляд, не следует игнорировать в таких случаях позицию обвиняемого и рассматривать его нежелание получать помощь от конкретного адвоката как личную прихоть. Тот, чья судьба решается в ходе уголовного судопроизводства, не должен принуждаться к тому, чтобы верить ее человеку, к которому у него есть обоснованное недоверие.

Особо следует остановиться на соотношении обстоятельств, включающих участие адвоката в деле, сформулированных в п. 1–3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ и корреспондирующим им п. 2, 3, 4 п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...».

Установленному п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ запрету на совмещение адвокатом различных процессуальных функций соответствует положение, запрещающее адвокату принимать поручение в случае, если он «участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя,

²¹⁹ Агентство политических новостей (АПН) Нижний Новгород.
URL: http://www.apn-nn.ru/event_s/5874.html.

эксперта, специалиста, переводчика, является по данному делу потерпевшим или свидетелем, а также если он являлся должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решения в интересах данного лица».

Сравнивая эти нормы заметим их несовпадения.

ФЗ «Об адвокатской деятельности...» не упоминает о статусах секретаря судебного заседания и понятого, как исключаящих принятие поручения, тем самым неоправданно расширяя возможность для этого.

В то же время совершенно оправдано упоминание о запрете осуществления адвокатом профессиональной деятельности в деле, участником которого, отстаивающим личный интерес, он уже является, чего нет в УПК РФ. Кроме того, формулировка «являлся должностным лицом, в компетенции которого...» значительно шире ограничения, установленного п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ.

Таким образом, очевидно, что п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ не полностью соответствуют друг другу. В ряде случаев это в принципе недопустимо. ФЗ «Об адвокатской деятельности...» может устанавливать дополнительные ограничения на принятие поручение, но допускать его при наличии обстоятельств, исключающих осуществление адвокатской деятельности, предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством, он не должен.

Что касается соотношения обстоятельства, исключающего участие адвоката в деле по признаку родства, с обстоятельствами, исключающими принятие адвокатом поручения, предусмотренного ФЗ «Об адвокатской деятельности...», то части 2 ст. 72 УПК РФ корреспондирует положение п. 3 п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», согласно которому «адвокат не вправе принимать... поручение.. если он состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или при-

нимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица». Следует подчеркнуть, что данное основание для отказа в принятии поручения, исходя из содержания, адресовано исключительно сфере уголовного судопроизводства. Вместе с тем данные основания отказа в принятии поручения, установленные ФЗ «Об адвокатской деятельности...», несколько отличаются от соответствующих оснований отвода адвоката. Вместо указания на конкретных субъектов уголовного судопроизводства используется категория «должностное лицо, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица» (в этой части очевидно влияние положения ст. 67.1 УПК РСФСР). Таким образом, получается, что адвокат-родственник оперативного сотрудника, выезжавшего на место происшествия, не может принять поручения по этому делу²²⁰. При всем при этом данное обстоятельство не является основанием для отвода этого же адвоката по УПК РФ.

Степень родственных связей, мешающих принять поручение, определяется ФЗ «Об адвокатской деятельности...» как «родственные или семейные отношения» вместо категорий «родственник или близкий родственник», использованных УПК РФ в основаниях для отвода. Может ли категория «семейные отношения», примененная в исследуемой норме, трактоваться несколько шире, чем категория «родственник или близкий родственник» и подразумевать фактические отношения, т. е. то, что по УПК РФ подпадает под категорию «близкие лица»? В научной литературе специально подчеркивается, что термин «семейные отношения», примененный п. 3 п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», представляет сугубо юридические категории, не бытовые или моральные²²¹.

²²⁰ Лубшев Ю.Ф. Указ. соч. С. 84.

²²¹ Там же. С. 83.

Если это так, тогда не совсем понятно, зачем законодателю потребовалось применять термин «семейные отношения» и использовать его наряду с категорией «родственные отношения», если учесть, что согласно закону к родственникам относятся и супруги (п. 4 ч. 1 ст. 5 УПК РФ).

Следует отметить также, что в обстоятельствах, исключающих принятие адвокатом поручение, ФЗ «Об адвокатской деятельности...» ничего не упоминает о конфликте интересов с субъектами второй, выделенной нами, категории.

Оценивая несоответствие положений ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и ч. 1 ст. 72 УПК РФ в рассматриваемой части, отметим, что таких противоречий в законодательстве в принципе быть не должно. Основания для отказа в принятии поручения должны в указанном случае в полной мере отражать основания отвода адвоката, установленные уголовно-процессуальным законодательством.

Что касается соотношения обстоятельств, исключающих принятие поручения с обстоятельствами, исключающими осуществление адвокатской деятельности, обусловленными конфликтом интересов доверителей (п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ), то ФЗ «Об адвокатской деятельности...» закрепляет следующий критерий: «оказывает помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица» (п. 4 ч. 2 ст. 6).

Очевидно, что формулировки данных нормативных актов также не в полной мере соответствуют друг другу. ФЗ «Об адвокатской деятельности...» распространяет запрет на случаи оказания помощи лицу с противоречивым интересом в настоящем. Это не соответствует УПК РФ, для которого важно также оказание такой помощи и в прошлом причем без ограничения срока. В то же время он не обозначает процессуальный статус доверителя адвоката, интересы которого охраняются, тем самым устанавливая недопусти-

мость принятия поручения адвокатом и для оказания помощи свидетелю, что УПК РФ упустил.

Подводя итог сказанному, заметим, что частично обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, совпадают с кругом обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения. Если обстоятельства, исключающие принятие поручения, потенциально создают опасность возникновения каких-либо негативных обстоятельств: отказ доверителя адвоката от его услуг, утрата доверия к адвокату и т. д., то обстоятельства, служащие основанием для отвода, независимо от реального положения дел, презюмируются создающими ситуации, когда осуществление юридической помощи со стороны адвоката невозможно и недопустимо. И если установление обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, влечет процессуальную санкцию – санкцию недействительности и отмену процессуальных решений, вынесенных при участии такого адвоката в деле, то установление факта выполнения адвокатом поручения в случаях, подпадающих под установленный в законе запрет на принятие такого поручения, не приводит к автоматическому устранению адвоката из дела и признанию нарушенным права на получение квалифицированной юридической помощи, в т. ч. защиту, но может влечь применение к адвокату мер дисциплинарного воздействия в соответствии с КПЭА, требует от адвоката-представителя потерпевшего (ГИ, ГО) сложения полномочий, тем самым, опосредованно, исключая участие адвоката в деле.

Таким образом, обстоятельства, исключающие принятие поручения, не совпадающие с основаниями, исключающими участие адвоката в деле, влекут отстранение адвоката от участия в уголовном процессе посредством расторжения соглашения адвокатом-представителем потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или его доверителем, а также отказа от защитника.

§ 5. Обстоятельства, исключаящие участие адвоката в деле и основания его «недопуска» к участию в нем

Конституционное право каждого на получение квалифицированной помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ) предполагает обеспечение возможности пользоваться помощью именно избранного адвоката. Уголовно-процессуальное законодательство РФ, гарантируя каждому обвиняемому (подозреваемому) право на защиту (ст. 16 УПК РФ), обозначило, что адвокат допускается к участию в деле в качестве защитника по предъявлению удостоверения адвоката и ордера (ч. 4 ст. 49 УПК РФ)²²².

При отсутствии в законе иных требований к адвокатам, вступающим в производство по уголовному делу, правоприменитель активно осуществляет их «недопуск» как на предварительном следствии, так и на судебных стадиях процесса. 12 % опрошенных нами адвокатов указали, что когда-либо не допускались к участию в уголовном процессе вопреки наличию надлежащим образом оформленных документов.

В литературе описаны случаи, когда следователи не допускали адвокатов к производству по уголовному делу, несмотря на представление предусмотренных ч. 4 ст. 49 УПК РФ документов в течение более чем двух месяцев²²³. Такая практика даже заставила адвокатов выработать специальную тактику противодействия ей²²⁴. Не обошла эту практику вниманием и уголовно-процес-

²²² УПК РФ не регламентирует особо вступление в уголовное дело адвоката в качестве представителя потерпевшего. Применяя аналогию закона, можно сделать вывод, что аналогичные требования справедливы и по отношению к нему.

²²³ Осин В.В. Кто защитит адвоката от незаконных действий следователя? // Адвокат. 2011. № 10. С. 41–52.

²²⁴ См.: Алейников Г.И. Тактика защиты при препятствовании органов досудебного следствия в допуске защитника к ведению дела // Адвокатура и адвокатская деятельность в свете современного конституционного права (к 10-летию

суальная наука. Из последних работ по данной проблеме можно назвать статью Р.Г. Мельниченко. Автор, называя «незаконные меры противодействия допуску адвоката к подзащитному», выделил наряду с «помещением подзащитного в карцер», «требованием разрешения следователя для прохода адвоката в СИЗО» и такие, как «объявление адвоката свидетелем по делу», «отсутствие допуска к государственной тайне»²²⁵.

Отметим, что были названы разнопорядковые явления: одни меры направлены на фактическое ограничение допуска адвоката к доверителю (фактический «недопуск»), другие – на юридический запрет оказания адвокатом помощи, сопряженный с официальным «недопуском» его к участию в деле, – «правовой недопуск».

Основания незаконного «правового недопуска» следует осветить особо, ибо как мы увидим, их напрямую связывают с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в уголовном процессе.

На наш взгляд, незаконные меры противодействия вступлению адвоката в дело, получающие правовое обоснование правоприменителей, можно разделить на две группы: это, во-первых, «недопуск», мотивируемый наличием обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле (ст. 72 УПК РФ) и, во-вторых, «недопуск», обуславливаемый не предусмотренным УПК РФ истребованием от адвоката для участия в деле документов. Рассмотрим каждую выделенную нами группу мер в отдельности, представив анализ их правового обоснования на практике и свое объяснение их незаконности.

принятия Конституции России): материалы Межд. науч.-практ. конф. (Екатеринбург, 29–30 декабря 2003 г.). Екатеринбург: Чароид, 2004. С. 5–15.

²²⁵ Мельниченко Р.Г. Границы права на доступ к адвокату // Уголовный процесс. 2012. № 10. С. 69–70.

Любое из оснований отвода, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, используется правоприменителями в качестве обоснования недопуска адвоката к участию в производстве по конкретному уголовному делу. Помимо уже упомянутого провозглашения адвоката свидетелем по делу довольно часто встречается ссылка на наличие конфликта интересов доверителей адвоката, как обоснование его «недопуска». Так, например, сославшись на наличие конфликта доверителей адвоката и п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, следователь СК РФ по Ульяновской области В.В. Саенко вынес постановление «О полном отказе в удовлетворении ходатайства» от 4 мая 2012 г., не допустив адвоката А.Н. Носова к участию в деле²²⁶.

Обоснованием такой практики может быть следующая трактовка положений уголовно-процессуального законодательства: «при отсутствии указанных в законе обстоятельств, исключающих участие защитника в деле, ему не может быть отказано в допуске»²²⁷. Соответственно, она дает все основания для вывода о том, что противоположная ситуация позволяет в допуске отказать. Некоторые авторы прямо отмечают, что «уголовно-процессуальный закон содержит исчерпывающий перечень обстоятельств, исключающих допуск адвоката в качестве защитника по уголовному делу» и перечисляют обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле (ч. 1 ст. 72 УПК РФ)²²⁸.

Для нас же оценка такой практики очевидна: отвести, т. е. «устранить из производства по делу» можно только лицо, ставшее участником процесса. Адвокат, имеющий надлежащим образом оформленный ордер, – уже полноправный участник процесса. Если

²²⁶ Постановление следователя СК РФ по Ульяновской области В.В. Саенко «О полном отказе в удовлетворении ходатайства» от 4 мая 2012 г.

²²⁷ Стещенко Л.А., Шамба Т.М. Адвокатура в Российской Федерации: учеб. для вузов. М.: НОРМА, 2001. С. 187.

²²⁸ Медведев М.Ю. Уголовный процесс. Консультация. Образцы документов. Судебная практика. М.: Юриспруденция, 1999. С. 8.

адвокат представил надлежащим образом оформленные документы, обозначенные в УПК РФ: ордер и удостоверение адвоката (ч. 4 ст. 49 УПК РФ), то именно так к нему должны относиться субъекты, ведущие уголовное судопроизводство. И уже в установленной законом форме (предусматривающей вынесение мотивированного и обоснованного решения об отводе) с соблюдением соответствующих процессуальных гарантий (например, свидетельского иммунитета), с соблюдением предусмотренной законом процедуры (например, применительно к судебному разбирательству – выяснение отношения к этому отводу отводимого адвоката, его доверителя, противоположной стороны (ст. 266 УПК РФ)) может решаться вопрос о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

В этой связи примечательно решение Свердловского областного суда по кассационной жалобе адвоката Д.В. Душкина на протокольное решение Кировского районного суда г. Екатеринбурга от 18 декабря 2009 г. об отказе в допуске его в качестве представителя потерпевшего со ссылкой на п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. Адвокат Д.В. Душкин настаивал на незаконности своего недопуска, указывая, что судом не был соблюден порядок, предусмотренный ст. 69 УПК РФ для принятия решения о его отводе. Свердловский областной суд, отказывая в удовлетворении жалобы адвоката, признал приводимые им доводы несостоятельными, указав, что процессуальный порядок отвода и не должен был применен в данном случае, поскольку «...адвокат Душкин не был участником уголовного судопроизводства по данному делу и в отношении адвоката Душкина, как не допущенного к делу ни на следствии ни в суде, до этого не участвовавшего в судопроизводстве по данному делу ни в каком качестве не мог решаться вопрос о его отводе, поскольку вопрос об отводе может стоять только в отношении участника

производства по делу»²²⁹. Совершенно нелогично, что понимание судом этого очевидного факта, тем не менее, не позволило ему признать незаконным само применение к адвокату Душкину ст. 72 УПК РФ, адресованной исключительно лицам, являющимся участниками процесса (защитнику, представителю потерпевшего и т. д. – ч. 1 ст. 72 УПК РФ), и порядок применения которой, согласно предписанию ее ч. 2, определен ч. 1 ст. 69 УПК РФ.

Добавим, что указанный суд признал: «не основаны на законе доводы жалобы Душкина о полагающемся для него уведомительном порядке вступления в участие по делу» (ничем, однако, не аргументировав свой вывод).

Эту формулировку можно сравнить с позицией Конституционного Суда РФ: «... действующее правовое регулирование закрепляет уведомительный, а не разрешительный порядок вступления адвоката в дело»²³⁰.

За «недопуском» адвоката к участию в уголовном деле по ст. 72 УПК РФ очевидно кроется желание упростить процессуальную форму, что, как следствие, чревато нарушениями прав участниками процесса.

Если у следователя действительно есть основания для допроса адвоката, он может его допросить с дальнейшим отводом по п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. Свидетельский иммунитет адвоката не абсолютен, он распространяется только на обстоятельства, ставшие известными адвокату в процессе оказания юридической помощи

²²⁹ Определение Свердловского областного суда от 23 июля 2010 г. по делу № 22-7518/2010 г. Доступ из СПС «Право.Ru». URL: http://docs.pravo.ru/document/view/28913776/?search_query=%D0%94%D1%83%D1%88%D0%BA%D0%B8%D0%BD%2B18%2B%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D0%B0%D0%B1%D1%80%D1%8F&from_search=1.

²³⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2010 г. № 596 –О–О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Щедрина на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 49 и ч. 1 ст. 53 УПК РФ».

(п. 2, 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ). Кроме того, он действует безотносительно от того, участвует ли адвокат в производстве по данному делу или нет. Если же следователю просто нужно помешать конкретному адвокату принять участие в производстве по делу, надумав основания для его допроса, – вот как раз для этого и создан «недопуск» адвоката к производству по делу.

Именно поэтому Конституционный Суд РФ в решении, принятом по обращению гражданина В.В. Паршуткина, адвокату которого Е.Ю. Львовой было отказано в допуске к участию в деле со ссылкой на ст. 67 (1) УПК РСФСР в связи с необходимостью ее допроса, указал: «Положения ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и ст. 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР с учетом их конституционно-правового смысла ... не нарушают конституционные права и свободы гражданина А.В. Паршуткина и не могут препятствовать допуску к участию в деле избранного им защитника...»²³¹.

Вступление адвоката в дело не должно зависеть от позиции субъекта, ведущего уголовное судопроизводство²³², его следует осуществлять по сугубо формальным основаниям: представлению адвокатом требуемых законодателем документов: ордера и удостоверения адвоката. Действующее уголовно-процессуальное законодательство, на наш взгляд, совершенно не случайно при определении момента вступления защитника в дело отошло от категории «защитник допускает-

²³¹ Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О по жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конституционных прав и свобод п. 1 ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и ст. 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР.

²³² «Выполнение процессуальных обязанностей защитника предполагает наличие у него ордера на ведение уголовного дела конкретного лица и не ставится в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которых находится дело...». См.: Определение КС от 22 апреля 2010 г. № 596-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Щедрина на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 49 и ч. 1 ст. 53 УПК РФ».

ся к участию в деле» (ч. 1 ст. 47 УПК РСФСР) к категории «защитник участвует в уголовном деле» (ч. 3 ст. 49 УПК РФ)²³³.

Помимо того, что «недопуск» адвоката к участию в деле со ссылкой на ст. 72 УПК РФ чреват произвольным и необоснованным ограничением права на защиту, в части права на пользование помощью именно выбранного адвоката, он еще опасен тем, что в нем не применяется характерный для института отвода адвоката целый комплекс процессуальных последствий, в котором отстранение адвоката от участия в деле – лишь один из элементов. В частности, это касается «недопуска» адвоката по таким основаниям, как конфликт интересов доверителей (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ) и родство адвоката с лицами, обозначенными в п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. В первом случае применение института отвода неизбежно должно поставить вопрос об отстранении адвоката от участия в деле вообще, прекращении оказания помощи обоим доверителям²³⁴, во втором – повлечь прекращение участия в процессе и

²³³ «Допустить» означает «разрешить кому-нибудь участвовать в чем-нибудь или иметь доступ куда-нибудь». См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. 16-е изд., испр. М.: Русский язык, 1984. С. 151. В отличие от него «участие в деле» не подразумевает чье-либо властное разрешение.

²³⁴ Доверителем лицо становится в момент заключения соглашения (если речь не идет о защите по назначению), а не в момент вступления адвоката в дело.

Это явно следует из примечания к ст. 6 КПЭА, согласно которому под доверителем адвоката понимается:

- лицо, заключившее с адвокатом соглашение об оказании юридической помощи;
- лицо, которому адвокатом оказывается помощь на основании соглашения об оказании юридической помощи, заключенного иным лицом;
- лицо, которому адвокатом оказывается юридическая помощь бесплатно либо по назначению органа дознания, органа предварительного следствия, прокурора или суда.

Особенностям процессуальных последствий отвода адвоката при установлении конфликта интересов доверителей посвящен § 7 главы 4 настоящей монографии.

См. также: Таран А.С. Процессуальные последствия конфликта интересов доверителей адвоката // Адвокатская практика. 2014. № 4. С. 34–38.

родственника адвоката²³⁵. «Недопуск» адвоката к участию в деле не отменяет сам факт существования доверительных отношений адвоката с лицом, заключившим соглашение на оказание юридической помощи. А ведь именно с ними закон связывает необходимость осуществления отвода адвоката.

«Недопуск» адвоката к участию в деле опасен тем, что злоупотребления со стороны лиц, принимающие данные решения, не всегда могут быть успешно преодолены участниками процесса. Тем более, что принимаются они не только вне процедуры отвода, но и без учета требований, предъявляемых законом к форме и содержанию решения об отводе (зачастую – вообще в устной форме). В Конституционный Суд РФ не случайно обращались с требованием признания неконституционным положений УПК РФ, на практике послуживших обоснованием невозможности обжалования «недопуска» адвоката²³⁶, поскольку возможность обжалования этих решений реально затруднена.

Поэтому считаем процессуально грамотным предъявление адвокатом надлежащим образом оформленных удостоверения и ордера считать юридическим фактом, с установлением которого он становится полноправным участником уголовного процесса. Реализация процессуальных последствий обстоятельств, исключающих участие такого субъекта в деле, возможно исключительно в рамках института отвода, а не путем его «недопуска» к участию в деле.

Что касается второй группы незаконных мер противодействия допуску адвоката к подзащитному: «недопуск», обуславливаемый

²³⁵ Таран А.С. Кто же должен уйти, чтобы не мешать? Или Отвод при родстве адвоката с профессиональным участником уголовного процесса // Мировой судья. 2012. № 4. С. 11–15.

²³⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 13 октября 2009 г. № 1111-ОГ-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Кардаша на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72, ч. 5 ст. 355 УПК РФ».

не предусмотренным УПК РФ истребованием от адвоката для участия в деле документов, то можно отметить их многообразие.

Некоторые из требований о представлении адвокатом дополнительных документов обусловлены расширением на практике перечня обстоятельств, исключающих его участие в деле.

Так, в недалеком прошлом органы, осуществляющие производство по уголовным делам, связанным с государственной тайной, рассматривали отсутствие допуска к сведениям, составляющим охраняемую законом информацию, в качестве обстоятельства, исключающего вступление адвоката в производство по уголовному делу.

Правомерность такого подхода стала предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ в связи с обращениями гр-н В.М. Гурджиянц, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова, А.К. Никитина. Каждому из них было отказано в допуске к участию в деле выбранного ими защитника именно со ссылкой на отсутствие у того специального допуска к государственной тайне.

Высший орган конституционного контроля признал, что уголовно-процессуальное законодательство и законодательство об адвокатуре содержит достаточно гарантий для сохранения в тайне адвокатом сведений, полученных в процессе производства по делу. Он констатировал тот факт, что «недопуск» адвоката к участию в деле и его отстранение от участия в нем на основании ст. 21 ФЗ «О государственной тайне» в связи с отсутствием допуска к государственной тайне не соответствует ст. 48, ч. 3 ст. 123 Конституции РФ²³⁷.

²³⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 1999 г. по делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова, А.К. Никитина.

В ряде случаев к адвокату для участия в деле предъявляется требования о предоставлении иных документов помимо ордера и удостоверения, что особенно актуально применительно к адвокату-представителю потерпевшего.

Проиллюстрируем сказанное весьма показательным примером из практики. Советский районный суд г. Липецка отказал адвокату С. в приеме жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ, указав, что ордер является ненадлежащим подтверждением полномочий по представлению интересов потерпевшего в уголовном судопроизводстве. Было отмечено, что адвокатом должна быть представлена нотариально заверенная доверенность от имени потерпевшего А., поскольку институт представительства граждан регламентируется нормами ГПК РФ.

Судебная коллегия по уголовным делам Липецкого областного суда 13.10.2009 г. отменила данное постановление районного суда, удовлетворив жалобу адвоката и указав, что «при таких обстоятельствах, когда участие адвоката в качестве представителя потерпевшего в уголовном судопроизводстве и его полномочия прямо предусмотрены УПК РФ, и при этом наличие нотариально заверенной доверенности у адвоката для представления интересов потерпевшего УПК РФ не требует, ссылки суда в постановлении на необходимость представления адвокатом такой доверенности в соответствии с нормами ГПК РФ, регулиующими институт представительства, являются незаконными»²³⁸.

Никто не вправе требовать от адвоката и его доверителя представления соглашения об оказании юридической помощи в качестве условия вступления адвоката в дело. Очевидно, именно недостатки практики заставили особо разъяснить правоприменителям: «под-

²³⁸ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда от 13.10.2009 г. Официальный сайт Липецкого областного суда РФ. URL: www.oblsud.lpk.sudrf.ru.

тверждение того обстоятельства, что адвокат, вступая в дело, действует по поручению либо с согласия обвиняемого, УПК РФ не требует и не устанавливает в качестве условия допуска к участию в деле»²³⁹; «Ордер выступает в качестве необходимого и достаточного юридического основания для участия защитника в уголовном деле»²⁴⁰.

Для обоснования «недопуска» порой используется требование о повторном предоставлении адвокатом ордера для участия на конкретной стадии процесса.

Так, определением Заводского районного суда г. Орла адвокат гражданина Д.С. Бутырина не был допущен к участию в уголовном деле в качестве защитника, поскольку им не был представлен ордер. Ранее адвокат участвовал в уголовном деле в качестве защитника при проведении предварительного расследования и в ходе предварительного слушания. По смыслу заявления, поданного Д.С. Бутыриным в Конституционный Суд РФ, ордер на участие в деле от адвоката потребовали повторно, т. к. суд посчитал необходимым наличие в деле отдельного ордера на участие в судебном разбирательстве.

Отказывая в рассмотрении данной жалобы, Конституционный Суд РФ, отсылая к смыслу ст. 48 Конституции РФ, гарантирующей право обвиняемого на помощь адвоката (защитника) на всех стадиях уголовного процесса, указал, что «... лицо, допущенное к участию в уголовном деле в качестве защитника, сохраняет свои уголовно-процессуальные права и обязанности на всех стадиях производства по делу (в том числе до тех пор, пока судом не будет принят отказ обвиняемого от данного защитника или суд не примет решение об его отводе)»²⁴¹. Таким образом, Конституционный

²³⁹ Коротков А.П., Тимофеев А.В. Прокурорско-следственная практика применения УПК РФ: Комментарий. М.: Экзамен, 2005. С. 132.

²⁴⁰ Там же. С. 134.

²⁴¹ Определение Конституционного суда РФ от 28 мая 2009 г. № 803-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Д.С. Бутырина на нарушение его конституционных прав положениями ст. 49 и 355 УПК РФ».

Суд РФ выразил негативное отношение к требованию судьи о предоставлении ордера адвокатом, уже вступившим на стадии предварительного расследования к участию в уголовном процессе.

Следует отметить, что указанная правовая позиция противостоит существующей практике «недопуска» адвокатов к участию в деле путем истребования повторного предоставления документов для участия в стадии надзорного производства²⁴² и на стадии исполнения приговора²⁴³.

Сказанное свидетельствует о том, что «недопуск» адвоката к участию в деле – выработанный практиками инструмент, искусственно упрощающий реализацию положений уголовно-процессуального закона и позволяющий субъектам, ведущими уголовное судопроизводство, злоупотреблять своими полномочиями. Он чреват нарушением права участников процесса на получение квалифицированной юридической помощи и, прежде всего, обвиняемого (подозреваемого) на защиту, требует обращения на него пристального внимания как практиков, так и ученых.

Предъявление адвокатом надлежащим образом оформленных удостоверения и ордера следует признать юридическим фактом, с которого он становится полноправным участником уголовного судопроизводства. Реализация процессуальных последствий обстоятельств, исключающих участие данного субъекта в деле, возможно исключительно в рамках института отвода, а не путем его «недопуска» к участию в нем.

²⁴² Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 453-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В. Прохорова на нарушение его конституционных прав положениями ч. 2 ст. 49 и ч. 1 ст. 402 УПК РФ».

²⁴³ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Иркутского областного суда от 20 июля 2012 г. по жалобе В.В. Молякова. Доступ из СПС «Право.ru» URL: http://docs.pravo.ru/document/view/26539730/?search_query=%D0%BD%D0%B5%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D1%83%D1%81%D0%BA%2B%D0%B0%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B0&from_search=1.

Глава 3.

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ УЧАСТИЕ АДВОКАТА В ДЕЛЕ В СИСТЕМЕ ОСНОВАНИЙ ЕГО ОТВОДА

§ 1. Формы и основания отстранения адвоката от участия в уголовном процессе

Помимо отвода, обусловленного обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле (ст. 72 УПК РФ), уголовно-процессуальным кодексом РФ предусмотрены и иные формы отстранения адвоката от участия в уголовном процессе, применение которых также обусловлено соответствующими основаниями. В связи с этим весьма значимо обозначение последних в сопоставлении с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле (ст. 72 УПК РФ).

Прежде всего, заметим, что эта значимость обусловлена тем, что любое предусмотренное законом отстранение адвоката от участия в процессе по решению субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, по своей сути является его отводом в широком смысле слова.

В отличие от многих других субъектов его отстранение от участия в процессе возможно в различных формах. Вот почему, очевидно, он стал фактически последним участником процесса, в отношении которого законодатель регламентировал обстоятельства, исключающие участие в деле: существовали другие возможности его выбытия из процесса.

В связи с этим, рассматривая отвод адвоката в широком значении, следует подразумевать, что все основания для этого можно

назвать обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле в широком смысле слова.

Очевидно, именно исходя из широкой трактовки отвода адвоката, Проект УПК ГПУ Президента РФ (ст. 109) и Модельный УПК государств-участников СНГ (ст. 123) использовали термин «обстоятельства, исключающие участие в судопроизводстве», называя их основаниями как для отвода, так и для самоотвода, так и для ходатайства об устранении из производства по делу.

Вместе с тем их основания не равнозначны по своей сути.

Обстоятельства, исключающие участие в деле, в смысле, вкладываемом в этот термин ст. 72 УПК РФ, императивны и безусловны. Они сами по себе должны влечь отстранение адвоката от участия в процессе. Другие же формы отстранения адвоката в деле, помимо фактических оснований, требуют наличия определенных условий в виде волеизъявления на то определенных лиц (например, доверителя адвоката).

Поэтому если и стоит говорить, что все формы отстранения адвоката от производства по делу осуществляются при наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, то только с этой оговоркой на их разнородность.

На наш взгляд, для устранения терминологической путаницы следует выделить обстоятельства, прекращающие участие адвоката в деле как основания отстранения адвоката от участия в нем, подразделив их на две группы: обстоятельства, исключающие участие адвоката в производстве по делу, и иные обстоятельства, препятствующие надлежащему осуществлению адвокатом своих полномочий или свидетельствующие об их ненадлежащем исполнении (рис. 6).



Рис. 6.

Совет АП г. Москвы в разъяснениях «Об основаниях прекращения участия адвоката-защитника в уголовном деле» назвал следующие основания:

1. обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле (отвод) (ст. 72 УПК РФ);
2. замена адвоката (ч. 2 ст. 258 УПК РФ);
3. отказ от защитника (ст. 52 УПК РФ).

Следует отметить, что в данном случае классификация не совсем корректна, поскольку в ней смешаны основания прекращения участия адвоката в деле (обстоятельства, исключающие...) и его формы (отвод, замена, отказ). Очевидно, что в данном случае термин «основание» имеет в виду не фактические основания, а правовые, т. е. те правовые институты, которые позволяют отстранить адвоката от участия в процессе. С учетом сказанных оговорок мы будем использовать классификацию Совета АП г. Москвы (рис. 7).



Рис. 7.

Заметим, что Совет дал не исчерпывающий перечень правовых оснований прекращения участия адвоката в деле, а только тех, которые: 1) непосредственно направлены на прекращения участия адвоката в деле; 2) предусмотрены УПК РФ; 3) действуют в отношении защитника; 4) осуществляются по решению субъекта, ведущего уголовное судопроизводство. По сути, названы не основания прекращения участия адвоката в деле, а только основания отстранения защитника от участия в нем.

Между тем из процессуально предусмотренных оснований ограничения деятельности адвоката можно назвать обстоятельства, исключающие вступление адвоката в дело, обнаружение которых в процессе производства по делу также должно влечь его отстранение от участия в нем.

Что касается обстоятельств, прекращающих участие адвоката в деле, не предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом РФ, то помимо обстоятельств, исключающих осуществление адвокатской деятельности в целом, их составляют обстоятельства, обусловленные гражданско-правовой природой адвокатской деятельности (рис. 8).

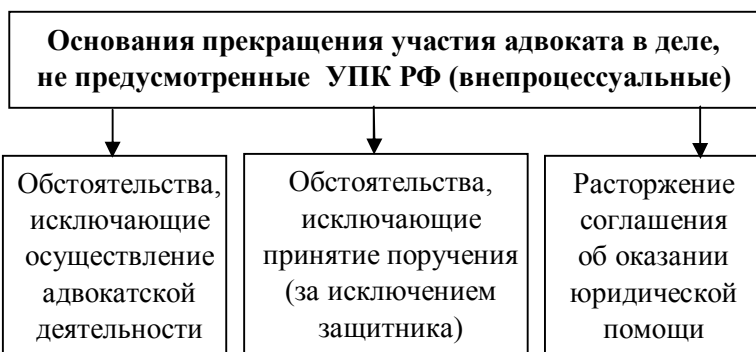


Рис. 8.

Нетрудно заметить, что основания прекращения участия адвоката в деле различны по степени зависимости их применения от усмотрения определенного субъекта – участника процесса.

Если прекращение участия адвоката в деле при некоторых основаниях императивно, поскольку наличие обуславливающих их обстоятельств требует от субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, обязательного отстранения адвоката из процесса, то применение зависит в той или иной мере от личной позиции (усмотрения) определенного участника процесса. Им может выступать либо доверитель адвоката, либо сам адвокат, либо субъект, ведущий уголовное судопроизводство.

Сказанное иллюстрирует рис. 9:

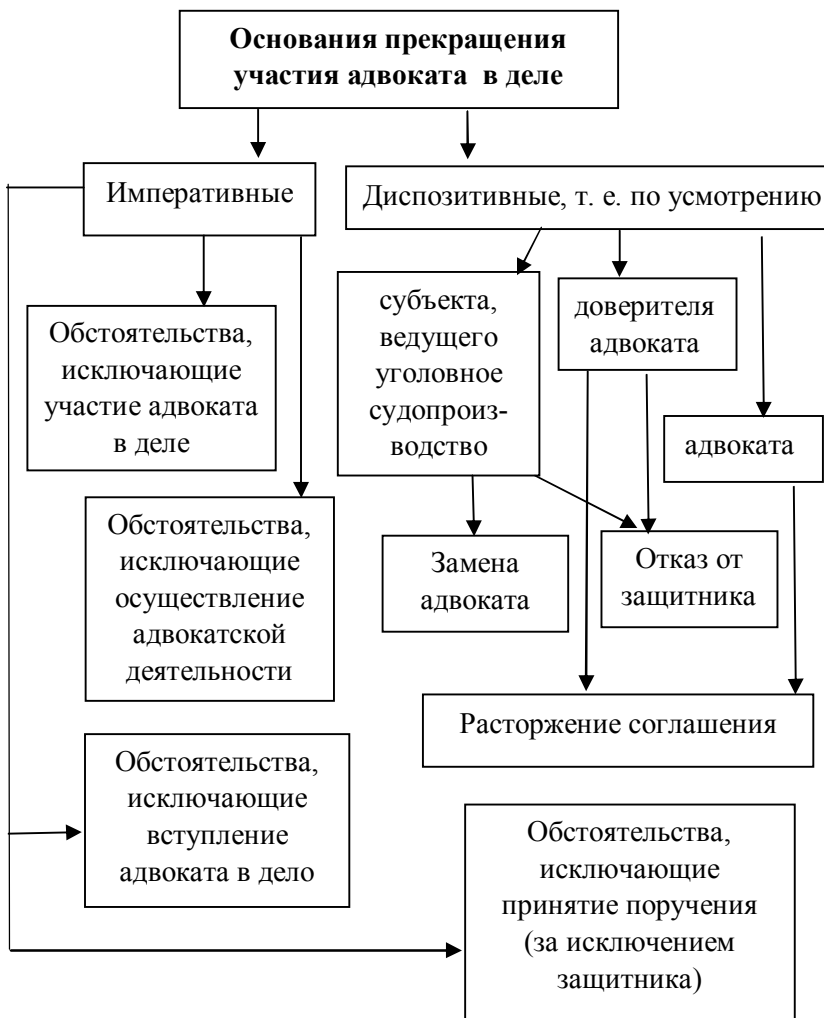


Рис. 9

На наш взгляд, можно подразделить основания прекращения участия адвоката в деле по источнику их возникновения (с точки зрения связи с производством по делу) на процессуальные, вне-

процессуальные и смежные. Если первые целиком обусловлены создавшейся процессуальной обстановкой и не обусловлены лежащими за пределами процесса обстоятельствами, то вторые, наоборот, никак не привязаны к конкретному процессу. И, наконец, последние обусловлены как процессуальной обстановкой, так и обстоятельствами, лежащими за ее пределами, а могут и теми и другими (рис. 10).



Рис. 10

Прекращение участия адвоката в деле возможно по инициативе различных субъектов, в связи с чем их можно классифицировать следующим образом (рис. 11):



Рис. 11

Таким образом, отвод ввиду обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле – не единственное правовое основание прекращения участия адвоката в деле. Очевидно, что существуют обстоятельства, обуславливающие отстранение адвоката от участия в производстве по делу. В связи с этим в рамках проблематики настоящей работы представляется необходимым сопоставление оснований их применения с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле.

§ 2. Отказ от защитника и обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе

В уголовно-процессуальной науке и законе можно встретить упоминание о возможностях отстранения адвоката от участия в деле доверителем путем:

- заявление отвода;
- отказ от защитника;
- расторжение договора.

Действительно ли все указанные формы отстранения адвоката от участия в деле приемлемы в рамках уголовного процесса, если да, как они соотносятся друг с другом? Последнее особенно актуально в свете определения значения в указанной системе обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле (ст. 72 УПК РФ).

Прежде всего, заметим, что часто в литературе и на практике происходит смешение этих форм отстранения адвоката от участия в деле. Отказ от защитника называют отводом адвоката, используют эти термины как синонимы. Причем это встречается на разных уровнях – от журналистских публикаций до актов авторитетных органов юридического сообщества.

Так, в разъяснении Совета АП г. Москвы «О поведении адвоката-защитника при отказе от него» указано: «В уголовных делах нередки случаи *отказа* (здесь и далее выделено мной. – А. Т.) обвиняемых, не признающих себя виновными, от защитника, мотивированные расхождением в позициях. Адвокат, подтверждающий такое расхождение при высказывании своего отношения к заявленному ему *отводу*, нарушает требования Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» и кодекса профессиональной этики адвоката, которые воспрещают адвокату занимать по делу позицию вопреки воле доверителя и делать публичные заявления о доказанности вины подзащитного, если тот ее отрицает. По сути

такое заявление означает отказ от принятой на себя защиты. В вышеописанной ситуации адвокату следует поддержать заявленный ему *отвод*, обращая внимание следователя и суда на то, что полноценная защита возможна лишь тогда, когда обвиняемый доверяет адвокату и отсутствие доверия должно влечь удовлетворение *отказа* от защитника».

Это смешение терминологии не случайно, если мы вспомним, что отказ от защитника – это форма его отстранения от участия в деле, т. е. отвода в широком смысле слова.

Между тем в науке существует спор, каким образом отстраняется адвокат от производства по делу, если инициатором этого является его доверитель. Одни считают, что последний не заявляет отвод, как остальные участники процесса, поскольку состоит с адвокатом в особых отношениях, позволяющих ему отстранить его от участия в деле по собственным соображениям, в том числе и тем, которые являются основанием его отвода²⁴⁴. Так, отмечалось: «Обнаружение подозреваемым, обвиняемым, а также потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком обстоятельств, исключающих участие адвоката или иного лица в качестве защитника или представителя в уголовном деле, предполагает их отказ от получения юридической помощи со стороны данного лица или адвоката. Такой отказ исключает необходимость принятия дознавателем, следователем, прокурором, судом решения об отводе»²⁴⁵.

Высказывалось и противоположное мнение. Л.В. Винокурова пишет: «...нельзя поддержать мнение, что подсудимый не вправе

²⁴⁴ См.: Ульянова Л. Отвод адвоката-защитника // Социалистическая законность. 1984. № 9. С. 45.

²⁴⁵ Комментарий к УПК РФ в редакции ФЗ от 29 мая 2002 г. / под ред. А.Я. Сухарева. М.: Норма, 2002. С. 72.

заявить отвод адвокату, который осуществляет его защиту, а вправе лишь отказаться от его услуг»²⁴⁶.

Чтобы определиться с полномочиями обвиняемого (подозреваемого) по отстранению от участия в деле, оказывающего ему помощь адвоката, обозначить его основания, сопоставить их с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле, предусмотренными ст. 72 УПК РФ, потребуется некоторое освещение процессуального института отказа от защитника.

Заметим, что отказ от защитника может быть в двух формах: отказ от помощи защитника вообще и отказ от конкретного защитника. Если первый обусловлен намерением защищать себя лично, то второй предполагает нежелание продолжения участия в деле конкретного защитника. Законодатель предусмотрел право обвиняемого на отказ от защитника в ст. 52 УПК РФ. При этом он установил, что отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя и суда (ч. 2 ст. 52 УПК РФ). УПК РФ не оговаривает, о каком отказе идет речь, из чего практики применяют ее как к первому, так и ко второму случаю. Между тем, очевидно их принципиальное различие, поскольку отказ от конкретного защитника должен предполагать определенные основания, обуславливающие невозможность пользоваться помощью именно конкретного адвоката именно данным доверителем. Нужны ли в последнем случае определенные основания для отстранения адвоката от участия в процессе доверителем, а если да, то что они из себя представляют, и как они соотносятся с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле?

²⁴⁶ Винокурова Л.В. Подготовительная часть судебного разбирательства в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986. С. 88.

Как известно, адвокатская деятельность в уголовном процессе осуществляется либо на основе соглашения (ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»), либо назначения (ч. 2 ст. 50 УПК РФ).

Что касается первого основания участия адвоката в деле, то согласно ч. 1 ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» «вопросы расторжения соглашения об оказании юридической помощи регулируются ГК РФ с изъятиями, предусмотренным настоящим Федеральным законом».

Соглашение об оказании юридической помощи по своей правовой природе относится к разновидности договора поручения, что дает основание для применения к нему положений гл. 49 «Поручения», регламентирующей в том числе принятие, порядок заключения исполнения и расторжения договора поручения²⁴⁷.

В соответствии с п. 1 ст. 450 ГК РФ «изменение и расторжение договора возможно по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором». «Иное» как раз и предусмотрено в отношении договора поручения – в соответствии с ч. 1 ст. 977 ГК РФ он прекращается вследствие отмены поручения доверителем или отказа поверенного.

ФЗ «Об адвокатской деятельности...» устанавливает ограничение на расторжение этого соглашения со стороны адвоката в виде запрета на отказ от принятой на себя защиты (п. 6 ч. 4 ст. 6). Указанный запрет предусмотрен и УПК РФ (ч. 7 ст. 49 УПК РФ).

Таким образом, как адвокат (кроме случаев осуществления защиты), так и любой участник процесса, заключивший с адвокатом соглашение об осуществлении представительства в уголовном процессе, вправе в любой момент расторгнуть данный договор. Это же относится к обвиняемому (подозреваемому).

²⁴⁷ Обзор дисциплинарной практики. Заключение № 1 по жалобе Т. на адвоката М. // Вестник адвокатской палаты г. Москвы. 2011. № 4, 5, 6 (90, 91, 92). С. 8–27.

УПК РФ не упоминает о расторжении соглашения как основании прекращения полномочий защитника (представителя потерпевшего). Соответственно, возникает вопрос о том, что должно являться надлежащей формой отстранения адвоката от участия в деле. Как соотносятся расторжение соглашения об оказании юридической помощи с предусмотренным УПК РФ отказом от защиты?

Органы адвокатского сообщества ориентируют на то, что это две самостоятельные формы отстранения адвоката от участия в деле, что, в частности, указал Совет АП г. Москвы в разъяснениях «Об основаниях прекращения участия адвоката-защитника в уголовном деле».

Н.М. Кипнис пишет: «У подозреваемого, обвиняемого, который заключил с адвокатом (защитником) соглашение об оказании юридической помощи, в отличие от подозреваемого, обвиняемого, которому защитник назначен, возможности по устранению конкретного адвоката (защитника) от дальнейшего участия в деле шире: он вправе как отказаться от защитника, так и досрочно расторгнуть соглашение об оказании юридической помощи»²⁴⁸.

При этом Совет АП г. Москвы считает, что расторжение соглашения достаточно для прекращения полномочий адвоката. Так, рассматривая дисциплинарное производство в отношении адвоката Д., с которым доверитель расторгла соглашение об оказании юридической помощи, Квалификационная комиссия АП г. Москвы указала: «... заявление обвиняемым Ш. отказа от защитника не требовалось (оно не имеет никакого юридического значения), по-

²⁴⁸ Кипнис Н.М. Соотношение отказа от защитника и расторжения соглашения об оказании юридической помощи как оснований прекращения участия адвоката (защитника) в уголовном деле // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов III Всерос. науч.-практ. конф. / отв. ред. С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М.: Новый учеб., 2006. С. 143.

сколькx адвокат осуществляла защиту подсудимого на основании соглашения с доверителем, а не по назначению. Расторжение соглашения – это юридический факт, повлекший прекращение всех правовых последствий, основанных на соглашении»²⁴⁹.

Вместе с тем на практике расторжение соглашения не всегда признается самостоятельным основанием прекращения участия защитника в деле. При этом отмечается, что отстранение защитника от производства по уголовному делу, в том числе осуществляющего защиту по соглашению, возможно только путем отказа от него. Это констатирует адвокат Р. Лисицин: «Факт расторжения соглашения об оказании юридической помощи не всегда влечет отказ от защитника»²⁵⁰. Он указывает, что отказ от защитника должен быть заявлен лицу, в чьем производстве находится уголовное дело, в письменном виде и, как правило, в присутствии защитника. До этого момента, несмотря на прекращение действия соглашения, защитник продолжает участвовать в деле²⁵¹.

В данном случае субъектами, ведущими уголовное судопроизводство, отказ от защитника воспринимается, скорее всего, как форма расторжения соглашения на оказание юридической помощи доверителем, причем форма обязательная и единственная.

Есть ли для этого правовые основания?

Согласно ч. 1 ст. 452 ГК РФ, определяющей общий порядок изменения и расторжения договора, «соглашение об изменении или о расторжении договора совершается в той же форме, что и дого-

²⁴⁹ Обзор дисциплинарной практики КК г. Москвы. Заключение № 2 // Вестник адвокатской палаты г. Москвы. 2010. Вып. 3–4 (77–78). С. 36.

²⁵⁰ Лисицин Р. Для чего адвокату ордер // Российская юстиция. 2003. № 8. С. 29–31.

²⁵¹ Там же.

вор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное»²⁵².

Соответственно, возникает предположение, что ст. 52 УПК РФ следует рассматривать как особое требование к форме расторжения договора со стороны доверителя. Причем при защите по соглашению отказ от защитника носит характер уведомления органов, осуществляющих уголовное судопроизводство, о расторжении соглашения, основания которого не влияют на выбытие самого защитника из процесса.

Таким образом, при защите по соглашению у обвиняемого в принципе не должно быть проблем с отказом от конкретного защитника. Этот отказ не ограничивается нормой ч. 2 ст. 52 УПК РФ, она на него не может распространяться. В этом плане отказ от конкретного защитника, участвующего в деле по соглашению, обязателен для лица, ведущего уголовное судопроизводство.

В связи с этим, очевидно, что проблема отказа от конкретного защитника наиболее актуальна применительно к случаям защиты по назначению. Если расторжение соглашения об оказании юридической помощи – односторонний акт, автоматически влекущий аннулирование правомочий адвоката на представительство в процессе, то об отказе от защитника этого сказать нельзя, учитывая ч. 2 ст. 52 УПК РФ. На это обратил внимание Совет АП г. Москвы. Разъяснение Совета АП г. Москвы в разъяснениях «Об основаниях прекращения участия адвоката-защитника в уголовном деле»: «В отличие от отказа обвиняемого (подозреваемого) от защитника, который подлежит разрешению судом, прокурором, следователем

²⁵² Заметим, что хотя ГК РФ упоминает о «соглашении о расторжении», очевидно, имеется в виду и расторжение в одностороннем порядке, поскольку ст. 452 ГК РФ носит более общее название «порядок изменения и расторжения договора», и к форме расторжения договора в одностороннем порядке отдельно требования не оговариваются.

и дознавателем, расторжение соглашения является юридическим фактом, лишаящим адвоката права осуществлять какие-либо процессуальные действия в интересах своего бывшего подзащитного».

В настоящее время положение ч. 2 ст. 52 УПК РФ стало основой практики неудовлетворения отказа от защитника, участвующего в деле по назначению как в случаях отказа от защитника вообще, обусловленном исключительно желанием защищаться самостоятельно, так и при наличии претензий к последнему. Как известно, обвиняемый не вправе выбирать защитника по назначению. Фактически только наличие обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, дает обвиняемым гарантию принятия отказа от него. Такая ситуация заставляет некоторых обвиняемых (подозреваемых) приглашать защитника по соглашению, лишь бы отстранить от участия в деле назначенного защитника, т. е. фактически вынуждает нести личные траты. Так, подсудимый Ш. отказался от адвокатов по назначению, хотел защищать себя сам, но после того как его ходатайство удовлетворено не было, заключил соглашение с адвокатом К.²⁵³. Как органы предварительного расследования, так и суды не отстают друг от друга в своем стремлении оставить защитника в процессе вопреки воле подсудимого, провоцируя иногда достаточно острые конфликтные ситуации. Иллюстрацией этому станет жалоба в Конституционный Суд РФ гражданина Н.Я. Мозжухина на неконституционность ч. 2 ст. 52 УПК РФ, из существа которой можно понять, что непринятие судьей его отказа от защитника

²⁵³ Определение Судебной Коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30.06.2010 г. дело № 2-010-8 СП // Бюллетень Верховного Суда. 2011. № 1. С. 23.

привело к поведению подсудимого, повлекшему осуждение за неуважение к суду²⁵⁴.

Такая ситуация получила негативную оценку в современной науке. Выдвинут тезис о том, что «Право обвиняемого требовать замены защитника не должно быть ограничено от того, в каком порядке таковой появился в процессе – в порядке избрания или назначения»²⁵⁵.

Уголовно-процессуальное законодательство не содержит особого перечня обстоятельств, влекущих принятие отказа от конкретного защитника по назначению.

Между тем мотивов, по которым обвиняемый может не желать пользоваться помощью определенного назначенного ему защитника, предостаточно. На практике в качестве таковых выступают, например, незнание назначенного адвоката, желание иметь другого адвоката в качестве защитника, недоверие к адвокату, отсутствие средств на оплату, сомнения в уровне профессиональной подготовки защитника²⁵⁶.

Далеко не всегда нежелание пользоваться помощью конкретного защитника по назначению безосновательно.

Вспомним дело по обвинению М. Дикина и А. Дикина в организации покушения на предпринимателя О. Сорокина, где было заявлено ходатайство об отводе адвокатов Н. Ростуновой и Н. Фроловичевой, приглашенных судом в связи с временным от-

²⁵⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 21 октября 2008 г. № 488-0-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Н.Я. Мозжухина на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 297 УК РФ и ч. 2 ст. 52 УПК РФ».

²⁵⁵ Гаврилов С.Н. Актуальные вопросы организации адвокатуры и участия защитника в уголовном процессе в России. История и современность: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 156.

²⁵⁶ Научно-практический комментарий к УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева; научн. ред. В.П. Божьев. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2008. С. 196–197; Комментарий к УПК РФ в редакции ФЗ от 29 мая 2002 г. / под ред. А.Я. Сухарева. М.: Норма, 2002. С. 113.

сутствием адвокатов подсудимых. Отвод мотивировался тем, что Н. Ростунова не имела возможности за три дня должным образом ознакомиться с 45 томами уголовного дела и не имеет материальной заинтересованности в защите, а с Н. Фроловичевой у А. Дикина сложились личные неприязненные отношения во время их знакомства ранее (около 20 лет назад). Оба отвода, а по сути, отказы от конкретных защитников судом приняты не были²⁵⁷. Можем ли мы сказать, что в данной ситуации будет реализовано право на защиту, предполагающее своим гарантом наличие особых доверительных отношений у обвиняемого и защитника? Беспочвенны ли были сомнения подсудимых в добросовестности защиты? Готовность адвоката защищать что называется «с листа», без подготовки не может не вызывать недоверия к качеству такой защиты.

Личные неприязненные отношения послужат основанием для незаключения договора, а некачественное оказание юридической помощи – для его расторжения, если речь идет о защите по соглашению. Однако при защите по назначению все намного сложнее, и зачастую возможность отстранения от участия в деле назначенного защитника обуславливается только лишь обстоятельствами, исключающими его участие в деле (ст. 72 УПК РФ).

В качестве иллюстрации приведем весьма лаконичное, но достаточно информативное и показательное решение Тамбовского областного суда по заявлению осужденного Н.Н. Арефьева. В силу краткости позволим воспроизвести его практически дословно.

Определение от 6 сентября 2011 г.

Об отводе адвоката

по делу № 22-2211.

Судебная коллегия по уголовным делам Тамбовского областного суда в составе: председательствующего Воробьева А.В.,

²⁵⁷ См. казус по сноске № 219 монографии.

судей Коломникова О.А., Лунькиной Е.В.,
рассмотрев заявление осужденного Арефьева Н.Н. об отводе
адвоката Мещерякова В.Е.,

установила:

В судебном заседании Арефьев Н.Н. заявил об отводе адвоката
Мещерякова В.Е. в связи с тем, что он ему не доверяет.

Обсудив заявленное ходатайство, судебная коллегия полагает
его подлежащим удовлетворению в связи с отсутствием обстоя-
тельств, исключающих участие защитника по уголовному делу,
предусмотренных ст. 72 УПК РФ.

Руководствуясь ч. 3 ст. 72 УПК РФ, судебная коллегия

Определила:

В удовлетворении заявления осужденного Арефьева Н.Н. об
отводе адвоката Мещерякова В.Е. отказать²⁵⁸.

Комментируя приведенное решение, отметим, что в данном
случае вместо разрешения отказа от защитника (ст. 52 УПК РФ),
суд рассмотрел вопрос о наличии оснований для его отвода в по-
рядке ст. 72 УПК РФ, а заявленное основание отказа от защитника
– недоверие к нему – свел к наличию или отсутствию обстоя-
тельств, исключающих участие адвоката в производстве по делу,
предусмотренных ч. 1 ст. 72 УПК РФ.

Сказанное, на наш взгляд, объясняет, почему обвиняемые (по-
дозреваемые), как в случае защиты по соглашению, так и защиты
по назначению, предпочитают ссылаться на обстоятельства, ис-
ключающие участие адвоката в деле, служащие безусловным ос-
нованием для отстранения адвоката от процесса, заявляя ему от-

²⁵⁸ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Тамбовского обла-
стного суда от 6 сентября 2011 г. Об отводе адвоката по делу № 22-2211. Доступ
из СПС «Право.Ру». URL: <https://rospravosudie.com/court-tambovskij-oblastnoj-sud-tambovskaya-oblast-s/act-478686586>.

вод. Возникает парадокс: право на отказ от защитника – исключительная прерогатива обвиняемого (подозреваемого).

Отказ от защитника возможен по любым основаниям в том числе как содержащимся в ст. 72 УПК РФ, так и выходящими за ее рамки, следовательно, гипотетически дает обвиняемому более широкие полномочия по сравнению с другими участниками процесса. В то же самое время обвиняемые (подозреваемые) заявляют своему же адвокату отвод наравне с другими участниками процесса, понимая, что это дает больше шансов для его отстранения от участия в деле. Поскольку законодатель не делает разницы между отказом от защитника вообще и отказом от конкретного защитника, подсудимые заявляют защитнику именно отвод, тем самым подчеркивая, что отказываются от помощи данного, конкретного защитника по определенным, обусловленным сугубо его личностным характеристикам, обстоятельствам.

Основания для отвода адвоката четко определены законом, и их перечень закрыт. Стоит ли утверждать, что их отсутствие не дает обвиняемому шансов избавиться от назначенного ему адвоката законным процессуальным путем? Есть ли у обвиняемого (подозреваемого) это право – отказа от конкретного защитника? И означает ли отсутствие права на выбор защитника по назначению отсутствие возможности отказаться от конкретного защитника в том случае, когда у обвиняемого имеются на это определенные основания, делающие, с его точки зрения, реализацию предоставленного ему конституционного права на пользование помощью защитника невозможной и формальной?

На наш взгляд, ответ очевиден. Мы считаем, что законодатель не определяет оснований к отказу от конкретного защитника не потому, что он его не приемлет, а потому, что предполагает, что в каждом конкретном случае основания такого отказа будут взвеше-

ны и оценены органами, осуществляющими предварительное расследование или судом.

Однако отсутствие различий в процессуальной регламентации отказа от конкретного защитника и отказа от защитника вообще усложняет отказ первого рода. По суровой букве закона, каждый раз, разрешая отказ от конкретного защитника, правоприменитель разрешает и отказ от защиты вообще, поэтому он вынужден это делать «с запасом», т. е. выбирать: или оставить обвиняемого вообще без защитника или с данным защитником, вместо того чтобы решать, оставить ли в процессе данного защитника или назначить нового.

Следует отметить, что при разработке УПК РФ предполагалось прямо предусмотреть отстранение (отвод) защитника или представителя частного обвинителя, участвующих в деле по назначению, соответственно подзащитным или доверителем. При этом основанием такого отстранения Модельный УПК для государственных участников СНГ назвал «действительные поводы сомневаться в компетентности или добросовестности адвоката» (ч. 2 ст. 123), а проект УПК, подготовленный ГПУ Президента РФ, указал, что данные лица заявляют отвод, когда «считают своего защитника или представителя недостаточно компетентным; указывают на существенные для обеспечения защиты или поддержания частного обвинения нарушения соответственно защитником или представителем своих обязанностей; полагают, что имеют серьезные основания для утраты доверия к своему защитнику или представителю» (ч. 1 ст. 117).

Действующий УПК РФ эти положения не воспринял, уголовно-процессуальный закон не знает института замены адвоката по просьбе обвиняемого (подозреваемого). Вот почему на практике отказ от конкретного защитника зачастую игнорируются даже при наличии весьма веских оснований для отстранения адвоката от

участия в деле. Так, например, Верховный Суд РФ признал нарушением права Абросимова на защиту неудовлетворение его заявления «об отказе от адвоката в связи с тем, что тот поддержал его обвинение». Он признал: «... такой отказ был вынужденным. Абросимов отказался от участия в деле конкретного адвоката, но не защиты вообще»²⁵⁹.

Комментируя данное решение, ученые указали, что подсудимый «просил о замене (выделено мной. – А. Т.) защитника ввиду расхождения с ним в определении позиции по делу»²⁶⁰. Очевидно, что в случае отказа от конкретного защитника должно заявляться ходатайство о замене защитника, однако УПК РФ такую замену не предусматривает.

Ученые отмечают, что в данных ситуациях необходимо принятие двух решений:

1. по поводу фактического отказа от защитника;
2. о допуске другого защитника в дело²⁶¹.

Таким образом, наука и практика вырабатывают определенные механизмы для разрешения данного пробела нормативной регламентации процедуры замены защитника в случае отказа от него доверителем.

Обращаясь к традициям отечественной юриспруденции в этой части, заметим, что Устав уголовного судопроизводства (1864 г.) предусматривал право подсудимых просить о перемене защитников, назначенных от суда (ст. 568). При этом Устав не устанавливал ни процедуры, ни оснований такой замены. По разъяснениям Сената причиной замены защитника могло быть:

– указание на недостаток знания обстоятельств дела;

²⁵⁹ Дело Абросимова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1992. № 6. С. 8.

²⁶⁰ Научно-практический комментарий к УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева; науч. ред. В.П. Божьев. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2008. С. 197.

²⁶¹ Там же.

– жалоба, в которой лицо не удовлетворено назначенным защитником, при этом без просьбы о назначении другого²⁶².

Что же может и должно являться основанием для принятия отказа от конкретного защитника по назначению в наши дни?

Обратившись к Решениям Конституционного Суда РФ в этой части, мы найдем некоторые ответы на данный вопрос. Так, он отмечает: «... ч. 2 ст. 52 УПК РФ, находящаяся в нормативном единстве с ч. 1 ст. 52 и ст. 51 УПК РФ, предусматривающая, что отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора и суда, предполагает, что при разрешении соответствующего ходатайства в каждом конкретном случае следует установить, является ли волеизъявление лица свободным и добровольным и нет ли причин для признания такого отказа вынужденным и причиняющим вред его законным интересам. Таким образом, данная норма направлена не на ограничение, а на защиту прав обвиняемого (подозреваемого), а поэтому не предполагает возможность навязывать обвиняемому конкретного защитника, от которого тот отказывается. Обоснованность отказа от конкретного защитника должна оцениваться исходя из указанных в ст. 72 УПК РФ обстоятельств, исключающих его участие в деле, а также обязанностей адвоката, перечисленных в ст. 6 и 7 ФЗ от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности...»²⁶³.

²⁶² См.: Судебные уставы Императора Александра II с законодательными мотивами и разъяснениями. Устав уголовного судопроизводства / под ред. С.Г. Щеглова. СПб., 1913. С. 380.

²⁶³ Определения Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 г. № 488-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Н.Я. Мозжухина на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 297 УК РФ и ч. 2 ст. 52 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 17.12.2009 г. № 1622-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы С.В. Афанасенко на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 52 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 29.05.2012 г. № 1014-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Вахрушева на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 52 УПК РФ».

На наш взгляд, Конституционный Суд РФ в одном абзаце выразил весьма противоречивые правовые позиции о том, когда отказ от защитника подлежит удовлетворению органами, осуществляющими уголовное судопроизводство.

Первым предложением он установил, что для принятия отказа от защиты достаточно того, чтобы отказ был добровольным и не причинял вред законным интересам подозреваемого (обвиняемого).

Последним он указал, что такой отказ допустим только при наличии оснований, предусмотренных ст. 72 УПК РФ и при нарушении защитником своих обязанностей, предусмотренных ФЗ «Об адвокатской деятельности...».

Очевидно, что первый критерий обязательности отказа от защитника при всей размытости категории «причинение вреда законным интересам...» не ограничивает возможность удовлетворения отказа от защитника так, как это делает второй.

Конституционный Суд РФ дал в данном случае ориентир на проведение параллелей между отказом от конкретного защитника и обстоятельствами, исключающими участие защитника в деле. Как мы убедились, практика это положение восприняла и без участия Конституционного Суда РФ.

Рассмотрим, что же помимо обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, Конституционный Суд РФ посчитал основанием для принятия отказа от защитника? Что он подразумевал, говоря о неисполнении адвокатом обязанностей, предусмотренных ст. 6, 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», как основаниях для принятия отказа от него?

Часть 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» перечисляет то, что адвокат делать не вправе. В принципе, это положение можно переформулировать как норму о том, что адвокат обязан не делать и, соответственно, рассматривать нарушение положений ч. 4

ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» как безусловное основание для принятия отказа от защитника.

Очевидно, что из перечня ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» принятие поручения от лица, имеющего заведомо незаконный характер (п. 1 ч. 4 ст. 6), не может служить основанием для принятия отказа от защитника по назначению в силу специфики вступления адвоката в дело.

По смыслу позиции Конституционного Суда РФ обвиняемый вправе рассчитывать на принятие отказа от защитника в случаях, когда:

- будут выявлены обстоятельства, исключающие принятие адвокатом поручение (п. 2 ч. 4 ст. 6);
- адвокат занял позицию по делу вопреки воле доверителя за исключением случаев самоговора (п. 3 ч. 4 ст. 6);
- адвокат делает публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает;
- адвокат разглашает сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием тому юридической помощи без его согласия;
- адвокат отказывается от принятой на себя защиты;
- адвокат осуществляет негласное сотрудничество с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность (ч. 5 ст. 6 ФЗ).

Ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», так и названная «Обязанности адвоката», дает основание полагать, что неисполнение любых ее предписаний, по смыслу Конституционного Суда РФ, дает возможность удовлетворить отказ от защитника.

Так ли это?

На самом деле, вряд ли неисполнение таких обязанностей, как осуществление ежемесячных платежей на нужды адвокатской палаты (п. 5 ч. 1 ст. 7), осуществление страхования риска своей профессиональной ответственности (п. 6 ч. 1 ст. 6 ФЗ «Об адвокат-

ской деятельности») смогут стать основанием принятия отказа от защитника.

В свете отказа от защитника интересны его обязанности:

– честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством РФ средствами (п. 1 ч. 1 ст. 7);

– исполнять требования закона об обязательном участии защитника (п. 2 ч. 1 ст. 7);

– совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию (п. 3 ч. 1 ст. 7);

– соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката (п. 4 ч. 1 ст. 7).

Соответственно, пассивность защитника, его недобросовестность, неквалифицированность, неэтичное поведение в процессе, являющиеся нарушением указанных требований ч. 1 ст. 7 УПК РФ, могут и должны служить основанием для принятия отказа от конкретного защитника.

Соблюдается ли это на практике?

В качестве иллюстрации значительных проблем в этой сфере приведем пример из дисциплинарной практики ПА г. Москва.

В ходе рассмотрения заявления К. на нарушение адвокатом своих профессиональных обязанностей было установлено, что К. неоднократно в ходе судебного разбирательства подавала заявления о замене назначенного защитника А. – трижды судье, рассматривающему дело, один раз – на имя и.о. председателя суда.

В обоснование своих требований она указала, что адвокат ей не представилась, с делом не знакомилась, опаздывала на заседания на 30–45 мин., не обсуждала с ней вопросы защиты, не знакомилась с материалами дела, не помогала К. в составлении ходатайств, сборе доказательств, говорила против ее воли.

Квалификационная комиссия г. Москвы установила, что в протоколах судебных заседаний отсутствуют сведения о том, что суд разрешил процессуально заявленные в ходе судебного разбирательства ходатайства К. В то же время отсутствовали и данные о законном и адекватном реагировании адвокатом А. на заявленные К. устные и письменные ходатайства относительно законности участия адвоката А. в рассмотрении уголовного дела в отношении К. Замечаний на протокол адвокат А. не приносила. Такая пассивность защиты привела к признанию адвоката нарушившим требования профессиональной этики, а именно ч. 1 ст. 12 КПЭА.²⁶⁴

Следует признать, что отечественное правосудие не готово принимать претензии к качеству защиты (кроме разве крайних, очевидных форм отказа от защиты), в качестве основания для отстранения адвоката по назначению от производства по делу. Очевидно, что практика принятия отказа от защитника по назначению в связи с некачественным выполнением им своих профессиональных обязанностей требует своего развития.

Именно это диктует нам позиция Европейского суда по правам человека.

Так, в деле «Ананьев против России» Европейский суд установил нарушение п. 1 и 3 ст. 6 Конвенции, а именно принципа справедливости уголовного процесса ввиду необеспечения квалифицированной юридической помощи заявителя.

Ананьев ссылался на то, что назначенный ему адвокат не встретился с ним для подготовки к его защите, присутствуя на слушании дела в кассационной инстанции, не представил никаких доводов в обоснование жалобы и сделал лишь устные заявления, опираясь на основания жалобы, поданной заявителем.

²⁶⁴ Заключение квалификационной комиссии № 7 АП г. Москва // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2010. № 1–2 (75–76). С. 93–95.

ЕСПЧ, рассматривая это дело, использовал сформулированную им правовую позицию о том, что «одно лишь назначение защитника не обеспечивает предоставление эффективной помощи, так как адвокату, назначенному для оказания юридической помощи, могут препятствовать в исполнении его обязанностей либо он может уклониться от выполнения таковых. ... органы власти должны либо *заменить* (выделено мной. – *А. Т.*) адвоката, либо обязать его выполнить его/ее обязанности».

Применительно к ситуации Ананьева ЕСПЧ посчитал, что «отсутствие личной встречи и беседы с заявителем до проведения судебного заседания в совокупности с тем, что назначенный государством защитник не подготовил каких-либо дополнительных доводов кассационной жалобы и защищал заявителя, опираясь на доводы, представленные заявителем около четырех лет назад, нанесло непоправимый ущерб эффективности правовой помощи, представленной Д.»²⁶⁵.

Таким образом, ЕСПЧ по правам человека требует от органов, ведущих уголовное судопроизводство, замены адвоката по назначению в случаях серьезных и обоснованных претензий доверителя к ее качеству.

Однако, на наш взгляд, реализация этого требования без выработки определенного механизма такой замены невозможна. Не секрет, что защита по назначению – тяжкая повинность для адвокатов. Поэтому недобросовестным адвокатам может быть очень даже удобно выбытие из процесса в связи с заменой.

Для того чтобы не поощрять адвокатов на провокацию отказа от своих услуг, необходимо, чтобы при принятии отказа от защитника, обусловленного нарушением им своих профессиональных

²⁶⁵ Извлечения из постановлений Европейского суда по правам человека // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 2. С. 36–37.

обязанностей, обязательным условием было обращение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, в органы адвокатского сообщества, уполномоченные привлекать адвоката к дисциплинарной ответственности.

С другой стороны, неудовлетворение отказа от защитника должно предполагать разъяснение обвиняемому (подозреваемому) права на обращение в органы адвокатского сообщества для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности. На наш взгляд, официальное признание недобросовестности защиты должно быть безусловным основанием для отстранения адвоката от участия в деле. Другое дело, что с момента обращения в соответствующую палату адвокатов до принятия ею решения, которое, кстати, может быть в дальнейшем еще и обжаловано в судебном порядке, может пройти время, в течение которого подзащитный будет вынужден «терпеть защитника». Решение органа адвокатского сообщества о ненадлежащем исполнении адвокатом профессиональных обязанностей должно влечь признание нарушения права на защиту в период, когда такая защита осуществлялась. Считаем, что данное решение проблемы будет способствовать внимательному отношению субъектов, ведущих уголовное судопроизводство, к претензиям, касающимся качества работы защитников по назначению.

Недобросовестное исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей, как основание отказа от него, интересно с точки зрения соотношения с обстоятельствами, исключающими участие в деле, установленными главой 9 УПК РФ. Из нее прямо следует, что ненадлежащее качество осуществляемой профессиональной деятельности является основанием для отвода таких участников процесса, как переводчик, специалист, эксперт, проявляясь через такой признак, как «обнаружившаяся некомпетентность» (ч. 2 ст. 69, п. 3 ч. 2 ст. 70, ст. 71). Косвенно она заложена в осно-

вания отвода судьи, дознавателя, следователя, прокурора, перечень оснований отвода которых открыт критерием «иные обстоятельства, дающие основание полагать, что они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в исходе дела» (ч. 2 ст. 61 УПК РФ). «Заинтересованность в исходе дела» этих лиц может принимать различные формы и быть вызвана самыми разными соображениями. Практика знает случаи их отвода при неоднократном ненадлежащем исполнении ими своих профессиональных обязанностей, выразившихся в процессуальных нарушениях, допущенных в отношении одной из сторон. В данном случае личная заинтересованность обосновывается «ложно понятыми интересами службы»²⁶⁶. В связи с этим недобросовестность, некомпетентность должна рассматриваться как «иная личная заинтересованность» указанных субъектов и должна влечь отвод.

Таким образом, ненадлежащее осуществление профессиональной деятельности может и должно выступать обстоятельством, исключающим участие в процессе. Для защитника оно выступает таковым только в том случае, если его отстранения от участия в процессе требует доверитель. Ибо только он, как субъект, принимающий соответствующую помощь, должен решать: устраивает она его или нет. Такой обоснованный отказ должен быть обязательен для субъектов, ведущих уголовное судопроизводство.

Наш экскурс в позиции Конституционного Суда РФ о том, в каких случаях требуется принятие отказа от конкретного защитника, был бы далеко не полным, если бы мы не упомянули еще об одной позиции, смысл которой расходится с первыми двумя.

Он отметил, в частности: «... реализация права пользоваться помощью адвоката (защитника) на той или иной стадии уголовно-

²⁶⁶ Ярошик О.Д. Иные основания для отвода должностного лица в уголовном процессе // Адвокатская палата. 2011. № 12. С. 4–13.

го судопроизводства не может быть поставлена в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, т. е. от *решения, не основанного на перечисленных в уголовно-процессуальном законе обстоятельствах, предусматривающих обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве* (подчеркнуто мною. – А. Т.), в том числе по назначению»²⁶⁷.

Из данной формулировки следует, что только обстоятельства, указанные в ч. 1 ст. 51 УПК РФ, дают право субъекту, ведущему уголовное судопроизводство, признать отказ от защитника необязательным.

Но «только» ли, если мы вспомним, что ч. 1 ст. 51 УПК РФ предусматривает обязательное участие защитника в деле, если обвиняемый (подозреваемый) от защитника не отказался? Поскольку в данном случае законодатель имел в виду отказ от помощи защитника вообще, получается, что если обвиняемый отказывается от конкретного защитника, это дает органам, ведущим уголовное судопроизводство, данное ходатайство не удовлетворять.

Представляется, что такие весьма противоречивые позиции Конституционного Суда РФ, выраженные в определениях, которыми он отказывает заявителям в принятии решения по существу, не способствуют, к сожалению, улучшению практики. Между тем вопрос, затронутый в данных заявлениях, касается весьма значимого конституционного права – права на получение квалифицированной помощи в аспекте права отказа от нее и требует более определенной позиции со стороны органа конституционного контроля.

²⁶⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 17 июня 2010 г. № 789 – О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина О.В. Кузнецова на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 49, п. 5 ч. 1 ст. 51 и ч. 1 ст. 52 УПК РФ».

§ 3. Замена адвоката как форма его отстранения от участия в деле

УПК РФ упоминает о замене защитника в ст. 50, ч. 2 ст. 248, ч. 2 ст. 258 УПК РФ.

Заменить – означает «взять, назначить, использовать взамен другого»²⁶⁸. Означает ли применение института замены отстранение адвоката от участия в процессе?

На наш взгляд, в этом аспекте следует различить и отдельно проанализировать замену защитника в случае его неявки (ст. 50, ч. 2 ст. 248 УПК РФ) и в случае нарушения порядка в зале судебного заседания (ч. 2 ст. 258 УПК РФ).

Статья 50 УПК РФ термин «замена защитника» употребляет только в своем названии. Части 3, 4 ст. 50 УПК РФ регламентируют ситуации неявки защитника.

Закон предполагает назначение защитника или предложение обвиняемому (подозреваемому) пригласить нового защитника при неявке на проведение следственных действий при задержании и заключении под стражу «приглашенного защитника», т. е. защитника, еще не вступившего в дело, соответственно, отстранение его от участия в деле не происходит. Применительно к ситуациям, когда защитник уже участвует в процессе, законодатель упоминает о праве следователя провести конкретное следственное действие без участия защитника в случае невозможности его явки в течение 5 суток. При этом, отказывая в праве провести процессуальное действие без участия защитника, в случаях, предусмотренных п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ, законодатель, по сути, оставил открытым вопрос: что следует предпринять? Формально дознавателю, следователю закон права на назначение нового защитника в случаях не-

²⁶⁸ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 182.

возможности явки защитника, участвующего в деле, в течение 5 суток, не дает. Однако очевидно, что особенно применительно к случаям обязательного участия защитника, отсутствие такого правомочия может создать тупиковую ситуацию «заморозки» предварительного расследования из-за его отсутствия.

УПК РФ предоставляет также право замены защитника судом при неявке в судебное разбирательство. При этом отмечается, что она «осуществляется в соответствии с ч. 3 ст. 50 УПК РФ». Соответственно, сказанное справедливо и применительно к судебным стадиям процесса: замена участвующего в деле защитника, не явившегося в суд, в одностороннем порядке судом невозможна: требуется либо приглашение обвиняемым другого защитника, либо его ходатайство о его назначении. Заметим, что ранее прямо указывалось, что замена защитника, не явившегося в судебное разбирательство, возможна лишь с согласия подсудимого (ч. 2 ст. 251 УПК РСФСР).

Таким образом, буквально положения ст. 50 УПК РФ позволяют сделать заключение, что замена защитника возможна в случае неявки последнего в течение 5 суток со дня заявления ходатайства о его приглашении.

Между тем практика иначе истолковала данные нормы. Невозможность явки защитника на проведение следственного действия в течение 5 суток при неприглашении обвиняемым (подозреваемым) другого защитника и отсутствии с его стороны ходатайств о замене также рассматривается как основание для назначения ему в одностороннем порядке нового защитника. Указанное правомочие следователя и суда на случай невозможности участия защитника в течение «длительного срока» предусматривал УПК РСФСР (ч. 3 ст. 48). В данном ключе была истолкована и ч. 3 ст. 50 УПК РФ.

В этой связи интересна позиция высшего органа конституционного контроля, высказанная при рассмотрении жалобы А.В. Щер-

бинина, оспаривавшего конституционность ч. 3 ст. 50, ч. 6 ст. 114, п. 8 ч. 2 ст. 131 и ч. 2 ст. 248 УПК РФ. Поводом для обращения в Конституционный Суд РФ в данном случае послужило то, что судьей было принято решение о замене защитника, осуществлявшего его защиту на предварительном следствии, но не явившегося в судебное заседание.

Конституционный Суд РФ указал: «Закрепляя порядок, при котором в случае невозможности участия в деле защитника в течение указанного в этой норме срока, производится его замена другим защитником, свободно выбранным обвиняемым, или – при отказе обвиняемого пригласить защитника по своему выбору – защитником по назначению, ч. 3 ст. 50 УПК РФ не лишает обвиняемого права реально пользоваться квалифицированной юридической помощью как приглашенного им самим защитника, так и защитника, назначенного дознавателем, следователем или судом»²⁶⁹.

Здесь следует отметить два момента: во-первых, Конституционный Суд РФ признал правомерным распространение предписаний ч. 3 ст. 50 УПК РФ в части замены защитника, «приглашенного обвиняемым», на защитника, уже участвующего в деле на основании соглашения. При этом он указал, что УПК РФ такую замену регламентирует, что, исходя из того, что мы писали ранее, не совсем точно.

Во-вторых, следует обратить внимание на окончание приведенной нами правовой позиции Конституционного Суда, на наш взгляд, полностью отвечающей на вопрос, исключает ли назначение обвиняемому нового защитника участие в нем уже вступившего в процесс адвоката?

²⁶⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 г. № 429 – О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина А.В. Щербинина на нарушение его конституционных прав» положениями ч. 3 ст. 50, ч. 6 ст. 114, п. 8 ч. 2 ст. 131 и ч. 2 ст. 248 УПК РФ».

Этот вопрос достаточно актуален, поскольку предписания ч. 3 ст. 50 УПК РФ о возможности проведения следственного действия в отсутствие неявившегося защитника в науке иногда сопровождаются разъяснениями о том, что «это не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем пригласить для осуществления защиты другого адвоката либо ходатайствовать о его назначении»²⁷⁰.

Совершенно непонятно, почему проведение следственного действия без участия защитника, вступившего в дело (по смыслу ч. 3 ст. 50 УПК РФ), вызвало данные комментарии. Можно лишь предположить обусловленность их суждением, что защитник в данном случае отстраняется от участия в деле ввиду неявки. На самом деле это не так, он продолжает участвовать в процессе, в частности, поэтому его неявка на какое-либо следственное действие не освобождает следователя от обязанности уведомить о проведении следующего.

Аналогично, на наш взгляд, должна рассматриваться ситуация с назначением обвиняемому нового защитника следователем или судом при отсутствии ходатайства обвиняемого о назначении и неприглашении им другого защитника. Законодатель не ограничивает число защитников подсудимого и по смыслу ч. 3 ст. 50 УПК РФ не ставит назначение защитника в зависимость от отстранения от участия в деле уже вступившего в него. На наш взгляд, законодателем в рассматриваемой норме предполагается не отстранение защитника от участия в деле вообще, а участие иного защитника в том конкретном процессуальном действии, на которое защитник не явился.

²⁷⁰ Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособие / под ред. Н.А. Колоколова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2010. С. 8–9.

Другая разновидность замены – замена защитника, упоминаемая ч. 2 ст. 258 УПК РФ как следствие нарушения им порядка в зале судебного разбирательства. В этом случае защитник, присутствующий в зале судебного заседания, лишается своих полномочий, отстраняется от участия в деле.

В этом – несомненный признак замены адвоката по замыслу ч. 2 ст. 258 УПК РФ как разновидности отстранения адвоката от участия в процессе, т. е. отвода в широком смысле слова. Как и при отводе, обусловленном обстоятельствами, исключающими участие в деле, при его замене адвокат должен выбыть из процесса по решению субъекта, ведущего производство по делу.

Следует отметить, что уголовно-процессуальное законодательство зарубежных стран не всегда разводит эти основания для отвода адвоката. Так, например, УПК Украины 1960 г. в числе обстоятельств, исключающих участие в деле защитника, указывал: «не может быть защитником лицо, которое, злоупотребляя своими правами, препятствует установлению истины по делу, затягивает расследование или судебное разбирательство дела, а также лицо, которое нарушает порядок в судебном заседании или не выполняет распоряжений председательствующего во время судебного разбирательства дела» (ч. 4 ст. 61 УПК Украины от 28 декабря 1960 г. в ред. Закона от 21.06.2001 г.)²⁷¹.

В этой связи параллели между ранее действовавшим уголовно-процессуальным законодательством Украины и современным законодательством России можно провести только в части судебного разбирательства. Отечественное законодательство не предусматривает отстранение адвоката от участия в процессе в связи с нарушением профессиональных обязанностей на стадии предвари-

²⁷¹ Новый УПК Украины, принятый 13.04.2012 г. в ст. 78, предусматривающей основания отвода защитника, данное обстоятельство не упоминает.

тельного расследования по инициативе субъекта, ведущего уголовное судопроизводство.

В связи с этим интересно разъяснение, данное сотрудниками Генеральной прокуратуры РФ на вопрос о том, возможно ли процессуальным путем отстранение от участия в деле адвоката, использующего запрещенные средства и способы защиты (подговаривает свидетелей, фальсифицирует доказательства и иным путем препятствует нормальному ходу предварительного следствия). Был дан ответ, что следователь в таких случаях «может направить соответствующие материалы в адвокатское образование для решения вопроса об аннулировании выданного адвокату ордера либо прекращении статуса адвоката. После аннулирования ордера следователь выносит постановление об отстранении адвоката от участия в уголовном деле как не имеющего юридического основания на то»²⁷².

В адрес написанного нельзя не заметить, что адвокатской ответственности в виде «аннулирования ордера» законодатель не предусматривает. В целом же, безусловно, верно: отстранение защитника следователем за нарушение требований профессиональной этики, в том числе в виде обозначенных действий недопустимо.

По своему характеру обстоятельства, исключая участие адвоката в деле, установленные ст. 72 УПК РФ, отличаются от оснований замены адвоката по ч. 2 ст. 258 УПК РФ. Первые характеризуют объективно существующие обстоятельства, независимые от личностных характеристик конкретного адвоката, участвующего в деле, в том числе от того, как он исполняет свои профессиональные обязанности. Они не обуславливаются какими-либо претензиями к качеству его работы как с точки зрения соблюдения

²⁷² Коротков А.П. Указ. соч. С. 135.

требований закона, так и с точки зрения требований профессиональной этики. Их применение не может быть отдано на усмотрение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, как в случае замены адвоката при нарушении им порядка в зале судебного заседания, когда судья сам решает, использовать полномочия, предоставленные ему ч. 2 ст. 258 УПК РФ, или нет.

Вместе с тем и те, и другие обстоятельства выступают основанием отстранения адвоката от участия в процессе, то есть его отвода, только в различных процессуальных формах.

Вот почему на практике нередко замена адвоката именуется отводом.

Так, например, Московский городской суд, комментируя ситуацию отстранения 3 марта 2011 г. адвоката-защитника Короткова-Гуляева от участия в процессе на основании ч. 2 ст. 258 УПК РФ, то отмечал, что адвокат был судом «отведен», то указывал, что он был судом «удален» из зала суда²⁷³. В самом же решении судья указал, что адвокат «отстраняется» от участия в деле на основании ч. 2 ст. 258 УПК РФ. Между тем об «отстранении» адвоката от участия в деле в этой статье нет ни слова, как, впрочем, и в УПК РФ в целом.

Замена адвоката – достаточно малоизученная в науке уголовного процесса форма отстранения адвоката от участия в деле, очень скудно процессуально регламентированная, в связи с чем вызывает много вопросов и нареканий к практике ее применения.

Следует проанализировать замену адвоката как форму его отстранения от участия в процессе, ее основания, в том числе в аспекте соотношения с обстоятельствами, исключающими участие адвоката в деле, и оценить обеспечение при ее реализации права

²⁷³ URL: <http://www.newsru.com/russia/03mar2011/guliaev.html>.

обвиняемого на защиту и права на получение квалифицированной юридической помощи.

Прежде всего, отметим, что согласно УПК РФ председательствующий имеет статус субъекта и осуществляющего распорядительно-властные полномочия в виде дачи распоряжений, и наказывающего за их неподчинение путем применения определенных мер реагирования – процессуальных санкций. Соответственно, должен быть достаточно четкий механизм предупреждения его недобросовестности.

Одним из его необходимых элементов будет являться наличие четкой правовой регламентации оснований и порядка применения, исключающей какие-либо разночтения.

Меры реагирования суда на нарушения защитником порядка в судебном заседании предусмотрены ч. 2 ст. 258 УПК РФ: «При неподчинении обвинителя и защитника распоряжениям председательствующего слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено, если не представляется возможным без ущерба для уголовного дела заменить данное лицо другим. Одновременно суд сообщает об этом вышестоящему прокурору или в адвокатскую палату». Фактически в указанной части УПК РФ дословно воспроизвел положения ч. 2 ст. 263 УПК РСФСР. Однако свидетельствует ли это о совершенстве ее конструкции и выработке удовлетворительной практики ее применения?

Мы специально привели дословно положение закона, чтобы показать, что оно весьма лаконично и одновременно замысловато изложено. При всем этом данному процессуальному институту в уголовно-процессуальной литературе уделяется недостаточное внимание. Показательным, на наш взгляд, является то, что в научно-практическом пособии «Производство по уголовным делам в суде первой инстанции», разработанном судьями Верховного Суда РФ в специальном разделе «Регламент судебного заседания и меры

воздействия за нарушение порядка в судебном заседании», о применении ч. 2 ст. 258 УПК РФ не сказано ни слова²⁷⁴. Между тем, нельзя сказать, что данная норма сформулирована удачно, что выразилось в неоднозначной трактовке ее в науке и нарушениях на практике.

Индикатором последнего являются неоднократные обращения граждан в Конституционный Суд РФ с просьбой признать данное положение УПК РФ неконституционным. Заметим, что эта норма затрагивает достаточно важное конституционное право гражданина – право на защиту и, в частности, на получение квалифицированной юридической помощи.

Претензии заявителей к ч. 2 ст. 258 УПК РФ сводятся к тому, что она в силу нечеткости формулировки «позволяет суду оказывать воздействие на защиту и создавать серьезные препятствия обвиняемому в осуществлении его права на защиту» по ее положениям «председательствующий приобретает неограниченную власть над участниками процесса, благодаря несовершенству конструкции оспариваемой нормы, так как все участники процесса обязаны подчиниться любым его распоряжениям под страхом применения дисциплинарных мер».

Конституционный Суд РФ не согласился с доводами заявителей, указав, что ст. 258 УПК РФ направлена на обеспечение надлежащего осуществления правосудия по уголовным делам и пресечение нарушений установленного в судебном заседании порядка со стороны участников уголовного судопроизводства, включая подсудимого и его защитника, а также иных присутствующих в зале судебного заседания лиц. Данная статья не лишает подсудимого права на защиту своих прав и свобод всеми способами, не

²⁷⁴ Производство по уголовным делам в суде первой инстанции: науч.-практ. пособие / под ред. В.М. Лебедева. М.: Норма, 2011. С. 256–263.

запрещенными законом, в том числе с помощью приглашенного им адвоката, исключая лишь возможность злоупотребления последним предоставленными ему правами²⁷⁵.

Вместе с тем то, на что норма направлена, как она сформулирована и как применяется на практике – весьма большая разница. Причем противоречия в ее применении присутствуют даже непосредственно в практике Верховного Суда РФ.

В настоящее время можно констатировать существенные проблемы в определении судьями как оснований применения данной нормы, так и круга предусматриваемых ею мер.

Реализацию данного предписания в качестве меры реагирования в отношении защитника закон обуславливает «неподчинением распоряжениям председательствующего» (ч. 2 ст. 258 УПК РФ).

На наш взгляд, злоупотребления ч. 2 ст. 258 УПК РФ очевидны в ситуациях, когда данная норма используется для отстранения адвоката от производства по делу при явном отсутствии этого основания.

Например, ч. 2 ст. 258 УПК РФ применяется в случаях неявки защитника в судебное заседание, т. е. по определению исключаящих нарушение порядка в зале судебного заседания лицом, в нем отсутствующим.

В связи с этим интересно сравнить два дела, весьма схожих по фактическим обстоятельствам отстранения защитника, и весьма по-разному разрешенных Верховным Судом РФ.

²⁷⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2005 г. № 204-О, Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 821-О-О, Определение Конституционного Суда РФ от 21 февраля 2008 г. № 131-О-О, Определение Конституционного Суда от 15 января 2009 г. № 106-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан А.Н. Никитенко, И.В. Плотникова и М.А. Хырхырьяна на нарушение их конституционных прав ч. 2 ст. 258 и п. 3 ч. 5 ст. 355 УПК РФ».

По делу Элибекова защитник О.С. Чуйко 24 марта 2010 г. постановлением Ростовского областного суда была отстранена от участия в деле со ссылкой на систематические нарушения ею закона и порядка в судебном заседании, проявление явного неуважения к суду, попытку срыва судебных заседаний, совершение действий, препятствующих председательствующему в организации нормального хода процесса. Верховный Суд РФ, изучив материалы дела, пришел к выводу, что все указанное судом в отношении адвоката имело в виду одно: неявку адвоката в зал судебного заседания. Сведения об уважительной причине отсутствия адвоката (болезнь) суду были представлены.

Верховный Суд РФ своим определением отменил приговор, вынесенный по делу, усмотрев нарушение права на защиту Э., выразившемся в отстранении Чуйко от защиты²⁷⁶.

В другой ситуации Санкт-Петербургский городской суд 06.10.2004 г. отстранил защитника – гражданина А.А. Романова, допущенного 10 февраля 2003 г. к участию в деле по ходатайству подсудимого А.В. Телепина. В качестве основания вынесения постановления об отстранении адвоката от участия в деле суд указал на то, что поведение А. Романова не отвечает требованиям закона – он допускал некорректные и оскорбительные высказывания в адрес суда и других участников уголовного судопроизводства, своим поведением нарушал их конституционные права, совершал действия, направленные на умышленное затягивание рассмотрения дела без уважительной причины, приводящие к срыву заседаний, фактически защиту подсудимого не осуществлял. Примечательно при этом, что сам А.А. Романов в момент отстранения в зале суда не присутствовал, поскольку находился в другом городе, где участво-

²⁷⁶ Определение Верховного Суда РФ № 41-010-83СП // Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2010 г. URL: <http://www.legis.ru/misc/doc/7294>.

вал в судебном заседании по другому делу. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, рассмотрев жалобу А.А. Романова, не увидела оснований для отмены решения, указав в своем определении от 16.12.2004 г.: «Ссылка Романова на то, что он был занят в другом процессе, во внимание принята быть не может, поскольку он занят, прежде всего, в деле по обвинению Телепина»²⁷⁷.

Данная ситуация послужила поводом для обращения в Конституционный Суд РФ, который отказал в принятии заявления гр-на А. Телепина к рассмотрению, справедливо отметив, что обжалованная в свете данной ситуации ст. 256 УПК РФ, каких-либо положений, регламентирующих действия суда в случае ненадлежащего выполнения своих функций защитником, допущенным к участию в уголовном деле по ходатайству подсудимого, не содержит и, следовательно, сама по себе не затрагивает конституционные права заявителя, о нарушении которых идет речь в его жалобе.

И не было бы у нас повода вообще упоминать о данном определении, если бы Конституционный Суд РФ ограничился только этим. Однако он этого не сделал, в связи с чем мы получили возможность осмыслить следующее его суждение: «кроме того, в судебном заседании по делу А.В. Телепина участвовал профессиональный адвокат, к тому же А.В. Телепин был вправе пригласить также другого защитника вместо отстраненного от участия в деле А.А. Романова»²⁷⁸.

Таким образом, Конституционный Суд РФ априори сослался на два обстоятельства: факт наличия в деле другого защитника и возможность приглашения нового адвоката взамен отстраненного, как

²⁷⁷ «Защитника – отстранить». URL: <http://www.romanovaa.ru/otstranit!>.

²⁷⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 18.07.2006 г. № 287-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В. Телепина на нарушение его конституционных прав ст. 256 УПК РФ».

критерии соблюдения права обвиняемого на защиту при отстранении защитника от участия в деле.

Вместе с тем сами по себе они ни в коей мере не должны служить основанием для признания законным отстранения адвоката от участия в деле по ч. 2 ст. 258 УПК РФ. В этом мы можем убедиться, обратившись к только что упомянутому нами делу Элибекова. Верховный Суд РФ признал нарушенным право Элибекова на защиту при обстоятельствах, когда помимо отстраненного от участия в деле адвоката Чуйко, осуществлявшей защиту по назначению, защиту подсудимого Э. осуществлял по соглашению адвокат Р.Г. Кржечковский. При этом Верховный Суд РФ указал: «выводы суда о том, что отстранение адвоката О.С. Чуйко от участия в деле не нарушают право подсудимого Н.Г. Элибекова, поскольку его интересы продолжал представлять адвокат Р.Г. Кржечковский, судебная коллегия считает несостоятельными не только потому, что подсудимый незаконно лишен права пользоваться услугами двух адвокатов, но и потому, что адвокат О.В. Чуйко в течение нескольких дней одна, в отсутствие адвоката Р.Г. Кржечковского осуществляла защиту интересов Элибекова в суде..., в связи с чем судебная коллегия считает, что адвокат Р.Г. Кржечковский не мог в полной мере осуществлять защиту интересов подсудимого Элибекова».

Однако не только явный выход судей за рамки оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 258 УПК РФ, вызывает претензии. Сами эти основания сформулированы настолько неконкретно, что предоставляют суду практически неограниченные возможности по ее применению. Закон никаких критериев «неподчинения распоряжениям председательствующего», при наличии которых допустимо применить меры воздействия к адвокату-нарушителю порядка в зале судебного заседания, не содержит. Фактически из буквального прочтения текста закона следует, что любое неподчинение

любым распоряжениям председательствующего может повлечь установленные им последствия.

В связи с этим хотелось бы вспомнить не так давно получившее определенный резонанс в юридический кругах отстранение от участия в деле адвокатов И.В. Плотникова и М.А. Хырхырьяна Ростовским областным судом.

К ним была применена ч. 2 ст. 258 УПК РФ, как указал суд, за то, что те самовольно покинули зал судебного заседания будучи несогласными с процессуальным решением.

Между тем адвокаты И.В. Плотникова и М.А. Хырхырьян отмечают, что суд был предвзят, в постановлении об отстранении от участия в деле судья умышленно искажила факты, поскольку в связи с незаконным игнорированием заявленного ими отвода судье, они удалились из зала суда для регистрации его в канцелярии, о чем и сделали заявление, занесенное в протокол судебного разбирательства. Адвокаты в научной полемике поставили вопрос о том, соответствует ли обеспечению прав личности положения закона, разрешающего отстранять от участия в деле защитника в случае невыполнения любых распоряжений председательствующего даже самых нелепых, абсурдных и незаконных²⁷⁹.

Следует отметить, что претензии адвокатов к судьям далеко не всегда небезосновательны. Этого не скажешь о претензиях судей к адвокатам, о чем свидетельствуют проведенные исследования дисциплинарной практики ПАСО.

Некорректное поведение адвоката по отношению к суду и другим участникам судебного разбирательства является вторым по распространенности (после жалоб на неявку адвокатов на запланированные судебные заседания, составляющих по данным Пала-

²⁷⁹ Плотников И.В., Хырхырьян М.А. Всем ли распоряжениям председательствующего обязаны подчиняться участники процесса? (Взгляд в контексте применения ст. 258 УПК РФ) // Адвокатская практика. 2011. № 4. С. 37–42.

ты адвокатов Самарской области около 80 % всех сообщений судей) поводом обращения судей в органы адвокатского сообщества (около 17 % обращений). При этом, как показало обобщение дисциплинарной практики ПАСО, только 25 % заявлений судей содержат указания на действительно имевшие место нарушения адвокатами норм профессиональной этики. В трех случаях из четырех обвинения судей в адрес адвокатов не находят подтверждения.

Сказанное подтверждает и дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы²⁸⁰ и высказывания в печати. Возможность применения судом мер воздействия к адвокатам за неподчинение его распоряжениям (ч. 2 ст. 258 УПК РФ) даже в таком «облегченном» варианте, как отложение слушания дела и сообщение в органы адвокатского сообщества, нередко оборачивается злоупотреблениями со стороны судей. «Очевидно, что распоряжения председательствующего нередко связаны с требованием к адвокату прекратить слишком эмоционально выступать в суде или ожесточенно спорить в процессе защиты. Поэтому судье так легко устранить излишне активного адвоката и заменить его на тихого, покорного и фактически безразличного к судьбе подзащитного»²⁸¹.

Закон слишком неопределен, называя «неподчинение распоряжениям председательствующего» основанием для принятия мер, существенно затрагивающих реализацию подсудимым права на защиту. Неподчинение защитника распоряжениям председательствующего следует рассматривать как основание применения предусмотренных ч. 2 ст. 258 УПК РФ мер воздействия в тех исключи-

²⁸⁰ Обобщение практики рассмотрения Квалификационной комиссией и Советом Адвокатской палаты г. Москвы обращений судей о нарушении адвокатами Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» и Кодекса профессиональной этики адвоката // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 2–3 (16–17). С. 4–8.

²⁸¹ См.: Деменева А. Беззащитные защитники // Бизнес-адвокат. 2001. № 14. С. 19–21.

тельных случаях, когда действия защитника мешают нормальному ходу процесса, имеют демонстративный характер, выражает грубое неуважение к председательствующему.

Безусловно, настойчивость адвоката в отстаивании своей позиции не должна преследоваться сама по себе. Однако если она принимает формы, свидетельствующие о неуважении к суду, такое поведение защитника требует принятия соответствующих мер реагирования.

Заметим, в свете сказанного, что Учреждения судебных установлений не делали разницы в применении мер воздействия за нарушение порядка судебных заседаний в отношении «участвующих в деле и их поверенных». Однако в числе оснований их применения было указано на нарушение требований о «беспрекословном повиновении распоряжениям председательствующего или первоприсутствующего», касающихся обязанности соблюдать «правила благопристойности, порядок и тишину» (ст. 154). Можно отметить также, что эти правила Учреждения распространяли и на ситуации, когда соответствующее лицо, «находясь при докладе дела, употребит оскорбительные выражения против личности, частной или семейной жизни своего противника или же будет оглашать предосудительные для него обстоятельства безо всякой в том надобности» (ст. 158). Для нас очевидно одно: здесь законодатель пытался очертить круг оснований применения мер воздействия за нарушение порядка в судебном заседании, чего современный законодатель не сделал.

Таким образом, в свете определения оснований ч. 2 ст. 258 УПК РФ проблема механизма, обеспечивающего законность и обоснованность судьи в применении мер воздействия на защитника при нарушении им порядка в зале судебного заседания, остается актуальной. Возможно, мы увидим его в самой системе

мер реагирования на нарушение защитником порядка в зале судебного заседания?

Как известно, защитник – специальный субъект применения судом санкции за нарушение порядка в зале суда. В отличие от иных участников процесса, к нему не могут быть применены меры, предусмотренные ч. 1 ст. 258 УПК РФ: предупреждение, удаление из зала судебного заседания, денежное взыскание²⁸². Его выделение из общего круга при определении мер воздействия за нарушение порядка судебного заседания, очевидно, обусловлено особым статусом как профессионального участника уголовного процесса, необходимости обеспечения его независимости, с одной стороны, и принципа профессиональной ответственности – с другой.

Насколько законодатель достиг этой идеи, насколько указанные положения обеспечены анализируемой нормой? Для ответа на этот вопрос следует определиться с системой предусматриваемых законом мер реагирования в отношении защитника.

В научно-практическом пособии «Производство по уголовным делам в суде первой инстанции» указано: «Закон предусматривает следующие меры воздействия на нарушителей порядка в судебном заседании: 1) предупреждение о недопустимости неправомерного поведения; 2) удаление из зала судебного заседания; 3) наложение денежного взыскания; 4) сообщение вышестоящему прокурору или в адвокатскую палату о неподчинении государственного об-

²⁸² Лазарева В.А., Таран А.С. Конфликты между профессиональными участниками процесса: проблемы разрешения (продолжаем обсуждение) // Уголовное право. 2007. № 5. С. 79–83.

Вместе с тем иную позицию в части предупреждений заняли и судьи Верховного Суда РФ, указавшие: «по смыслу уголовно-процессуального закона и в соответствии с практикой правоприменения мера воздействия за нарушение порядка в судебном заседании в виде предупреждения по кругу лиц может быть применена без каких-либо ограничений, в том числе в отношении прокурора и защитника». См.: Производство по уголовным делам в суде первой инстанции: науч.-практ. пособие / под ред. В.М. Лебедева. С. 258.

винителя или защитника распоряжениям председательствующего»²⁸³.

Таким образом, в свете ч. 2 ст. 258 УПК РФ авторы комментария ориентируют судей на то, что сообщение в адвокатскую палату выступает единственной мерой воздействия, применяемой к защитнику за нарушение порядка в зале судебного заседания.

Между тем из самой формулировки ст. 258 УПК РФ следует, что основной мерой воздействия является замена. Ее анализ позволяет заключить, что УПК РФ предоставляет суду право применения следующих мер воздействия в отношении защитника:

1. заменить защитника другим при возможности это сделать без ущерба для уголовного дела с уведомлением палаты адвокатов;
2. отложить судебное заседание и сообщить в палату адвокатов, если нет возможности осуществить первое.

Как отложение слушания дела, так и замена защитника сопровождаются сообщением в органы адвокатского сообщества о нарушении адвокатом порядка в судебном заседании.

Соответственно, суд может использовать одну из указанных мер, но вовсе не по собственному выбору, а в зависимости от существующих возможностей. Причем «без ущерба для уголовного дела» в контексте данной статьи означает возможность продолжения слушания дела. Замена представлена как альтернатива отложению слушания дела, т. е. эти меры исключают друг друга. Однако равноценная замена защитника невозможна без отложения дела в связи с необходимостью обеспечения права вновь вступившего защитника на ознакомление с его материалами и подготовку к участию в судебном разбирательстве (ч. 3 ст. 248 УПК РФ), иначе последнее, ограниченное во времени, будет осуществляться

²⁸³ Производство по уголовным делам в суде первой инстанции / под ред. В.М. Лебедева. С. 257.

формально. Таким образом, фактически положение о замене, как мере воздействия на защитника, при установленном в законе условии ее осуществления неприменимо.

Каковы же реалии применения ч. 2 ст. 258 УПК РФ, в какой мере соответствует практика требованиям закона?

Со ссылкой на ч. 2 ст. 258 УПК РФ судьями применяется такая мера воздействия в отношении защитников, как «отстранение от участия в деле». Осуществляется она наряду с отложением судебного заседания. Нетрудно заметить, что ч. 2 ст. 258 УПК РФ данную меру воздействия не предусматривает.

Например, по делу Остапенко в связи с неподчинением защитника Шевченко распоряжениям председательствующего слушание дела по постановлению суда было отложено, а защитник Шевченко заменен другим²⁸⁴.

Другой пример – когда адвокаты И.В. Плотников и М.А. Хурхырьян в упомянутом нами случае были именно отстранены судом от участия в деле. В научной полемике их поведение крайне негативно оценил Н.А. Колоколов, посвятившей этому казусу целый ряд статей²⁸⁵. Не стремясь давать оценку его характеристике поведения адвокатов, отметим, что для нас было удивительно сочувственное упоминание им о том, что суд «был вынужден временно отстранить (выделено мной. – А. Т.) их от участия в слушании дела». Существует ли у суда по УПК РФ полномочие на это? Об отстранении адвоката, тем более о «временном», УПК РФ не упоминает. Применение искусственно созданного процессуального института не делает судье чести. На наш взгляд, если судья от-

²⁸⁴ Апелляционное Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29.10.2014 г. Дело № 41-АПУ14-35СП. URL: http://www.vsrfr.ru/stor_pdf.php?id=611364.

²⁸⁵ Колоколов Н.А. Последствия саботирования адвокатом процесса с участием присяжных // Уголовный процесс. 2010. № 5. С. 30; Колоколов Н.А. Адвокатский бойкот // Адвокатская практика. 2010. № 3. С. 6–8.

странил адвокатов, а потом допустил их к участию в деле – это проявление отсутствия уверенности в правомерности принятого решения, явное следствие судебного произвола и неготовности отвечать за свои действия.

Следует отметить, что зачастую суды ограничиваются именно отстранением защитника, не предпринимая никаких мер к обеспечению участия в деле нового, взамен выбывшего. Это считается судьями самим собой разумеющимся в тех случаях, когда речь идет о защитнике, участвующем в деле наряду с адвокатом, как в упомянутом деле с защитником А.А. Романовым, или же при осуществлении защиты несколькими адвокатами. Очевидно, суд исходит из того, что раз у подсудимого остается защитник, лишение его права пользоваться помощью одного из них не нарушает его права на защиту. Так, например, судья Московского городского суда 3 марта 2011 г. по делу подсудимых Т. и Х. вынес постановление в отношении адвоката-защитника М.Ю. Короткова-Гуляева, в резолютивной части которого постановил: «освободить из процесса защитника подсудимой Х. – адвоката Короткова-Гуляева М.Ю., разъяснив подсудимой, что ее права на защиту в дальнейшем будет осуществлять адвокат Н., с которым у нее заключено соответствующее соглашение, а также ее право заключить соглашение с другим адвокатом».

Между тем такой подход не бесспорен, поскольку законодатель не ставит необходимость замены защитника в зависимости от того, сколько их у подсудимого. В подтверждение можно привести позицию Верховного Суда РФ по упомянутому делу адвоката Ч., который, отменяя приговор в связи с нарушением права на защиту Э., выразившемся в отстранении Ч. от участия в деле, не счел юридически значимым то обстоятельство, что у подсудимого Э., помимо адвоката Ч., осуществлявшего защиту по назначению су-

да, был еще и защитник-адвокат К., участвующий в деле по соглашению²⁸⁶.

Таким образом, само по себе отстранение адвоката от участия в уголовном процессе за нарушение им порядка в судебном заседании, без надлежащим образом произведенной замены, явно противоречит требованиям уголовно-процессуального законодательства. Поэтому выработанная правоприменителями конструкция «отстранения» защитников от участия в деле незаконна. В связи со сказанным можно опереться на упомянутое определение Верховного Суда РФ по делу Э., в котором он в качестве одного из аргументов своей позиции указал: «... уголовно-процессуальным законом не предусмотрено отстранение защитника от участия в деле за допущенные им нарушения порядка в судебном заседании».

Вызывает нарекание и обоснованность применения к адвокатам мер воздействия, предусмотренных ч. 2 ст. 258 УПК РФ. В литературе уже отмечено, что зачастую это касается случаев, когда адвокаты принципиально отстаивают свою процессуальную позицию, пользуются своими полномочиями по защите и проч. Приводятся примеры такой практики²⁸⁷.

В настоящее время обращения судей о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности носят массовый характер. Многие из них обусловлены нарушениями порядка в зале судебного заседания, в том числе вынесены в порядке реализации требований ч. 2 ст. 258 УПК РФ. Но далеко не все они находят подтверждение в органах адвокатского сообщества. Так, например, адвокат Я. бы-

²⁸⁶ Определение Верховного Суда РФ № 41-010-83СП // Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2010 г. URL: <http://www.legis.ru/misc/doc/7294>.

²⁸⁷ Фомин М.А. Недопустимость удаления защитника из зала судебного заседания // Уголовный процесс. 2014. № 9. С. 32–39; Абрамов С.Н. Обеспечение права на защиту в случае замены защитника // Уголовный процесс. 2015. № 2. С. 24–29.

ла отстранена судом от участия в деле, из обращения в ПА г. Москвы следовало, что «в ходе судебного разбирательства по уголовному делу адвокат Я. допускала несанкционированные реплики и оскорбительные выражения в адрес свидетелей обвинения, а также комментарии их показаний, чем неоднократно нарушала порядок в судебном заседании; на замечания председательствующего о прекращении подобного поведения и недопустимости нарушения порядка в зале судебного заседания не реагировала, вступала в пререкания, распоряжения председательствующего о прекращении подобного поведения не подчинялась; в общей сложности за время судебного разбирательства председательствующим было сделано адвокату Я. 15 предупреждений и замечаний с обращением внимания последней на недопустимость нарушения порядка в судебном заседании и с требованием прекратить подобное поведение»²⁸⁸.

Квалификационная комиссия Палаты адвокатов г. Москвы, рассмотрев данное обращение, пришла к выводу, что обозначенные судом факты не нашли подтверждения и не установила в действиях адвоката нарушение требований профессиональной этики²⁸⁹. Следует заметить, что и в случае адвокатов И.В. Плотникова и М.А. Хырхырьяна, и в случае адвоката М.Ю. Короткова-Гуляева Палата адвокатов г. Москвы вынесла аналогичное решение. Причем указанный вывод Палата адвокатов иногда делает тогда, когда кассационная инстанция при проверке законности и обоснованности приговора не признает отстранение защитника от участия в деле нарушением права осужденного на защиту, как и было, например, в случае адвоката Я. Палата адвокатов г. Москвы отметила этот факт, указав, что «.. то обстоятельство, что кассационная инстанция при проверке законности и обоснованности постанов-

²⁸⁸ Обзор дисциплинарной практики. Решение 4 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2011. Вып. № 10, 11, 12 (96, 97, 98). С. 56–57.

²⁸⁹ Там же. С. 56–71.

ленного в отношении В. приговора не признала отстранение адвоката Я от участия в деле нарушением права на защиту, не может влиять на выводы квалификационной комиссии, поскольку установление оснований для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности отнесено к компетенции органов адвокатского сообщества, для которых судебные акты не имеют преюдициальной силы²⁹⁰.

Между тем данные решения ставят вопрос об обоснованности применения к защитникам ч. 2 ст. 258 УПК РФ. Квалификационная комиссия Палаты адвокатов г. Москвы в таких ситуациях отмечает, что оценивает поведение адвокатов, а не правомерность их отстранения председательствующим от дальнейшего участия в деле, поскольку не осуществляет процессуальный и дисциплинарный контроль за действиями (бездействием) и решениями федеральных судей.

Таким образом, создается парадоксальная ситуация: адвоката отстраняют от участия в уголовном судопроизводстве за нарушение порядка в судебном разбирательстве, кассационная инстанция признает это отстранение правомерным, а другой компетентный коллегиальный орган устанавливает, что нарушения требований профессиональной этики не было. То есть вышестоящий суд подтверждает правильность позиции суда о нарушении адвокатом порядка в зале судебного заседания, а орган адвокатского сообщества констатирует ненарушение адвокатом требований профессиональной этики. По логике эти выводы являются взаимоисключающими, если мы вспомним, что нарушение порядка в зале судебного разбирательства само по себе является нарушением профессиональной этики, например, п. 2 ч. 1 ст. 8, п. 7 ч. 1 ст. 9, ч. 1, 2 ст. 12

²⁹⁰ Там же. С. 66–67.

КПЭА, требующего от адвоката соблюдать корректность по отношению к суду, участникам процесса.

Следует отметить, что такое противостояние двух официальных мнений не имеет уголовно-процессуальных последствий и на участие адвоката в деле не влияет. Получается, что обращение в органы адвокатского сообщества предусмотрено УПК РФ как дополнительная мера ответственности адвоката, но не гарантия законности его отстранения от участия в деле.

Между тем отстранение адвоката от участия в деле – процессуальное решение, существенно затрагивающее права обвиняемого на защиту, нарушение закона при котором может повлечь отмену приговора.

Изучение законодательной регламентации оснований и процессуального порядка замены адвоката приводит нас к выводу, что являясь, наряду с отводом, обусловленным обстоятельствами, исключающими участие адвоката в производстве по делу, формой его отстранения от участия в деле, замена адвоката не содержит необходимых и достаточных уголовно-процессуальных гарантий соблюдения прав участников процесса при ее применении.

Ст. 258 УПК РФ сформулирована так, как будто она ориентирована на законопослушного судью и исходит из его добропорядочности. На наш взгляд, это неправильный подход, и здесь дело даже не в статистических выкладках обоснованности претензий судей к адвокатам. Любая санкция, в том числе меры воздействия на нарушителей судебного разбирательства, должна содержать процессуальные гарантии от злоупотребления, т. е. законодатель должен исходить из недобросовестности субъекта, ее применяющего. В противном случае вполне закономерно то, что мы в настоящее время наблюдаем: ч. 2 ст. 258 УПК РФ применяется далеко не только за невыполнение распоряжений председательствующего; на основании ч. 2 ст. 258 УПК РФ применяется меры воз-

действия, ею не предусматриваемые. При отсутствии весьма однозначной возможности самостоятельного и оперативного обжалования этого решения суда и каких-либо процессуальных последствий принятия органом адвокатского сообщества решения об отсутствии в действиях адвоката, отстраненного судом от участия в деле, нарушений требований профессиональной этики, создается практически неограниченная возможность для судей по применению ч. 2 ст. 258 УПК РФ.

Таким образом, уголовно-процессуальный закон, упоминая о возможности замены защитника (ст. 50, 248, 258 УПК РФ), регламентирует ее таким образом, что, строго следуя «букве закона», отстранение адвоката от участия в процессе на их основании невозможно. Существующая в связи с этим практика отстранения адвоката от участия в процессе при применении положений закона о его замене порождена произвольным толкованием норм закона, что недопустимо. Такая недостаточная процессуальная регламентация действующим уголовно-процессуальным законодательством отстранения адвоката от участия адвоката в уголовном процессе априори нарушает право на получение квалифицированной юридической помощи. Уголовно-процессуальное законодательство нуждается в данной части в соответствующем реформировании.

§ 4. Самоотвод адвоката и обстоятельства, исключающие его участие в уголовном процессе

Все рассмотренные нами формы прекращения участия адвоката в деле предусматривали его отстранение из уголовного процесса по чужой инициативе, зачастую вопреки его воле. Наш экскурс в систему оснований отстранения адвоката из уголовного дела и роли в ней обстоятельств, исключающих участие его в нем, был бы

неполным, без изучения оснований выбытия его из процесса по его же волеизъявлению.

Согласно ч. 1 ст. 62 УПК РФ «При наличии оснований для отвода, предусмотренных настоящей главой, судья, прокурор, следователь, дознаватель, секретарь судебного заседания, переводчик, эксперт, специалист, защитник, а также представители потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика обязаны устраниваться от участия в производстве по делу».

В силу ч. 7 ст. 49 УПК РФ, п. 6 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» защитник не вправе отказаться от принятой защиты подозреваемого, обвиняемого. Как соотносится этот запрет с обязанностью адвоката заявить самоотвод?

В этих нормах некоторые ученые видят противоречие: «Остаются рассогласования законодательства об адвокатуре и УПК РФ – запрет отказа от уже принятой защиты, как бы исключаящий самоотвод адвоката»²⁹¹. Ситуацию, когда защитник сталкивается с противоречием интересов доверителей, рассматривают как дилемму между ч. 6 ст. 49 и ч. 7 ст. 49 УПК РФ²⁹².

Очевидно, что ч. 1 ст. 62 УПК РФ выступает специальной нормой для ч. 7 ст. 49 УПК РФ, устанавливая специальное требование для особых случаев. Самоотвод защитника – это узаконенное прекращение осуществления защиты по инициативе защитника. Это своего рода отказ от защиты, но отказ не односторонний, он носит не уведомительный, а разрешительный характер. Это официальное заявление адвоката с просьбой исключить его из состава участников процесса в связи с наличием ряда обстоятельств, лишающих

²⁹¹ Тарло Е.Г. Проблемы профессионального представительства в судопроизводстве России: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 241.

²⁹² Баев М.О., Баев О.Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Прокурорская тактика. Адвокатская тактика: науч.-практ. пособие. М.: Экзамен, 2005. С. 233.

его возможности продолжать свою профессиональную деятельность в данном процессе. Таким образом, чтобы отказ защитника от защиты соответствовал требованиям закона, должны соблюдаться два условия:

1. он должен быть официально обращен к субъекту, ведущему уголовное судопроизводство, и поставлен на его разрешение;
2. он должен быть основан на обстоятельствах, которые законодатель рассматривает как исключающие его участие в процессе.

Только наличие этих двух критериев делает самоотвод адвоката правомерным и отличает от отказа от защиты, запрещенного ч. 7 ст. 49 УПК РФ. Таким образом, адвокат, заявляющий о своем намерении выйти из процесса, должен понимать, что от характера приводимых им оснований зависит, будет ли его заявление самоотводом или отказом от защиты, признаваемым нарушением права на защиту. В связи с этим важно правильное и четкое понимание круга оснований самоотвода адвоката²⁹³.

УПК РФ устанавливает, что заявление самоотвода обязательно для адвоката в случае наличия обстоятельств, исключающих его участие в деле, установленных ст. 72 УПК РФ.

Допустим ли самоотвод только лишь по основаниям, предусмотренным ст. 72 УПК РФ? Вправе ли адвокат в каких-либо иных ситуациях рассчитывать на то, что его просьба о прекращении участия в деле будет удовлетворена субъектом, ведущим уголовное судопроизводство?

Обращаясь к истории отношения отечественного законодательства к основаниям самоотвода адвоката, отметим, что в дореволю-

²⁹³ Об основаниях самоотвода адвоката см.: Таран А.С. Основания самоотвода адвоката // 1150-летие Российской государственности: политико-правовое наследие и современность. Ч. 2. Обеспечение безопасности общества и противодействие преступности в уголовно-правовой политике России / отв. ред. В.В. Грохотова, О.Е. Калпинская, Е.А. Макарова. Великий Новгород: НовГУ им Ярослава Мудрого, 2012. С. 114–120.

ционной России по-разному решался вопрос о возможности отказа присяжного поверенного от защиты, ответ на него ставился в зависимости от правовых оснований участия его в деле. В отношении защиты по соглашению никаких ограничений для защитника установлено не было: «при защите добровольной по соглашению, избранный подсудимым защитник может всегда отказаться от принятой им обязанности.»²⁹⁴. Это правило отразилось в решениях Советов присяжных поверенных: «присяжный поверенный не может быть стеснен в праве отказаться от ведения каких-либо дел»²⁹⁵, «... принятие и отказ от ведения дела вполне зависят от воли поверенного»²⁹⁶. К присяжному поверенному предъявлялись требования заблаговременности уведомления доверителя об отказе²⁹⁷, возвращение ему всех необходимых документов²⁹⁸, удостоверение в письменном виде своего отказа от ведения дела²⁹⁹.

Иначе решался вопрос в отношении поверенного, участвующего в деле по назначению. Согласно ст. 394 Учреждений судебных установлений 1864 г. «Присяжный поверенный, назначенный для производства дела советом или председателем судебного места ... не может отказаться от исполнения данного ему поручения, не представив для сего причин». Таким образом, был установлен запрет на отказ от защиты. Но запрет не абсолютный, отказ от защиты все же допускался, основания его в законе определены не были, что давало возможность присяжным поверенным, участвующим в деле по назначению, рассчитывать на учет самых разных обстоя-

²⁹⁴ Макалинский П.В. Указ. соч. С. 294.

²⁹⁵ Фрагмент № 578. Правила адвокатской профессии в России... С. 188.

²⁹⁶ Фрагмент № 576. Правила адвокатской профессии в России... С. 188.

²⁹⁷ Фрагменты № 580, 582, 584. Правила адвокатской профессии в России... С. 188–189.

²⁹⁸ Фрагменты № 583, 587. Правила адвокатской профессии в России... С. 189.

²⁹⁹ Фрагменты № 585, 586. Правила адвокатской профессии в России... С. 189.

тельств, как уважительных при заявлении о невозможности осуществления защиты в дальнейшем.

Отметим, что как Проект УПК, подготовленный ГПУ Президента РФ (ч. 2 ст. 109), так и Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств-участников СНГ (ч. 2 ст. 123) предусматривали возможность адвоката заявить самоотвод в случаях, когда тот «сомневается в возможности нормального рассмотрения уголовного дела при его участии». Кроме этого, проект УПК ГПУ Президента РФ устанавливал, что назначенные защитник и представитель частного обвинителя могут быть по их просьбе освобождены от участия в процессе «ввиду наличия уважительных причин, препятствующих выполнять свой долг» (ст. 110).

В современной науке некоторыми исследователями поддерживается идея недопустимости ограничения возможности самоотвода адвоката рамками обстоятельств, исключающих его участие в деле, предусмотренными законом (ст. 72 УПК РФ), что закрепление в законе безусловной обязанности адвоката осуществлять защиту не справедливо. Достаточно интересен один из ее аргументов: «Возложение на адвоката исполнения публичной обязанности не должно нарушать его права. Реализация права на защиту не должна нарушать права других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ), в том числе самого адвоката»³⁰⁰.

Высказано мнение, что основания самоотвода адвоката должны выходить за рамки установленных законом обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Некоторые ученые называют ситуации, когда бы, с их точки зрения, сложение с себя полномочий защитником было бы позволительно. Например, к ним предлагают отнести:

³⁰⁰ Иванов А.В. Указ. соч. С. 50.

– случаи тяжелого длительного заболевания, удостоверенного врачом³⁰¹;

– обстоятельства, исключающие физическую возможность осуществлять принятую защиту (необходимость ухода за близкими людьми в силу их болезни, изменение территориальной подсудности уголовного дела и иные)³⁰²;

– признание адвокатом своей некомпетентности с учетом специализации, существующей в адвокатуре³⁰³;

– существенные расхождения в позиции адвоката и доверителя³⁰⁴.

Что касается мнения практиков, то его исследование продемонстрировало определенную готовность судей рассматривать ряд обстоятельств как уважительных и приемлемых для принятия самоотвода адвоката. Отметим, что меньше половины судей и помощников судей (секретарей СЗ) высказались за то, что ни одно из предложенных нами обстоятельств (по закону не являющихся обстоятельством, исключающим участие адвоката в производстве по делу), не исключает участие адвоката в уголовном судопроизводстве. В то же самое время ни одно из предложенных нами оснований не набрало более половины голосов опрошенных. Вместе с тем, можно отметить, что у обеих категорий опрошенных наибольшую поддержку получил самоотвод адвоката, обоснованный его болезнью. Более полную информацию о результатах опроса можно увидеть в табл. 9.

³⁰¹ Комментарий к УПК РФ / под ред. Д.Н. Козака и Е.Б. Мизулиной. М., 2002. С. 165; Иванов А.В. Указ. соч. С. 38–39.

³⁰² Иванов А.В. Указ. соч. С. 38–39.

³⁰³ Тарло Е.Г. Указ. соч. С. 241.

³⁰⁴ Иванов А.В. Указ. соч. С. 52.

Таблица 9

Самоотвод защитника по какому из указанных оснований вы считаете подлежащим удовлетворению (возможен выбор нескольких вариантов):	Секретари СЗ/ помощники судей %	Судьи %
несоответствие позиции обвиняемого установленным обстоятельствам дела	18	7
болезнь адвоката	26	55,8
смерть близких родственников	16	11,6
непредвиденная сложность дела	4	4,7
непрерывность процесса по другому делу	18	14
изменение территориальной подсудности дела	6	4,7
привлечение второго защитника	10	2,3
ни одно из перечисленных обстоятельств в качестве основания для самоотвода принято быть не может	42	39,5
нет ответа	6	0

В то же время в уголовно-процессуальной науке одновременно звучит и категоричное утверждение о недопустимости отказа от защиты по указанным основаниям: «Недопустим отказ по мотивам отсутствия возможностей для защиты, обнаружившейся сложности дела»³⁰⁵.

³⁰⁵ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 27; Новикова А.А. Правовые и нравственно-этические основы запрета адвоката на отказ защитника от принятой на себя защиты обвиняемого // Адвокат. 2003. № 11. С. 44–46.

Действительно, можно отметить небесспорность и даже явное противоречие действующему законодательству предложений о расширении оснований самоотвода адвоката. Так, например, правила соотношения позиций адвоката и его доверителя определены законом (п. 3 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности ...»). Адвокат, заявляющий о невозможности продолжения защиты из-за расхождения позиции с подзащитным, не только демонстрирует свой непрофессионализм, но и осуществляет запрещенный УПК РФ отказ от защиты, происходит нарушение права обвиняемого на защиту. О значимости этого требования может свидетельствовать то, что запрет расхождения позиций касается не только вопроса о виновности или невиновности. Так, несовпадение позиций о необходимости вызова на допрос свидетеля (подсудимый К. настаивал на вызове свидетеля на допрос, а защитник Л. заявила, что отдает ходатайство своего подзащитного «на усмотрение суда») привело к отмене судебной коллегией Магаданского областного суда обвинительного приговора Магаданского городского суда в связи с нарушением права подсудимого на защиту³⁰⁶.

Однако все ли предложения о том, что основания самоотвода адвоката не должны ограничиваться обстоятельствами, исключаящими участие в деле, безосновательны?

В качестве материала для обсуждения приведем дисциплинарное производство в отношении адвоката В., возбужденное по жалобе его доверителя – П.А.В. Было установлено, что адвокат В., осуществлявший защиту сына П.А.В., прислал на имя судьи Советского районного суда г. Ростова-на-Дону, рассматривающего дело, телеграмму, в которой сообщил, что соглашение о защите сына доверителя расторгнуто им в одностороннем порядке и пере-

³⁰⁶ Сборник материалов судебной практики. Судебная практика. Актуальные вопросы правоприменения и международное сотрудничество / под ред. В.В. Ершова, А.В. Бриллиантова. URL: http://www.raj.ru/assets/files/acad/sbornik_sud_praktiki.doc.

стал являться на судебные заседания в результате чего его подзащитный, по утверждению П.А.В., был вынужден, чтобы не срывать судебное заседание, каждый раз писать заявление о том, что он согласен, чтобы очередное судебное заседание прошло без участия его защитника – адвоката В. Квалификационная комиссия АП г. Москвы 30 мая 2012 г. усмотрела в действиях адвоката нарушение п. 2 ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», устанавливающей требования к форме расторжения договора.

Совет АП г. Москвы 18 июня 2012 г. принял решение об отсутствии в действиях адвоката нарушений норм профессиональной этики, поскольку установил, что нарушение предписания ФЗ «Об адвокатской деятельности...» произошло в силу стечения тяжелых личных обстоятельств (трагических событий с дочерью адвоката В.), следствием которых явилась очевидная необходимость осуществлять постоянный уход за больной дочерью. Совет АП г. Москвы посчитал, что такого рода обстоятельства составляют условия крайней необходимости, устраняют виновность в совершении какого-либо правонарушения. Таким образом, для адвоката все закончилось благополучно.

С точки зрения требований уголовно-процессуального закона, профессиональные участники анализируемых отношений повели себя не самым достойным образом: адвокат осуществил отказ от защиты, поставив суд перед фактом своего выбытия из процесса, судья же в условиях очевидного отказа защитника от защиты продолжал вести процесс, игнорируя данное обстоятельство. Вполне возможно, что если бы у адвоката была возможность рассчитывать на удовлетворение самоотвода в связи с объективно сложившимися личными обстоятельствами, исключаящими его участие в процессе, таких нарушений законодательства не последовало. В любом случае, какими бы ни были основания самоотвода адвоката,

его заявление не должно ущемлять, прямо или косвенно, процессуальную позицию доверителя.

Таким образом, следует допустить самоотвод адвоката по обстоятельствам, не подпадающим под перечень оснований отвода, перечисленный в ст. 72 УПК РФ. В отличие от обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, иные основания для самоотвода адвоката – предмет усмотрения суда, который с учетом позиции доверителя адвоката в каждом конкретном случае вправе решать, освобождает он адвоката от исполнения полномочий, или нет. При этом, однако, удовлетворяя такой самоотвод, субъект, ведущий уголовное судопроизводство, должен в обязательном порядке проверить, не влечет ли его решение нарушение права подсудимого на получение квалифицированной юридической помощи в целом и права на защиту – в частности.

Глава 4.
ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВООТНОШЕНИЙ
ПО ОТВОДУ АДВОКАТА

§ 1. Объект правоотношений по отводу адвоката

Характеризуя отвод как правовой институт, мы установили, что объектом правоотношений по отводу выступает отстранение от участия в процессе того или иного субъекта. Исследование правовой природы данного отстранения представляет особую актуальность, так как позволит оценить законодательные предписания и сложившуюся правоприменительную практику его осуществления. Отметим, что в уголовно-процессуальной науке этому вопросу уделялось недостаточно внимания, а уже имеющиеся наработки в данной области требуют переосмысления сквозь призму изменившегося уголовно-процессуального закона.

Обстоятельства, исключающие участие в уголовном процессе, имеют объективный характер, они действуют независимо от мнения и воли отводимого лица. В связи с этим возникает вопрос: можно ли признать отвод процессуальным принуждением, выступает ли он в качестве процессуальной санкции и, в целом, является ли он уголовно-процессуальной ответственностью адвоката? Данный вопрос вполне уместен в связи с очевидностью того, что процессуальное принуждение не ограничивается собственно мерами принуждения, особо обозначенными в разделе IV УПК РФ.

Существующие исследования не дают возможности получить однозначный ответ на эти вопросы. В большинстве специальных работ, посвященных процессуальному принуждению в уголовном

процессе, отвод не упоминается вообще³⁰⁷. Также и в научных трудах об отводах в уголовном процессе не отмечается их принудительный характер³⁰⁸.

Вместе с тем некоторые видные процессуалисты отмечали данную черту отвода. Так, И.Л. Петрухин считал, что отводы вопреки воле отводимого составляют процессуальное принуждение³⁰⁹.

В.Г. Задерако применительно к отводу должностных лиц участников процесса указывал, что отвод – это юридическая ответственность данных субъектов уголовного судопроизводства, добровольно не устранившихся от участия в деле³¹⁰. На адвокатов это положение, очевидно, ученым не распространялось.

Отвод редко, но все же упоминается в числе уголовно-процессуальных санкций³¹¹.

При этом, например, С.А. Полунин отмечает в своей работе, что в качестве санкции следует рассматривать только отвод судьи, прокурора, следователя и лица, производящего дознание³¹².

³⁰⁷ Ахпанов А.К. Проблемы уголовно-процессуального принуждения в стадии предварительного расследования: дис. ... д-ра юрид. наук. Караганда, 1997; Гельдибаев М.Х. Обеспечение прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовно-процессуального принуждения: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2001; Гречишникова О.С. Обеспечение прав обвиняемого и подозреваемого при применении процессуального принуждения: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001; Тарасов А.В. Принуждение и ответственность в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004.

³⁰⁸ См.: Мамедова Х.А. Указ. соч. 190 с.

³⁰⁹ Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. М., 1985. С. 67.

³¹⁰ Задерако В.Г. Институт отводов в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. 45 с.

³¹¹ Уголовный процесс: учебник для вузов / под ред. В.П. Божьева. 2-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2000. С. 41; Столмаков А.И. Понятие и классификация санкций норм уголовно-процессуального права // Правоведение. 1977. № 3. С. 40–46.

³¹² Полунин С.А. Уголовно-процессуальные санкции и особенности их применения: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 91.

Таким образом, вопрос о сущности отвода, как отстранения от участия в процессе, в уголовно-процессуальной науке остается открытым.

Чтобы его разрешить, отметим, что уголовно-процессуальной новеллой явилось закрепление в УПК РФ обязанности защитника, представителя потерпевшего уклониться от участия в производстве по делу при наличии оснований для отвода (ч. 1 ст. 62). Некоторые ученые давно выступали за ее появление в уголовно-процессуальном законодательстве³¹³.

В свое время С.А. Полунин признание отвода процессуальной санкцией в отношении только отвода должностных лиц-участников процесса, – обосновал тем, что «закон возлагает на них обязанность самоустраниться от участия в деле при наличии на то оснований. И только в случае невыполнения этого требования отвод следует расценивать как реализацию санкции принудительного исполнения обязанности. Что касается отвода адвоката (ст. 67 (1) УПК РСФСР), секретаря переводчика, специалиста, эксперта), то уголовно-процессуальный закон не возлагает на них такой обязанности. Вопрос о возможности участия этих лиц в деле решается должностными лицами, осуществляющими уголовное судопроизводство. По этой причине возникновение или установление оснований, исключающих возможность их участия в деле, не могут рассматриваться в качестве правонарушений, а последующий за этим отвод – в качестве реализации санкции»³¹⁴.

В свете указанных изменений уголовно-процессуального закона законодатель убрал это различие между отводом адвоката и должностных лиц-участников процесса, что нашло отражение в соответствующих комментариях: «При наличии хотя бы одного из об-

³¹³ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 88.

³¹⁴ Полунин С.А. Указ. соч. С. 91.

стоятельств, исключаящих участие в производстве по уголовному делу, участник судопроизводства обязан заявить самоотвод. Неисполнение этой обязанности является существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену или изменение приговора»³¹⁵. Однако первое, что должно повлечь установление данных обстоятельств, если соответствующее лицо продолжает участвовать в процессе, – это непосредственно отвод его самого.

Отвод интересен тем, что он применяется и тогда, когда субъект реализовал свою процессуальную обязанность по заявлению самоотвода, и тогда, когда он ее не выполнил, как следствие этого.

Как известно, выполнение процессуальной обязанности обеспечивается возможностью наступления негативных процессуальных последствий за ее нарушение. Отвод, по сути, применяется тогда, когда адвокат не выполнил предписания закона: вопреки его требованиям продолжает участвовать в процессе. Соответственно, отвод в этом случае выступает как процессуальная санкция, т. е. как «указание на последствия нарушения, неисполнения или ненадлежащего исполнения диспозиции норм (или ряда норм), в том числе и на возможность применения меры воздействия к субъекту»³¹⁶.

При этом значимо его место в системе процессуальных санкций.

Учитывая многообразие классификаций процессуальных санкций в научной литературе, заметим, что отвод относят либо к процессуально-предупредительным³¹⁷, либо к правосстановительным (процессуально-восстановительным)³¹⁸ санкциям.

³¹⁵ Борисов А.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) с практическими разъяснениями и постатейными материалами. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Книжный мир, 2008. С. 133.

³¹⁶ Уголовный процесс: учеб. / под ред. В.П. Божьева. 2-е изд., испр. и доп. С. 41.

³¹⁷ Там же.

³¹⁸ Столмаков А.И. Указ. соч. С. 40–46.

Первые направлены на предупреждение возможных нарушений процессуальных норм и прав участников процесса.

Вторые применяются в целях восстановления нарушенного правопорядка.

На наш взгляд, относя отвод к процессуально-предупредительным санкциям, путают назначение обстоятельств, исключающих участие в деле, и отвода как такового. Установление в законе обстоятельств, исключающих участие в деле, действительно, в целом направлено на предупреждение нарушений прав участников уголовного судопроизводства со стороны субъектов, обладающих рядом признаков, объективно препятствующих эффективно осуществлять свои полномочия.

Применение же отвода в качестве процессуально-предупредительной санкции будет являться нарушением закона. В частности, данное искаженное понимание сущности этого процессуального института проявляется в ситуациях, когда следователи, ссылаясь на ст. 72 УПК РФ, не допускают адвоката в дело³¹⁹.

Таким образом, отвод, по смыслу закона, применяется тогда, когда вступление в дело и участие в нем адвоката состоялось, и уже имеется нарушение установленного уголовно-процессуальным законом требования относительно недопустимости участия в деле того или иного субъекта. По сути, отвод направлен на устранение ситуаций, когда запрет на участие в деле субъекта, обладающего определенными признаками, нарушается и поэтому должен быть отнесен к процессуально-восстановительным санкциям.

Изучая данный вид уголовно-процессуальных санкций, ученые делят их на санкции отмены или изменения незаконного акта и на санкции принудительного исполнения обязанности³²⁰. Очевидно,

³¹⁹ Этот вопрос мы особо осветили в § 5 главы 2 настоящей монографии.

³²⁰ Полунин С.А. Указ. соч. С. 10.

что отвод адвоката принадлежит ко второй классификационной группе.

При этом отметим, что отвод недопустимо относить к карательным (процессуально-штрафным) санкциям, т. е. к мерам «штрафного, карательного» характера, с помощью которых осуществляются наказание нарушителя, его воспитание и исправление.

Это означает, что его нельзя применять в качестве меры воздействия в отношении участников процесса, в виде негативных последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения ими процессуальных обязанностей иного рода, кроме как обязанности заявить самоотвод при наличии на то установленных уголовно-процессуальным законом оснований.

Иная точка зрения приводит к искажению природы этого явления в науке и нарушениям законности при применении института отвода со стороны правоприменителей.

Так, например, общественный резонанс получило дело об отводе 11 ноября 2008 г. следователем Р. Галимуллиним адвокатов С. Сидорковой и Р. Валиуллина в связи с тем, что они отказались от дачи подписки о неразглашении данных предварительного расследования³²¹.

Данное постановление следователя³²² было обжаловано в судебном порядке и 17 ноября 2008 г. Набережночернинский городской суд вынес решение, в котором признал данное решение следователя не подлежащим отмене.

³²¹ За правовое государство! Проект адвоката Валиуллина Рустама Рафаэлевича. URL: <http://lawfulstate.ru/index.php/ataka/2010-03-28-11-10-32.html>.

³²² Постановление об отводе защитника следователя по особо важным делам Набережночелнинского межрайонного следственного отдела следственного управления Следственного комитета при прокуратуре РФ по РТ Р.И. Галимуллина от 11.11.2008 г. Дело № 196591. URL: <http://lawfulstate.ru/index.php/ataka/2010-03-28-11-10-32/2010-03-28-12-15-25.html>.

Суд отметил, что законом, действительно, не предусмотрена обязанность защитника давать подписку о неразглашении данных предварительного расследования, но дальнейшее участие защитника в уголовном судопроизводстве без выполнения этого требования следователем не представляется возможным, поскольку его, в противном случае, нельзя будет привлечь к ответственности за разглашение им данных предварительного расследования, что «противоречит интересам государства в целом», а защитник не только вправе, но и обязан давать такую подписку только «в целях дальнейшего участия в уголовном судопроизводстве и защиты интересов своего подзащитного».

Суд признал также, что УПК РФ не содержит такого основания для отвода адвоката, но «в то же время, изложенное в соответствии с общими принципами и назначением уголовного судопроизводства, позволяет суду сделать однозначный вывод о законности отвода защитника»³²³.

На наш взгляд, в приведенном случае суд явно вышел за рамки допустимого применения института отвода.

В науке также можно встретить критику использования института отвода в отношении адвокатов в качестве карательной санкции. В частности, А.В. Иванов приводит пример того, как адвокат Т. был отведен в ходе предварительного следствия со ссылкой на ст. 67 (1) УПК РСФСР в связи с тем, что следователь посчитал используемые им методы защиты незаконными³²⁴.

Является ли отвод процессуальной санкцией принудительного характера? Мы уже отмечали, что факт отвода лиц, перечисленных в ч. 1 ст. 62 УПК РФ, в том числе и адвоката, осуществляется вне

³²³ Постановление Набережночелнинского городского суда от 17 ноября 2008 г. URL: <http://lawfulstate.ru/index.php/ataka/2010-03-28-11-10-32/q-q.html>.

³²⁴ Иванов А.В. Адвокат-защитник в судебном следствии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 53.

зависимости от наличия самоотвода, т. е. добровольного волеизъявления на выход из процесса, согласия с наличием установленных законом оснований для него. Следует прислушаться к мнению С.А. Полунина, отмечающего, что «санкция принудительного исполнения обязанности, по сравнению с отменой или изменением незаконного процессуального акта имеет четко выраженный личный характер. Ее реализация связана с возложением на правонарушителя правовых обременений, но специфика этой отрасли состоит в том, что она восстанавливает законность путем непосредственного принудительного осуществления процессуальной обязанности. Принудительное исполнение обязанностей обладает значительной репрессией, поэтому в уголовно-процессуальном праве таких санкций мало»³²⁵.

В отношении субъектов, перечисленных в ч. 1 ст. 62 УПК РФ, в том числе адвоката, признание принудительности отвода нельзя ставить в зависимость от того, есть ли добровольность со стороны отводимого лица при его применении или нет. Ведь мы не отрицаем принудительность привода на том основании, что лицо осознавало справедливость своего доставления. Кроме того, по замыслу законодателя, свое отношение к этому процессуальному решению лицо уже выразило в виде незаявления самоотвода.

Таким образом, в настоящее время отвод защитника (адвоката-представителя потерпевшего) законодатель представляет как следствие обнаружения обстоятельств, исключающих участие адвоката в процессе, вне зависимости от того, заявил ли он при этом самоотвод или нет. В последнем случае его отвод выступает в виде процессуальной ответственности за невыполнение предусмотренной ст. 62 УПК РФ обязанности по самоустранению от участия в производстве по делу при наличии предусмотренных ст. 72 УПК

³²⁵ Полунин С.А. Указ. соч. С. 87.

РФ обстоятельств. Отвод в данном случае является правосстановительной процессуальной санкцией. Необходимо признать также, что данный отвод носит четко выраженный характер процессуального принуждения.

§ 2. Субъекты, уполномоченные принимать решение об отводе адвоката

В характеристике правоотношений по отводу вопрос о субъекте, уполномоченном его осуществлять, имеет ключевое значение. От его решения напрямую зависит объективность, беспристрастность и законность отстранения того или иного субъекта от участия в уголовном судопроизводстве.

Именно поэтому он имеет особую остроту. Например, сейчас в науке активно обсуждается с достаточно критических позиций весьма традиционные для отечественного процессуального законодательства положения закона, уполномочивающие судью разрешать отвод, ему же заявленный³²⁶. Неоднократные обращения граждан в связи с этим в Конституционный Суд РФ также являются некоторым индикатором законодательного неблагополучия в этом вопросе, хотя тот и настаивает на конституционности оспариваемых законодательных требований³²⁷.

³²⁶ См.: Гаспарян Н.С. Отвод в судопроизводстве (теория и систематизированная судебная практика): в 2-х кн. М.: Федеральная палата адвокатов, 2012. Кн. 1. С. 82–98.

³²⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 г. № 432-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Попова на нарушение его конституционных прав положением ч. 4 ст. 65 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 687-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.Ю. Афанасьева на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 1 ст. 20, ст. 56 и ч. 1 ст. 57 ГПК РФ»; Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П по делу о проверке

Приступая к исследованию и оценке предписаний закона, устанавливающих круг субъектов, принимающих решение об отводе адвоката, напомним, что зачастую отвод – санкция, имеющая принудительный характер. Кроме того, необходимо помнить о процессуальной функции, возложенной на адвоката в уголовном процессе. В этой связи, очевидно, что поставленный вопрос особо актуален в свете отвода защитника и его функции защиты – противовесу функции обвинения. На стадии предварительного расследования ключевыми фигурами, осуществляющими противоположные процессуальные функции, выступают следователь и защитник. Процедура отвода адвоката требует анализа в свете идеи реализации состязательности предварительного расследования и его модернизации в этом направлении. Поэтому вопрос о субъекте, принимающем решение об отводе адвоката, мы рассмотрим в соотношении с разрешением аналогичного вопроса в отношении следователя.

Регламентируя отвод должностных лиц, осуществляющих производство предварительного расследования, УПК РФ установил, что решение об отводе следователя принимает руководитель следственного органа (ч. 1 ст. 67 УПК РФ), а об отводе дознавателя – прокурор (ст. 67 УПК РФ). Заметим, что традиционно полномочиями на отвод как следователя, так и дознавателя отечественное законодательство наделяло прокурора (ч. 3 ст. 64 УПК РСФСР). Однако федеральным законом от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ в ч. 1 ст. 67 УПК РФ, воспроизводившую положение ч. 3 ст. 64 УПК

конституционности положений ст. 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 ГПК РФ в связи с запросом Кабинета министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан; Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. № 325–О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Л.Н. Лесной, С.В. Стригуна, В.П. Чичерина и ООО «Афина-бизнес» на нарушение конституционных прав и свобод ч. 2 ст. 20 ГПК РФ».

РСФСР, было внесено изменение, в соответствии с которым указанное полномочие у прокурора в отношении следователя было изъято. Данная новелла стала логичным следствием реформирования системы органов расследования, предусматривавшего создание системы следственных комитетов и направленного, в том числе, на обеспечение организационной и процессуальной независимости следователей.

Отвод защитника, согласно ч. 2 ст. 72 УПК РФ, осуществляется в порядке, установленном ч. 1 ст. 69 УПК РФ, т. е. в порядке отвода переводчика. В соответствии с этой нормой решение о его отводе в ходе досудебного производства принимается дознавателем, следователем, а также судом в случаях, предусмотренных ст. 165 УПК РФ, а в ходе судебного производства – судом, рассматривающим дело или судьей, председательствующим в суде с участием присяжных заседателей (ч. 1 ст. 69 УПК РФ).

Таким образом, если отвод следователя производится субъектом, по отношению к которому тот находится в ведомственном подчинении, то отвод защитника на досудебных стадиях уголовного судопроизводства осуществляется участником процесса, выполняющим противоположную процессуальную функцию.

Последнее вызывает нарекания. С точки зрения состязательного построения уголовного процесса, претендующего на установление равноправия сторон, наделение одной стороны полномочием на отстранение другой от участия в деле ставит вторую в зависимое положение от первой, делает состязание сторон заведомо неравным. Это уже отмечалось в науке: «Предоставление следователю права разрешать отвод адвоката-защитника представляется особенно неприемлемым. Осуществляя функцию уголовного преследования, следователь является активно действующим лицом в конфликте обвинения и защиты. Участие в деле сильного адвоката затрудняет работу следователя. Поэтому право следователя удов-

летворять отвод, заявленный адвокату, способно сослужить плохую службу интересам судопроизводства»³²⁸.

В науке звучат идеи о том, что в целях оптимизации правовых гарантий предупреждения и нейтрализации противодействия участию адвоката-защитника в доказывании и в производстве следственных действий, решение об отводе либо отстранении адвоката от участия в деле в досудебном производстве должен принимать суд, для чего необходимо изменить редакцию ст. 72 УПК РФ³²⁹.

Определяя оптимального субъекта принятия решения об отводе адвоката, целесообразно вспомнить, как и кем осуществлялся отвод в дореволюционной России, какие положения и идеи были восприняты действующим законодателем, а также, что еще значимее, существовал ли утраченный ныне позитивный опыт, который следует перенять.

В соответствии с Уставом уголовного судопроизводства 1864 г. отвод судебного следователя предъявлялся ему самому (ст. 273). Он обязан был самоустраниться от производства следствия при наличии «законных причин его отвода» и сообщить о том суду (ст. 274). Устав закреплял, что следователь представляет предъявленный против него отвод на разрешение суда (ст. 276).

Процедура отвода в Уставе также была регламентирована применительно к участию прокурора в судебном разбирательстве. Рассмотрим ее, ибо принцип состязательности, провозглашающий равенство сторон, позволяет проводить некоторые аналогии, выявить наличие общих идей, положенных в основу решения определенных вопросов.

³²⁸ Юридическая конфликтология / под ред. В.Н. Кудрявцева. М.: Издательство ИГиП РАН, 1995. С. 279.

³²⁹ См.: Горбунов О.А. Противодействие законной деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве (характеристика, средства предупреждения и нейтрализация): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006. С. 21; Юридическая конфликтология / под ред. В.Н. Кудрявцева. С. 279.

Устав упоминает об обязанности прокурора заявить самоотвод (608), о праве заявления о наличии оснований для отвода прокурора со стороны подсудимого и потерпевшего. На суд была возложена обязанность «сообщить о поступке прокурора на усмотрение его ближайшего начальства» (ст. 609).

Таким образом, Устав не наделяет судью правом принять решение об отводе прокурора. Это соответствует идее ст. 252 Учреждений судебных установлений, согласно которой «Ни судебные места, ни председательствующие в оных не входят в обсуждение действий лиц прокурорского надзора, но о неправильных или противозаконных их поступках сообщают высшим чинам сего надзора по принадлежности или доводят до сведения министра юстиции».

Последнему, являющемуся одновременно генерал-прокурором, принадлежало исключительное право возбуждения дисциплинарного производства в данных случаях³³⁰.

Казалось бы, в решении вопроса об органе, уполномоченном устанавливать наличие обстоятельств, исключающих участие в деле этих двух субъектов (следователя и прокурора), не было единой концепции.

Однако, на самом деле, если вспомним, что судебные следователи находились в организационном и процессуальном подчинении окружного суда³³¹, то увидим четкую позицию: вопрос о наличии обстоятельств, исключающих участие в деле, решался в рамках той структуры, представителем которой участник процесса выступал.

³³⁰ См. подробнее: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Изд-во «Альфа», 1996. Т. I. С. 519, 522, 526–527.

³³¹ Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб.: Равенна, Альфа, 1995. С. 780.

Выделим следующие ключевые признаки процедуры отвода следователя по Уставу уголовного судопроизводства 1864 г.:

1. Отводу предшествует предоставление возможности субъекту процесса, в отношении которого он заявлен, выразить свою позицию путем заявления или незаявления самоотвода. В частности, это обеспечивалось тем, что заявление о наличии оснований для отвода в компетентный орган направлялось опосредованно, т. е. через самого следователя.

2. Отвод разрешался вышестоящим органом: в то время судебные следователи находились в организационном и процессуальном подчинении окружного суда.

3. Решение судом вопроса об отводе предполагало несогласие следователя с заявлением о наличии обстоятельств, исключающих его участие в производстве по уголовному делу.

Рассмотрим, распространялся ли этот же подход в отношении присяжного поверенного?

Обращение к истокам института отвода данного субъекта уголовного процесса, на первый взгляд, не дает возможность определить, какая процедура признавалась приемлемой. По Уставу уголовного судопроизводства к участию в следствии защитник обвиняемого не допускался³³². Однако практика участия присяжных поверенных на предварительном следствии постепенно появлялась и во многом благодаря решениям Санкт-Петербургского совета присяжных поверенных³³³.

Вопрос о нарушении присяжным поверенным требований ст. 401, 402 Учреждений судебных установлений, определяющих круг об-

³³² Чельцов-Бebuгов М.А. Указ. соч. С. 783.

³³³ Макалинский П.В. С.-Петербургская присяжная адвокатура. Деятельность С.-Петербургского совета и общих собраний присяжных поверенных за 22 года (1866–1888) // Адвокат в уголовном процессе / под ред. П.А. Лупинской; сост. С.Н. Гаврилова. М.: Новый юрист, 1997. С. 300–306.

стоятельств, исключающих его участие в деле, решался советами присяжных поверенных³³⁴. Следовательно, именно органы адвокатского сообщества устанавливали, подлежал ли присяжный поверенный отводу или нет.

Таким образом, мы видим, что в вопросах реализации института отвода Уставы были вполне последовательны, проводя идею исключительности компетенции корпорации, наделившей своего представителя определенными полномочиями, принимать решение о невыполнении им как участником процесса своей процессуальной обязанности по заявлению самоотвода. Безусловно, в этом можно увидеть идею реализации независимости субъекта, представляющего эту корпорацию, и корпорации в целом.

Если в отношении следователя эта идея в настоящее время реализуется, то в отношении защитника – нет. Причем ни в ходе предварительного расследования, ни в ходе судебного производства.

Сопоставив законодательные подходы в анализируемом аспекте, мы увидим, что позиция Устава в большей степени соответствует правовой природе отвода как процессуальной санкции, применяемой там, где адвокат не заявил самоотвод. Отвод защитника может подразумевать, что сам он не считает, что в его деле имеются обстоятельства, исключающие его участие в деле, иначе он заявил бы самоотвод, как предписывает ч. 1 ст. 62 УПК РФ. Адвокат, не заявивший самоотвод вопреки наличию на то оснований, нарушает уголовно-процессуальный закон и, соответственно, требования профессиональной этики, обязывающие его этот закон соблю-

³³⁴ Макалинский П.В. Указ. соч. С. 306–309; Правила адвокатской профессии в России: опыт систематизации постановлений Советов присяжных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты А.Н. Марков. М., 1913 г. / сост.: А.В. Воробьев, А.В. Поляков, Ю.В. Тихонравов; отв. Ред. Ю.В. Тихонравов. М.: Статут, 2003. С. 70–71, 245.

дать (п. 1 ч. 1 ст. 8 КПЭА РФ). Его отвод автоматически должен поднимать вопрос о том, не были ли нарушены требования адвокатской этики, когда тот принимал и выполнял поручение. Его разрешение – прерогатива профессионального адвокатского сообщества (ч. 2 ст. 19 КПЭА). УПК РФ предполагает, что решение об отводе может быть вынесено безотносительно от позиции отводимого к доводам заявителя. На наш взгляд, лицу, которому заявлен отвод, должно быть предоставлено право знать о заявлении ему отвода и возможность выразить свое отношение к нему. Иначе он не сможет выполнить свою обязанность, предусмотренную ч. 1 ст. 62 УПК РФ, с учетом того, что о наличии обстоятельств, установленных ст. 72 УПК РФ, он мог и не знать.

Как показывает практика, уполномоченные субъекты, отводя защитника, далеко не всегда информируют адвокатское сообщество о факте нарушения адвокатом положений ч. 1 ст. 61, ст. 72 УПК РФ. Не потому ли, что опасаются ситуаций, когда процессуальному решению об отводе будет противопоставлено мнение независимого органа адвокатского сообщества, не усмотревшего нарушений в действиях адвоката? Существующая процедура отвода провоцирует использование этого процессуального института в качестве средства устранения неугодных защитников из дела, посягает на принцип независимости адвокатуры и адвокатской деятельности, противоречит состязательности. С нашей точки зрения, данным идеям соответствовало бы положение, согласно которому вопрос об отводе защитника в случае, когда тот не согласен с наличием обстоятельств, исключающих его участие в деле, решали бы соответствующие органы адвокатского сообщества, уполномоченные на привлечение его к дисциплинарной ответственности. Именно такое решение вопроса соответствует, на наш взгляд, идеям, положенным в основу процессуального порядка отвода в реформенной России.

Осветим мнение практиков по вопросу о том, кто должен быть уполномочен на установление обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Результаты опроса следующие (табл. 10):

Таблица 10

Как вы считаете, на каких субъектов закон должен возложить полномочия по установлению наличия обстоятельств, исключающих участие защитника (адвоката-представителя потерпевшего) в деле (возможен выбор нескольких вариантов):	Следователи, %	Адвокаты, %	Секретари СЗ/ помощники судей, %	Судьи, %
Дознавателя	28,6	18	20	55,5
Следователя	71,4	24	32	51,2
Прокурора	22,9	18	32	46,5
Суд	37,1	39,4	50	53,5
Исполнительные органы адвокатского сообщества (Президента Палаты адвокатов, Квалификационную комиссию, Совет)	25,7	51,5	12	30,2
Нет ответа	0	0	12	4,7
Иное – на адвоката	5,7	0	0	0
Иное – доверителя адвоката	2,9	0	0	0

Представляется, что результаты опроса в целом демонстрируют стремление представителей того или иного института отнести вопрос об отводе адвоката к своему ведению. Отметим, что идея передать его к полномочиям исполнительных органов адвокатского сообщества оказалась не чужда всем категориям опрошенных.

Заметим также, что нас весьма удивили 24,2 % опрошенных адвокатов, которые при ответе на другой вопрос анкеты указали, что суд не вправе принимать решение об отводе адвоката. Очевидно, ответившие таким образом, имели в виду не положения действующего закона, а выразили свои пожелания на этот счет.

§ 3. Понятие и система поводов отвода адвоката

Правоотношения по отводу адвоката возникают не сами по себе, для этого нужны определенные юридически значимые обстоятельства (юридические факты). По своей сути они являются источником информации о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Мы назвали их поводом отвода адвоката по аналогии с инициированием правоотношений по возбуждению уголовного дела.

В науке отмечено, что правоотношения по поводу отвода возникают:

- 1) по самоотводу;
- 2) по заявлению отвода;
- 3) по собственной инициативе лица, уполномоченного осуществлять отвод³³⁵.

Так ли это? Действительно ли представлен исчерпывающий перечень юридических фактов, порождающих возникновение правоотношений по отводу адвоката?

Прежде всего, для нас очевидно, что в данной классификации не совсем корректно смешаны такие категории, как юридические основания отвода (юридические факты) и субъекты – инициаторы отвода. Очевидно, что в последнем выделенном пункте поводом

³³⁵ Мамедова Х.А. Указ. соч. С. 41.

для отвода будет служить непосредственное обнаружение лицом, ведущим производство по уголовному делу, оснований для него.

Рассмотрим каждый повод возникновения правоотношений по отводу адвоката в отдельности, одновременно обозначая круг субъектов – инициаторов, их права и обязанности, с этим связанные.

3.1. Самоотвод адвоката

Обстоятельства, исключаящие участие адвоката в уголовном процессе, в первую очередь, могут стать известны ему самому. Существует ли какой-либо алгоритм поведения адвоката в данном случае? Возникают ли у него при этом какие-либо обязанности, а если да, то какого рода и каковы последствия их несоблюдения?

Анализируя возможности и процедуру выхода адвоката из процесса по собственной инициативе в связи с наличием обстоятельств, исключаящих его участие в нем, обратимся к нормам-предшественницам положений об отводе действующего УПК РФ.

УПК РСФСР прямо предусматривал обязанность заявить самоотвод только применительно к судье (ч. 1 ст. 61). В отношении прокурора, следователя, лица, производящего дознание, существовала обязанность «устраниться от участия в деле» (ч. 3 ст. 63, ч. 2 ст. 64 УПК РСФСР). К секретарю судебного заседания предъявлялись требования, аналогичные требованиям к судье (ч. 1 ст. 65 УПК РСФСР).

На остальных субъектов, подлежащих отводу при наличии установленных уголовно-процессуальным законодательством обстоятельств, исключаящих их участие в процессе, в том числе защитника (представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика), строго следуя букве закона, данная обязанность не распространялась, т. к. закон о ней не упоминал.

Поэтому чаще всего о самоотводе как обязанности ученые писали исключительно применительно к представителям государственных органов³³⁶.

Данный законодательный подход уже тогда критиковался в науке, ученые указывали, что обязанность самоотвода распространяется на адвоката³³⁷, предлагалось закрепить ее в отношении к защитнику³³⁸.

Указанная позиция была воспринята действующим УПК РФ, предусмотревшим обязанность адвоката «устраниться от участия в производстве по делу» (ч. 1 ст. 62 УПК РФ). Форма и процедура ее реализации не совсем понятны, что отмечается в научной литературе: «В случае, когда адвокату станет известно об одном или более из перечисленных обстоятельств, он должен заявить самоотвод. Законом четко не урегулировано, выходит ли в этом случае адвокат из дела в одностороннем порядке или он должен вступить для этого в какие-либо правоотношения со следователем»³³⁹.

Вместе с тем, если адвокат «обязан заявить самоотвод», как указал автор, то как раз ясно, что в этом случае в одностороннем порядке он из дела не выходит, т. к. самоотвод подлежит разрешению субъектом, ведущим процесс.

Закон говорит об обязанности именно «устраниться от участия в производстве по делу» тем самым применительно к представителю потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, оставляя открытым вопрос – вправе ли он сделать это при наличии

³³⁶ См., например: Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. С. 17.

³³⁷ См.: Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 88; Козырев Г.Н. Институт защиты в уголовном судопроизводстве. Научно-практический комментарий. Н. Новгород, 1995. 72 с.

³³⁸ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 88.

³³⁹ Медведев М.Ю. Уголовный процесс. Консультации. Образцы документов. Судебная практика. М.: Юриспруденция, 1999. С. 8.

обстоятельств, исключающих его участие в деле, просто расторгнув соглашение³⁴⁰. Из существующих в науке определений самоотвода, не упоминающих их в числе субъектов, его заявляющих, можно сделать вывод, что «самоотвод – это письменное или устное мотивированное обращение к компетентному органу или должностному лицу, исходящее от одного из лиц, указанных в ст. 18 Основ³⁴¹, а также общественного обвинителя, общественного защитника, начальника органа дознания, начальника следственного отдела, понятого или адвоката-защитника с указанием причин, по которым заявивший себе отвод не может участвовать в процессе»³⁴².

В науке высказано и иное суждение: «При наличии оснований для отвода соответствующий субъект должен заявить себе самоотвод, который подлежит рассмотрению и разрешению на общих основаниях, ибо самоотвод есть тот же отвод, только заявленный самому себе»³⁴³. По смыслу данного определения любой субъект, подлежащий отводу, в том числе адвокат, вне зависимости от процессуального статуса, при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле, должен заявить самоотвод, т. е. обнародовать данные обстоятельства и поставить вопрос о своем дальнейшем участии в деле на разрешение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство.

Последнее нам кажется верным. Почему выполнение обязанности «устраниться от участия в производстве по делу» в смысле ч. 1

³⁴⁰ Адвокат-защитник этого сделать не вправе однозначно в силу запрета на отказ от защиты, установленного п. 6 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», ч. 7 ст. 49 УПК РФ.

³⁴¹ В этой статье названы судья, народный заседатель, прокурор, следователь, лицо, производящее дознание, секретарь судебного заседания, эксперт, специалист и переводчик. – Прим. автора.

³⁴² Мамедова Х.А. Указ. соч. С. 16.

³⁴³ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник. Изд. 3-е, перераб. и доп. / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристь, 1998. С. 116.

ст. 62 УПК РФ для адвоката – представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика недопустимо путем одного лишь расторжения соглашения? Потому что в данном случае обстоятельства, исключающие его участие в деле, не будучи обнародованными, не повлекут всех необходимых процессуальных последствий, не ограничиваясь только одним выбытием адвоката из процесса, не будет применен характерный для института отвода адвоката комплекс процессуальных последствий, в котором отстранение адвоката от участия в деле – лишь один из элементов. В частности, это касается отвода адвоката по таким основаниям, как конфликт интересов доверителей (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ) и родство адвоката с лицами, обозначенными в п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. В первом случае применение института отвода неизбежно должно поставить вопрос об отстранении участия адвоката в деле вообще, прекращении оказания помощи обоим доверителям³⁴⁴, во втором – должно повлечь прекращение участия в процессе и родственника адвоката³⁴⁵. Отвод адвоката из производства по делу не отменяет сам факт существования отношений доверителей с адвокатом, а последнего – с его родственником – участником процесса, о представлении интересов в котором адвокат заключил соглашение. А ведь именно с ними закон связывает необходимость применения отвода адвоката в отношении обоих доверителей и отвода его родственника, участвующего в процессе³⁴⁶.

³⁴⁴ При этом следует учесть, что доверителем лицо становится в момент заключения соглашения (если речь не идет о защите по назначению), а не в момент вступления адвоката в дело (см. ст. 6 КПЭА).

³⁴⁵ Таран А.С. Кто же должен уйти, чтобы не мешать (или отвод при родстве адвоката с профессиональным участником уголовного процесса) // Мировой судья. 2012. № 4. С. 11–15.

³⁴⁶ Процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие адвоката, будут изложены в § 6–7 главы 4 данной монографии.

Самоотвод адвоката должен оформляться заявлением – письменным либо устным с занесением последнего в протокол следственного действия (судебного разбирательства), в процессе которого это заявление было сделано, или составлением следователем отдельного документа. В заявлении адвокат должен выступить с просьбой об освобождении от дальнейшего участия в деле с указанием на конкретные основания своего самоотвода со ссылкой на обстоятельства, им соответствующие.

По данному заявлению субъект, осуществляющий производство по уголовному делу (следователь, дознаватель либо суд (судья)), должен вынести постановление о выявлении обстоятельств, исключающих участие в деле и отстранении адвоката от него. На наш взгляд, выполнение обязанности устранившись из процесса путем заявления самоотвода не должно быть поводом для отвода в смысле ч. 2 ст. 62 УПК РФ, являющимся следствием именно невыполнения участником процесса требований ч. 1 ст. 62 УПК РФ. В данном случае, с нашей точки зрения, процессуально правильнее было бы вынести решение об удовлетворении ходатайства о самоотводе или об отказе в его удовлетворении.

Таким образом, УПК РФ устанавливает, что заявление самоотвода обязательно для адвоката при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле, установленных ст. 72 УПК РФ. Эта обязанность существует на любом этапе производства по уголовному делу, возникая с того момента, как адвокату становится известно о наличии обстоятельств, исключающих его участие в нем.

Нельзя, однако, умолчать о том, что в науке высказана и иная точка зрения, уводящая этот вопрос в плоскость адвокатской тактики. Так, М.А. Фомин пишет: «Уголовно-процессуальный закон и законодательство об адвокатуре обязывает адвоката не брать на себя функции защитника по оказанию юридической помощи и защите прав и законных интересов клиента, если адвокату известно

о наличии обстоятельств, исключающих его участие в производстве по уголовному делу. Но ведь в некоторых случаях подобные действия адвоката, своевременно не пресеченные органами следствия, могут сыграть во благо обвиняемому. И подобные случаи имеют место быть на практике. Можно ли адвоката обвинить в нарушении закона? Безусловно, нет. Поскольку упущения в работе органов следствия нельзя расценивать как нарушение закона адвокатом»³⁴⁷.

С данным утверждением трудно согласиться, ибо принцип законности распространяется на адвокатскую деятельность без ограничений, что следует хотя бы из ч. 1 ст. 10 КПЭА, согласно которой «закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя». Защита может осуществляться только законными средствами.

Ученый в обоснование своей позиции отмечает, что «ст. 72 не устанавливает обязанности для адвоката самоустраниться от участия в деле при наличии оснований для отвода»³⁴⁸.

Статья 72 УПК РФ, действительно, этого не делает, но вот в ст. 62 УПК РФ в числе субъектов, обязанных устранить от участия в производстве по делу, названы и защитник, и представители потерпевшего, гражданского истца или ответчика.

Позиция практиков по данному вопросу на удивление оказалась почти единодушной: 97,1 % опрошенных следователей, 94 % адвокатов указали, что адвокат обязан заявить самоотвод, узнав о наличии обстоятельств, исключающих его участие в процессе.

Как известно, процессуальная обязанность предполагает наступление процессуальной санкции за ее невыполнение. Каковы же негативные последствия игнорирования адвокатом требования

³⁴⁷ Фомин М.А. Указ. соч. С. 79.

³⁴⁸ Там же. С. 84.

ст. 62 УПК РФ? Оказание в уголовном процессе юридической помощи обвиняемому (подозреваемому) защитником, подлежащим отводу – существенное нарушение права на защиту, влекущее, в том числе, недопустимость полученных с его участием доказательств (ч. 1, 2 ст. 75, п. 4 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ)³⁴⁹. Эта процессуальная санкция недействительности, в первую очередь, будет иметь негативные последствия для субъекта, ведущего судопроизводство, собиравшего доказательств. В то время как для доверителя адвоката такое последствие выбытия адвоката из процесса может быть очень даже выгодно. Фактически это может быть выгодно и самому адвокату (о чем М.А. Фомин и пишет). Санкцией за неисполнение адвокатом обязанности по заявлению самоотвода выступает сам отвод, т. е. отстранение адвоката от участия в деле, которое адвокат не инициировал самостоятельно и добровольно.

Если доверителю адвоката выгодно отстранение адвоката от участия в процессе со всеми вытекающими последствиями, то адвокат, не заявляя самоотвод, вопреки наличию обстоятельств, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, по сути, ничем не рискует: по своей инициативе раньше или по решению субъекта, ведущего процесс, но позже, он будет отведен, и только. По сути, данный выбор отдан на откуп этическому компоненту деятельности адвоката. Для нас это еще один аргумент в пользу того, чтобы наличие обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, где сам адвокат не заявляет самоотвод, устанавливалось органами адвокатского сообщества. При существующем круге субъектов, принимающих решение об отводе, в целях обеспечения контроля за соблюдением адвокатом ч. 1 ст. 62 УПК РФ и соответственно п. 1 ч. 1 ст. 8 КПЭА, установившего обязанность адвоката этот закон соблю-

³⁴⁹ Подробно процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие адвоката, изложены в § 6–7 главы 4 данной монографии.

дать, в каждом случае отвода адвоката субъект, ведущий уголовное судопроизводство, должен обращаться в соответствующие органы адвокатского сообщества (суд – напрямую, следователь, дознаватель – через орган государственной власти, уполномоченный в области адвокатуры (ч. 1 ст. 20 КПЭА) с вопросом о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности³⁵⁰.

Отметим в связи со сказанным, что на практике существует точка зрения, согласно которой с жалобой на ненадлежащее оказание адвокатом юридической помощи в исполнительные органы адвокатского сообщества вправе обратиться только его доверитель. Именно эту позицию выдерживает квалификационная комиссия Палаты адвокатов г. Москвы в своих решениях³⁵¹. Из анализа ее решений можно сделать вывод, что жалоба о незаявлении адвокатом самоотвода вопреки знанию обстоятельств, исключающих его участие в деле, не будет признаваться ею надлежащим поводом возбуждения дисциплинарного производства по инициативе субъекта, ведущего уголовный процесс.

Высказана и менее категоричная позиция: «... ни суд, ни следственные органы, ни органы адвокатского сообщества не вправе обсуждать вопрос ни о правильности занятой адвокатом позиции по делу, ни о выбранной им тактике защиты без жалобы на это доверителя если при этом адвокатом не нарушены какие-либо

³⁵⁰ О практике обращения следователей в ПАСО с жалобами на адвокатов см.: Лазарева В.А., Таран А.С. Конфликты между профессиональными участниками процесса: проблемы разрешения (продолжаем обсуждение) // Уголовное право. 2007. № 5. С. 79–83.

³⁵¹ Дисциплинарное производство в отношении адвоката И. // Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 7–8 (21–22). С. 5; Дисциплинарное производство в отношении адвоката Ц. // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 11–12 (25–26). С. 59.

конкретные нормы закона либо КПЭА»³⁵². Очевидно, что данная точка зрения допускает обжалование анализируемого бездействия адвоката.

Мы же отстаиваем идею о том, что ненадлежащее исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей, выходящее за рамки отношений адвоката-доверителя, имеющее публичный характер, может и должно быть предметом обращения в органы адвокатского сообщества со стороны субъектов, ведущих уголовное судопроизводство³⁵³. Отметим, что отдельные решения Верховного Суда РФ свидетельствуют о том, что эта точка зрения им разделяется³⁵⁴. К таким обязанностям и относится обязанность адвоката заявить самоотвод.

Добавим, что на практике заявление адвокатом самоотвода – относительно редкое явление. Только 1 судья и трое из 35 опрошенных нами следователей разрешали заявленный адвокатами самоотвод, и два адвоката из 33 указали, что когда-либо его заявляли. Возможно, именно этот фактор обуславливает существование

³⁵² Булгакова Н.М. Некоторые вопросы применения кодекса профессиональной этики адвоката // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов Всероссий. науч.-практ. конференций, 2004–2005 гг. / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации. М.: Новая юстиция, 2006. С. 149.

Очевидно, что автор, являясь зам председателя квалификационной комиссии Адвокатской палаты Ленинградской области, отразила позицию указанной палаты по обсуждаемому вопросу.

³⁵³ См.: Таран А.С. Об инициировании судом привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности // Право и суд в современном мире: материалы V Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы юридической науки и судебной практики». Казань, 2007. Вып. № 5. С. 392–396.

³⁵⁴ Так, по делу Карпенко Верховный Суд РФ признал обоснованным вынесение частного определения в отношении адвоката Б. в связи с тем, что тот неоднократно предпринимал попытки опорочить допустимые доказательства по делу в присутствии присяжных заседателей, а выступая с речью в прениях сторон, упоминал обстоятельства, не подлежащие рассмотрению с участием последних. См.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 10.05.2000 г. по делу Карпенко. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

различного понимания сущности самоотвода и правомочий адвоката по его заявлению.

3.2. Заявление отвода

Согласно ч. 2 ст. 62 УПК РФ в случае, если защитник, а также представители потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика не устранились от участия в производстве по уголовному делу при наличии предусмотренных законом оснований, им заявляется отвод. Таким образом, отсутствие самоотвода – обязательное условие данного заявления.

На наш взгляд, важно понимание сущности заявления об отводе именно как повода возникновения правоотношения по отстранению адвоката от производства по делу, то есть как юридически значимого действия, влекущего возникновение определенных процессуальных прав и обязанностей.

Как известно, в уголовном процессе различают жалобы, заявления и ходатайства.

В науке уголовного процесса заявление об отводе достаточно часто отождествляют с ходатайством. Иногда об этом указывается прямо: «... заявление об отводе – это то же ходатайство как адресованная суду просьба вывести из состава суда того или иного судью при наличии предусмотренных в законе обстоятельств, препятствующих его участию в стадии судебного разбирательства»³⁵⁵. Ино-

³⁵⁵ Калинкина Л.Д. Заявление и разрешение повторных отводов суду (судье) на стадии судебного разбирательства // Адвокат. 2009. № 10. С. 19.

гда об этом можно судить из контекста исследования, когда отвод упоминается в перечне ходатайств, заявляемых сторонами³⁵⁶.

Об отводе как о ходатайстве пишут и судьи в своих решениях: «Ходатайства, в том числе те, о которых идет речь в жалобе осужденного, а именно об отводе участников процесса...»³⁵⁷; «Обвиняемому были разъяснены предусмотренные уголовно-процессуальным законом права, в том числе *право ходатайствовать об отводе участников процесса* (выделено мной. – А. Т.), однако ходатайств об отводе адвоката Обухова В.А. он не заявлял и от его услуг не отказывался»³⁵⁸.

Конечно, если использовать термин «ходатайство» в широком смысле – т. е. как официальную просьбу, адресованную носителю власти, тогда действительно, заявление об отводе можно называть ходатайством, впрочем, так же, как и сообщение о преступлении (п. 1 ч. 1 ст. 140) и жалобы (апелляционная, кассационная) и прочее, поскольку все вышеперечисленное подпадает под указанное определение. Но законодатель четко сам выделил и разделил эти разные виды обращений граждан в уголовном судопроизводстве: сообщение, ходатайство, жалоба, тем самым подчеркнув, что значимо именно их разграничение и ходатайство в смысле ст. 119 УПК РФ не пересекается с заявлением в смысле 140 УПК РФ, так же, как и с апелляционными и кассационными жалобами.

На наш взгляд, отождествлять заявление об отводе и ходатайство не совсем правильно. Правовая регламентация обстоятельств,

³⁵⁶ См., например: Пальчикова М.В. Некоторые особенности разрешения ходатайств участников судебного разбирательства в уголовном судопроизводстве // Судебная власть и уголовный процесс. 2012. № 1. С. 148.

³⁵⁷ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ по делу В.Г. Быковцева от 29 марта 2012 г. № 14-О12-5СП. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³⁵⁸ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 17 января 2012 г. № 44-О11-111СП. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

исключающих участие адвоката в процессе, носит императивный характер, их действие не зависит от воли и усмотрения участвующих в деле лиц. Заявление отвода – это не столько просьба, сколько информирование о наличии определенных обстоятельств, само по себе порождающее юридически значимые последствия. Разведение заявления об отводе и ходатайств значимо, в частности, для понимания недопустимости проведения полных аналогий между ними в вопросах распределения бремени доказывания их оснований³⁵⁹, процессуальной регламентации процедуры их разрешения³⁶⁰, возможности обжалования принятого по итогам их рассмотрения решения³⁶¹.

Закон перечисляет участников процесса, которые могут заявить отвод. Ими являются: подозреваемый, обвиняемый, его законный представитель, защитник, а также государственный обвинитель, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик или их представители (ч. 2 ст. 62 УПК РФ).

Комментируя эту статью, ученые указывают, что при наличии имеющихся к тому оснований отвод может быть заявлен «участующими в деле лицами»³⁶². Ставя на этом точку, они создают представление, что заявителем может быть любой участник процесса, в связи с чем невольно поднимают вопрос: действительно, почему не все участники процесса уполномочены на это, почему

³⁵⁹ Данный вопрос подробно освещен в § 4 гл. 4.

³⁶⁰ Данный вопрос освещен в § 3 гл. 5.

³⁶¹ Данный вопрос освещен в § 4 гл. 6.

³⁶² Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Е. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд, перераб. и доп. М.: ТК Велби: Просект, 2007. С. 124.

Отметим, что и в комментариях к ст. 64 УПК РФ, регламентирующей заявление отвода судье, можно встретить указание, что оно может быть сделано «участниками уголовного судопроизводства». Это создает впечатление, будто законодатель не ограничивает круг заявителей отвода данному участнику процесса.

См., например: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. О.А. Галустяна. М.: РИОР, 2007. С. 154.

ч. 2 ст. 62 УПК РФ перечисляет только некоторых из них? Ведь очевидно, что сведениями о наличии обстоятельств, служащих основанием отвода, могут обладать и иные участники процесса: и свидетели, и переводчики, и эксперты и т. д.

О сознательном ограничении законодателем круга заявителей отвода свидетельствует то, что в ч. 2 ст. 63 УПК РФ применительно к отводу переводчика он дополнительно обозначил субъектов, имеющих право заявить тому отвод.

Нетрудно заметить, что в числе указанных в ч. 2 ст. 62 УПК РФ субъектов – участники процесса – стороны, отстаивающие в процессе определенный интерес (публичный (государственный обвинитель) или личный или представляемый (все остальные)). В этой связи отметим, что законодатель явно забыл упомянуть о частном обвинителе и его представителе (ст. 43, 45 УПК РФ) как субъектах, имеющих право заявлять отвод.

Данные положения закона критикуются в науке: «То, что законодатель ограничил круг участников, способных заявить отвод лишь указанием на участников со стороны защиты или обвинения, неправильно. Например, в отношении эксперта, так как им могут быть известны обстоятельства, устраняющие судью из производства по уголовному делу. Для устранения пробела необходимо в ч. 1 ст. 266 УПК РФ заменить слово “сторонам” на слово “участникам”»³⁶³.

Определяя свое отношение к данной позиции, отметим следующее. Заявление отвода ставит под угрозу участие в деле того или иного субъекта (в нашем случае – адвоката-защитника или представителя потерпевшего). Отсюда логика законодателя, вероятнее всего, следующая: раз производство по уголовному делу не-

³⁶³ Ампенов С.С., Вельш И.В. Некоторые аспекты проблем института отвода и самоотводов судей, присяжных заседателей // Вестник Московского государственного областного университета. Сер.: Юриспруденция. 2009. № 3. С. 41–42.

посредственно затрагивает интересы именно этих участников процесса, то заявление отводов – их прерогатива. Состязательность уголовного процесса (ст. 15 УПК РФ) требует, чтобы только стороны и никто другой не влияли на ход и направление дела.

Это было бы справедливо, если бы не одно но: реализация института отвода не ставится в зависимость от мнения участников процесса, это не вопрос тактики. Обстоятельства, исключающие участие того или иного субъекта в деле, в том числе защитника, представителя потерпевшего, требуют его отвода независимо от желания кого-либо, будь то доверитель адвоката (обвиняемый, потерпевший) или противоположная сторона. Наступление иных процессуальных последствий обнаружения этих обстоятельств также не обусловлено наличием волеизъявления сторон.

Заметим, что перечень обстоятельств, исключающих участие в деле адвоката, в отличие от остальных участников процесса, носит закрытый характер. Основания для отвода последних, установленные ст. 61 УПК РФ, предусматривающие «иные обстоятельства, дающие основания полагать, что они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в исходе дела» (ч. 2 ст. 61 УПК РФ), несут значительный элемент оценки, осуществление которой, безусловно, прерогатива стороны в процессе.

Эта особая публичность отвода адвоката, на наш взгляд, требует некоторых разъяснений относительно возможности его инициирования субъектами, не названными законом в числе его заявителей.

В их числе, в частности, не названы «иные участники» уголовного процесса. Между тем, например, свидетель может быть лицом, которому адвокат оказывал юридическую помощь в прошлом. Участие такого адвоката может затрагивать его интересы и служить основанием для заявления отвода по п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, права на которое у данного лица формально нет. Причем если в отношении свидетеля еще фигурирует положение о праве заявления «хода-

тайств» (п. 5 ч. 4 ст. 56 УПК РФ), то перечнем прав экспертов, специалистов, понятых, переводчиков данные правомочия не охвачены (ст. 57–60 УПК РФ). Между тем, учитывая то, что свидетели удаляются из зала судебного заседания в подготовительной части судебного разбирательства (ч. 1 ст. 264 УПК РФ) до вызова на допрос, им прямо отказывают в возможности заявления отвода: «свидетели не имеют право заявить отвод и не имеют право заявить ходатайства, в том числе об отводе участников процесса»³⁶⁴.

О том, что право на такое заявление достаточно актуально, свидетельствует дисциплинарное производство в отношении адвоката С. В ходе осуществления защиты Х. адвокат С. предал огласке сведения о состоянии здоровья свидетеля А, полученные по его запросу в наркологический диспансер, а также информацию о том, что А. сотрудничает с работниками милиции, что стало известно ему в процессе оказания юридической помощи А. по другому делу³⁶⁵.

Обращаясь к зарубежному опыту, интересно отметить тот факт, что наряду с отводами, самоотводами УПК Беларуси упоминает еще и ходатайства об устранении из производства по уголовному делу (ч. 1 ст. 76 УПК Республики Беларусь), при этом не ограничивает круг лиц, имеющих право их заявлять. В связи с этим очевидно, что такими заявителями могут быть все иные участники процесса.

Представляется, что и в отечественном уголовном процессе субъекты, не наделенные законодателем правомочием заявить отвод, не лишены права и возможности сообщить информацию, дающую основание для отвода участвующих в процессе лиц субъекту, ведущему производство по делу. В силу публичности инсти-

³⁶⁴ Дидукина Т.Г. Подготовительная часть судебного разбирательства: проблемы нормативного регулирования и правоприменительной практики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 91.

³⁶⁵ Обзор дисциплинарной практики Палаты адвокатов Самарской области за 2003 год / сост. А.С. Таран // Вопросы адвокатуры. 2005. № 2 (37). С. 79.

тута отвода последний, будучи заинтересованным в процессуальной чистоте осуществляемых процессуальных действий и принимаемых решений, не может ее проигнорировать, поставив под угрозу признания недействительными результаты своей процессуальной деятельности. При этом обеспечение реализации сторонами процессуальных прав требует их надлежащего информирования о наличии такой инициативы, если она была осуществлена не в их присутствии. Поэтому при поступлении соответствующей информации в виде ходатайства (заявления) либо в какой-либо иной форме от лиц, не уполномоченных законодателем на заявление отвода, субъект, осуществляющий производство по делу, должен быть обязан проинформировать об этом лиц, указанных в ч. 2 ст. 62 УПК РФ.

Соответственно инициатива «иных участников процесса» может стать основой либо для заявления отвода сторонами либо для осуществления отвода субъектом, ведущим уголовное судопроизводство, по собственной инициативе.

Вероятнее всего, данные участники процесса не наделены правом на заявление отвода, чтобы освободить субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, от обязанности выносить процессуальное решение по каждому такому заявлению, как того требует УПК РФ в отношении отвода, заявленного сторонами. Данные заявления могут, очевидно, быть необоснованными, не содержать указание на обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, что вполне объяснимо тем, что указанным субъектам право на отвод не разъясняется (т. к. оно не предусмотрено законом), а также отсутствием у них в основном (за редким исключением, касающимся свидетеля) представителя, способного им его разъяснить.

Общепризнано, что свидетели не должны участвовать в обсуждении вопросов об отводах, заявленных участниками процесса. Трудно не согласиться с тем, что «свидетели, вызванные в судебное заседание, не должны быть в курсе отводов участникам про-

цесса. Выслушивание свидетелями отводов и самоотводов, их аргументации и мотивировки, а также содержание объяснений отводимых участников процесса и решений суда по вопросам, несомненно, может оказать известное влияние на свидетелей, подвергнуть их определенному внушению и в какой-то мере оказать воздействие на содержание их будущих показаний»³⁶⁶. Однако, на наш взгляд, смысл удаления свидетелей в подготовительной части судебного разбирательства, прежде всего, не в этом, а в том, чтобы они не были в курсе состава лиц, имеющих в деле личный интерес, а те, как известно, отводу не подлежат.

Очевидно, именно публичностью института отвода объясняется то, что разделение участников процесса, имеющих и не имеющих право заявлять отвод, не всегда четко проводится в науке: «... правом заявить отвод адвокату обладают все участники судебного разбирательства и, следовательно, каждому из них председательствующий должен разъяснить это право»³⁶⁷. Эта тенденция отмечается и на практике: лица, ведущие уголовное судопроизводство, не ограничивают участников процесса в возможности заявить отвод: «Существует практика заявления отводов и самоотводов, исходящая от всех лиц, участвующих в деле, в том числе от специалиста, эксперта, понятого»³⁶⁸.

Опрос правоприменителей показал, что это вполне объяснимо их представлениями о том, кто вправе заявить адвокату отвод. Результаты наглядно представлены в табл. 11.

³⁶⁶ Перлов И.Д. Подготовительная часть судебного разбирательства в советском уголовном процессе. М.: Госюриздат, 1956. С. 54.

³⁶⁷ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 88.

³⁶⁸ Мамедова Х.А. Указ. соч. С. 38.

Таблица 11

Как вы считаете, кто не вправе заявить отвод защитнику (возможен выбор нескольких вариантов):	Следователи, %	Адвокаты, %	Секретари СЗ/помощники судей, %	Судьи, %
Его подзащитный	5,7	15,2	4	7
Защитник другого обвиняемого	5,7	33,3	22	18,6
Свидетель	25,7	54,5	46	62,8
Понятой	40	48,5	42	74,4
Переводчик	37,1	48,5	48	58,1
Все ответы не верны, т.к. все участники процесса имеют право заявить отвод защитнику при наличии установленных ст. 72 УПК РФ обстоятельств	34,3	30,3	32	16,3
Нет ответа	8,6	3	2	2,3

Анализ полученных данных показывает, во-первых, что из трех первых категорий опрошенных незначительным большинством голосов только одному участнику процесса: свидетелю, и то только адвокатами было отказано в праве заявлять отвод защитнику, во-вторых, очевидна принципиальная разница в позициях следователей и адвокатов: первые представляют возможность по заявлению отвода адвокату намного шире, при этом позиция секретарей СЗ/помощников судей в целом ближе к позиции адвокатов; в-третьих, треть трех первых категорий опрошенных абсолютно уверена, что возможностью заявления отвода обладают все без исключения участники процесса; в-пятых, судьи в противовес

остальным намного уже определяют круг субъектов, имеющих право заявить отвод, большинством голосов исключая из него свидетелей, понятых и переводчиков (т. н. «иных участников процесса»). При этом именно они в своих ответах оказались ближе всех к требованиям уголовно-процессуального закона.

Другой участник процесса, в отношении которого нам бы хотелось отдельно обсудить правомочие заявить отвод адвокату, – обвиняемый (подозреваемый), являющийся его доверителем.

Законодатель называет обвиняемого (подозреваемого) в числе участников процесса, заявляющих отвод, безотносительно к его адресату. Между тем очевидно, что особенности складывающихся между адвокатом и его доверителем отношений налагают некоторую специфику на отстранение адвоката от участия в деле последним. Может быть, именно неоднозначность ответа на данный вопрос обусловила то, что от 4 до 15,2 % опрошенных различных категорий считают, что адвокату его подзащитный отвод заявить не может.

Отметим, что наряду с правом заявлять отвод законодатель наделяет обвиняемого (подозреваемого) правомочием на отказ от защитника (ст. 52 УПК РФ). Существование этой нормы обуславливает различную трактовку права обвиняемого на отвод своего защитника в науке. Одни ученые считают, что последний не заявляет ему отвод, как остальные участники процесса, поскольку состоит с адвокатом в особых отношениях, позволяющих ему отстранить его от участия в деле по собственным соображениям, в том числе и тем, которые являются основанием его отвода³⁶⁹. Так, отмечалось: «Обнаружение подозреваемым, обвиняемым, а также потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком обстоятельств, исключающих участие адвоката или иного лица в качестве защитника или представителя в уголовном деле, предпола-

³⁶⁹ См.: Ульянова Л. Указ. соч. С. 45.

гает их отказ от получения юридической помощи со стороны данного лица или адвоката. Такой отказ исключает необходимость принятия дознавателем, следователем, прокурором, судом решения об отводе»³⁷⁰.

Высказывалось и противоположное мнение. Л.В. Винокурова пишет: «...нельзя поддержать мнение, что подсудимый не вправе заявить отвод адвокату, который осуществляет его защиту, а вправе лишь отказаться от его услуг»³⁷¹.

Определяя свою позицию по указанному вопросу, отметим, что адвокатская деятельность в уголовном процессе осуществляется либо на основе соглашения (ст. 25 ФЗ «Об адвокатской деятельности...»), либо назначения (ч. 2 ст. 50 УПК РФ).

При защите по соглашению расторжение обвиняемым соглашения означает выбытие защитника из процесса. Так, рассматривая дисциплинарное производство в отношении адвоката Д., с которым доверитель расторгла соглашение об оказании юридической помощи, Квалификационная комиссия АП г. Москвы указала: «... заявление обвиняемым Ш. отказа от защитника не требовалось (оно не имеет никакого юридического значения), поскольку адвокат осуществляла защиту подсудимого на основании соглашения с доверителем, а не по назначению. Расторжение соглашения – это юридический факт, повлекший прекращение всех правовых последствий, основанных на соглашении»³⁷². При защите по соглашению отказ от защитника носит характер уведомления органов, осуществляющих уголовное судопроизводство, о расторжении со-

³⁷⁰ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации в редакции ФЗ от 29 мая 2002 г. / под общ. и науч. ред. А.Я. Сухарева. М.: Норма – Инфра-М, 2002. С. 72.

³⁷¹ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 88.

³⁷² Обзор дисциплинарной практики КК г. Москвы. Заключение № 2 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2010. Вып. 3–4 (77–78). С. 36.

глашения, основания которого не влияют на выбытие самого защитника из процесса.

Если расторжение соглашения об оказании юридической помощи – односторонний акт, автоматически влекущий аннулирование правомочий адвоката на представительство в процессе, то об отказе от защитника этого сказать нельзя. Последнее обусловлено предписанием закона о том, что отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя и суда (ч. 2 ст. 52 УПК РФ). На это обратил внимание Совет АП г. Москвы: «В отличие от отказа обвиняемого (подозреваемого) от защитника, который подлежит разрешению судом, прокурором, следователем и дознавателем, расторжение соглашения является юридическим фактом, лишаящим адвоката права осуществлять какие-либо процессуальные действия в интересах своего бывшего подзащитного»³⁷³.

Сопоставляя отказ от защитника и его отвод со стороны доверителя, мы бы не стали противопоставлять эти правомочия. Отказываясь от защитника, обвиняемый (подозреваемый) тем самым заявляет ему отвод, то есть инициирует его выбытие из процесса. При этом законодатель, не обозначив основания для отказа от защитника, подразумевает, что ими могут быть любые обстоятельства, в том числе предусмотренные ст. 72 УПК РФ³⁷⁴.

Определив круг субъектов, заявляющих отвод, определим природу этого правомочия: право ли это указанных субъектов или же обязанность, а если последнее, то какого рода?

В целом заявление отвода участниками процесса, не наделенными государственно-властными полномочиями, называют их

³⁷³ Разъяснение Совета АП г. Москвы «Об основаниях прекращения участия адвоката-защитника в уголовном деле».

³⁷⁴ Подробнее об этом см.: Таран А.С. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе. С. 138–154.

правом³⁷⁵. В свете поставленной проблемы нам интересен такой участник процесса, как адвокат. Он относится к субъектам, так сказать, «и отводимым, и отводящим». Чем для него является заявление отвода? Чаще всего он упоминается общим списком в числе субъектов-заявителей отвода: «Граждане, в связи с действиями которых ведется уголовное судопроизводство, их защитники и представители, как и граждане, для которых участие в судопроизводстве связано с причинением им вреда *вправе* (выделено мной. – А. Т.) при наличии обстоятельств, исключających участие в уголовном процессе судей, прокуроров ... публично и гласно заявлять отвод любому из названных группы участников процесса, то есть требовать их отстранения от производства по данному делу»³⁷⁶. «Отводы участникам процесса адвокат *вправе заявить* (выделено мной. – А. Т.) при выявлении обстоятельств, исключających их участие в судопроизводстве по уголовному делу»³⁷⁷.

Между тем можно встретить утверждения о том, что заявление отвода при обнаружении соответствующих оснований – обязанность адвоката нравственного порядка: «Этические основы участия адвоката-защитника в подготовительной части судебного разбирательства требуют от него: ... заявить отвод судье или составу суда в целом, прокурору, секретарю судебного заседания, специалисту, эксперту при наличии хотя бы одного основания, предусмотренного законом»³⁷⁸.

³⁷⁵ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 88; Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. С. 17.

³⁷⁶ Задерако В.Г. Указ. соч. С. 44.

³⁷⁷ Григорьев Н.В. Адвокатура и реализация конституционного права на квалифицированную юридическую помощь в уголовном судопроизводстве: учебное пособие для студентов специальности 02.11.00 «Юриспруденция» уголовно-правовой специализации. Хабаровск: РИЦ ХГАЭП, 2005. С. 55.

³⁷⁸ Зинатуллин Т.З. Этические основы уголовно-процессуальной деятельности адвоката-защитника: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 1998. С. 59–60.

Что касается мнения практиков на этот счет, то результаты опроса следующие: о том, что адвокат обязан заявить отвод, обнаружив наличие обстоятельств, исключающих участие определенного субъекта в процессе, заявило 31,4 % опрошенных следователей против оставшихся 68,6 %, посчитавших, что это – область тактики, где следует руководствоваться интересами доверителя. В адвокатской среде данные позиции набрали 18,2 и 81,8 %. Опрошенные секретари СЗ / помощники судей высказались соответственно 32 и 64 % (остальные воздержались от ответа). Судьи выдали диаметрально противоположные общие показатели: подавляющее большинство указало, что заявление отвода – обязанность адвоката.

Сравнить и проанализировать полученные результаты поможет табл. 12.

Таблица 12

Как вы считаете, если адвокату станет известно о наличии обстоятельств, исключающих участие какого-либо субъекта в процессе, он:	Следователи, %	Адвокаты, %	Секретари СЗ, помощники судей, %	Судьи, %
Обязан заявить отвод	31,4	18,2	32	67,4
Вправе выбирать, заявлять или не заявлять отвод, руководствуясь интересами доверителя	68,6	81,8	64	32,6
Нет ответа	-	-	4	-

Таким образом, подавляющее большинство адвокатов и 2/3 следователей и секретарей СЗ/помощников судей не склонны считать, что заявление отвода – обязанность адвоката, которую он должен исполнять, пренебрегая интересами доверителя. В отличие от них очевидное большинство судей ждет от адвокатов заявления отвода как исполнения обязанности.

Отвечая на вопрос о том, право или обязанность для адвоката – заявление отвода участникам процесса, отметим следующее. Субъекты, ведущие уголовное судопроизводство, обязаны обеспечить его осуществление в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства. Вместе с тем они далеко не всегда могут узнать из материалов дела о наличии обстоятельств, исключающих чье-либо участие в процессе. Процессуальной ответственности за незаявление отвода у адвоката нет, соответственно, говорить о соответствующей правовой обязанности было бы неправомерно. Часть 2 ст. 62 УПК РФ, устанавливая общее правомочие на заявление отвода, как и специально посвященные отводу отдельных участников процесса – ч. 1 ст. 64, ч. 2 ст. 69 УПК РФ, указывают на то, что отвод сторонами *«может быть заявлен»* (выделено мной. – А. Т.). Таким образом, заявление отвода по уголовно-процессуальному закону диспозитивно для сторон, в том числе адвоката. Диктует ли профессиональная этика адвоката обязательность заявления отвода при наличии на то оснований? Кодекс профессиональной этики адвоката запрещает ему *«действовать вопреки законным интересам доверителя»* (п. 1 ч. 1 ст. 9). Можно ли считать интерес доверителя адвоката на участие в деле лица, подлежащего по закону отводу, законным? Вряд ли. Очевидно, что адвокат не вправе укрывать сведения, указывающие на наличие оснований для отвода. Но не укрывать – не значит обнаруживать, заявляя отвод.

В связи с поставленной проблемой было бы не лишним проведение сравнения между заявлением адвокатом самоотвода и отвода в аспекте его процессуальных обязанностей. Почему самоотвод – обязанность адвоката, а заявление отвода – нет? Не заявляя самоотвод, адвокат утаивает информацию, касающуюся его самого, которая может быть и не известна другим участникам процесса. Незаявление же отвода означало бы утаивание информации, касающейся другого участника процесса, здесь уже идет вопрос о неисполнении своей процессуальной обязанности не адвокатом, а иным субъектом. Приведение поведения участников процесса в соответствие с требованиями УПК РФ не может вменяться в обязанность адвоката. Его функция в процессе ограничена интересами доверителя, и если последнему процессуально выгодно заявить о наличии обстоятельств, исключающих участие определенного субъекта в процессе на более поздних этапах производства по делу (чтобы впоследствии потребовать признания недопустимости доказательства, полученного с его участием, об отмене процессуального решения, вынесенного с его участием и т. д.), или же умолчать об этом вовсе, он должен этими интересами и руководствоваться.

3.3. Непосредственное обнаружение оснований отвода субъектом, ведущим уголовное судопроизводство

Согласно уголовно-процессуальному закону, вопрос об отводе разрешается при наличии соответствующего заявления (ч. 2 ст. 62 УПК РФ). О возможности осуществления отвода субъектом, ведущим уголовное судопроизводство по своей инициативе, то есть при отсутствии самоотводов и отводов со стороны участников процесса, отечественное уголовно-процессуальное законодательство не упоминало и не упоминает до сих пор.

В зарубежном законодательстве можно встретить прямое закрепление данного правомочия субъекта, ведущего уголовное судопроизводство. Например, оно предусмотрено в УПК Республики Беларусь (ч. 3 ст. 76).

Несмотря на отсутствие аналогичной нормы в действующем отечественном уголовно-процессуальном законе, ее существование признается практически бесспорным в науке: «... публично-правовой характер правоотношений ... обязывают органы и лиц, ответственных за ведение процесса, рассматривать и разрешать вопросы об отводе участников процесса и по собственной инициативе»³⁷⁹. Ученые указывают, что данное право выводится из смысла уголовно-процессуального закона³⁸⁰, предлагают его законодательно закрепить³⁸¹.

Следует указать на существование и иной позиции на этот счет. Так, А.Н. Козлова делит все уголовно-процессуальные действия на три вида: те, которые совершаются должностным лицом независимо от частного усмотрения, действия, являющиеся исключением из принципа публичности и так называемые «нейтральные процессуальные действия с точки зрения «публичности-диспозитивности». К последней группе она относит полномочия должностных лиц, реализация которых приводится усмотрением частного лица: они не являются непосредственным проявлением публичности, но и не противоречат общему положению о ведении производства в целом независимо от частного усмотрения (не влияют на его возникнове-

³⁷⁹ Мамедова Х.А. Указ. соч. С. 45.

³⁸⁰ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 90; Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. С. 45; Козырев Г.К. Указ. соч. С. 38; Федерякин В.А. Процессуально-правовые и нравственные основы участия защитника-адвоката в производстве следственных действий (по материалам РФ и Республики Казахстан): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 58.

³⁸¹ Задерако В.Г. Указ. соч. С. 178; Козырев Г.К. Указ. соч. С. 38.

ние или завершение)»³⁸². Именно к ней автор и причисляет решение следователя об отводе, подразумевая, что оно может быть принято только по заявлению сторон.

В целом же определение уголовно-процессуальным законодательством круга лиц, имеющих право заявить отвод, не трактуется в науке как признание исходящего от них заявления об отводе в качестве обязательного и единственного повода возникновения анализируемых правоотношений. Практика также идет по пути, при котором следователь (дознатель), суд (судья) при обнаружении соответствующих обстоятельств отстраняют защитника и представителя потерпевшего от участия в деле по собственной инициативе.

Между тем нельзя не отметить, что в рядах опрошенных нами правоприменителей однозначного признания этого правомочия нет. На вопрос: «Вправе ли вы принять решение об отводе защитника по собственной инициативе, без поступления соответствующего заявления от участников процесса» четверть опрошенных следователей (25,7 %) и 11,6 % судей ответили отрицательно. Половина опрошенных секретарей судебного заседания /помощников судей не признала за судьей наличия данного полномочия. Очевидно, отсутствие прямой законодательной регламентации негативно сказалось на понимании этого вопроса практиками.

Мы склонны думать, однако, что дело не только в этом. Не случайно, на наш взгляд, наличие данного права за субъектом, ведущим уголовный процесс, признали только 54,5 % опрошенных адвокатов, к тому же 39,5 % ответили отрицательно (6 % затруднились с ответом). В данном праве есть весьма спорные моменты, причем особенно это касается судьи. Прежде всего, наличие дан-

³⁸² Козлова А.Н. Публичность как принцип уголовного судопроизводства.: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 53.

ного правомочия – проявление активной позиции суда в процессе, атрибут публичности отечественного процесса, ограничивающий состязательность сторон. Заявление или не заявление отвода (не путать с самоотводом!) должно быть вопросом тактики и стратегии защиты. Должен ли суд вмешиваться в этот процесс, ибо, как известно, любое решение судьи «на руку» одной из сторон? Как отметили К.Б. Калиновский и А.В. Смирнов, не соответствует состязательности применение судом по собственной инициативе при возражении сторон мер принуждения³⁸³. Соответственно, эта позиция должна распространяться и на отвод как меру процессуального принуждения, применяемую тогда, когда субъект – сторона процесса, обязанный это сделать, самоотвод не заявил.

С точки зрения идеи последовательного претворения в жизнь принципа состязательности, суд не должен по своей инициативе осуществить отвод.

Однако, с другой стороны, при реализации последнего тезиса может сложиться нелепая ситуация, когда суд, заведомо зная о наличии оснований для отвода того же адвоката, но при отсутствии соответствующих заявлений со стороны участников процесса, перечисленных в ч. 2 ст. 62 УПК РФ, будет выносить заведомо неправосудный приговор, подлежащий отмене в случае последующего обжалования его сторонами.

Как известно, закон наделяет суд правом оценивать доказательства по внутреннему убеждению, руководствуясь законом и совестью (ч. 1 ст. 17 УПК РФ). Сможет ли он использовать доказательство по совести, если будет не вправе исключить его из производства по делу как полученное ненадлежащим субъектом или с ущемлением прав участников процесса, обусловленным участием

³⁸³ Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: учебник для вузов. 2-е изд. / под общ. ред. А.В. Смирнова. СПб.: Питер, 2006. С. 234.

в процессе адвоката, вопреки обстоятельствам, исключающим такое участие? Очевидно, что нет. Именно поэтому суд по своей инициативе вправе признавать доказательства, полученные с нарушением закона, недопустимыми (ч. 4 ст. 88 УПК РФ). При этом обнарудутся основания принятия данного решения, в том числе наличие обстоятельств, исключающих участие в процессе того или иного субъекта.

На наш взгляд, на проблему определения оптимального субъекта, уполномоченного принимать решение об отводе адвоката, можно и нужно посмотреть несколько иначе. Коль скоро мы даем возможность суду проявлять активность при выявлении оснований для отвода, то устанавливать наличие этих обстоятельств должен иной орган. Все сказанное по вопросу о праве субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, осуществлять отвод адвоката по собственной инициативе, дополнительно убеждает нас в необходимости реформирования круга органов, осуществляющих отвод адвоката в уголовном процессе.

§ 4. Обязанность доказывания обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе

В реализации института отвода в целом и права на заявление отвода в частности (ч. 2 ст. 62 УПК РФ) особый интерес вызывает вопрос о том, как и кем устанавливается наличие или отсутствие оснований для отстранения адвоката от участия в уголовном процессе. Отметим, что этот вопрос носит более общий характер, и рассматривать его следует через призму института отвода вообще, а не только адвоката.

В современной науке отмечен факт отсутствия особого регулирования процессуального порядка установления обстоятельств

отвода, в связи с чем предлагается ввести дополнительно специальную регламентацию механизма реализации права заявить отвод³⁸⁴.

Подтверждая тот факт, что правовое регулирование института отвода в уголовно-процессуальном законодательстве осуществлено весьма скудно, мы не можем согласиться с позицией, что механизм установления обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе, и доказывание разводятся³⁸⁵.

Законодатель указывает в ст. 85 УПК РФ, что доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ.

Однако понимать эту норму так, будто бы только данные обстоятельства устанавливаются непосредственно посредством доказывания, нельзя. «В целях установления» означает, что их выявление – конечный результат этой деятельности, в процессе которой также потребуется обнаружить весьма широкое количество фактов и обстоятельств, значимых для их установления.

В науке уголовного процесса классическим определением доказывания является его понимание как установления фактов, обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела³⁸⁶. А это не только обстоятельства, перечисленные в ст. 73 УПК РФ, но и иные обстоятельства, в том числе характеризующие само производство по делу, если их установление влияет на оценку его законности в целом и допустимость полу-

³⁸⁴ Горский М.В. Механизм правового регулирования отводов участников уголовного судопроизводства (процессуальное и криминалистическое исследование. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 27–28.

³⁸⁵ Там же. С. 28.

³⁸⁶ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. С. 295; Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая / под ред. Н.В. Жогина, И.И. Карпеца [и др.]. М.: Юрид. лит., 1966. С. 17; Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практ. пособие. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт; ИД Юрайт, 2012. С. 9.

ченных доказательств – в частности. Именно к этим обстоятельствам и относятся обстоятельства, исключающие участие в уголовном процессе.

Таким образом, вполне правомерно ставить вопрос о том, кто должен осуществлять доказывание обстоятельств, исключающих участие в производстве по делу? Иными словами, на ком лежит бремя их доказывания?³⁸⁷

Следует отметить, что Уставы уголовного судопроизводства 1884 г. прямо предусматривали: «Желающий отвести судью обязан с точностью объяснить основания отвода и представить или указать подтверждающие их доказательства» (ст. 602). Действующий УПК РФ особо не регламентирует обязанность доказывания обстоятельств, исключающих участие в производстве по делу, что дает повод для специального исследования этого вопроса.

Представляется, что для ответа на него следует, прежде всего, определиться с понятиями «обязанность доказывания» и «бремя доказывания».

Заметим, что традиционно отечественная уголовно-процессуальная наука их разводила, считая, что категория «бремя доказывания» неприменима в советском уголовном процессе. В частности, именно этот подход был взят за основу авторами ставшей классикой «Теории доказательств в советском уголовном процессе». Они указывали, что «бремя доказывания» предполагает распределение обязанности доказывания между сторонами, причем непредставление доказательств стороной влечет неблагоприятные для нее последствия. Существовал незыблемый

³⁸⁷ Категория «бремя доказывания» получает разное понимание и толкование в науке. См.: Калиновский К.Б. Обоснованность уголовно-процессуальных решений в свете учения о бремени доказывания // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве: материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юрид. наук, профессора Полины Абрамовны Лупинской. М.: Элит, 2011. С. 59–65.

тезис: «В советском уголовном процессе недопустимо требовать под страхом невыгодных последствий, чтобы обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, другие участники судопроизводства доказывали свои утверждения. Если они выдвигают утверждения, действительно имеющие значение для правильного разрешения дела, то обязанность доказывания этих утверждений полностью ложится на следователя, прокурора и суд»³⁸⁸. Обоснованием этого подхода служило в том числе то, что возможности собирания доказательств присутствовали только у субъектов, ведущих уголовное судопроизводство³⁸⁹.

Вместе с тем признавалось, что «уклоняясь от участия в доказывании соответствующих обстоятельств... участники судопроизводства, конечно, в какой-то мере рискуют, что указанные обстоятельства останутся неустановленными или недостаточно полно установленными и, следовательно, законные интересы участников процесса останутся без надлежащей судебной защиты»³⁹⁰. Таким образом, не отрицалось, что возложение обязанности доказывания исключительно на субъектов, ведущих уголовное судопроизводство, не является полной гарантией реализации прав участников уголовного процесса и достижения целей уголовного судопроизводства,

Современная наука признает возможность распределения обязанности доказывания между сторонами. При всех различиях формулировок ученые именно в этом контексте употребляют термин

³⁸⁸ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. С. 473.

³⁸⁹ «Следует учитывать ту особенность нашего уголовного процесса, что ни обвиняемый, ни защитник, ни потерпевший, ни гражданский истец и ответчик (их представители) не собирают самостоятельно доказательства. По этой причине на них, конечно, не может быть возложено бремя представления доказательств». См.: Там же. С. 474.

³⁹⁰ Там же. С. 475.

«бремя доказывания»³⁹¹. Для ориентира приведем определение К.Б. Калиновского, по которому бремя доказывания – совокупность правил распределения между участниками процесса их обязанностей обосновывать наличие тех или иных обстоятельств, установление которых необходимо для принятия процессуального решения³⁹².

То, что в настоящее время распределение обязанности доказывания не столь одностороннее, явно следует из ч. 4 ст. 235 УПК РФ, установившей правило о том, что «бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство».³⁹³ Эту норму в науке рассматривают как выражение презумпции необоснованности заявленного ходатайства³⁹⁴. Таким образом, и уголовно-процессуальная наука, и законодатель начинают отходить от тотального возложения на сторону обвинения обязанности доказывания.

Допустима ли здесь аналогия закона и распространение нормы ч. 4 ст. 235 УПК РФ на заявление об отводе? В науке можно встретить положительный ответ на данный вопрос. Высказана точка зрения, что «... для доказывания фактов, имеющих процессуальное значение, данное правило имеет общий характер»³⁹⁵, к ним и относят основания отвода.

Так ли это? Для ответа на этот вопрос обратимся «к азам». В уголовно-процессуальной теории принято считать, что вопрос о

³⁹¹ Калиновский К.Б. Обоснованность уголовно-процессуальных решений в свете учения о бремени доказывания. С. 59.

³⁹² Там же.

³⁹³ Представляется, что по аналогии закона это правило действует и на стадии судебного разбирательства.

³⁹⁴ Попаденко Е.В. Презумпции в уголовном судопроизводстве // Вестник ВЭГУ. 2010. № 5 (49). С. 76.

³⁹⁵ См.: Калиновский К.Б. Распределение бремени доказывания в уголовном процессе: всегда ли в пользу обвиняемого? // Уголовная юстиция: связь времен: материалы Межд. науч. конф.. Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 г. / сост. А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский. М.: Актион-Медиа, 2012. С. 41.

бремени доказывания тесно связан с вопросом о презумпциях в уголовном процессе, что последнее предопределяет первое: «Смысл презумпций в распределении бремени доказывания»³⁹⁶.

Проанализируем теоретические положения института отвода, отследив наличие в нем презумпций.

Самую известную уголовно-процессуальную презумпцию – презумпцию невиновности – часто рассматривают как часть общеправовой презумпции – презумпции добропорядочности граждан, нашедшей выражение еще в Древнем Риме в качестве презумпции «доброго мужа» (*boni viri*)³⁹⁷. Напрашивается вывод, что если в отношении обвиняемого она трансформируется в презумпцию невиновности, то в отношении других участников процесса – презумпцию «надлежащего субъекта», в презумпцию пригодности лица, ставшего участником конкретного уголовного процесса, к выполнению своих процессуальных функций. Действие этой презумпции определяется формальными обстоятельствами. Например, для судьи – это статус судьи, для адвоката – представление ордера и удостоверения (ч. 4 ст. 49 УПК РФ) и т. д. Действительно, законодатель презюмирует отсутствие запрещенных законом родственных связей между последним и участниками процесса, противоречий между его доверителями, предыдущего участия в данном деле в ином статусе, в противном случае каждому адвокату пришлось бы при вступлении в процесс представлять документы о родстве, список доверителей с момента начала профессиональной

³⁹⁶ Смирнов А.В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе // Государство и право. 2008. № 1. С. 61.

³⁹⁷ См.: Касумов Ч.С. Презумпция невиновности в советском праве. Баку: Элм, 1984. С. 35; Либус И.А. Презумпция невиновности в советском уголовном процессе. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1985. С. 34–36; Мажинян Дж. Р. Презумпция невиновности и гарантии ее осуществления. Ереван: Изд-во Ереванского университета, 1989. С. 20; Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. М.: Наука, 1984. С. 92.

деятельности (что абсурдно с точки зрения адвокатской тайны) и прочее. Исходя из презумпции добросовестности граждан законодатель предполагает, что при наличии оснований для отвода лицо не вступит в процесс а, узнав об их существовании позже, заявит самоотвод, выполнив обязанность, установленную ч. 1 ст. 62 УПК РФ.

Следует отметить, что применительно к институту отвода выделяют и противоположную презумпцию. Причем называют ее, трактуют и определяют сферу действия по-разному.

В частности, учеными называются «презумпция необъективности судьи (суда), подлежащего отводу, при наличии формальных оснований»³⁹⁸, «презумпция необъективности или некомпетентности субъекта доказывания по уголовному делу при наличии указанных в законе оснований (гл. 9 УПК РФ)»³⁹⁹, «презумпция необъективности судьи, следователя, прокурора, лица, производящего дознание, секретаря судебного заседания, переводчика, эксперта или специалиста, подлежащих отводу в силу наличия формальных оснований для отвода, сформулированных в законе»⁴⁰⁰, «презумпция необъективности участников уголовного процесса»⁴⁰¹, презумпция «недобропорядочности субъектов уголовного процесса» (ст. 59–61 УПК РФ)⁴⁰².

³⁹⁸ Ковтун Н.Н. Презумпции и фикции уголовно-процессуального права России: технология осознанной лжи // Юридическая техника. Ежегодник. 2010. № 4. С. 231–235.

³⁹⁹ Попаденко Е.В. Указ. соч. С. 74.

⁴⁰⁰ Федотов А.В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. 2001. № 4. С. 45–55.

⁴⁰¹ Левченко О.В. Уголовно-процессуальное доказывание: сущность, средства доказывания, предмет и пределы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ижевск, 2001. С. 33.

⁴⁰² Крымов А.А. Правовые презумпции в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 21.

Данную презумпцию ученые называют неопровержимой. «Презумпция пристрастности также относится к категории неопровержимых презумпций. Так, в случае установления факта наличия родственных связей между судьей и кем-либо из участников судопроизводства по данному уголовному делу закон считает, что судья является пристрастным, и запрещает приводить любые доказательства обратного»⁴⁰³.

Эта точка зрения критикуется на том основании, что «неопровержимых презумпций не существует, поскольку все то, что подразумевается под этим термином, фактически есть не что иное, как безусловные правовые предписания»⁴⁰⁴, являющиеся основанием применения правовых норм. Это обстоятельство служит тезисом для вывода, что в п. 1–3 ч. 1 ст. 63 УПК РФ «не закреплено какой-либо презумпции, так как основанием для отвода непосредственно являются здесь не заинтересованность лица в исходе дела, а сам факт наличия родственных отношений»⁴⁰⁵. Поэтому «даже если отводимому лицу и удастся предоставить убедительные аргументы своей личной незаинтересованности в деле, несмотря, например, на родственные отношения с кем-либо из участников процесса, оно все равно подлежит отводу»⁴⁰⁶.

Аналогично, очевидно, следуя логике рассуждения автора, можно сказать и в отношении пп. 1–3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, устанавливающих основания отвода адвоката.

На наш взгляд, различие в подходах ученых обловлено разным пониманием понятия «презумпция». Сторонники признания неопровержимых презумпций вообще и презумпции «необъективности

⁴⁰³ Попаденко Е.В. Указ. соч. С. 74.

⁴⁰⁴ Смирнов А.В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе. С. 60.

⁴⁰⁵ Там же.

⁴⁰⁶ Там же. С. 67.

участника процесса» при всем многообразии признаков, включенных ими в понятие «презумпция», не выделяют в нем возможность опровержения сделанного предположения. Так, А.А. Крымов в своем диссертационном исследовании отмечал: «Правовые презумпции можно определить как закреплённые в уголовно-процессуальном законодательстве предположения о наличии или отсутствии юридических фактов, основанные на связи между ними и фактами наличными, т. е. фактически доказанными, не требующие специальных доказательств и установленные для достижения задач уголовного судопроизводства путем возложения на субъекты уголовного процесса определённых прав и обязанностей»⁴⁰⁷. Приведем также для дополнительной иллюстрации определение другого ученого – сторонника данной позиции: «Принятие презумпции состоит в том, что при наличии (установлении) одного из фактов, связь которого выражена презумпцией, делается вывод о существовании другого факта; последний, таким образом, выводится из презумпции (презюмируется)»⁴⁰⁸.

Отметим существование двойственности определения этого понятия и в словарях, и учебниках. Так, презумпцию (*praesumptio*), переводя с латинского, трактуют как «предположение, основанное на вероятности»⁴⁰⁹. В толковом словаре русского языка данная категория трактуется как признание факта достоверным, пока не будет доказано обратное⁴¹⁰. В учебнике по теории государства и права презумпции – «закрепленные в нормах права предположения о наличии или отсутствии юридических фактов»⁴¹¹. Таким образом,

⁴⁰⁷ Крымов А.А. Указ. соч. С. 11.

⁴⁰⁸ Попаденко Е.В. Указ. соч. С. 73.

⁴⁰⁹ Булыко А.Н. Большой словарь иностранных слов. М., 2006. С. 462.

⁴¹⁰ Современный толковый словарь русского языка / под ред. С.А. Кузнецова. М.: Ридерз Дайджест, 2004. С. 601.

⁴¹¹ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. С. 308.

для одних презумпция – это просто предположение, для других – обязательная возможность опровержения.

В любом случае, называя данную презумпцию неопровержимой, ученые, очевидно, отсчитывают начало ее действия с момента принятия решения об отводе, следовательно, никакого влияния на процесс доказывания обстоятельств, исключающих участие в деле, она не оказывает.

Выясним, как должна определять бремя доказывания презумпция добропорядочности участников процесса. Действительно ли ее действие в институте отвода по аналогии предопределяет ч. 4 ст. 235 УПК РФ, в силу которой бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство?

Прежде всего, повторим, что ставить знак тождества между заявлением ходатайства и отвода было бы неправильным. Мы уже отмечали этот факт, указывая, что заявление отвода – это не просьба, оставляющая принятие решения на усмотрение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, а информирование о наличии определенных обстоятельств, наличие которых, по закону, порождает определенные процессуальные последствия⁴¹².

В уголовно-процессуальной науке вопрос об обязанности доказывания традиционно определяется презумпцией невиновности. Причем установленная ею обязанность доказывания распространялась не только на доказывание виновности или невиновности обвиняемого, но и на установление всех обстоятельств, имеющих значение для дела.

Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, очевидно, входят в круг «иных обстоятельств, имеющих значение для дела» в смысле ч. 1 ст. 74 УПК РФ.

⁴¹² Об этом мы писали в § 3.2 главы 2 настоящей работы.

Заметим, что в «Теории доказательств в советском уголовном процессе» выделены категории обстоятельств, составляющих эти «иные обстоятельства...»⁴¹³. Обстоятельства, исключающие участие в уголовном процессе его субъектов, в их перечне прямо не названы. Тем не менее они подпадают под «обстоятельства, знание которых необходимо для проверки и оценки доказательств»⁴¹⁴.

Кроме того, вспомним о том, что УПК РФ прямо установил исключение из правила о бремени доказывания ходатайств применительно к ходатайству стороны защиты об исключении доказательства на том основании, что оно было получено с нарушением требований УПК РФ (ч. 4 ст. 235 УПК РФ). Выявление обстоятельств, исключающих участие определенного субъекта в уголовном процессе – безусловное основание для признания недопустимым доказательства, полученного с его участием. Было бы нелогичным для законодателя в этом вопросе возложить бремя доказывания оснований отвода на его заявителя.

В свете сказанного обратимся к требованиям, предъявляемым к заявлению об отводе.

Заслуженный юрист РФ, судья в отставке Л.С. Халдеев в предложенном им протоколе судебного заседания отмечает, что председательствующий при разъяснении права на отвод должен предупредить, что «любое основание, которое будет использовано кем-либо для заявления отводов, должно быть мотивировано, так как закон не допускает рассмотрение вопроса об отводах без аргументации причин их заявления»⁴¹⁵. Имелись ли у ученого основания для такого утверждения? Требование мотивированности отвода в

⁴¹³ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. С. 193–194.

⁴¹⁴ Там же. С. 194.

⁴¹⁵ Халдеев Л.С. Судья в уголовном процессе: практ. пособие. М.: Юрайт, 2000. С. 87.

УПК РСФСР, действительно, было, при этом оно предусматривалось только применительно к отводу судьи (ч. 2 ст. 61 УПК РСФСР). Однако очевидно, что в данном случае проведена аналогия закона, распространение требования к отводу судьи на заявление отвода другим участникам процесса, что вполне оправданно.

В действующем УПК РФ указание на мотивированность заявления об отводе отсутствует, в том числе и в отношении отвода судьи. Соответственно, возникает вопрос: осознанно ли законодатель убрал это положение, должно ли данное заявление удовлетворять этому условию?

Многие авторы отрицательно отвечают на него, считая, что мотивированность остается обязательным требованием к заявлению об отводе и в современном уголовном судопроизводстве⁴¹⁶.

Чтобы определить свою позицию, обозначим, что означает мотивированность заявления об отводе. В науке применительно к ст. 61 УПК РСФСР говорилось: «Требование мотивированности обязывает лицо, заявившее отвод, привести доводы, ставящие под сомнение объективность и беспристрастность судьи»⁴¹⁷.

Что есть «доводы»? Являются ли они указанием на предусмотренное законом основание прекращения участия определенного субъекта в процессе или же требуют подтверждения его фактиче-

⁴¹⁶ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации в ред. ФЗ от 29 мая 2002 г. / под общ. и научн. ред. А.Я. Сухарева. М.: НОРМА, 2002. С. 132; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская, Л.А. Воскорбитова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. С. 630; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Е. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2007. С. 125; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Мозякова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен XXI, 2002. С. 172.

⁴¹⁷ Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В.И. Радченко; под ред. В.Т. Томина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 1999. С. 61.

скими обстоятельствами, а может имеется в виду еще и представление соответствующих доказательств?

Обращаясь к решениям Конституционного Суда РФ, обнаружим его позицию на этот счет: «... заявление об отводе судьи (ст. 64 УПК РФ) должно быть персонифицированным, адресованным тому судье или тому составу суда, в производстве которого находится уголовное дело, а также содержать ссылку на объективные обстоятельства, свидетельствующие о личной заинтересованности того или иного судьи в исходе дела, а не базироваться на абстрактных предположениях»⁴¹⁸.

Очевидно, что, по мнению Конституционного Суда РФ, при заявлении отвода следует не только указать на предусмотренное законом основание, но еще и дать ему конкретное фактическое наполнение. А вот по поводу необходимости «представления или указания на подтверждающие доказательства», как того требовали от заявителя отвода УУС 1864 г., ответ не столь однозначен. Для его поиска зададимся вопросом: что будет в том случае, если субъект, заявивший отвод, их не представит и не укажет? На наш взгляд, отказать в удовлетворении отвода, сославшись только лишь на данное обстоятельство, субъект, ведущий уголовное судопроизводство, не вправе. Мотивом отклонения отвода может быть только установление сведений, этот отвод опровергающих. Конечно, лицо, заявившее отвод, заинтересовано в его положительном разрешении, а следовательно, в представлении доказательств. Однако оно не всегда ими располагает и не всегда имеет возможность их получить. В силу публичности института отвода

⁴¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 17 декабря 2009 г. № 1623-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр-на Быковцева В.Г. на нарушение его конституционных прав ст. 61 и 65 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 23 марта 2010 г. № 422-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шеховцева Д.В. на нарушение его конституционных прав ч. 1 и 2 ст. 376 и ст. 377 УПК РФ».

орган, отвечающий за законность процедуры производства по уголовному делу, должен в каждом случае официального заявления о недопустимости участия в процессе какого-либо субъекта его проверить и принять обоснованное решение.

Эту публичность института отвода подчеркивает научно-практическое исследование, изданное под редакцией председателя Верховного Суда РФ В.М. Лебедева, авторы которого склоняют нас к мнению об отсутствии требования мотивированности к заявлению об отводе. В нем на вопрос о том, должен ли суд рассматривать ходатайство об отводе, если участник процесса его ничем не мотивировал, дан однозначный ответ: «да, должен». В его обоснование указано, что «по смыслу закона любое ходатайство об отводе должно быть рассмотрено независимо от того, привел ли участник процесса, заявивший ходатайство об отводе, основания, предусмотренные УПК, и обстоятельства, обосновывающие ходатайства об отводе»⁴¹⁹.

В любом случае независимо от того, признается ли мотивированность обязательным условием заявления отвода или нет, требование обоснованности, т. е. подкрепления доказательствами, к нему не предъявлялось и не предъявляется. При всех различиях трактовки мотивированности заявления об отводе в науке: «изложение конкретных данных о наличии обстоятельств, исключающих участие лица в производстве по уголовному делу»⁴²⁰, «отвод ... должен ...содержать указание на одно из оснований, предусмотр-

⁴¹⁹ Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. 6-е изд., перераб и доп. М.: Юрайт, 2013. С. 506.

⁴²⁰ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации в ред. ФЗ от 29 мая 2002 г. / под общ. и науч. ред. А.Я. Сухарева. М.: НОРМА, 2002. С. 132.

ренных гл. 9 УПК РФ»⁴²¹, «...лицо, его заявившее, должно изложить известные ему обстоятельства, с которыми он связывает необходимость устранения судьи от участия в рассмотрении дела»⁴²², «необходимо подробно раскрыть обстоятельства, исключающие участие субъекта уголовно-процессуальных отношений в производстве по уголовному делу»⁴²³, оно не должно пониматься как требование представления или указания на доказательства, подтверждающие основания заявленного отвода.

Соответственно субъект, ведущий уголовное судопроизводство, получив заявление об отводе, обязан собрать доказательства, свидетельствующие о наличии или отсутствии оснований отвода, в нем указанных. Бремя опровержения доводов, приведенных заявителем в обоснование наличия обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе, лежит на нем. Не представление заявителем отвода доказательств, подтверждающих наличие обстоятельства, исключающего участие адвоката в деле, на которое он указывает, само по себе не является основанием для отказа в его удовлетворении.

В науке уголовного процесса признается, что требования к уровню обоснованности процессуальных решений различаются. П.А. Лупинская, разделяя основные и вспомогательные процессуальные решения, указывала, что они отличаются в том числе «уровнем доказанности фактических обстоятельств, составляющих

⁴²¹ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская, Л.А. Воскорбитова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. С. 630.

⁴²² Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Е. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2007. С. 125.

⁴²³ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Мозякова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен XXI, 2002. С. 172.

основу решения»⁴²⁴. С этой точки зрения вполне логично, если отвод, относящийся, безусловно, к вспомогательным процессуальным решениям, может не получить тот уровень доказанности оснований его принятия, как, предположим, обвинительное заключение.

Как известно, презумпция позволяет принимать решение там, где существует только вероятное знание. Очевидно, что для опровержения презумпции добросовестности участника процесса необходимо получить достоверное знание о наличии указанных в законе обстоятельств, исключающих участие субъекта в деле, для которых в законе четко обозначены признаки и условия применения (например, пп. 1–3 ч. 1 ст. 61, ч. 1 ст. 72 УПК РФ). А.В. Смирнов указывает, что там, где законодатель ограничился лишь общей характеристикой основания отвода «наличие обстоятельств, дающих основание прямо или косвенно полагать, что они лично, прямо или косвенно заинтересованы в исходе данного дела» (ч. 2 ст. 61 УПК РФ), при заявлении мотивированного отвода начинает действовать «презумпция необъективности участника процесса»⁴²⁵. Она обуславливает то, что для отвода по этому основанию нет необходимости установления достоверного знания о заинтересованности субъекта в исходе дела.

От теоретических выкладок перейдем к анализу практики. Насколько там получают отражение указанные представления отечественной науки о распределении бремени доказывания оснований отвода?

Подтверждением того, что заявитель отвода должен привести, как минимум, его убедительную аргументацию, может служить

⁴²⁴ Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М, 2010. С. 46.

⁴²⁵ Смирнов А.В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе. С. 67.

Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Приморского краевого суда от 25 октября 2010 г. Отказывая в удовлетворении жалобы на постановление суда, было обозначено: «Указание, что судья Сопчук Р.В. и прокурор Клименко А.О. находятся в сговоре, носит предположительный характер. Иных законных оснований, иных обстоятельств, указывающих, что судья и прокурор прямо или косвенно заинтересованы в исходе дела, судебная коллегия не усматривает»⁴²⁶.

Тем самым, не представив убедительные доводы, свидетельствующие о наличии оснований для отвода, его заявитель получает отказ в его удовлетворении.

Зачастую судья принимает решение об удовлетворении заявленного ему отвода, не приводя и не исследуя доказательств. Очевидно, он это делает как субъект, которого непосредственно касается обнародованная информация и, соответственно, владеющий данными о реальном наличии или отсутствии обстоятельств, исключающих его участие в уголовном судопроизводстве. Положительно разрешая заявленный ему отвод, он тем самым подтверждает их существование. Практика исходит из того, что доказательств их наличия в таком случае не требуется.

Так, Сосновский районный суд Тамбовской области удовлетворил заявленный ему отвод на том основании, что судья находился в дружеских отношениях с приставом-исполнителем, являющимся свидетелем обвинения.

В кассационном представлении государственный обвинитель Попова обжаловала это решение. Она указала, что в судебном заседании было установлено, что в дружеских или неприязненных отношениях с Т. судья не находился.

⁴²⁶ Кассационное определение от 25 октября 2010 года. Судебная коллегия по уголовным делам Приморского краевого суда. Дело № 22-6538. URL: <https://rospravosudie.com/court-primorskij-kraevoj-sud-primorskij-kraj-s/act-103735323>.

Суд кассационной инстанции указал, что, удовлетворяя заявление об отводе, судья согласился с его доводами и признал наличие указанных в ч. 2 ст. 61 УПК РФ обстоятельств, препятствующих его участию в деле, что является основанием для отвода судьи⁴²⁷.

Удовлетворяя заявленный ему отвод, суд тем самым подтверждает и достоверность представленных его заявителем материалов без какой-либо проверки. В частности, отвод суду был заявлен подсудимым на том основании, что между ним и родным братом судьи имелся конфликт по факту ДТП, по которому последний возмещал ему денежные средства. В подтверждение заявленного отвода подсудимый представил письменную расписку, по которой брат судьи обязался возместить причиненный вред.

Суд удовлетворил заявленный отвод⁴²⁸, не произведя никаких проверочных процессуальных действий в отношении данной расписки, тем самым подтверждая ее подлинность.

Таким образом, в указанных случаях решение об отводе фактически принималось при отсутствии доказательств наличия оснований. Почему в данном случае практика не требует подтверждения решения суда доказательствами? Очевидно, что здесь определяющими являются волеизъявление самого судьи, его позиция. Но разве он может заявить самоотвод, не представив доказательств наличия обстоятельств, исключающих его производство по делу? Нет. В противном случае у судьи была бы возможность «сбывать с рук» каждое дело, которое он по каким-либо соображениям не желает рассматривать.

⁴²⁷ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Тамбовского областного суда от 29 мая 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-tambovskij-oblastnoj-sud-tambovskaya-oblast-s/act-105058482>.

⁴²⁸ Постановление Солтонского районного суда Алтайского края от 31 июля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-soltonskij-rajonnyj-sud-altajskij-kraj-s/act-106496058>.

Последнее приводило бы к нарушению права каждого подсудимого на рассмотрение его уголовного дела в том суде и тем судом, к подсудности которых оно отнесено законом (ч. 3 ст. 8 УПК РФ). Удовлетворение судьей отвода, ему заявленного, может повлечь изменение подсудности, как произошло в ранее приведенном примере, где кассационная инстанция указала: «Районный суд двусоставный, второй судья уже рассматривал по первой инстанции данное дело, оно подлежит направлению в Алтайский краевой суд для определения подсудности»⁴²⁹.

Очевидно, признавая правомерным удовлетворение судом заявленного ему отвода, без приведения доказательств, подтверждающих наличие соответствующих оснований, на практике исходят из того, что сам факт заявления отвода участником процесса служит косвенным подтверждением наличия этих оснований, поэтому они не нуждаются в дополнительной процессуальной проверке, доказывании и обосновании со стороны суда при его удовлетворении.

Однако, очевидно, это не является полной гарантией от злоупотреблений со стороны судьи при разрешении отвода.

Так, постановление Сулейман-Стальского районного суда Республики Дагестан от 06 октября 2011 года, которым удовлетворено ходатайство прокурора Курахского района Байрамова Н.У. об отводе судьи Гасанова М. А., с последующим изменением подсудности, было обжаловано защитником Мевлидовой А.В.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Дагестан указала: «В постановлении суда не приведено никакой мотивировки принятого решения и не указано, по какому из предусмотренных частями 1 и 2 ст. 61 УПК РФ оснований

⁴²⁹ Постановление Солтонского районного суда Алтайского края от 31 июля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-soltonskij-rajonnyj-sud-altajskij-kraj-act-106496058>.

удовлетворено ходатайство прокурора об отводе судьи... из материалов дела следует, что ни одного из оснований для отвода судьи, указанных в ч. 1 ст. 61 УПК РФ, по делу не установлено. То обстоятельство, что прокурор Курахского района и председатель Сулейман-Стальского районного суда РД находятся в свойственных отношениях, а прокурор Курахского района общается с судьей Гасановым М.А. и был у него в гостях, не дает оснований полагать, что судья Гасанов М.А. лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе данного уголовного дела.

Как видно из протокола судебного заседания, фактически основанием заявления прокурором Курахского района отвода судье Сулейман-Стальского районного суда послужило то обстоятельство, что он не желает выезжать для участия в рассмотрении дела из Курахского района в Сулейман-Стальский район»⁴³⁰.

Очевидно, несоблюдение на практике требования доказанности оснований отвода при удовлетворении заявления об отводе судьи приводит к тому, что не всегда отсутствие указанных оснований может быть выявлено.

Таким образом, удовлетворяя заявленный ему отвод, суд констатирует наличие предусмотренных законом оснований, исключая его участие в уголовном процессе, а в случаях удовлетворения его по ч. 2 ст. 61 УПК РФ признает, что существование выявленных обстоятельств вызвало его «личную, прямую или косвенную заинтересованность в исходе дела».

Очевидно, что положительное решение в последнем случае позволяет принять презумпция заинтересованности, о которой пишет

⁴³⁰ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Дагестан от 8 ноября 2011 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-103539164>.

А.В. Смирнов⁴³¹, не требующая у суда приведения доказательств своей заинтересованности в исходе дела при удовлетворении отвода.

Однако укладываются ли в эту концепцию случаи отмены решения суда об удовлетворении заявленного ему отвода по данному основанию? Получается парадоксальная ситуация: судья, удовлетворяя заявленный ему отвод, фактически соглашается с фактом своей личной заинтересованности в исходе дела. Вышестоящая инстанция, исходя из тех же самых фактических обстоятельств, делает вывод об отсутствии ее у судьи.

Так, государственным обвинителем Иткиновым М.Р. было заявлено ходатайство об отводе мирового судьи Ражапова Р.Р. ввиду того, что он заинтересован в исходе данного уголовного дела, т. к. подсудимый Гизатуллин Р.Р. приходится ему зятем, он является мужем племянницы мирового судьи.

Ходатайство об отводе мировым судьей было удовлетворено. Адвокатом Вахитовым К.А. подана апелляционная жалоба, в котором он просил отменить данное постановление как незаконное и необоснованное, поскольку Гизатуллин Р.Р. давно не проживает с женой. Подсудимый Гизатуллин Р.Р. подтвердил, что он состоит в браке с двоюродной сестрой Ражапова Р.Р., хотя около десяти лет с ней не проживает.

Судья Бардымского районного суда Пермского края Машаев Ф.Г. постановлением от 26 февраля 2010 г. решение мирового судьи об удовлетворении заявленного ему отвода отменил, указав: «То обстоятельство, что подсудимый Гизатуллин Р.Р. является мужем двоюродной сестры мирового судьи, не является законным осно-

⁴³¹ Смирнов А.В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе. С. 67.

ванием для отвода судьи и не свидетельствует о какой-либо заинтересованности судьи в исходе дела»⁴³².

Таким образом, сам суд признал наличие своей заинтересованности в исходе дела, удовлетворяя заявленный ему отвод, а вышестоящий суд с этим не согласился. На наш взгляд, это расходится с уголовно-процессуальной теорией, отдающей приоритет мнению суда о наличии его заинтересованности в деле.

Исследуя решения суда об отказе в удовлетворении заявленного им отвода, следует отметить, что, вопреки теории, требующей обосновать принятое решение, суды не всегда считают необходимым истребовать доказательства по ходатайству сторон, пытающихся доказать наличие оснований для отвода.

Так, в ходе судебного разбирательства защитником—адвокатом Ю.В. Конополиным был заявлен отвод председательствующему — судье Р.А. Губиеву. Адвокат указывал на родственные связи судьи со следователем А.К. Губиевым, осуществлявшим производство по делу. Одновременно он ходатайствовал об истребовании личных дел указанных лиц (очевидно, чтобы удостовериться в степени их родства). Судья отказал в удовлетворении как данного ходатайства, так и заявленного ему отвода.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания нашла данное решение законным и обоснованным, отметив, что «суд, мотивируя свое решение, обоснованно отказал в заявленном отводе и истребовании личных дел судьи и следователя, не усмотрев оснований, предусмотренных ч. 1 ст. 61 УПК РФ».

Тем самым в разрешении отвода судье значимыми являются позиция его самого, выраженная в мотивировке, подтверждение

⁴³² Постановление судьи Бардымского районного суда Пермского края Машаева Ф.Г. от 26 февраля 2010 г. Дело № 10-5-2010. URL: <https://rospravosudie.com/court-bardymskij-rajonnyi-sud-permskij-kraj-s/act-400385784>.

им самим отсутствия или наличия оснований для отвода. Данные решения достаточно часто принимаются на основе внепроцессуальной информации, не подтвержденной доказательствами по делу.

Очевидно, такая практика во многом расходится с требованиями уголовно-процессуальной науки.

Исследовав доказывание оснований отвода судьи на практике, обратимся к вопросу о доказывании оснований отвода адвоката и почувствуем, что называется, разницу. Здесь суд уже не является априори носителем информации о наличии/отсутствии обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе (за исключением тех случаев, когда отвод заявляется адвокату в связи с родством с ним самим). В этой связи, очевидно, судья должен не только мотивировать принятое решение, но и обосновать его, ссылаясь на соответствующие доказательства.

Таким образом, по-разному должно осуществляться доказывание оснований отвода в зависимости от того, заявлен отвод судье или адвокату. Если отвод заявлен судье на основании его дружбы с подсудимым, он может его удовлетворить, не приводя никаких доказательств наличия этой дружбы, фактически своим решением подтверждая правоту и достоверность сделанного заявления. А вот если отвод будет заявлен защитнику на основании его родства с потерпевшим, вот здесь судье нужны будут доказательства. И он не должен игнорировать сделанное заявление только на том основании, что заявитель доказательств не представил, равно как и удовлетворить отвод, не подкрепив доказательствами. Все это чревато нарушением права на защиту.

Данный подход должен поддерживаться правоприменителями, и мы можем найти подтверждение тому, что соответствующая практика давно уже позитивно оценена в уголовно-процессуальной науке.

Так, И.Д. Перлов в своей работе привел пример, когда подсудимый Г. в судебном заседании заявил, что не согласен, чтобы его защищал адвокат, который является родственником потерпевшей Б., погибшей во время столкновения автомобиля, что вменялось в вину Г. Судя по определению Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда СССР, «суд, даже не опросив адвоката, являлся ли он родственником убитой Б., отклонил ходатайство Г. без достаточных оснований, в результате последний отказался от защиты». Верховный Суд СССР расценил это как грубое нарушение права подсудимого, отменил приговор и вернул дело на новое рассмотрение⁴³³.

Таким образом, субъект, ведущий уголовное судопроизводство, разрешая заявленный отвод, должен выяснять наличие оснований для отвода адвоката, подтверждая или опровергая мотивы сделанного заявления.

§ 5. Установление обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном судопроизводстве (на примере конфликта интересов доверителей адвоката)

Уголовно-процессуальный закон обозначил круг обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе (ч. 1 ст. 72 УПК РФ), формулировка каждого из них обладает серией признаков, часто неоднозначно трактуемых как в науке, так и на практике⁴³⁴.

⁴³³ См.: Перлов И.Д. Указ. соч. С. 80.

⁴³⁴ Характеристике обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, была посвящена наша монография. См.: Таран А.С. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 28–102.

Весьма проблематичным бывает доказывание наличия данных обстоятельств. В этой связи в качестве примера хотелось осветить некоторые проблемы установления основания отвода, предусмотренного п. 3 ч. 2 ст. 72 УПК РФ: оказание адвокатом юридической помощи лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

Для отвода адвоката по этому основанию необходима констатация того факта, что то или иное лицо стало доверителем адвоката, т. е. четкое понимание того момента, с которого юридическая помощь адвокатом «оказывается».

Как показывает практика, в трактовке этого положения далеко не все однозначно, в связи с чем некоторые ориентиры и разъяснения необходимо сделать.

В науке можно встретить категоричное утверждение о том, «что участие в качестве защитника двух обвиняемых, интересы которых противоречат друг другу, должно быть исключено независимо от того, *в чем конкретно выражалась помощь защитника и оказывалась ли она вообще* (выделено мною. – А. Т.)»⁴³⁵. Автор справедливо отмечает нарушение требований ст. 72 УПК РФ со стороны адвокатов по назначению, берущихся за защиту двух обвиняемых, между которыми имеются противоречия и осуществляющих свои обязанности формально. В качестве примера приведено дело, рассмотренное Липецким областным судом, в котором адвокат при наличии противоречий в показаниях обвиняемых Р. и Н. (Р. не признавал себя виновным и пояснял, что с Н. не знаком, к дому потерпевших не приезжал, а Н. утверждал обратное) участвовал в качестве защитника при ознакомлении их с материалами дела в порядке ст. 217 УПК РФ⁴³⁶.

⁴³⁵ Фомин М.А. Указ. соч. С. 78.

⁴³⁶ Там же. С. 78–79.

Разделяя позицию автора в части приведенного примера, заметим, что сам по себе его тезис не абсолютен.

Об этом может свидетельствовать практика Верховного Суда РФ.

Так, Судебная коллегия Верховного Суда РФ рассмотрела следующий казус: адвокат был отведен от участия в деле на том основании, что ранее он заключил соглашение на оказание юридической помощи лицу, интересы которого противоречили интересам его нового доверителя. Тот, оспаривая свой отвод, указывал, что только получил документы по первому делу, но реально защиту не осуществлял. По мнению прокурора, адвокат фактически осуществил защиту, так как он уже ознакомился с материалами дела и получил на руки копию приговора и копию кассационного определения.

Суд признал, что сам факт получения этих документов сам по себе не может рассматриваться как оказание юридической помощи, поскольку адвокат с осужденной не встречался и никаких документов в ее пользу не составлял⁴³⁷.

Таким образом, Верховный Суд РФ посчитал, что если адвокат реально не приступил к оказанию юридической помощи (не путать с недобросовестным ее оказанием), то нет оснований для его отвода по п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. Таким образом, формальный критерий в виде факта заключения соглашения на оказание юридической помощи был признан недостаточным для констатации того, что эта помощь оказывалась. Для решения вопроса об отводе по п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ необходимо установить ее фактическое осуществление, значимо именно «оказание (выделено мной. – А. Т.) юридической помощи» лицам с противоречивыми интересами.

⁴³⁷ Определения суда об отводе адвоката и об отказе в допуске адвоката к участию в деле признаны необоснованными (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 3. С. 13.

Поставим вопрос: а возможен ли отвод по исследуемому основанию, если и соглашения нет, и помощь не оказывалась? Ответ не покажется нам таким очевидным, если мы вспомним, что отвод адвоката направлен на защиту адвокатской тайны. А она возникает намного раньше обозначенных обстоятельств: с момента обращения к адвокату за ее оказанием, вне зависимости от того, будет ли между адвокатом и обратившимся лицом заключено в дальнейшем соглашение или нет⁴³⁸.

В силу этого, как показывает практика, на лиц, которым юридическая помощь адвокатом не оказывалась, но с которыми возникли правоотношения по поводу сохранения адвокатской тайны, также распространяется гарантия, установленная п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ.

Так, Совет адвокатской палаты Алтайского края по жалобе Н. на адвоката К. привлек последнего к дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса. Было установлено, что Н. обращался к адвокату К. за юридической помощью, рассказывал ему о предъявленном обвинении по ст. 159 ч. 3 УК РФ, консультировался с ним, рассказывал «ничего не утаивая».

В судебном заседании адвокат К. вступил в данное дело в качестве представителя потерпевшего С.

Центральный городской суд г. Барнаула Алтайского края, рассмотрев жалобу адвоката К., констатировал, что факт оказания им юридической помощи подсудимому Н. не нашел подтверждения. В консультации ему было отказано до заключения соответствующего соглашения.

Вместе с тем суд пришел к выводу, что в связи с тем, что К. знал об обстоятельствах дела от подсудимого Н., представление интересов потерпевшего само по себе являлось нарушением п. 3

⁴³⁸ Этот вывод следует из ч. 5 ст. 6 КПЭА, которая в числе сведений, составляющих адвокатскую тайну, указывает факт обращения к адвокату, а также сведения, сообщенные доверителем.

ч. 1 ст. 72 УПК РФ независимо от факта оказания помощи Н. адвокатом К. Суд лишь не согласился со строгостью меры дисциплинарной ответственности, примененной к адвокату⁴³⁹.

Из приведенного примера можно увидеть, что установление конфликта интересов доверителей адвоката является предметом деятельности не только судов, но и квалификационных комиссий адвокатских палат. Последние осуществляют ее при определении наличия нарушения запрета, установленного п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и п. 1 ч. 1 ст. 13 КПА, на принятие адвокатом поручения по оказанию юридической помощи лицу, интересы которого противоречат интересам его доверителя.

Обращение к адвокатской дисциплинарной практике, как мы могли убедиться, также обогащает представления о критериях, вкладываемых в категорию «оказание юридической помощи лицам с противоречивыми интересами».

Между тем следует отметить, что на основании дела Н. делать однозначные выводы о перспективах разрешения аналогичных ситуаций нельзя. Это заключение мы можем сделать, обратившись к дисциплинарной практике по аналогичным делам. Так, Адвокатская палата Челябинской области рассмотрела два дисциплинарных производства, в которых констатировала отсутствие нарушений запрета на принятие поручения от лиц с противоречивыми интересами при сходных обстоятельствах⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Дисциплинарное производство в отношении адвоката К. // Профессиональная этика адвокатов: сборник материалов по вопросам дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов Российской Федерации) / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: Вариант, 2008. С. 33–36.

⁴⁴⁰ Несмотря на то что оба решения касались участия адвоката при производстве по гражданским делам, интересны правовые позиции, выработанные Советом по данному вопросу, поскольку они в принципе имеют универсальный характер и распространяются как на гражданское, так и на уголовное судопроизводство.

Первое дело состоит в следующем: в Палату адвокатов Челябинской области в отношении адвоката Г. подал жалобу гражданин Г-н. Заявитель указал, что обратился к адвокату Г. за консультацией по вопросу составления искового заявления о признании права собственности на жилой дом. Адвокат представила ему перечень необходимых документов, консультировала его, составила исковое заявление, оформила запросы. Соглашение с адвокатом заключено не было. В дальнейшем в суде адвокат Г. представляла интересы третьего лица К., предъявляла встречный иск.

Квалификационная комиссия палаты адвокатов Челябинской области признала установленным факт консультирования доверителя, выразившийся в представлении перечня необходимых по делу документов. При этом было отмечено, что п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре...», ч. 1 ст. 11 КПЭА «не связывают права и обязанности адвоката с объемом информации, полученной при консультации доверителя, с наличием или отсутствием сведений конфиденциального характера, составляющих адвокатскую тайну, а только самим фактом оказания юридической помощи по данному делу. Квалификационная комиссия в такой ситуации признала адвоката нарушившим требования профессиональной этики.

Совет Адвокатской палаты Челябинской области не разделил позицию Квалификационной комиссии. Он указал, что она «правильно установила фактические обстоятельства, однако ею были неправильно истолкованы нормы ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и КПЭА. Совет указал, что они, действительно, содержат категоричный запрет на оказание юридической помощи, однако при их толковании необходимо учитывать, что установленный этими нормами запрет «непосредственно связан с сохранностью адвокатской тайны (ст. 6 КПЭА).

В каждом конкретном случае необходимо выяснять, какая информация была сообщена адвокату, как эта информация была рас-

пространена или использована против доверителя. Важным моментом при рассмотрении дисциплинарного дела является наступление вредных для доверителей последствий»⁴⁴¹.

Совет отметил, что доверитель не указал те сведения, которые, по его мнению, были использованы против него. Он указал, что «необходимо различать формальные правовые консультации без какого-либо анализа конкретной ситуации, конкретного дела (например, информирование о содержании правовой нормы, о толковании закона) от консультации по правовым вопросам, в ходе которой адвокату сообщается конфиденциальная информация, на основании которой тот дает совет доверителю о том или ином случае во избежание наступления неблагоприятных для него последствий. В противном случае Совет может занять позицию недобросовестных лиц, которые, злоупотребляя правом, могут лишить противоположную сторону возможности заключения соглашения с нежелательными для них адвокатами»⁴⁴².

Совет посчитал консультацию, данную Г-ну, формальной по содержанию. В ходе ее оказания адвокат Г. не стала обладателем какой-либо конфиденциальной информации, которую могла использовать в дальнейшем. Сам заявитель Г. не указал, какую именно информацию заявитель передал адвокату, в чем именно состояло нарушение адвокатской тайны.

На основе сделанных заключений Совет адвокатской палаты решил прекратить дисциплинарное производство в отношении адвоката Г.

⁴⁴¹ Дисциплинарное производство в отношении адвоката Г. // Профессиональная этика адвокатов: сборник материалов по вопросам дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов Российской Федерации / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. С. 496.

⁴⁴² Там же. С. 497.

Указанную позицию Палата адвокатов Челябинской области использовала при рассмотрении жалобы Н. в отношении адвоката В., причем приведенная выше логика рассуждений позволила ей вообще прекратить дисциплинарное производство в отношении адвоката.

По обстоятельствам данного дела в адвокатскую палату Челябинской области поступила жалоба Н. на адвоката В., заключившего соглашение с доверителем Х., который обратился в суд с иском к заявителю. Основанием для подачи жалобы заявительница посчитала тот факт, что ранее Н. обратилась к адвокату В. за консультацией по вопросу о том, возможно ли в принципе оспаривание родственниками завещания бабушки и какова стоимость услуг адвоката. Она получила ответы на эти вопросы, также адвокат посоветовала поскорее забрать бабушкину медицинскую книжку из поликлиники. Никаких документов ею предъявлено не было. Позднее, когда Н. стало известно, что родственники подали заявление в суд об оспаривании завещания, она вновь обратилась к адвокату В. Однако адвокат сообщила, что уже приняла поручение на ведение дела от тех самых родственников и работать с заявительницей не будет.

Заявитель сочла, что адвокат В. использовала информацию, полученную от нее по делу, ей во вред, чем нарушила положения п. 1 ст. 11 Кодекса профессиональной этики адвоката и п. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности».

Квалификационная комиссия посчитала консультацию В. формальной, содержащей ответы на общие вопросы. В связи с этим указала, что заявитель Н. не является доверителем адвоката.

Исследуя положения п. 1 ч. 1, п. 1 ч. 2 ст. 2 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», Квалификационная комиссия отметила: «Статус доверителя лицо приобретает не автоматически. Нет оснований считать доверителем лицо, которое обратилось к адвокату с общим

вопросом, хотя и в области права. Смысл данных норм состоит в возникновении особых, конфиденциальных, доверительных отношений между адвокатом и обратившимся к нему лицом. Их возникновение, в частности, зависит от объема сообщенной адвокату информации, от того совета, который дал адвокат по конкретному вопросу».

Совет Адвокатской палаты Челябинской области, признав доводы квалификационной комиссии обоснованными, принял решение прекратить дисциплинарное производство в отношении адвоката В. вследствие обнаружившегося в ходе разбирательства отсутствия допустимого повода для возбуждения дисциплинарного производства.

Он указал, что поводом для возбуждения дисциплинарного производства может являться подача заявления кем-либо из лиц, круг которых определен КПЭА. Понятие «доверитель» даже по своему смысловому содержанию связано с передачей какой-либо личной, конфиденциальной информации, с возникновением доверительных отношений.

В материалах дисциплинарного производства не приведено таких данных. Заявитель не указала, какая информация личного характера ей была передана адвокату, какую информацию адвокат должен был хранить как профессиональную тайну.

Таким образом, Совет Адвокатской палаты, как и квалификационная комиссия, считает, что заявитель Н. не является доверителем адвоката В. и повод для возбуждения дисциплинарного производства является недопустимым⁴⁴³.

Прокомментируем некоторые, на наш взгляд, спорные моменты этих решений в свете определения перспектив установления ока-

⁴⁴³ Дисциплинарное производство в отношении адвоката В. // Профессиональная этика адвокатов: сборник материалов по вопросам дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов Российской Федерации. С. 498–502.

зания адвокатом юридической помощи лицам с противоречивыми интересами.

Во-первых, принципиально неверно было в дисциплинарном производстве в отношении адвоката Г. вменять ему в вину действия лиц, злоупотребляющих правом на обращение к адвокатам с целью их последующего отвода. Даже если такие факты имеют место в принципе, умысел Г. именно на это не был направлен, и обвинять его в злоупотреблении правом излишне.

Во-вторых, налицо тот факт, что возникновение адвокатской тайны связывается с информацией, носящей характер «тайны», «неблагоприятной для лица, обратившегося за юридической помощью», что в корне неверно, ибо противоречит ст. 8 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», относящей к адвокатской тайне «любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи доверителю».

В-третьих, Совет посчитал, что состав дисциплинарного проступка адвоката должен быть «материальным», т. е. должно иметь место распространение информации адвокатом и должен быть установлен вред, нанесенный адвокатом таким распространением. В частности, напомним, заявителю Г-ну было указано на то, что он не может указать те сведения, которые были использованы против него. Ничего подобного из законодательства не следует.

В-четвертых, деление консультаций на «формальные правовые консультации» и «консультации по правовым вопросам» весьма условное. Можно говорить о недостаточной компетенции адвоката, который, не вникнув в суть вопроса, дает правовой ответ, исходя из общих норм законодательства, не учитывающих специфику и нюансы конкретного правоотношения и т. д. Предлагаемый критерий классификации – субъективная категория. Между тем требования закона нельзя ставить в зависимость от произвольного толкования его положений.

В-пятых, установление «объема сообщенной адвокату информации и того совета, который дал адвокат по конкретному вопросу» – задача практически невыполнимая, лежащая в сфере устных утверждений самого адвоката и обратившегося к нему лица. Вспомним, например, что по делу В. остался открытым вопрос о том, давала ли адвокат совет забрать из поликлиники медицинскую книгу, как утверждал заявитель Н. По делу Г. заявитель не смог доказать, что форма договора, имеющаяся у него на руках, – документ, полученный от адвоката Г. в ходе консультации, т. к. никаких указаний на источник этого документа в договоре не было. Если вспомним, то по делу адвоката К. факт получения адвокатом личной информации от обратившегося к нему за юридической помощью лица был подтвержден самим адвокатом, чуть не расплатившимся за свою правдивость лишением адвокатского статуса.

В-шестых, любая юридическая ответственность должна иметь четкие основания, так же, как и любая правовая гарантия должна быть четко обозначена. Установление каких-либо оценочных критериев, основанных на трудно доказуемых фактах, превращает правовую гарантию в фикцию, а дисциплинарную практику – в произвол.

Нельзя заранее и заочно установить, какая информация, полученная адвокатом от обратившегося к нему за помощью лица, может сыграть на руку стороне в деле, пусть это даже и информация о факте обращения за юридической помощью или знание о том, что лицо осведомлено о тех либо иных нормах закона и получило ту или иную их трактовку.

Недопустимо попустительствовать адвокатам, не брезгающим в погоне за клиентами (именно «клиентами», а не «доверителями»), принимать поручение даже в том случае, когда уже выразили свое согласие ранее обратившемуся лицу, с противоположными инте-

решениями по тому же делу на оказание юридической помощи. В связи с таким поведением последние, во-первых, получают отказ в принятии поручения, условия которого им были адвокатом согласованы (как это и случилось по делу адвоката В.), во-вторых, вынуждены выступать в уголовном процессе против адвоката, которому ранее доверились, испытывая дополнительный психологический дискомфорт и возможное ослабление процессуальной позиции.

Оценивая данные решения Советов адвокатских палат, не увидевших в действиях адвокатов нарушений требований профессиональной этики, как-то даже нелепо выглядит М. Молло с его идеалами французской адвокатуры. А ведь тот предписывал адвокатам быть осторожнее даже в менее щепетильных ситуациях: «Если противные стороны являются к вам с просьбой взять их дела, откажите, чтобы не оскорблять ни той, ни другой стороны, обеим»⁴⁴⁴.

Таким образом, можно приветствовать тот факт, что советы адвокатских палат не пошли по формальному пути при констатации факта оказания лицу юридической помощи. Действительно, формально, когда в качестве критерия оказания юридической помощи выступает только заключение соглашения на оказание помощи, решать этот вопрос невозможно. Но все должно иметь разумные пределы и идти дальше, брать в качестве критерия характеристику самой помощи, характер сообщенных адвокату сведений и содержание консультации, данной адвокатом, – подход весьма сомнительный. Что мы и постарались доказать.

⁴⁴⁴ Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX–начало XX в.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов; предисловие Е.Г. Тарло. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 57.

Мы можем сравнить приведенную практику адвокатских палат с правовой позицией, выработанной судами при обосновании отвода адвоката в связи с конфликтом интересов доверителей. Формулировку этой правовой позиции мы неоднократно встречали в решениях судей различных уровней, в том числе Верховного Суда РФ, где она воспроизводится дословно: «...по смыслу закона, указанные обстоятельства являются основанием отвода защитника независимо от того, в чем выражалась эта помощь и оказывалась ли она по тому же делу или по иному делу»⁴⁴⁵.

Очевидно, что в практике установления конфликта интересов доверителей адвоката судьями и адвокатскими палатами отсутствует единообразие. Это может привести к парадоксальным ситуациям, когда адвокат, подлежащий, с точки зрения суда, отводу по п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, с позиции дисциплинарных органов адвокатских палат, не будет признан оказывающим юридическую помощь лицам с противоположными интересами.

На наш взгляд, спорность установления некоторых признаков такого основания отвода, как оказание юридической помощи лицам с противоречивыми интересами, вновь ставит вопрос: насколько возможно как с точки зрения процессуальной экономии, так и с позиции обеспечения правовых гарантий участников процесса (в данном случае – особенно адвокатской тайны) исследование указанных обстоятельств субъектом, ведущим уголовное судопроизводство? В этой связи мы вновь возвращаемся к мнению о

⁴⁴⁵ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. Дело № 47-010-30 СП. URL: vsrf.ru/stor_pdf.php?id=298922; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Северо-Кавказского окружного военного суда от 22 марта 2012 г. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/23433279>.

Эту правовую позицию, выработанную судами, можно встретить в комментариях к ст. 72 УПК РФ. См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. А.И. Бастрыкина. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 173.

том, что констатация наличия обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, в том числе конфликта интересов его доверителя? – прерогатива адвокатского сообщества в тех случаях, когда адвокат не соглашается с заявленным ему отводом.

Кроме того, это предложение особенно актуально, если мы вспомним, что один из доверителей адвоката вообще может и не быть участником конкретного уголовного процесса, в котором адвокат оказывает помощь лицу, интересы которого противоречат интересам первого. В уголовном судопроизводстве он не является субъектом, имеющим право заявить адвокату отвод, он наделен законодателем правом на обращение в органы адвокатского сообщества для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности. Это обращение постфактум способно привлечь адвоката к дисциплинарной ответственности, но на участие его в процессе не влияет, потенциально создавая угрозу нарушения интересов одного из доверителей.

§ 6. Процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе

Действующий отечественный уголовно-процессуальный кодекс не регламентирует особо процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе⁴⁴⁶. Между тем констатация субъектом, ведущим уголовное судопроизводство, наличия оснований для отвода адвоката несет целый комплекс процессуальных последствий. Отметим, что приме-

⁴⁴⁶ В этой связи можно отметить, что новый УПК Украины, напротив, посвятил процессуальным последствиям отвода участников процесса отдельную статью (ст. 82).

нительно к отдельным основаниям отвода адвоката они имеют специфику и достаточно дискуссионны.

Прежде всего, на субъекте, ведущем уголовное судопроизводство, лежит обязанность принять процессуальное решение об отводе адвоката. Вынесение постановления (определения) является юридическим основанием отвода адвоката в смысле его фактического отстранения от производства в конкретном уголовном деле. В результате данного решения адвокат теряет свой процессуальный статус и лишается прав, предоставленных ему уголовно-процессуальным законом как участнику процесса⁴⁴⁷.

Однако процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие адвоката в производстве по делу, этим не ограничиваются.

Участие в деле адвоката, подлежащего отводу, означает нарушение права на получение квалифицированной помощи, предусмотренного ч. 1 ст. 48 Конституции РФ. Нарушение данного конституционного права вызывает комплекс процессуальных последствий, служащих гарантией его реализации.

Согласно п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» от 31 октября 1995 г. № 8 «... доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией Российской Федерации права человека и гражданина...». Осуществление адвокатской деятельности в уголовном процессе лицом, подлежащим отводу, влечет недопустимость доказательств, полученных с его участием, как подпадающих по смыслу п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ,

⁴⁴⁷ Постановлению (определению) об отводе адвоката посвящена гл. 6 настоящей монографии.

под «иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса». Это было признано в науке еще применительно к УПК РСФСР: «Участие в деле защитника при наличии обстоятельств, указанных в части 1 статьи 67-1 УПК РСФСР, рассматривается как нарушение закона, влекущее недопустимость полученных с участием такого лица доказательств»⁴⁴⁸.

Например, приговор Кемеровского районного суда в отношении Каверзина, Пирогова и Фролова был отменен ввиду нарушения права подсудимого на защиту, выразившееся в том, что его защитник оказывал юридическую помощь лицам, интересы которых противоречили друг другу. При этом было отмечено, что «доказательства, полученные ... с момента, когда интересы обвиняемых стали противоречить друг другу, не могли быть признаны допустимыми и поэтому являлись препятствием для рассмотрения дела судом первой инстанции и постановления приговора»⁴⁴⁹.

Установление факта оказания юридической помощи адвокатом, подлежащим отводу, ставит под сомнение законность производства процессуальных действий, в которых он принимал участие: предъявления обвинения, ознакомления с материалами дела, решения вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, производства следственного действия. Вот почему сами субъекты обвинения не всегда заинтересованы в отводе адвоката, принявшего широкое участие при производстве предварительного расследования. В том числе и этим могут быть объяснены ситуации, когда не только защитник, но и прокурор настаива-

⁴⁴⁸ Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д.: Феникс, 1999. 111 с.

⁴⁴⁹ Обзор Кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 2004 год // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 8. С. 25–26.

ют на незаконности отвода адвоката, осуществленного следователем, а суд с этим не соглашается⁴⁵⁰.

Участие в уголовном процессе адвоката, подлежащего отводу, является нарушением права обвиняемого пользоваться помощью защитника, абсолютного основания признания нарушения уголовно-процессуального закона существенным в смысле ст. 389 (17) УПК РФ. В этой связи констатация данного обстоятельства должна влечь отмену или изменение судебного решения, если оно будет обнаружено уже после его вынесения.

В этой связи весьма показательным является дело Кустова и Коваленко, осужденных Оренбургским областным судом с участием присяжных заседателей 21 декабря 2009 г.

Осужденные Кустов, Коваленко, защитники Писаренко, Селизов в своих кассационных жалобах указывали на многочисленные нарушения уголовно-процессуального закона при вынесении приговора: на недоказанность вины подсудимых, недоказанность мотива совершения преступления, исследование судом недопустимых доказательств, нарушение правил составления вопросного листа, нарушения требований закона председательствующим при произнесении напутственного слова, несоответствие требованиям уголовно-процессуального закона описательно-мотивировочной части приговора, назначение наказания без учета смягчающих обстоятельств, несоответствие протокола судебного заседания требованиям закона и проч.

В дополнении к кассационной жалобе Коваленко защитник Г.У. Сагинбаев указал, что адвокат Селезов, осуществляющий защиту Коваленко, подлежал отводу в связи с тем, что ранее прини-

⁴⁵⁰ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21 марта 2013 г. № 53-О13-9. Доступ из СПС «Консультант-Плюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=329918>.

мал участие в защите К., интересы которого противоречили интересам Коваленко.

При всем весьма значительном количестве нарушений, заявленных в кассационных жалобах, суд кассационной инстанции отменил приговор исключительно по такому основанию, как нарушение права осужденного Коваленко на защиту, выразившееся в оказании ему юридической помощи адвокатом, подлежащим отводу. Он установил, что адвокат Селезов по другому делу защищал К., в убийстве которого был обвинен, а затем и признан виновным Коваленко⁴⁵¹.

На наш взгляд, особо следует проанализировать процессуальные последствия установления судом участия на предварительном расследовании защитника, подлежащего отводу.

Как он должен поступить в случае обнаружения этого факта на стадии подготовки дела к судебному заседанию и самом судебном разбирательстве: может ли он провести судебное разбирательство в полном объеме или же должен возвратить дело прокурору?

Практика допускает и тот, и другой вариант, представляя примеры как констатации данных обстоятельств безусловным основанием возвращения дела прокурору, так и признания законным вынесения в таких случаях приговора.

Приведем для иллюстрации определение Судебной коллегии по уголовным делам от 29 апреля 2008 г. № 74-О08-16.

Предметом рассмотрения явилось постановление судьи Верховного Суда Республики Саха от 21 февраля 2008 г., которым дело по обвинению Б., П., Ш. и С, было возвращено прокурору Республики Саха для устранения препятствий его рассмотрения судом. Основанием для данного решения послужило участие в уго-

⁴⁵¹ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10.06.2010 г. Дело № 47-010-30сп. URL: vsrf.ru/stor_pdf.php?id=298922.

ловном деле защитника и представителя потерпевшего, подлежащих отводу. Прокурор в кассационном представлении и потерпевший в кассационной жалобе оспаривали данное решение суда, ссылаясь на то, что защитник, ранее работавший следователем, выполнил лишь незначительный круг проверочных действий по эпизоду, который в вину обвиняемым не вменяется, а процессуальные последствия участия представителя потерпевшего – родственника следователя, ранее участвовавшего в производстве по делу, устранимы в ходе судебного разбирательства.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ постановление судьи оставила без изменения, основанием для возвращения дела прокурору был признан факт выявления обстоятельств, исключающих участие данных лиц в уголовном процессе. Все доводы о том, что деятельность указанных субъектов не носила существенного значения для производства по делу и касалась эпизодов, не вошедших в обвинение, Судебная коллегия отвергла, отметив, что ст. 72 УПК РФ не связывает возможность участия или неучастия лиц в производстве по делу со степенью важности проведенных следователем следственных действий⁴⁵².

Вместе с тем еще при существовании института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование в период действия УПК РСФСР та же Судебная коллегия Верховного Суда РФ в некоторых случаях оправдывала рассмотрение судьями в анализируемых ситуациях уголовных дел по существу. Так, по делу Рожкова и Каменева она указала, что суд, рассматривавший дело, обоснованно признал недопустимыми доказательства, полученные первоначально на предварительном следствии, когда двух обвиняемых, у которых имелись противоречия, защищал один адвокат.

⁴⁵² Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29 апреля 2008 г. № 74-008-16 по делу Б., П., Ш. и С. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 1. С. 25.

Учитывая, что затем обвиняемых в ходе расследования и в суде защищали разные адвокаты, то допущенные органами следствия нарушения Судебная коллегия не признала влекущими отмену приговора⁴⁵³.

Определим, какими же полномочиями наделен суд уголовно-процессуальным законом в случае выявления участия на предварительном следствии защитника, подлежащего отводу.

Отметим, прежде всего, что в перечне оснований для возвращения уголовного дела прокурору, изложенном в ч. 1 ст. 237 УПК РФ, эта ситуация прямо не упоминается.

Вместе с тем данный вариант действий суда возникает в связи с постановкой вопроса о том, не подпадает ли она под нарушения уголовно-процессуального закона, создающие «препятствия для рассмотрения дела судом» в смысле ст. 237 УПК РФ?

При ответе на него обратимся к правовым позициям Конституционного Суда РФ, в которых он дал толкование положений ч. 1 ст. 237 УПК РФ, очевидно расширяющие возможности для возвращения дела прокурору. В частности, он указал, что «существенное процессуальное нарушение является препятствием для рассмотрения дела, которое суд не может устранить самостоятельно и которое, как повлекшее лишение или стеснение гарантируемых законом прав участников уголовного судопроизводства, исключает возможность постановления законного и обоснованного приговора и фактически не позволяет суду реализовать возложенную на него Конституцией функцию осуществления правосудия. ... Подобные нарушения в досудебном производстве требований УПК РФ, которые не могут быть устранены в судебном заседании и исключают принятие по делу судебного решения, отвечающего требованиям

⁴⁵³ Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за IV квартал 1995 г. См.: Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. С. 112–113.

справедливости, всегда свидетельствуют в том числе о несоответствии обвинительного заключения или обвинительного акта требованиям УПК РФ»⁴⁵⁴.

Эту позицию Конституционный Суд РФ развил и в других решениях. Так, он указал, что «... содержащиеся в ч. 1 ст. 237 УПК РФ положения по своему конституционно-правовому смыслу в системе норм не исключают правомочие суда по ходатайству стороны или по собственной инициативе возвратить дело прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению судом во всех случаях, когда в досудебном производстве были допущены существенные нарушения закона, не устранимые в судебном производстве, если возвращение дела не связано с восполнением неполноты произведенного дознания или предварительного следствия...»⁴⁵⁵.

Последнее положение было воспроизведено в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2009 г. № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» (абз. 2 п. 14).

Анализ судебной практики показывает, что она уверенно пошла по пути признания участия на предварительном следствии защитника, подлежащего отводу, основанием для возвращения дела прокурору.

⁴⁵⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.2003 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений п. 2 ч. 1 и ч. 3 ст. 232 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Л.И. Батищева, Ю.А. Еврафова, О.В. Фролова и А.В. Шмелева».

⁴⁵⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 08.12.2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан С.С. Зиминой, Л.М. Курилко, В.А. Кухрановой, Л.С. Лариной, Д.Н. Мамедова, Л.Н. Мельниковой, Л.Г. Носовой, Г.В. Павлюк и В.Л. Фадеевой».

Примером может быть решение Воронежского областного суда от 29 мая 2006 г., удовлетворившего ходатайство об отводе адвоката Л. и возвратившего уголовное дело в отношении подсудимых Гавриловых прокурору для устранения нарушений, допущенных при составлении обвинительного заключения. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 22 сентября 2006 г. постановление суда оставила без изменений, указав, что суд обоснованно отвел адвоката, поскольку в стадии предварительного расследования он защищал интересы Гавриловых, несмотря на то что интересы одного обвиняемого противоречили интересам другого: Гаврилов изобличал Гаврилову в совершении преступлений, а та свою причастность к преступной деятельности отрицала, что в соответствии с ч. 6 ст. 49, п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ исключает возможность участия адвоката в деле. Данное обстоятельство свидетельствует о нарушении права Гавриловой на защиту в стадии предварительного расследования, что является препятствием для рассмотрения дела в суде⁴⁵⁶.

В науке также предложено считать участие в деле защитника при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, исключающих его участие в производстве по уголовному делу, безусловным основанием для его возвращения прокурору⁴⁵⁷.

Зададимся вопросом: действительно ли участие в ходе предварительного расследования защитника, подлежащего отводу, является тем «существенным нарушением закона, не устранимым в

⁴⁵⁶ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 22.09.2006 г. № 14-006-31 // Электронный архив Верховного Суда РФ за 2010 г. См.: Колоколов Н.А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Мировой судья. 2011. № 5. Юридическая библиотека «Юристлиб». URL: http://www.juristlib.ru/book_6968.html.

⁴⁵⁷ См.: Фомин М.А. Нарушение права на защиту как основание возвращения уголовного дела прокурору // Уголовный процесс. 2008. № 6 (42). С. 17–26.

судебном заседании», влекущим в обязательном порядке возвращение уголовного дела прокурору?

Для ответа на него обратимся к Постановлению Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. № 18- П «По делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 238, 405 и 408, а также глав 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан».

Выраженная в нем позиция применительно к установлению на стадии подготовки дела к рассмотрению в суде нарушения права обвиняемого на помощь защитника, может, на наш взгляд, быть применена к частному случаю такого нарушения – оказанию помощи защитником при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле.

По обстоятельствам дела Советский районный суд г. Челябинска обратился в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности ст. 237 УПК РФ, как не позволяющей принять меры к устранению допущенных в ходе предварительного расследования нарушений прав обвиняемого, в том числе в виде необеспечения права на получение квалифицированной помощи адвоката (защитника), поскольку она не предусматривает их в числе оснований для возвращения судом уголовного дела прокурору в целях устранения препятствий к его рассмотрению.

Конституционный Суд РФ на это отметил: «... в случае выявления допущенных органами дознания или предварительного следствия процессуальных нарушений суд вправе, самостоятельно и независимо осуществляя правосудие, принимать в соответствии с уголовно-процессуальным законом меры по их устранению с целью восстановления прав участников уголовного судопроизводства и создания условий для всестороннего и объективного рассмотрения дела по существу» (абз. 3 п. 2.2). При этом он дал алгоритм действий судьи в данной ситуации: «Необеспечение прав обви-

няемого на получение квалифицированной юридической помощи должно влечь признание недопустимыми доказательствами показаний обвиняемого и иных доказательств, полученных в ходе следственных действий с участием обвиняемого. Кроме того, обвиняемому должна быть предоставлена возможность воспользоваться нарушенным правом (назначение судом защитника или приглашение его самим обвиняемым, предоставление защитнику времени для ознакомления с материалами дела)» (абз. 1 п. 1.1).

Таким образом, Конституционный Суд РФ, признав возможным возвращение уголовного дела прокурору при наличии существенных нарушений уголовно-процессуального закона, не назвал нарушение права на защиту абсолютным основанием для этого. У суда в стадии подготовки дела к судебному заседанию имеются эффективные средства его устранения: он вправе, во-первых, признать недопустимыми доказательства, полученные с нарушением закона, во-вторых, предоставить участнику процесса возможность воспользоваться своим правом. Представляется, что данную позицию в полной мере можно применить к такой разновидности нарушения права на защиту, как осуществление ее адвокатом, подлежащим отводу.

Следует иметь в виду, что осуществление адвокатской деятельности в уголовном процессе лицом, подлежащим отводу, влечет недопустимость доказательств, полученных с его участием, как подпадающих по смыслу п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ под «иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса». Это было признано процессуалистами еще применительно к УПК РСФСР: «Участие в деле защитника при наличии обстоятельств, указанных в ч. 1 ст. 67-1 УПК РСФСР, рассматриваются как нарушение закона, влекущее недопустимость полученных с

участием такого лица доказательств»⁴⁵⁸. Поэтому обнаружив факт осуществления на предварительном следствии защиты адвокатом, подлежащим отводу, суд должен не только осуществить его отвод (если тот на данный момент участвует в деле), но и применить указанную *санкцию недействительности*⁴⁵⁹, предусмотренную законом как следствие выявленного нарушения⁴⁶⁰.

На наш взгляд, из решений Конституционного Суда РФ следует, что последствия выявления судом нарушения права на защиту на стадии предварительного расследования должны быть различными в зависимости от того, на каком этапе и при производстве какого процессуального действия произошло нарушение. Очевидно, например, что необеспечение права на получение квалифицированной юридической помощи обвиняемого при предъявлении обвинения ставит под сомнение сам предмет судебного разбирательства, поэтому назначение и проведение последнего в данном случае невозможны.

⁴⁵⁸ Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. 111 с.

⁴⁵⁹ Санкции недействительности охраняют уголовно-процессуальные правоотношения путем непризнания юридической силы за действиями, совершенными с нарушением требований правовых норм. См.: Пиголкин А.С. Нормы советского социалистического права и их структура // Вопросы общей теории права. М.: Госюриздат, 1960. С. 186.

В науке этот вид санкций получил также название санкции «ничтожности». См.: Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. Львов, 1959. С. 57; Ветрова Г.Н. Санкции в судебном праве. М.: Наука, 1991. С. 54–57; Громов Н.А., Полунин С.А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России. М.: Городец, 1998. С. 52.

⁴⁶⁰ В науке иногда оспаривается право суда признавать доказательства недопустимыми по собственной инициативе. См.: Меринов Э. Правомерна ли активность суда в решении вопросов о допустимости доказательств? // Законность. 2006. № 3. С. 35–37. На наш взгляд, эта позиция несостоятельна как не соответствующая прямому предписанию ч. 4 ст. 88 УПК РФ. Кроме того, это право суда логически вытекает из статуса и предназначения суда – ч. 1 ст. 8, ч. 4 ст. 29 УПК РФ и проч.

Если же речь идет об участии защитника, подлежащего отводу, в производстве отдельных следственных действий, то суд, констатировав данный факт, должен исключить из дела соответствующее доказательство, пользуясь полномочиями, предусмотренными ст. 235 УПК РФ.

Очевидно, например, что участие в деле защитника, подлежащего отводу, ставит под сомнение сам предмет судебного разбирательства, поэтому назначение и проведение последнего в данном случае невозможно.

Если же речь идет об участии такого защитника в производстве отдельных следственных действий, то суд, констатировав данный факт, должен исключить из дела соответствующее доказательство, пользуясь полномочиями, предусмотренными ст. 235 УПК РФ.

Вправе ли суд в связи с этим вернуть уголовное дело прокурору? В науке отмечается, что «при решении вопроса об исключении доказательств не надо забывать и о возможности их реанимации, о восстановлении надлежащей уголовно-процессуальной формы как способе сохранения необходимой доказательственной информации. Средством такой реанимации может выступать: 1) возвращение уголовного дела прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ...»⁴⁶¹.

Эта рекомендация полностью противоречит неоднократно высказанному Конституционным Судом РФ запрету на возвращение дела прокурору для устранения пробелов в доказательственной базе, в том числе возникших в связи с исключением доказательств из судебного разбирательства по ходу такового⁴⁶².

⁴⁶¹ Васяев А.А. Признание доказательств недопустимыми в ходе судебного следствия в суде первой инстанции в российском уголовном процессе: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 23.

⁴⁶² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 7-п от 20 апреля 1999 г. по делу о проверке конституционности положений пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 232, ч. 4 ст. 248 и ч. 1 ст. 258 УПК РСФСР в связи с запросами Иркутского

Действительно, возвращение уголовного дела прокурору, повторение органами предварительного расследования ранее произведенных с участием защитника, подлежащего отводу, следственных действий, означало бы восполнение пробелов предварительного расследования, так как, по сути, направлено на получение доказательств, которых в деле, в силу вынесенного решения суда об их исключении из перечня доказательств, уже нет⁴⁶³. В этой связи следует согласиться с председателем Верховного Суда Республики Бурятия Н.М. Цыганковой: «Нарушения закона, допущенные органами следствия при сборе и закреплении доказательств, влекут вынесение судебного постановления о признании этих доказательств недопустимыми и их исключение из дальнейшего судебного разбирательства. И если вследствие этого по делу развалилась доказательственная база, итогом этого может быть только оправдательный приговор»⁴⁶⁴.

В науке уже отмечен тот факт, что суды, вопреки позиции Конституционного Суда РФ, не используют предоставленное им полномочие по самостоятельному устранению последствий нару-

районного суда Иркутской области и Советского районного суда г. Нижнего Новгорода; Постановление Конституционного Суда РФ № 18-П от 8 декабря 2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан С.С. Зиминной, Л.М. Курилко, В.А. Кухрановой, Л.С. Лариной, Д.Н. Мамедова, Л.Н. Мельниковой, Л.Г. Носовой, Г.В. Павлюк и В.Л. Фадеевой».

⁴⁶³ Мы исходим из того, что «восполнение пробелов предварительного расследования – это уголовно-процессуальная деятельность уполномоченных на то законом лиц, заключающаяся в собирании новых доказательств с целью установления всех обстоятельств, составляющих предмет доказывания». См.: Веретехин Е.Г. Пробелы предварительного расследования и их восполнение судом первой инстанции. Казань: Изд-во Казанского университета, 1988. С. 49–50.

⁴⁶⁴ Цыганкова Н.М. Возвращение уголовных дел прокурору в порядке ст. 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

URL: <http://pandia.org/text/77/343/64580.php>.

шений требований УПК РФ на предварительном расследовании⁴⁶⁵. Такую практику нельзя признать допустимой, учитывая, что возвращение дела прокурору при отсутствии на то оснований, предусмотренных ст. 237 УПК РФ, является, в том числе, нарушением права сторон на доступ к правосудию в разумные сроки (ст. 6.1 УПК РФ).

Анализ судебных решений показал, что суды, возвращая дело прокурору, нередко не обосновывают неустранимость нарушений, допущенных на предварительном следствии, ограничиваясь констатацией самого факта участия на предварительном следствии адвоката, подлежащего отводу. Между тем она является обязательным условием принятия такого решения.

Так, например, Московский городской суд, отказывая в удовлетворении апелляционного протеста и апелляционной жалобы на постановление Измайловского районного суда г. Москвы от 28 ноября 2013 г. о возвращении уголовного дела прокурору, все свое решение посвятил обоснованию правомерности вывода суда о наличии обстоятельств, исключавших участие адвоката Говта А.К. на стадии предварительного расследования. Между тем им не был дан анализ того, на каком этапе предварительного расследования адвокат вступил в производство по делу, в чем выражалось его участие в нем и, соответственно, не сделан вывод о том, что такое участие повлекло нарушения права на защиту, являющиеся по сути неустранимыми в судебном заседании⁴⁶⁶.

Интересно в свете поставленной проблемы также решение Судебной коллегии по уголовным делам Республики Мордовия. Она признала обоснованным постановление судьи Верховного Суда

⁴⁶⁵ Шигуров А.В. Подготовка дела к судебному заседанию в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2004. С. 79.

⁴⁶⁶ Апелляционное постановление Московского городского суда РФ от 23 декабря 2013 г. по делу № 10-13436/13. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Республики Мордовия от 13 февраля 2013г., который обосновал возвращение дела прокурору в том числе наличием обстоятельств, исключающих участие в процессе адвоката Кильмаева А.А. судом было установлено, что на предварительном следствии адвокат Кильмаев Е.А., осуществлявший защиту Х.А.С., был отведен руководителем следственного органа в связи с тем, что являлся родным братом следователя Кильмаева Е.А., которым были произведены отдельные следственные действия. Как прокурор в представлении, так и Судебная коллегия по уголовным делам анализ правомерности возвращения судом уголовного дела прокурору свели к выявлению степени значимости следственных действий, проведенных следователем, для обоснования обвинения (прокурор ссылался на то, что составленные Кильмаевым Е.А. протоколы осмотра места происшествия не указаны в обвинительном заключении в качестве доказательства вины Х.А.С., а Судебная коллегия парировала, отмечая, что ст. 72 «не связывает отвод адвоката с существенностью или несущественностью проведенных следователем следственных действий»). Между тем принципиально значимый в данном случае вопрос – о существенности нарушения права на защиту, возникшего в связи с участием адвоката Кильмаева А.А. в процессе (отведенного уже на стадии предварительного расследования), судом на анализировался⁴⁶⁷.

Из анализа решений судов о возвращении дела прокурору в связи с установлением участия на предварительном следствии защитника, подлежащего отводу, видно, что суды в ряде случаев необоснованно расширяют основания для этого.

⁴⁶⁷ Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия от 29 апреля 2013 г. Материал № 22-997/13. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-mordoviya-respublika-mordoviya-s/act-473808993>.

Так, постановлением Пермского краевого суда от 11 мая 2010 г. уголовное дело в отношении В. возвращено прокурору Пермского края для устранения препятствий в его рассмотрении судом. К числу таких суд отнес нарушение права обвиняемого на защиту, выразившееся в том, что суд удовлетворил заявленный государственным обвинителем отвод защитнику обвиняемого В. адвокату А., поскольку тот ранее защищал интересы осужденного по данному делу Ар., противоречащие интересам обвиняемого В. В кассационном представлении государственный обвинитель указывал, что органами следствия не допущено нарушений процессуального закона, исключающих возможность постановления судом приговора, что эти нарушения не являются существенными, они могут быть устранены в ходе судебного разбирательства при исследовании и оценке доказательств с точки зрения их допустимости.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ нашла постановление суда первой инстанции законным и обоснованным, указав, что нарушение права на защиту обвиняемого В. носило существенный характер: адвокат А. принимал участие в качестве защитника В. на его очной ставке с Ар., при предъявлении обвинения В. и его допросе в качестве обвиняемого, при ознакомлении с материалами уголовного дела. В обвинительном заключении результаты указанных следственных действий приведены как доказательства виновности В. На основании этого доводы кассационного представления о возможности устранения указанных нарушений процессуального закона в судебном заседании были признаны несостоятельными⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 17.07.2010 г. // Электронный архив Верховного Суда РФ за 2010 г. См.: Колоколов Н.А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Мировой судья. 2011. № 7. Юридическая библиотека «Юристлиб». URL: http://www.juristlib.ru/book_6968.html.

На наш взгляд, из всех приведенных судом аргументов принятия данного решения реальным основанием возвращения уголовного дела прокурору являлось участие адвоката А. при предъявлении обвинения. Все остальные обстоятельства, обозначенные судом как исключающие рассмотрение дела по существу, сами по себе (т. е. взятые в отдельности) таковыми не являются, т. к. могут быть им устранены.

В частности, не является основанием для возвращения дела прокурору нарушение требований закона при ознакомлении обвиняемого с материалами дела, что прямо обозначено в упомянутом нами Постановлении Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. Эта правовая позиция находит реализацию на практике. Так, Судебная коллегия по уголовным делам Кемеровского областного суда в кассационном определении от 31 июля 2012 г., рассматривая кассационное представление государственного обвинителя на постановление Центрального районного суда г. Прокопьевска Кемеровской области, которым уголовное дело по обвинению М, К и В. возвращено прокурору для устранения недостатков обвинительного заключения, указала: «...вывод суда ...противоречит требованиям уголовно-процессуального закона, поскольку не ознакомление адвоката Феоктистова В.К. в полном объеме с материалами дела не является существенным нарушением уголовно-процессуального закона и не свидетельствует о нарушении составления обвинительного заключения и соответственно права на защиту обвиняемого М. ... данное обстоятельство не исключает возможности его восполнения в ходе судебного разбирательства и принятие по делу судебного решения, отвечающего требованиям справедливости, поскольку нормами УПК РФ в ходе судебного разбирательства предусмотрено право стороны защиты на дополнительное ознакомление с материалами уголовного дела, а также не лишает права сторону защиты заяв-

лять ходатайства о допросе свидетелей, приобщения доказательств со стороны защиты и вызова дополнительных свидетелей»⁴⁶⁹.

Возвращаясь к решению Верховного Суда РФ, отметим также, что возвращение дела прокурору, на наш взгляд, само по себе не должно снимать с суда обязанность осуществить те действия, которые, согласно позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в уже упомянутом Постановлении от 8 декабря 2003 г, входят в круг мер, осуществляемых судом для устранения допущенных на предварительном расследовании нарушений права на защиту. Применительно к изложенной ситуации суду, наряду с принятием решения о возвращении дела прокурору в связи с отводом защитника, следовало признать недопустимыми доказательства, полученные с участием последнего. При этом по ранее высказанным соображениям в силу запрета на производство дополнительного расследования обвинительное заключение должно быть предъявлено В. с участием нового защитника и уже без доказательств, которые были получены с нарушением закона (в данном случае – показаний, данных на очной ставке).

Отметим, что в свете поставленной нами проблемы следует особо исследовать соответствующие полномочия суда применительно к стадии судебного разбирательства. Уголовно-процессуальный закон предусматривает возвращение уголовного дела прокурору только на стадии подготовки дела к судебному заседанию. Это дало основания для противоречивых позиций ученых по поводу применения данного процессуального института на стадии судебного разбирательства⁴⁷⁰. Все вопросы на этот счет

⁴⁶⁹ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Кемеровского областного суда от 31 июля 2012 г. Дело № 22-4289. URL: <https://rospravosudie.com/court-kemerovskij-oblastnoj-sud-kemerovskaya-oblast-s/act-106181623>.

⁴⁷⁰ См.: Ковтун Н.Н. О спорных вопросах порядка проведения судьей предварительных слушаний по уголовным делам // Вестник ОГУ. 2006. № 3. С. 96.

снял Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», в п. 14 которого он указал, что в «в тех случаях, когда существенное нарушение закона, допущенное в досудебной стадии и являющееся препятствием к рассмотрению уголовного дела, выявлено при судебном разбирательстве, суд ... возвращает дело прокурору для устранения указанного нарушения».

Примером возвращения судом дела прокурору на стадии судебного разбирательства в связи с обнаружением факта участия на предварительном следствии адвоката, подлежащего отводу, может служить дело М.А. Богословского.

Дзержинским районным судом г. Ярославля 28 октября 2010 года адвокат Храпунков Е.А. был отведен от участия в качестве защитника Богословского М.А. Одновременно суд принял решение возвратить уголовное дело прокурору Дзержинского района г. Ярославля для устранения препятствий его рассмотрения судом.

Предварительное слушание по данному делу не проводилось, указанное решение суд принимал на стадии судебного разбирательства. Основанием отвода послужило то обстоятельство, что адвокат Храпунков, осуществлявший защиту М.А. Богословского и на предварительном следствии, являлся супругом свидетеля, чьи интересы, по выводу суда, противоречили интересам подсудимого. Адвокат обжаловала данное постановление в Судебную коллегия по уголовным делам Ярославского областного суда.

Суд жалобу не удовлетворил, признав, что нарушение права на защиту на стадии предварительного расследования, в частности, предъявление обвинения с участием адвоката, подлежащего отводу на основании п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, является таким нарушением уголовно-процессуального закона, которое не может быть самостоятельно устранено судом в судебном заседании, но устра-

нение такого нарушения путем возвращения уголовного дела прокурору не связано с восполнением неполноты произведенного предварительного следствия, а потому судом принято правильное решение о возвращении уголовного дела в отношении Богословского М.А. прокурору Дзержинского района г. Ярославля для устранения препятствий его рассмотрения судом⁴⁷¹.

Таким образом, суд, выявив участие на стадии предварительного расследования защитника, подлежащего отводу, в целях устранения допущенного нарушения права на защиту должен признать доказательства, полученные с его участием, недопустимыми. В зависимости от характера допущенного нарушения он либо возвращает уголовное дело прокурору, либо рассматривает его по существу. Сказанное справедливо как для стадии подготовки к судебному разбирательству, так и самого судебного разбирательства.

§ 7. Особенности последствий установления отдельных оснований отвода адвоката

Процессуальные последствия установления обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, имеют особенности, обусловленные характером основания отвода. В науке уголовного процесса и на практике они вызывает споры и противоречивые решения, в связи с чем выступают предметом нашего исследования.

Спорные вопросы процессуальных последствий родства адвоката с участником уголовного процесса.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ родство защитника (представителя потерпевшего) с любым из указанных в п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК

⁴⁷¹ Кассационное определение СК по УД Ярославского обл. суда от 18 января 2011 г. на решение районного суда г. Ярославля. URL: <https://rospravosudie.com/court-yaroslavskij-oblastnoj-sud-yaroslavskaya-oblast-s/act-105249085>.

РФ должностных лиц (судьей, прокурором, следователем, дознавателем, секретарем судебного заседания) – основание для отвода как первого, так и вторых, поскольку аналогичный п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ запрещен содержится в п. 3 ч. 1 ст. 61 УПК РФ.

В связи с этим возникает вопрос: при одновременном участии в деле данных субъектов-родственников кто будет подлежать отводу?

Отвечая на него, заметим, что действующий уголовно-процессуальный кодекс прямо и специально разрешение этой ситуации не оговаривает. Анализ научных работ показывает, что ученые его решают весьма по-разному.

Сторонником наделяния преимущественным правом участия в процессе адвоката была П.А. Лупинская. Она указывала: «Родство адвоката-защитника с кем-либо из должностных лиц должно повлечь устранение из дела не его, а должностного лица, если на участии в деле данного адвоката настаивает обвиняемый. Обвиняемый свободен в выборе адвоката-защитника...»⁴⁷². Очевидно, во главу угла здесь поставлено обеспечение права на защиту именно избранным адвокатом. Обосновывая преимущество адвоката на участие в процессе, ученые отмечают, что наличие родственных связей судьи и адвоката может сказаться на объективности и беспристрастности профессионального участника процесса. Возможная же заинтересованность адвоката в благоприятном для своего подзащитного исходе дела не служит препятствием для его участия в уголовном процессе в качестве защитника⁴⁷³.

⁴⁷² Уголовно-процессуальное право / под ред. П.А. Лупинской. М., 1997. С. 90–97; Её же: Совершенствование уголовно-процессуального законодательства в свете Конституции СССР. М.: Изд-во ВЮЗИ, 1985. С. 55.

⁴⁷³ См.: Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 90; Уголовный процесс / под ред. А.Н. Алексеева. М.: Юрист, 1995. URL: <http://lib.guru.ua/PRAWO/BESTJUR/uprocess.txt>.

Иная точка зрения заключается в том, что отводу подлежит участник процесса, вступивший в дело последним⁴⁷⁴.

Так, в принципе соглашаясь с мнением П.А. Лупинской, М.В. Горский указывает, что «приоритет должен все же отдаваться времени участия каждого субъекта уголовного процесса»⁴⁷⁵. Он пришел к выводу о необходимости устранения из дела адвоката, только что вступившего в процесс, а не его родственника – профессионального участника судопроизводства, «поскольку нет сомнений в объективности уже произведенных действий, отстранение такого участника процесса приведет к затягиванию процесса, что нарушает права обвиняемого, особенно, если он заключен под стражу»⁴⁷⁶.

Кроме того, в качестве аргумента этой позиции приводится довод, что более позднее вступление в дело было незаконным⁴⁷⁷.

Этому подходу соответствует положение Модельного уголовного-процессуального кодекса для государств – участников СНГ: «В случае, если одновременное участие в уголовном процессе нескольких лиц исключается из-за родственных отношений либо служебной или личной зависимости, из производства по уголовному делу должны устраняться лица, которые позднее других обрели положение судьи, присяжного заседателя или участника процесса» (ч. 5 ст. 123). Эта норма воспринята УПК Республики Беларусь (ст. 76), УПК Республики Армения от 01.07.1998 г. (ч. 5 ст. 88), УПК Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. (ч. 3 ст. 86)⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Горский М.В. Указ. соч. С. 85; Гуткин И.М. Участие защитника на предварительном следствии в советском уголовном процессе. М., 1966. С. 19; Дежнев А.С. Отношения родства, супружества и свойства в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. С. 117.

⁴⁷⁵ Горский М.В. Указ. соч. С. 85.

⁴⁷⁶ Там же.

⁴⁷⁷ См.: Гуткин И.М. Указ. соч. С. 19.

⁴⁷⁸ Аналогичная норма содержалась в ч. 3 ст. 89 УПК Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г.

Третья точка зрения состоит в том, что отстранению от участия в деле подлежат оба субъекта.

Так, М.А. Фомин указывает, что закон, безусловно, обязывает профессиональных субъектов уголовного процесса самоустраниться от участия в деле при наличии соответствующих оснований. Но это не означает, что вопрос будет решен окончательно. Напротив, автор замечает: «Однако исходя из смысла п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ следует, что и адвокат (защитник) будет подлежать отстранению от участия в деле, поскольку закон говорит о том, что исключается от участия в производстве по уголовному делу защитник, если он является родственником следователя, который ранее принимал участие в производстве по данному делу. Из чего следует, что новый следователь, принявший к своему производству уголовное дело, вправе вынести постановление об отстранении защитника от участия в деле по основаниям п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. И данное постановление следует признать законным»⁴⁷⁹.

Четвертый вариант решения поставленной нами проблемы, при котором отстранению подлежит в любом случае адвокат, в науке не обосновывался, чего не скажешь о практике, где он набрал наибольшее количество голосов при опросе следователей (чуть более 31,4 %).

Вместе с тем нельзя сказать, что данной категорией респондентов достигнуто однозначное понимание решения этого вопроса, поскольку чуть меньше (28,6 %) высказались за то, что отводу подлежит тот субъект, который позднее вступил в процесс. Еще меньше (20 %) посчитали, что отведены должны быть судья, следователь, а не адвокат, т. к. следует обеспечивать право на получение квалифицированной помощи. И, наконец, наименьшую под-

⁴⁷⁹ Фомин М.А. Указ. соч. С. 83.

держку получила позиция, что устранению подлежат оба участника процесса (17,1 %).

В отличие от следователей, адвокаты достаточно единодушны в решении этого вопроса. Почти 64 % высказались за то, что отводу подлежит в данной ситуации должностное лицо – участник процесса. 15 % посчитали правильным применять правило о приоритетности первенства вступления в дело. Только 2 человека высказались за то, чтобы был отведен адвокат. Примечательно, что ни один не ответил, что решением вопроса являлось бы устранение обоих участников процесса из дела.

Мнения секретарей СЗ/помощников судей сильно разделились, при этом нельзя выделить наиболее поддерживаемый ими вариант. Этого не скажешь о судьях, у которых наибольшее количество голосов (41,9 %) набрало решение, при котором отводу подлежит субъект, ведущий уголовное судопроизводство (судья, следователь и проч.).

Сделать сравнительный анализ позиции практиков на поставленный вопрос поможет табл. 13, иллюстрирующая результаты опроса в этой части.

На наш взгляд, каждая из этих позиций заслуживает внимания и имеет веские аргументы. Но одновременно очевидны и их существенные недостатки. Например, отдавая безусловный приоритет тому субъекту, который дольше участвует в деле, очевидно, исходят из того, что вопрос об отводе будет решаться незамедлительно, т. е. сразу же по вступлению в дело субъекта, чьи родственные связи того требуют. Однако в ситуации, когда данный факт выявится много позже этого момента, то обстоятельство, кто первым вступил в дело, не будет иметь существенного значения.

Отвод обоих субъектов, в первую очередь, негативен с точки зрения процессуальной экономии, т. к. вступление каждого нового участника процесса требует времени на ознакомление с ним, а следовательно, может привести к затягиванию процесса.

Таблица 13

При установлении родственных связей между адвокатом и субъектом, для которого родственные отношения с адвокатом также являются основанием для отвода (судьей, следователем и т. д.), отводу подлежит:	Следователи, %	Адвокаты, %	Секретари СЗ/помощники судей %	Судьи %
Судья, следователь и проч., т. к. должно обеспечиваться право на получение квалифицированной юридической помощи от избранного адвоката	20	69,7	26	41,9
Тот из субъектов, кто позднее вступил в процесс	28,6	18,1	6	11,6
Адвокат, как вполне заменяемая фигура.	31,4	6,1	28	20,9
Оба субъекта должны быть отстранены от участия в деле	17,1	0	24	18,6
Нет ответа	2,9	6,1	14	7

Сравнивая отвод субъектов данных категорий, отметим, что замена следователя, прокурора, судьи и других профессиональных участников процесса, деятельность которых находит детальное процессуальное отражение и подчинена строгой процессуальной форме, не представляет особой сложности. Уголовное судопроизводство построено так, что субъекты, ведущие уголовно-процессуальную деятельность, обезличены, они – часть общего механизма, действующего на основе взаимозаменяемости, и участвуют в деле независимо от чьих-либо предпочтений, в противном случае дают повод для своего отвода (ч. 2 ст. 61 УПК РФ). Что

касается адвоката, то здесь все обстоит совершенно иначе. Его деятельность персонифицирована, он приглашается в процесс лично, т. е. с учетом индивидуальных качеств (за исключением защиты по назначению), его отношения с участником процесса, которому оказывается помощь, выстраиваются на взаимодоверительных началах, и большая часть его деятельности лежит за пределами уголовно-процессуальной формы, недоступна для восприятия и воспроизведения иными лицами, в том числе новым адвокатом.

В этой связи, конечно, вполне обоснована позиция ученых, настаивающих на преимущественном оставлении в деле именно адвоката. Однако, отмечая, что его участие в деле должно быть приоритетным в связи с тем, что для адвоката не выдвинуто требование закона об отсутствии заинтересованности в исходе дела, ученые упускают, что эта заинтересованность может быть не в пользу доверителя. А если оставить этот вопрос на усмотрение последнего, то с учетом состязательности процесса возникает вопрос об учете позиции противоположной стороны по делу, которая объективно участием в деле адвоката – родственника субъекта, ведущего уголовного судопроизводства, пусть и отстраненного, может быть поставлена в худшее положение.

Рассуждая о разрешении поставленного вопроса, анализируя при этом институт отвода в целом, то значение, которое вкладывает в него законодатель, мы пришли к выводу, что воля последнего состоит в отстранении из процесса обоих субъектов. Нормы закона об отводе исключительно императивны, они не допускают учета никаких условий отвода: ни волеизъявления доверителя адвоката, ни продолжительность оказания им юридической помощи, ни прочих факторов. Напротив, обстоятельства, исключаящие участие в деле любого субъекта, в том числе адвоката, законодатель возвел в некий абсолют, презюмируя, что их наличие делает статус

участника процесса «ненадлежащим» со всеми вытекающими процессуальными последствиями.

Положения ч. 1 ст. 72 УПК РФ уже не раз оспаривались в Конституционном Суде РФ доверителями отведенных адвокатов, как допускающие отвод без учета мнения самого обвиняемого и нарушающие право на получение квалифицированной помощи, в том числе на помощь выбранного защитника. Конституционный Суд РФ не признает их противоречия Конституции РФ, указывая, что данные положения закона сами по себе обусловлены «необходимостью обеспечения как его (обвиняемого. – *А. Т.*) права на защиту, так и прав и свобод других лиц, а также интересов правосудия»⁴⁸⁰.

Законодателю не безразличен факт участия в деле адвоката, состоящего в родстве с должностным лицом, даже уже выбывшим из процесса, иначе он не распространял бы основания отвода на случаи участия этого должностного лица в производстве по делу в прошлом, прямо устанавливая, что адвокат подлежит отводу и в том случае, когда это лицо «участвовало» в деле (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

Если бы из двух субъектов отводу подлежал бы один, а именно профессиональный участник процесса, то не было бы смысла дублировать данные основания отвода в нормах об отводе адвоката.

Очевидно, что обоюдный отвод, с одной стороны, направлен на устранение какой-либо заинтересованности в деле субъектов, ведущих уголовное судопроизводство, а с другой – предотвращает

⁴⁸⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 9 ноября 2010 г. № 1573-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Дубининой Т.Н. на нарушение ее конституционных прав ч. 1 ст. 69 и п.п. 1 и 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. № 333-О от 14.10.2004 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина К.В. Брындина на нарушение его конституционных прав ч. 6 ст. 49, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ».

зависимость адвоката от нашедших отражение в материалах дела позиций должностных лиц, пусть и отведенных от участия в процессе. Повлияет ли на объективность и непредвзятость субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, факт вступления в дело родственника-адвоката, своевременно выявленный и повлекший отстранение последнего от участия в деле? Возможно, что не более, чем другие обстоятельства, о которых в процессе может быть совершенно неизвестно. Но в данном случае обнаружится факт существования особых доверительных отношений (являющихся, как известно, основой отношений между адвокатом и лицом, которому оказывается помощь, в силу чего последний и именуется законом «доверитель»⁴⁸¹) между участником процесса и родственником субъекта, ведущего процесс. Отношения между адвокатом и доверителем чаще всего возникают еще до вступления адвоката в процесс непосредственно, а обязательства, ими обусловленные, существуют еще и после его выхода из него (в том числе финансового характера), а некоторые продолжают существовать бессрочно (сохранение адвокатской тайны).

Поставим вопрос с иной стороны: какие последствия может иметь факт участия в деле должностного лица – родственника адвоката в прошлом?

Применительно к отводу по п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в науке отмечается, что основанием для него служит, прежде всего, «преждевременная информированность» их о доказательственных материалах и доводах противоположной стороны, что нарушает соблюдение принципа равенства сторон в состязательном судопроизводстве⁴⁸². На наш взгляд, сказанное в определенной мере спра-

⁴⁸¹ См.: часть 1 ст. 1 ФЗ РФ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», ст. 6.1 КПЭА.

⁴⁸² Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.В. Смирнова. СПб.: Питер, 2003. С. 210.

ведливо и по отношению к исследуемому основанию отвода. Законодатель презюмирует, что родственные отношения могут служить каналом получения адвокатом определенной информации по делу, выходящей за рамки его официальных процессуальных возможностей.

Нельзя забывать о противоположной стороне в процессе, для которой участие в деле адвоката, состоящего в родственных отношениях с лицом, выполнявшим в производстве по данному делу властно-распорядительные полномочия, пусть и выбывшим из процесса по случаю вступления в него адвоката, – свидетельство возможных неофициальных преимуществ последнего.

В то же время участие в деле такого адвоката может ущемлять и интересы его доверителя. Адвокат, чей родственник осуществлял должностные полномочия на определенном этапе производства по делу, может быть поставлен перед выбором: оспаривать достоверность, допустимость собранных доказательств, законность принятых процессуальных решений, выявляя тем самым недобросовестность, неквалифицированность субъекта, осуществлявшего производство по уголовному делу, или умолчать о соответствующих обстоятельствах, заботясь о должностном положении и служебной репутации своего родственника. Очевидно, что разрешение данной личной дилеммы возможно не в пользу интересов доверителя адвоката.

Заметим, что законодатель оговорил строго определенный круг субъектов, родство с которыми влечет отвод адвоката. Причем из всех участников процесса, осуществляющих так называемую «вспомогательную функцию», ст. 72 УПК РФ упоминает только секретаря судебного разбирательства. Здесь не названы ни переводчик, ни специалист, ни эксперт, в отношении которых, кстати, закон установил запрет на участие в деле при наличии родственных отношений с любым участником судопроизводства, в том

числе адвокатом (п. 2 ч. 2 ст. 60, ст. 61, 69, 70, 71 УПК РФ). В этом иногда видят пробельность действующего законодательства и вносят предложения по включению в перечень субъектов, родство с которыми влечет отстранение адвоката из дела, также эксперта, специалиста, переводчика, понятого⁴⁸³. Мы можем предположить, что наличие в деле доказательства, в формировании которого участвовал родственник адвоката, состоящий в одном из указанных статусов, может связать инициативу адвоката по его оспариванию и повлиять на объективность его оценки в целом. Не стоит забывать и о том, что названные участники процесса могут быть вызваны для допроса об обстоятельствах участия в деле в общем порядке (ст. 278 УПК РФ), для дополнения или разъяснения ранее данного заключения (ст. 282 УПК РФ). Участие в деле их родственника-адвоката эту возможность ограничит.

Однако, на наш взгляд, включение этих субъектов в п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ в том виде, в котором этот запрет сформулирован сейчас, приведет к ликвидации преимущественного права осуществления своих полномочий адвокатом по отношению к данным участникам процесса. Действительно, целесообразно, чтобы адвокат не вступал в процесс, а вступивший, был отведен, если эти субъекты уже осуществили в процессе свои полномочия. Но если вступление адвоката в производство по делу приходится на момент их участия в производстве по делу, то оно должно повлечь отвод именно субъектов, осуществляющих «вспомогательную функцию» при собирании доказательств.

Вместе с тем, на наш взгляд, стоит задуматься о том, насколько оправданно отстранение обоих субъектов из процесса при родстве адвоката с секретарем судебного заседания. Например, мы считаем, что при рассмотрении жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ факт

⁴⁸³ Горский М.В. Указ. соч. С. 84–85.

родства защитника с секретарем судебного заседания должен приводить к отводу именно последнего. Очевидно, что законодатель исходил при формулировании указанного запрета из соображений значимости для вынесения итогового решения по делу такого процессуального документа, как протокол судебного заседания, подразумевающая рассмотрение дела по существу. Поскольку на объективность уже составленных протоколов вступление адвоката в дело повлиять не может, законодатель заботится о независимости адвоката в дальнейшем при реализации им специально оговоренного законом права на внесение замечаний на протокол судебного заседания (ст. 260, 372 УПК РФ) и на обжалование приговора.

В отличие от признания преимущественного права на участие в процессе субъекта, ранее вступившего в процесс, высказанная нами точка зрения так же, как и позиция о преимущественном праве адвоката на участие в процессе, открывает дорогу к злоупотреблению правом на выбор адвоката. Можно предположить возникновение ситуации, когда обвиняемый пригласит адвоката с единственной целью: устранить из процесса определенного «неудобного» профессионального участника процесса.

В этой связи встает вопрос о добросовестности адвоката при принятии поручения на представление интересов доверителя в процессе, если он заведомо знает об участии в деле своего родственника и, тем более, предполагает перспективу постановки вопроса об отводе последнего⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Отметим, что Концепция федерально-целевой программы «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 гг., утвержденной распоряжением Правительства России от 4 августа 2006 г. № 1082-р, предписала «в целях обеспечения прозрачности судебной системы, преодоления конфликтов интересов, устранения личной заинтересованности судьи в исходе дела следует установить запрет на участие адвоката – супруга судьи, близких родственников или свойственников судьи в делах в пределах юрисдикции суда».

Части 2 ст. 72 УПК РФ корреспондирует положение подп. 3 п. 2 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», согласно которому «адвокат не вправе принимать... поручение.. если он состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица». Поэтому принятие адвокатом такого поручения является нарушением требований закона, а если оно осуществлялось еще и заведомо с целью устранения из дела определенного субъекта, то это незаконный способ защиты, являющийся нарушением требований профессиональной этики (ч. 1 ст. 10 КПЭА).

Очевидно, установление этих обстоятельств, особенно субъективной стороны данного правонарушения, задача весьма непростая для квалификационных комиссий адвокатских палат. При маловероятности поступления самой информации об отводе профессионального участника процесса в связи с вступлением адвоката в дело возможность привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности за данные действия сведена практически к нулю.

Разрешая вопрос о том, кто же должен покинуть процесс при родственных отношениях участников процесса, М.В. Горский отмечает: «Вообще, ситуация, когда один профессиональный участник является родственником другого участника, может быть использована, например, адвокатом (защитником, представителем) для решения своих тактических задач: кому из этих участников тактически правильнее заявить отвод?»⁴⁸⁵

Соответственно, отвод в этой ситуации он относит к вопросам адвокатской тактики, считая, что адвокат вправе выбирать, заявлять его или нет, а если и заявлять, то кому именно, якобы предвосхищая тем самым решение данного вопроса.

⁴⁸⁵ Горский М.В. Указ. соч. С. 85–86.

На наш взгляд, все не так однозначно. Действительно, заявление отвода не является процессуальной обязанностью участника процесса. Напомним то, что сам адвокат решает, заявлять или не заявлять отвод и, соответственно, обнародовать или нет соответствующую информацию, признали 64 % секретарей СЗ/помощников судей, 68,6 % следователей и 81,8 % опрошенных нами адвокатов. Но вряд ли заявление отвода в рассматриваемой ситуации должно влечь отвод только того участника процесса, которому он был заявлен. Это следует из того, что в настоящее время отвод осуществляется не только по заявлению, сделанному соответствующими субъектами, прямо предусмотренному законом (ч. 2 ст. 62 УПК РФ), но и по собственной инициативе самими лицами, ведущими процесс.

В связи с этим было бы ошибочным полагать, что адвокат, заявляющий отвод, обусловленный родством участников уголовного процесса, будет всецело определять, кто же должен покинуть производство по делу.

Особенности процессуальных последствий конфликта интересов доверителей адвоката

Вопрос том, каковы последствия констатации оказания адвокатом юридической помощи доверителям с противоречивыми интересами одновременно по одному и тому же делу, достаточно дискуссионен. А именно: должен ли адвокат быть отведен из дела вообще или же освобожден от оказания помощи только одному из доверителей, а если последнее, то кому из них?

Признав конфликт интересов доверителей основанием отвода адвоката в п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, закон не урегулировал специально решение этого вопроса.

По мнению ряда авторов комментариев Уголовно-процессуального кодекса и учебников по уголовно-процессуальному праву РФ,

закон требует освобождения адвоката от защиты только одного из доверителей. Так, и применительно к ч. 6 ст. 49 УПК РФ дано указание: «Если эти противоречия будут выявлены в ходе производства по уголовному делу, защитник должен поставить об этом в известность соответственно лицо, производящее расследование, или судью (суд), а также обвиняемых и заявить ходатайство об освобождении его от защиты одного из обвиняемых»⁴⁸⁶.

Однако другие ученые настаивают на том, что такой подход нарушает равенство прав участников судебного разбирательства. Они считают, что в соответствии со ст. 72 УПК РФ (ст. 67.1 УПК РСФСР) защитник подлежит освобождению от участия в деле в целом, а не только в отношении одного из обвиняемых. Эта позиция высказывалась как при действии УПК РСФСР, так и в наше время⁴⁸⁷. Следует отметить, что именно такое требование содержит п. 3.2.2. Кодекса поведения для юристов в ЕС, согласно которому «юрист должен прекратить действовать в интересах обоих клиентов, когда конфликт интересов возникает между этими клиентами...».

Указанную позицию заняла Адвокатская палата г. Москвы, давшая разъяснения о том, что «в случаях, когда адвокат защищает двух подозреваемых или обвиняемых и в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства интересы одного из них вступают в противоречие с интересами другого, адвокату, который не вправе согласно ч. 6 ст. 49 УПК РФ далее

⁴⁸⁶ Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Т. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2007. С. 103; Уголовно-процессуальное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Л.Н. Башкатов [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. М.: Проспект, 2009. С. 161.

⁴⁸⁷ Катасьева А., Винокурова Л. Отвод защитника // Советская юстиция. 1984. № 10. С. 22; Баев М.О. Указ. соч. С. 233–234; Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. М.: Книга сервис, 2002. С. 41.

продолжать защищать обоих, следует выйти из дела. Предпочтение одного подзащитного другому будет профессионально неэтичным»⁴⁸⁸.

На наш взгляд, именно эта позиция претворяется в жизнь Верховным Судом РФ (РСФСР). Так, отменяя приговор Кемеровского районного суда в отношении Каверзина, Пирогова и Фролова, Верховный Суд РФ указал: «Установив нарушение закона, суд не учел, что в силу п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ адвокат подлежал отводу как в части защиты Пирогова, так и в части защиты Каверзина»⁴⁸⁹.

Однако такой подход подвергается критике некоторыми современными учеными. Они отмечают, что толкование ч. 3 ст. 72 УПК РФ как исключаящей возможность продолжения защиты обоих подсудимых, требующей устранения адвоката, выбранного первым из них, приводит к нарушению его права на защиту⁴⁹⁰. Указывается, что в случае установления конфликта интересов доверителей адвоката «достаточно обеспечить защитником тех подсудимых, которые сделали выбор в пользу иного защитника, а не устранять адвоката из процесса»⁴⁹¹.

Не соглашаясь с данными учеными, отметим следующее. Пункт 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ основанием отвода адвоката считает тот факт, что адвокат «оказывает или *ранее оказывал* (выделено мной. – А. Т.)

⁴⁸⁸ Разъяснения Совета Адвокатской палаты г. Москвы по вопросам профессиональной этики адвоката. О поведении при выявившихся противоречиях в интересах подзащитных // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2003. Вып. 1. С. 30–31.

⁴⁸⁹ Обзор Кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 2004 год // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 8. С. 25–26.

⁴⁹⁰ См.: Азизова О.А. Адвокат как участник судебного разбирательства со стороны защиты: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. С. 37; Иванов А.В. Указ. соч. С. 59.

⁴⁹¹ Азизова О.А. Указ. соч. С. 37.

юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат...». При этом отстранение адвоката от оказания юридической помощи одному из доверителей не разрешит окончательно ситуацию, поскольку она и в этом случае будет подпадать под формулировку основания отвода, предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. Требование закона о недопустимости оказания помощи лицу, интересы которого противоречат интересам его бывшего доверителя⁴⁹², имеет глубокий смысл⁴⁹³. С одной стороны, лицо, которому адвокат оказывал помощь, ограждается от угрозы разглашения адвокатской тайны и от весьма сомнительных с этической точки зрения казусов, когда ему придется выступать против адвоката, которому оно в прошлом доверилось. С другой стороны, это защищает доверителей адвоката от ситуаций, при которых их будет защищать лицо, связанное предыдущими обязательствами и отношениями. Не следует забывать и о самом адвокате, которого выступление против своего бывшего доверителя и необходимость остерегаться обвинения в разглашении адвокатской тайны может достаточно серьезно обременять. Следует заметить, что если даже адвокат и будет сохранять адвокатскую тайну в отношении обоих доверителей, где гарантия того, что знание какой-либо информации о лице, когда-то обращавшемся к нему за юридической помощью, а ныне выступающем процессуальным противником, не повлияет на выбор тактики, стратегии защиты? Тем самым отвод адвоката от участия в производстве по уголовному делу только в отношении одного из доверителей может обернуться как против их обоих, так и самого адвоката.

⁴⁹² Термин «бывший» применительно к доверителю весьма условен, потому как адвоката с доверителями связывают пожизненные обязательства по сохранению адвокатской тайны.

⁴⁹³ См. подробнее: Таран А.С. Обстоятельства, исключаящие участие адвоката в уголовном процессе: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 67–102.

Между тем в настоящее время на практике, как следует из анализа ряда решений, нередки случаи отвода адвоката при конфликте интересов доверителей только в отношении одного из них. Данные решения следователей становятся предметом судебного обжалования со стороны адвоката, не согласного с наличием оснований для отвода. При этом, признавая законность решений следователя, суды не дают негативную оценку фактам отвода адвоката только в отношении одного из доверителей⁴⁹⁴.

Так, например, из постановления Московского городского суда от 08 апреля 2013 г. № 4у/8-2295 следует, что адвокат, заключивший соглашения на защиту К. от 21 мая 2012 г. и на защиту другого обвиняемого – К. 07 июня 2012 г. в связи с установлением следователем противоречий в их интересах, 15 июня 2012 г. был отведен в отношении одного из обвиняемых К⁴⁹⁵.

Отметим, что поставленная нами проблема в науке анализируется в основном в ракурсе деятельности защитника и коллизии ин-

⁴⁹⁴ См., например, Кассационное определение Московского областного суда от 10 января 2013 г. № 22-к-159. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Считаем, что в данном случае кассационная инстанция могла выйти за пределы жалобы адвоката в соответствии с ч. 1 ст. 401 (16) УПК РФ и проверить законность его отвода в целом, а не по заявленным мотивам.

См. также Определение Орловского областного суда от 28 февраля 2012 г. по делу № 22к-69/2012. URL: http://docs.pravo.ru/document/view/23534602/?search_query=%D0%9E%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%2B%D0%9E%D1%80%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B3%D0%BE%2B%D0%BE%D0%B1%D0%BB%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B0%2B%D0%BE%D1%82%2B28%2B%D1%84%D0%B5%D0%B2%D1%80%D0%B0%D0%BB%D1%8F%2B2012%D0%B3.&from_search=1. Считаем, что и в данном случае суд кассационной инстанции мог воспользоваться ч. 2 ст. 360 УПК РФ и проверить законность продолжения участия адвоката в производстве по уголовному делу в интересах второго доверителя адвоката.

См. также: Апелляционное постановление Московского городского суда от 6 апреля 2015 г. по делу № 10 – 4788/2015. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

⁴⁹⁵ Постановление от 8 апреля 2013 г. № 4у/8-2295 судьи Московского городского суда Бондаренко Э.Н. Об отказе в удовлетворении надзорной жалобы. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

тересов, возникающей между его доверителями, имеющими процессуальный статус обвиняемых.

А как должна разрешаться ситуация при наличии коллизии интересов доверителей адвоката, состоящих в ином процессуальном статусе: потерпевшего, гражданского истца? Думается, что абсолютно аналогично. Иной ответ нарушал бы не только принцип равенства прав участников процесса, но и ставил бы доверителей адвоката в неравное положение, что представляется неприемлемым.

Заметим, что в п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ ничего не сказано о таком доверителе адвоката, как свидетель. Между тем при всей неоднозначности в уголовном процессе категории «интересы свидетеля» следует признать распространение п. 3 ч. 2 ст. 72 УПК РФ и на данного доверителя адвоката. Специфика интересов указанного участника процесса не отменяет общего правила о необходимости отвода адвоката при их коллизии с интересами других участников процесса.

Что касается мнения практиков по данной проблематике, то весьма любопытной представляется позиция адвокатов. Результаты обобщения их ответов таковы: 33,3 % ответили, что при возникновении конфликта доверителей убедят одного из них отказаться от их услуг; 24,2 % заявят самоотвод в отношении одного из доверителей; 12,1 % уговорят обоих доверителей отказаться от их услуг, 9,1 % заявят самоотвод в отношении обоих доверителей.

Адвокаты, выбравшие свободный вариант ответа, указали, что такие ситуации надо избегать заранее; что возможен выбор вариантов в зависимости от обстоятельств. Один адвокат указал, что попробует уговорить обоих доверителей отказаться от его услуг, а если не получится, тогда заявит самоотвод в отношении обоих. Интересен выбор в качестве оптимального решения ситуации: принятие мер по устранению конфликта интересов доверителей, а

также убеждение одного из доверителей заключить соглашение с другим адвокатом, с которым «удобно» работать в паре.

Наглядно результаты данного опроса представлены в табл. 14.

Таблица 14

При установлении конфликта интересов доверителей в одном деле, вы	Адвокаты %
Убедите одного из доверителей отказаться от ваших услуг	33,3
Уговорите обоих доверителей отказаться от ваших услуг	12,1
Заявите самоотвод в отношении одного из доверителей	24,2
Заявите самоотвод в отношении обоих доверителей	9,1
Иное	6
Нет ответа	3

Таким образом, только треть опрошенных адвокатов выбрала варианты ответа, продиктованные требованием уголовно-процессуального закона заявить самоотвод при наличии обстоятельств, исключающих участие в деле. При этом только четверть из них, или 9,1 % от всех опрошенных адвокатов правильно оценило, что отведены они должны быть в отношении обоих доверителей.

Из ответов очевидно следует намерение более половины адвокатов остаться в процессе, решив проблему возникновения конфликта интересов доверителей неофициальным путем.

Что касается мнения следователей, то они практически единодушно пришли к выводу о необходимости при наличии конфликта интересов доверителей адвоката осуществления его отвода в от-

ношении только одного из них (71,4 %). Отвод адвоката из дела в отношении обоих доверителей посчитали правильным решением остальные следователи, за исключением 5,7 % опрошенных, указавших на отсутствие ответа на данный вопрос.

В сравнении с ними секретари судебного заседания/помощники судей дали более приближенный к требованиям закона ответ, указав, что адвокат должен быть отведен в отношении обоих доверителей (хотя и небольшим большинством голосов в 56 %). Разделили позицию, набравшую большинство голосов у следователей, только 38 % лиц данной категории.

Опрошенные судьи показали явно неоднозначное решение этого вопроса, 48,8 % высказалось за отвод адвоката только в отношении одного из доверителей, и только 30,2 % – в отношении обоих.

Сравнить полученные данные поможет сводная табл. 15, обобщающая результаты опроса.

Таблица 15

При установлении конфликта интересов доверителей одного адвоката:	Следователи %	Секретари СЗ/помощники судей %	Судьи %
1. Адвокат должен быть отведен в отношении одного из доверителей	71,4	38	48,8
2. Адвокат подлежит отводу в отношении обоих доверителей	22,9	56	30,2
3. Иное	0	2	9,3
Нет ответа	5,7	4	11,7

Таким образом, представления о процессуальных последствиях конфликта интересов доверителей адвоката как обстоятельства, исключающего участие в деле последнего, весьма противоречивы как среди ученых, так и правоприменителей. Очевидно, что практика должна последовательно претворять требования уголовно-процессуального закона в жизнь, диктующего недопустимость продолжения участия адвоката в производстве по делу.

Глава 5.
**ОТВОД АДВОКАТА НА ОТДЕЛЬНЫХ ЭТАПАХ,
СТАДИЯХ И ФОРМАХ ПРОИЗВОДСТВА
ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ**

**§ 1. Некоторые вопросы отвода адвоката
на досудебных стадиях уголовного процесса**

Часть 2 ст. 72 УПК РФ, регламентируя процедуру отвода адвоката, отсылает нас к ч. 1 ст. 69 УПК РФ, устанавливающей порядок отвода переводчика. В ней упоминается о возможности осуществления отвода и на досудебном, и в судебном производствах.

Положения ч. 1 ст. 69 УПК РФ предельно лаконичны, можно сказать, что процедура отвода адвоката уголовно-процессуальным законодательством практически не урегулирована, что особенно очевидно применительно к стадии предварительного расследования. Нельзя сказать, что и в науке этот вопрос рассматривался когда-либо достаточно подробно.

Отвод адвоката может быть осуществлен при наличии одного из указанных нами поводов. В свете поставленной проблемы особенно интересен такой факт, как заявление отвода. Действительно, какова должна быть процедура его разрешения?

В литературе отмечается: «Устное заявление об отводе на предварительном следствии заносится в протокол, который подписывается заявителем и следователем»⁴⁹⁶. Г.Н. Козырев не уточняет, о каком протоколе идет речь, скорее всего подразумевая протокол того следственного действия, в ходе которого данное заявление

⁴⁹⁶ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 38.

сделано. Очевидно, что оно может быть подано и до, и после начала следственного действия, и помимо его производства, в любом случае устное заявление подлежит оформлению отдельным процессуальным документом так же, как и письменное заявление, приобщаемое к материалам уголовного дела.

Кроме этого, ученый указывает: «Вопрос об отводе адвоката должен быть разрешен сразу же после его заявления и оформлен на предварительном расследовании путем вынесения постановления...»⁴⁹⁷. При этом он же отмечает: «Лицо, заявившее отвод адвокату, должно привести соответствующее основание, т. к. отвод адвоката затрагивает интересы обвиняемого, его право на защиту. Следователь обязан тщательно проверить это основание, не допуская немотивированного устранения защитника из дела»⁴⁹⁸. Таким образом, скорее всего, разрешить заявленный адвокату отвод «сразу же» следователь не сможет (если только основанием отвода будут заявлены обстоятельства, не исключающие по закону участие адвоката в производстве по уголовному делу). Его задача – провести проверку заявленного отвода, по результатам которой следует установить или опровергнуть наличие обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. Арсеналом этой проверки является весь комплекс предоставленных следователю средств доказывания.

Входит ли в круг осуществляемых следователем при принятии данного решения мероприятий информирование отводимого адвоката и его доверителя об обнаружении обстоятельств, исключающих участие в производстве по уголовному делу? В этом может быть некоторый резон: об их наличии им может быть неизвестно, а так они получают возможность высказать свое к ним отношение

⁴⁹⁷ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 39.

⁴⁹⁸ Там же. С. 38.

(например, первый – путем самоотвода, второй – отказа от защитника); оба могли бы предоставить дополнительную информацию, касающуюся обоснованности заявленного отвода, высказать свои возражения и т. д.

Как показало исследование практики, однозначного ответа на этот вопрос у правоприменителей нет. Опрос продемонстрировал, что 68,6 % следователей считают, что УПК РФ обязывает их уведомить адвоката об установлении обстоятельств, исключающих его участие в деле для выяснения отношения к данному факту до принятия решения об отводе. Один человек затруднился ответить на данный вопрос. А вот по мнению 10 человек (28,6 %), такой обязанности УПК РФ не предусматривает, но половина из них высказалась за то, чтобы она была закреплена.

Меньшее количество опрошенных – 19 человек (или 54,3 %) полагают, что следователь по УПК РФ обязан уведомить об установлении этих обстоятельств доверителя адвоката. А из тех, кто так не думает (16 респондентов или 45,7 %), только двое высказались за закрепление этой обязанности в законе.

Таким образом, в целом более половины опрошенных следователей видят необходимость перед принятием решения об отводе проинформировать об этом адвоката и его доверителя.

Этот процент еще выше по результатам опроса адвокатов, 84 % из которых посчитали, что закон требует от следователя уведомить их об установлении обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе, при этом более половины из ответивших отрицательно считают, что такая обязанность должна быть установлена. 20 адвокатов, или 60,6 % опрошенных, думают, что следователь должен уведомить о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, его доверителя, из оставшихся 5 человек, или 38,5 %, полагают, что такая обязанность должна быть в законе закреплена.

Соответственно, большинство опрошенных как той, так и другой категории склоняется к тому, что принятие следователем решения об отводе адвоката должно протекать в механизме взаимодействия и выяснения позиции тех участников процесса, которых данное решение непосредственно касается.

Помимо процедуры отвода адвоката следователем (дознавателем) отвод адвоката на досудебных стадиях уголовного процесса интересен еще возможностью его осуществления судом (судьей). Как известно, институт судебного контроля сделал судью участником уголовно-процессуальных отношений еще на досудебных стадиях уголовного процесса.

Возможно ли осуществление судом отвода адвоката в ходе его производства?

Надо отметить, что проведенный нами опрос явно продемонстрировал, что на практике в большинстве своем отрицается наличие у суда данных полномочий. Так, на вопрос о том, вправе ли суд осуществить отвод защитника в ходе осуществления судебного контроля в порядке ст. 125 УПК РФ, положительно ответили только 20 % опрошенных секретарей СЗ / помощников судей и 20,9 % судей. О том, что суд вправе отвести защитника в отдельных случаях на стадии предварительного расследования, например, в порядке ст. 108 УПК РФ, указало чуть менее трети (27,3 %) опрошенных нами адвокатов.

В этой связи, на наш взгляд, положением, требующим разъяснений, является закрепленная в ч. 1 ст. 69 УПК РФ возможность осуществления на предварительном следствии отвода адвоката судьей в случаях, предусмотренных ст. 165 УПК РФ.

В целом получение разрешения на производство следственных действий осуществляется в отсутствие защитника – по общему правилу в заседании вправе участвовать прокурор, следователь и дознаватель (ч. 3 ст. 165 УПК РФ). Только при рассмотрении хода-

тайства о проведении следственных действий, касающихся реализации или уничтожения вещественных доказательств, в судебном заседании вправе участвовать обвиняемый (подозреваемый), их защитники и (или) законные представители (ч. 3 (1) ст. 165 УПК РФ).

Представляется, что именно в этом случае может возникнуть вопрос о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. А если так, тогда суду законодатель предоставил полномочие по осуществлению отвода адвоката-защитника в ходе предварительного расследования только при рассмотрении ходатайства о производстве следственного действия, касающегося реализации или уничтожения вещественных доказательств.

Это предоставленное законом правомочие вызывает некоторые вопросы: если следователь является субъектом, ведущим производство по уголовному делу, тогда почему он не осуществил этот отвод сам? Действительно, сложно представить, что он заявляет отвод адвокату в ходе данного процессуального действия, если только основания для этого не стали известны во время его проведения или если только адвокат не вступил в дело именно в момент рассмотрения судом ходатайства о производстве следственного действия.

В свете сказанного возникает вопрос: почему законодатель упоминает о возможности отвода адвоката судом только при осуществлении судебного контроля в виде дачи согласия на производство следственного действия? А как быть с его полномочием по рассмотрению жалоб в ходе предварительного расследования? Ведь именно здесь происходит судебное заседание с участием сторон. На нем присутствуют заявитель (им может быть и обвиняемый, и потерпевший), защитник, представитель потерпевшего, так называемые «иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым решением», а также прокурор, следователь,

руководитель следственного органа (ч. 3 ст. 125 УПК РФ). Здесь судья разъясняет участвующим в деле лицам их права и обязанности (ч. 4 ст. 125 УПК РФ).

Разъясняется ли здесь судом сторонам право на отвод, в том числе на отвод адвоката? В законе сказано, что судья в начале судебного заседания «представляется явившимся в судебное заседание лицам» (ч. 4 ст. 125 УПК РФ). Очевидно, что с требованием представиться, то есть огласить о себе определенную информацию, позволяющую провести идентификацию своей личности, связана возможность заявить отвод представившемуся лицу, то есть судье. Означает ли, что, не требуя представлять остальных участников процесса, закон и не допускает разрешение вопроса об их отводе? На наш взгляд, здесь следует применить аналогию закона, т. е. положения ч. 1 ст. 69 УПК РФ о возможности осуществления отвода судьей переводчика и адвоката на стадии предварительного расследования при производстве в порядке ст. 165 УПК РФ распространить и на ст. 125 УПК РФ.

Кроме того, актуальность отвода адвоката именно на этом этапе производства по делу обусловлена возможностью его вступления в уголовный процесс при подаче и рассмотрении жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ, обоснованной Конституционным Судом РФ. Согласно его Определению от 24 ноября 2005 г. № 431-О, «положение части третьей статьи 125 УПК РФ в его конституционно-правовом истолковании не препятствует допуску представителя к участию в рассмотрении жалобы потерпевшего на действия (бездействии) и решения дознавателя, следователя и прокурора независимо от того, принимал ранее представитель участие в деле или нет». Думается, что эта позиция в полной мере может быть распространена и на защитника. Соответственно, возможность вступ-

ления адвоката в производство по делу и на данном этапе требует обеспечения права сторон на заявление ему отвода⁴⁹⁹.

В свете сказанного совершенно правильным представляется разъяснение, данное Пленумом Верховного Суда РФ в Постановлении от 10 февраля 2009 г. № 1 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Согласно п. 13 указанного постановления, «в силу части 4 статьи 125 УПК РФ судье надлежит разъяснять явившимся по вызову лицам их права и обязанности, в частности, их право принимать участие в судебном заседании: *заявлять отводы* (выделено мной. – А. Т.), ходатайства, представлять документы, знакомиться с позицией других лиц, давать по этому поводу объяснения».

Следует обсудить еще и возможность отвода судьей адвоката в процессе избрания мер пресечения, назначаемых с согласия суда по итогам рассмотрения соответствующего ходатайства следователя (дознателя): залога, домашнего ареста и заключения под стражу. Процедура их применения и продления срока действия (ст. 108 УПК РФ) предусматривает участие обвиняемого (подозреваемого), к которому эта мера применяется, и его защитника. Помимо них в заседании участвуют прокурор, вправе участвовать также законный представитель несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого), руководитель следственного органа, следователь, дознаватель. В отношении защитника сделана оговорка – «если он участвует в уголовном деле». В данном случае закон имеет в виду, что обязательно участие защитника, уже вступившего в дело в ходе производства предварительного расследования. Означает ли

⁴⁹⁹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 ноября 2005 года № 431-О «По жалобе гражданина Саблина Олега Викторовича на нарушение его конституционных прав частью третьей ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

это, что защитник обвиняемого не может вступить в дело в момент проведения заседания о применении к его подзащитному меры пресечения и участвовать в нем? На наш взгляд, нет, предъявление указанных в ч. 4 ст. 49 УПК РФ документов: ордера и удостоверения адвоката – требует от судьи считать его полноправным участником процесса.

Закон не упоминает специально о том, что суд разъясняет участникам процесса их право на заявление отвода. Он требует от судьи в начале судебного заседания разъяснить участвующим в нем лицам их права и обязанности. Входит ли в этот перечень разъяснение права на отвод?

Очевидно, что профессиональным участникам процесса, которых в данном заседании всегда большинство, разъяснять права не требуется. А вот обвиняемому, безусловно, разъяснять права необходимо, в том числе на отвод, что особенно актуально может быть именно в отношении отвода того же судьи или прокурора.

В этой связи заметим, что уголовно-процессуальный закон в ст. 108 УПК РФ не требует от судьи объявлять лиц, участвующих в нем. Между тем оглашение данной информации является важным элементом реализации права на заявление отвода. Поэтому судья должен перед началом судебного разбирательства огласить круг его участников, в том числе назвать себя.

Иллюстрацией отвода адвоката судом в ходе осуществления судебного контроля может служить дело гражданина О.Б. Федорова. Как следует из Определения Конституционного Суда РФ, вынесенного по его жалобе, районный суд, рассматривая вопрос о продлении срока содержания его под стражей, удовлетворил поддержанное прокурором ходатайство следователя об отводе его адвоката, приняв во внимание ранее вынесенное следователем по-

становление об отводе адвоката⁵⁰⁰. Таким образом, адвокат оказался как бы «дважды отведенным». Полагаем, что при том, что в данном случае решения суда на отвод адвоката не требовалось (на наш взгляд, достаточно было уведомить суд об отводе адвоката следователем), эта ситуация подтверждает тот факт, что суды правомочны, готовы и могут принимать решение об отводе адвоката при осуществлении судебного контроля.

Таким образом, процедура осуществления судом судебного контроля в ходе производства предварительного расследования, предусматривающая участие обвиняемого (подозреваемого) и его защитника, предполагает необходимость соблюдения процессуального порядка отвода, свойственного состязательному судебному производству: с правом заявлять отводы, высказывать свою позицию, представлять по нему объяснения и возражения.

§ 2. О возможности отвода адвоката на стадии подготовки к судебному заседанию

Стадия подготовки к судебному заседанию достаточно подробно урегулирована уголовно-процессуальным законодательством, многие недостатки ее правовой регламентации уже отмечены в науке⁵⁰¹. Этим во многом обусловлена неочевидность возможности отвода на ней адвоката. В специально посвященном данной стадии процесса Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2009 г. № 28 г. «О применении

⁵⁰⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 1916-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Федорова О.Б. на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 389 (1) УПК РФ».

⁵⁰¹ См.: Ковтун Н.Н. О спорных вопросах порядка проведения судьей предварительных слушаний по уголовным делам // Вестник ОГУ. 2006. № 3. С. 93.

судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» это вопрос специально не регламентируется.

Часть 2 ст. 69 УПК РФ устанавливает, что решение об отводе «в ходе судебного производства» принимает «суд, рассматривающий данное уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей». Означает ли это, что, отнеся к субъектам отвода «суд, рассматривающий уголовное дело», законодатель предусмотрел решение этого вопроса только в процессе «рассмотрения дела», осуществляемого, как известно, исключительно в рамках судебного разбирательства?

На наш взгляд, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным уже потому, что суд может и должен отвести адвоката в ходе предварительного слушания, проводимого в силу ч. 1 ст. 234 УПК РФ с соблюдением требований гл. 33, 35 и 36 УПК РФ (в частности, с процедурой подготовительной части судебного разбирательства, предусматривающей разрешение вопросов об отводах).

Проведение предварительного слушания – особая процедура исследуемой стадии процесса. Возможно ли разрешение судом вопроса об отводе адвоката при осуществлении подготовки дела к рассмотрению в суде в обычном порядке?

Обратившись к ст. 227, 228 УПК РФ, определяющим полномочия суда по поступившему уголовному делу и вопросы, подлежащие выяснению по нему, мы не увидим прямого упоминания об институте отвода, на суд не возложена обязанность проверять наличие обстоятельств, исключающих участие субъектов процесса, и принимать соответствующее решение.

Между тем сам собой напрашивается вопрос: как должен поступить судья, если в процессе подготовки к судебному заседанию обнаружит, что участвующий в деле защитник еще на предварительном следствии подлежал отводу?

Возможность выявления этого факта обусловлена тем, что о защитнике, участвующем в деле, суд узнает в процессе выяснения вопросов, обозначенных в ст. 228 УПК РФ. Особенно это актуально применительно к обязанности суда разрешить поступившие ходатайства и жалобы (п. 4 ч. 1 ст. 228 УПК РФ). А они могут содержать просьбу об отводе адвоката.

Представляется, что выбор предполагаемых вариантов разрешения судьей такой ситуации может лежать в следующих плоскостях:

1. Назначение судьей судебного разбирательства и разрешение вопроса о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, уже в его подготовительной части.

2. Разрешение судьей вопроса об отводе адвоката в ходе подготовки к рассмотрению уголовного дела в обычном порядке.

3. Назначение судьей предварительного слушания для разрешения вопроса о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

Проанализируем каждый из выделенных нами вариантов в обозначенной последовательности.

1. О том, что судья может произвести отвод адвоката только в самом судебном разбирательстве, говорит то, что его осуществление судом, по предписанию закона, прямо предусмотрено именно применительно к данной стадии, где он разрешается в условиях состязательности (ст. 266 УПК РФ). Поэтому вполне возможно утверждать, что он не входит в круг вопросов стадии подготовки дела к судебному разбирательству, обосновывая это тем, что судья должен выслушать стороны, узнать мнение отводимого лица и проч.

Вместе с тем при установлении обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, на стадии подготовки к судебному заседанию, когда велика вероятность отвода адвоката в ходе судебного

разбирательства, назначение судебного заседания неэффективно с точки зрения процессуальной экономии. Отложение судебного разбирательства, обусловленное необходимостью приглашения другого защитника взамен отведенного, затянет рассмотрение дела по существу, может привести к нарушению прав граждан на рассмотрение дела в разумные сроки (ч. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ст. 6 (1) УПК РФ).

Вспомним, что задачей исследуемой стадии является создание условий для проведения законного судебного разбирательства. Н.А. Колоколов об этом пишет так: «Стадия подготовки к судебному заседанию – это своеобразный фильтр между досудебным и судебным производством. На данном этапе законодателем перед судом поставлена задача не допустить дальнейшего движения уголовных дел, по которым органами предварительного расследования и прокурором допущены нарушения уголовного и уголовно-процессуального закона, препятствующие нормальному осуществлению правосудия»⁵⁰².

Если на данном этапе уголовного судопроизводства судья должен установить «проведено ли предварительное расследование в точном соответствии с законом, соблюдены ли требования закона по обеспечению прав обвиняемого»⁵⁰³, то, очевидно, определение в рамках предоставленных ему законом средств «пригодности» участия лица в деле входит в предмет проверки судьи. Это все дает основание для вывода о том, что на данной стадии процесса может и должен решаться вопрос об отводе адвоката: «Если на этой ста-

⁵⁰² Колоколов Н.А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Мировой судья. 2011. № 3. Юридическая библиотека «Юристлиб». URL: http://www.juristlib.ru/book_6968.html.

⁵⁰³ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юрист, 1998. С. 360.

дии создаются условия для проведения законного судебного разбирательства, почему бы не дать возможность заявить отвод?»⁵⁰⁴.

2. В пользу того, что судья может осуществить отвод адвоката при подготовке дела к рассмотрению в суде в обычном порядке, свидетельствует то, что в числе вопросов, подлежащих разрешению на данной стадии, фигурирует следующий: «Подлежат ли удовлетворению заявленные ходатайства и поданные жалобы» (п. 4 ч. 1 ст. 228 УПК РФ). Именно из этого нормативного предписания отдельные ученые делают вывод, что на этой стадии «...в предмет доказывания судьи в конкретном уголовном деле может входить наличие или отсутствие оснований для отвода прокурора или судьи...»⁵⁰⁵. Действительно, стороны на данном этапе уголовного процесса узнают, кто принял их дело к производству. Они могут заявить об известных им обстоятельствах, исключающих участие этого судьи в деле. Очевидно, что продолжая мысль ученого, можно говорить о разрешении судом и ходатайств об отводе защитника и адвоката – представителя потерпевшего.

Проводя параллели между предписаниями различных отраслей права и обратившись к процедуре рассмотрения судом гражданских дел, мы увидим в числе задач, поставленных там перед подготовкой дела к судебному разбирательству, «разрешение вопроса о составе лиц, участвующих в деле и других участниках процесса» (ст. 148 ГПК РФ). В уголовном процессе суд также решает вопрос о составе лиц, вызываемых в судебное заседание (пп. 3, 4 ч. 2 ст. 231 УПК РФ).

Заметим, что, предусмотрев обязанность суда разрешать на исследуемой стадии процесса ходатайства и жалобы, законодатель

⁵⁰⁴ Шигуров А.В. Подготовка дела к судебному заседанию в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2004. С. 108.

⁵⁰⁵ Там же. С. 175.

основанием для проведения предварительного слушания назвал только ходатайство об исключении доказательств (п. 1 ч. 2 ст. 229 УПК РФ). Если предположить, что в данном случае законодатель использует термин «ходатайство» в широком смысле, подразумевая под ним любую просьбу, адресованную суду, в том числе и об отводе, означает ли это, что он допускает разрешение заявления об отводе в обычном порядке, то есть в отсутствие сторон?

Действительно, можно задуматься о том, насколько обязательна, по мнению законодателя, состязательная процедура решения вопроса об отводе, если она не предусмотрена применительно к разрешению его следователем на стадии предварительного расследования.

Обратившись к Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2009 г. № 28 г «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству», мы обнаружим его позицию о том, что в порядке п. 4 ст. 228 УПК РФ «могут быть удовлетворены лишь обоснованные ходатайства, которые не требуют проверки». Соответственно, если придерживаться расширительного толкования закона и признать, что законодатель в данном случае использовал термин «ходатайство» в широком смысле, подразумевая любую просьбу, адресованную суду, в том числе и заявление об отводе, то суд если и правомочен рассмотреть последнее, то только в том случае, если основания для отвода адвоката носят формальный характер и подтверждены документально (например, факт предыдущего участия адвоката в деле в ином процессуальном качестве).

3. Назначение судьей предварительного слушания способно снять претензии к процедуре отвода адвоката, которые могли бы вызвать разрешение этого вопроса судьей в обычном порядке под-

готовки дела к судебному разбирательству, то есть без участия сторон. Вместе с тем проблемой является то, что основания его проведения четко определены законом, их перечень закрыт (ч. 2 ст. 229 УПК РФ). Среди них нет такого основания, как заявление отвода участнику процесса. Однако если законодатель предусматривает в качестве обязательного элемента процедуры предварительного слушания разрешение вопроса об отводах (согласно ч. 1 ст. 234 УПК РФ здесь должен соблюдаться общий порядок подготовительной части судебного разбирательства, предусмотренный гл. 36 УПК РФ), почему бы не провести предварительное слушание специально для решения вопроса об отводе какого-либо участника процесса?

Вспомним, что закрытый перечень оснований проведения предварительного слушания, установленный законом, по мнению Конституционного Суда РФ, не является исчерпывающим. В частности, в свое время он сделал вывод, что он не служит препятствием проведения предварительного слушания при разрешении судом вопроса о продлении срока содержания под стражей обвиняемого: «Ставя и решая по собственной инициативе вопрос об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей, суд, по смыслу ст. 108 УПК Российской Федерации, не освобождается от обязанности выслушать мнения сторон, а стороны не могут быть лишены возможности привести свои доводы»⁵⁰⁶. Таким образом, по мнению Конституционного Суда РФ, ч. 2 ст. 229 УПК РФ не ограничивает суд в возможности проведения предварительного слушания для разре-

⁵⁰⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан.

шения вопросов, требующих выяснения позиции сторон, в том числе реализации права подсудимого на изложение своего мнения. Очевидно, что к ним можно отнести и вопрос об отводе адвоката.

Отметим в связи со сказанным Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21 сентября 2011 г. № 30-011-18. В нем был отменен приговор в отношении А. на том основании, что на стадии предварительного расследования и судебного разбирательства его защиту осуществлял адвокат М., ранее защищавший по делу, выделенному в отдельное производство, Г., интересы которого противоречили интересам А. В изложении Верховным Судом РФ данного решения указано буквально следующее: «Поскольку данное существенное нарушение закона подлежало обсуждению и оценке еще в стадии предварительного слушания, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ приговор отменила, а дело направила на новое рассмотрение со стадии предварительного слушания»⁵⁰⁷. Тем самым Верховный Суд РФ подчеркнул возможность и необходимость разрешать на предварительном слушании вопрос о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

Таким образом, в силу законодательной неурегулированности и противоречивости практики при обнаружении судом на стадии подготовки дела к рассмотрению в суде признаков наличия обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, у судьи в арсенале фактически все три изложенных нами варианта. Очевидно, что если выбор осуществлять с позиции максимального обеспечения гарантий прав участников процесса, то оптимальным явилось бы назначение судьей предварительного слушания. Отвод адвоката может повлечь постановку сторонами вопроса о признании до-

⁵⁰⁷ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21 сентября 2011 г. № 30-011-18 (Извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 6. С. 12.

казательств, полученных с его участием, недопустимыми, что является основанием для проведения подготовки к судебному заседанию в данной форме по прямому предписанию закона (п. 1 ч. 2 ст. 229 УПК РФ).

Что касается мнения практиков на этот счет, то ни один секретарь СЗ/помощник судьи не посчитал, что судья может осуществить отвод адвоката при обычном порядке подготовки к судебному заседанию, в то время как этот вариант признали приемлемым 8,3 % судей и 33,3 % опрошенных адвокатов. Большинство секретарей СЗ/помощников судей (56 %) высказались за назначение судьей предварительного слушания и решения вопроса об отводе адвоката в его рамках. С тем, что судья может осуществить их отвод на предварительном слушании, согласны 39,4 % опрошенных адвокатов. Треть секретарей СЗ/помощников судей (32 %) посчитала, что судья должен в данной ситуации назначить судебное заседание и осуществить отвод адвоката в ходе его подготовительной части. Таким образом, на наш взгляд, при некоторой рассогласованности позиций можно проследить, что вариант проведения предварительного слушания пользуется большим одобрением у указанных категорий опрошенных. Этого не скажешь о судьях, с незначительным перевесом выбравших такой вариант решения ситуации, как назначение судебного заседания и осуществление отвода в его подготовительной части – 53,5 %. Чуть меньше – 39,5 % считает возможным назначить предварительное слушание и осуществить на нем отвод.

§ 3. Процессуальный порядок отвода адвоката в подготовительной части судебного разбирательства

УПК РФ предусматривает, что председательствующий осуществляет ряд процессуальных действий, направленных на обеспечение законности проведения судебного разбирательства в целом, составляющих самостоятельный, первый, подготовительный его этап, регламентируемый особо гл. 36 УПК РФ. Закономерным и логичным элементом подготовительной части судебного разбирательства является разрешение вопроса об отводах его участников. Фактически он представляет собой обеспечение судом реализации участниками процесса одного из предусмотренных законом процессуальных прав – права на отвод, которое, таким образом, особо выделено из общей массы прав участников судебного разбирательства.

Процедуре разрешения отводов в судебном разбирательстве посвящена ст. 266 УПК РФ «Объявление состава суда, других участников судебного разбирательства и разъяснение им права на отвод» (ей корреспондирует ст. 272 УПК РСФСР).

Указанное правовое регулирование по-разному оценивается в науке. Так, в свое время рядом ученых было заявлено, что ст. 272 УПК РСФСР в комментарии не нуждается⁵⁰⁸.

Нам же представляется, что процедура отвода в судебном разбирательстве регламентирована законом крайне скудно, непоследовательно, в науке недостаточно изучена, что негативно сказывается на практике.

В связи с этим мы исследуем процессуальный порядок отвода адвоката судом через призму реализации института отвода на дан-

⁵⁰⁸ Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В.И. Радченко; под ред. В.Т. Томина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 1999. С. 428–447.

ном этапе судебного разбирательства в целом, поставив перед собой целью выделение его этапов и выявление спорных вопросов регламентации и правоприменения.

Для этого мы подвергнем анализу как соответствующие положения УПК РФ и УПК РСФСР, так и посвященные им научные и научно-практические исследования и разработки. Среди последних значительный интерес представляют предложенные правоприменителям образцы ведения судебного разбирательства. Один из них разработан судьями Верховного Суда РФ и изложен в рекомендациях по проведению судебного заседания по уголовному делу в виде «типового примера ведения судебного заседания по уголовному делу публичного обвинения»⁵⁰⁹. Другой – коллективом судей, в основном – судьями областных, городских и районных судов⁵¹⁰, третий – заслуженным юристом РФ Л.С. Халдеевым в известной работе⁵¹¹.

Раскрывая процессуальный порядок обеспечения реализации института отвода в суде, прежде всего, отметим, что ч. 1 ст. 266 УПК РФ требует от председательствующего объявить состав суда и участников процесса. Председательствующий должен огласить состав суда (т. е. кто является судьями по делу), сообщить, кто является обвинителем, защитником, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями, а также секретарем судебного заседания, экспертом, специалистом и переводчиком (ч. 1 ст. 266 УПК РФ).

Что подразумевается им под этим объявлением? Что, например, означает: сообщить о том, кто является защитником по делу? За-

⁵⁰⁹ Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева. М.: Норма, 2004. С. 428–447.

⁵¹⁰ Сценарий судебного заседания по уголовному делу в суде первой инстанции: практ. пособие. М.: Акцион-медиа, 2013. 40 с.

⁵¹¹ Халдеев Л.С. Указ. соч. С. 69–111.

частую на практике председательствующие ограничиваются указанием фамилий, на это их ориентируют иногда сами ученые⁵¹². На наш взгляд, надлежащая реализация нормы, связывающей основания отвода с целым комплексом факторов, характеризующих, прежде всего, личность участника процесса, требует этим не ограничиваться. «... Представление участников процесса... только лишь по фамилиям существенно ограничивает право на заявление отводов», – справедливо отметил Л.С. Халдеев⁵¹³.

По вопросу о том, представление какого круга информации об участнике процесса будет достаточным, обратимся к рекомендациям высшей судебной инстанции на этот счет, выраженных в упомянутом «типовом примере...». Здесь председательствующим государственный обвинитель представлен как «помощник прокурора района, младший советник юстиции М.», защитник – как «адвокат З.», эксперт – как «научный сотрудник Всесоюзного научно-исследовательского института судебных экспертиз Л.», специалист – как «сотрудник научно-технического отдела Управления внутренних дел», переводчик – как «студент пятого курса филологического факультета государственного университета»⁵¹⁴. Обратим внимание на то, что здесь Верховный Суд РФ не акцентирует внимание судей на необходимость оглашения имени и отчества участников процесса при разъяснении права на их отвод (обозначает их так же, как делает это применительно ко всему судебному разбирательству и по отношению ко всем остальным участникам процесса, например, свидетелю). Следует указать на то, что помимо

⁵¹² О необходимости оглашения именно фамилий указывают авторы известного комментария Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Т. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2007. С. 398.

⁵¹³ Халдеев Л.С. Указ. соч. С. 79.

⁵¹⁴ Научно-практического пособие по применению УПК РФ. С. 431.

фамилии и процессуального статуса председательствующий объявляет и внепроцессуальный статус лица в виде занимаемой должности и места работы (учебы). При этом хотелось бы отметить, что в данных рекомендациях представление защитника явно отличается от объявления иных участников процесса: оно ограничивается указанием на то, что он адвокат. На наш взгляд, так же, как и остальных участников процесса, адвоката следовало бы персонифицировать указанием на адвокатское образование, в котором он состоит.

Таким образом, объявление председательствующим состава суда и участников процесса и есть первый, начальный этап реализации требований закона об обеспечении прав участников процесса на заявление отвода.

В науке можно встретить утверждение, что «после такого объявления председательствующий опрашивает поочередно всех участников процесса, начиная с подсудимого, имеются ли у них отводы и по каким основаниям»⁵¹⁵.

Однако это не так, и за объявлением состава суда и участников процесса, что явно вытекает из закона, следует разъяснение сторонам права на отвод профессиональных участников судебного разбирательства. При этом не все в этой регламентации бесспорно. Мы упоминали, что согласно ст. 266 УПК РФ председательствующий должен объявить не только состав суда, но и сообщить, кто является обвинителем, защитником и т. д. А вот по буквальному прочтению последующего текста закона он разъясняет сторонам право заявить отвод только составу суда или кому-либо из судей. Под «составом суда» подразумеваются исключительно судьи (секретарь суда тоже не включается), что следует как из названия

⁵¹⁵ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Т. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2007. С. 399.

ст. 266 УПК РФ «объявление состава суда, других участников судебного разбирательства...», так и анализа отдельных положений УПК РФ, где этот термин используется (например, п. 3 ч. 1 ст. 304 УПК РФ). В этой части УПК РСФСР закреплял обязанность председательствующего разъяснить право отвода не только составу суда или кому-либо из судей, но и прокурору, секретарю, эксперту, специалисту и переводчику (ч. 1 ст. 272 УПК РСФСР). Обратим внимание на то, что разъяснение права на отвод защитника или адвоката – представителя потерпевшего законодатель не предусматривал ни теперь, ни тогда.

Применительно к УПК РФСР это объяснимо тем, что законодатель, включив в УПК РСФСР ст. 67 (1) много позже принятия самого УПК РСФСР, не провел последовательно соответствующие изменения во всех нормах УПК РСФСР. Ограничение круга лиц, в отношении которых разъясняется право на отвод в действующем УПК РФ, объяснить достаточно сложно.

Анализ реализации положений ст. 266 УПК РФ требует обращения к уже упомянутым рекомендациям Верховного Суда РФ по проведению судебного заседания по уголовному делу.

В них предлагается разъяснять право заявления отвода не только в отношении судьи (как следует буквально из ст. 266 УПК РФ), но также и прокурора, эксперта, специалиста и переводчика, секретаря судебного заседания. При этом председательствующий должен объявить, что отвод возможен «по мотивам прямой или косвенной личной заинтересованности указанных лиц в деле, по мотивам необъективности, а также по другим причинам, указанным в ст. 61–63 УПК РФ».⁵¹⁶

⁵¹⁶ Научно-практическое пособие по применению УПК РФ. С. 432.

Заметим, что «Сценарий судебного заседания по уголовному делу...» содержит совершенно аналогичные предписания⁵¹⁷.

Следует отметить ущербность этого разъяснения по многим причинам. Например, никак не обозначены специальные основания отвода иных участников процесса (ст. 69–71 УПК РФ).

Однако главным для нас является то, что право заявить отвод участвующему в деле защитнику никак не упоминается. Приводимые мотивы отвода, очевидно, на защитника не распространяются.

Ответим на вопрос: действительно ли судья не должен разъяснять право на отвод защитника и представителя потерпевшего, как это следует из «типовых рекомендаций...» Верховного Суда РФ? На наш взгляд, ответ очевиден, и необходимость разъяснения этого права вытекает как из общего посыла о том, что реализация участниками процесса принадлежащего им права обеспечивается его разъяснением (ст. 11 УПК РФ), так и трактовкой самой нормы ст. 266 УПК РФ, в ч. 2 установившей, что суд заявленные отводы разрешает в порядке, установленном статьями 65, 66 и 68–72, т. е. в том числе и в отношении защитника и представителя потерпевшего⁵¹⁸.

Очевидно, что данная несовершенная правовая регламентация привела в том числе к тому, что на практике как раньше, так и теперь почти никогда не разъясняются нормы ст. 72 УПК РФ (ст. 67 (1) УПК РСФСР), исключаящие участие защитника (представителя потерпевшего) в деле, что уже отмечалось в научной литерату-

⁵¹⁷ Сценарий судебного заседания по уголовному делу в суде первой инстанции. С. 20.

⁵¹⁸ Отметим, что ч. 3 ст. 272 УПК РСФСР не упоминала о возможности разрешения отвода в порядке ст. 67 (1) УПК РСФСР, как будто вопрос об отводе защитника или представителя потерпевшего вообще не мог быть поставлен в судебном разбирательстве.

ре, в частности, Л.С. Халдеевым⁵¹⁹. И хотя эта практика вызвала негативную оценку со стороны указанного ученого, в предложенном им самим варианте реализации ст. 272 УПК РСФСР председательствующий ограничивается вслед за законодателем разъяснением права заявить отвод государственному обвинителю, секретарю, переводчику и эксперту⁵²⁰.

На наш взгляд, в исследуемой части законодатель поступил нелогично. Он должен был сделать либо общее указание на необходимость разъяснения судом права на отвод, либо, если уж пошел по пути перечисления участников процесса, в отношении которых он применяется, сделать этот перечень полным.

Что должно последовать после разъяснения сторонам права на отвод? Вроде бы логично предположить, что выяснение того, понятно ли сторонам это право и нет ли у них отводов. И упомянутые рекомендации Верховного Суда РФ, и сценарий судебного разбирательства, предложенный Л. Халдеевым, из этого и исходят⁵²¹. Для иных выводов ст. 266 УПК РФ не дает нам никаких поводов.

Но, как известно, согласно ч. 1 ст. 62 УПК РФ участники процесса, подлежащие отводу, в том числе при наличии обстоятельств, исключающих их участие в деле, обязаны заявить самоотвод.

Должен ли суд спрашивать у названных лиц о наличии этих обстоятельств и если да, то на каком этапе?

В «Типовых рекомендациях...» Верховного Суда РФ этот момент вообще не упоминается. В варианте, предложенном Л.С. Халдеевым, суд при разъяснении права на отвод других уча-

⁵¹⁹ Халдеев Л.С. Указ. соч. С. 83.

⁵²⁰ Там же. С.87.

⁵²¹ См.: Научно-практическое пособие по применению УПК. С. 432; Халдеев Л.С. Указ. соч. С. 88.

стников процесса объявляет, что спросит у них о наличии этих обстоятельств отдельно⁵²². Однако в какой момент это делается в дальнейшем, ученым не разъясняется. В ходе предложенного им сценария проведения судебного разбирательства этот вопрос не озвучивается.

Отметим, что в УПК РФ применительно к участникам процесса, которым индивидуально разъясняются права: переводчику, эксперту, специалисту (ст. 263, 269, 270 УПК РФ), нет требования о необходимости информирования их об обязанности заявления самоотвода.

Между тем законодатель считает обеспечением прав и свобод человека в уголовном процессе разъяснение участникам процесса не только их прав, но и обязанностей (ст. 11 УПК РФ).

Поэтому в целях обеспечения реализации института отвода в ходе судебного разбирательства председательствующий должен не только разъяснить право на отвод, но и обязанность заявить самоотвод. Фактически основания для заявления того и другого одни – это обстоятельства, исключающие участие данных субъектов в деле. Поэтому председательствующему следует разъяснить круг данных обстоятельств и объявить, что субъекты, подлежащие отводу, обязаны при их наличии заявить самоотвод, а все иные участники процесса – отвод.

В силу сказанного второй этап реализации процедуры отвода логичнее бы выглядел как разъяснение обстоятельств, исключающих участие в деле, с указанием на обязанность заявления самоотвода и разъяснением права на отвод.

Прежде чем выяснять наличие отводов, логично было бы выяснить наличие самоотвода у тех, чье участие в деле может исклю-

⁵²² Халдеев Л.С. Указ. соч. С. 87.

чаться в силу соответствующих обстоятельств. Этим предвосхищаются возможные отводы со стороны участников процесса.

На наш взгляд, выяснение наличия самоотводов и должно быть третьим этапом реализации института отводов в подготовительной части судебного разбирательства.

Следует отметить, что обеспечение судом выполнения сторонами обязанности по заявлению самоотвода неактуально применительно к профессиональным участникам процесса, которые презюмируются знающими свои процессуальные права и обязанности. Поэтому вполне объяснимо то, что связанные с этим логически вытекающие из института отвода этапы его процедуры часто выпадают из исследований ученых и практических рекомендаций. Однако если защитником/представителем потерпевшего выступает не адвокат, тогда выполнение судом названных полномочий должно быть обязательным.

При поступлении самоотвода суд должен его разрешить. Таким образом, четвертым возможным (факультативным) этапом реализации института отвода в ходе судебного разбирательства является разрешение самоотводов. Его процедура должна быть аналогична процедуре разрешения отводов, на которой мы остановимся позже.

Таким образом, выяснение судом у участников процесса, понятно ли им разъясненное право на отвод и имеются ли у них отводы, должно выступать уже пятым, обязательным этапом реализации института отвода в судебном разбирательстве. На этом этапе суд может получить заявление об отводе. Заявление отводов, согласно ч. 1 ст. 266 УПК РФ, осуществляется с учетом гл. 9 УПК РФ.

Должен ли заявленный отвод разрешаться сразу или необходимо выяснить сначала наличие или отсутствие отводов у всех участников процесса? На первый взгляд, закон не дает ответа на этот вопрос, однако из смысла ч. 6 ст. 65 УПК РФ, в соответствии с которой «если одновременно с отводом судье заявлен отвод кому-

либо из других участников производства по уголовному делу, то в первую очередь разрешается вопрос об отводе судьи» следует, что сначала надо выяснить у всех участников процесса, имеются ли у них отводы, а затем уже – разрешать полученные отводы с учетом вполне обоснованного приоритета, установленного законом.

В случае поступления хотя бы одного отвода от кого-либо из участников процесса обязательно наступает следующий этап реализации института отвода в подготовительной части судебного разбирательства: разрешение заявленных отводов. Что касается его процедуры, то ч. 2 ст. 266 УПК РФ указывает, что отвод суд разрешает в порядке, установленном ст.ст. 65, 66 и 68–72 УПК РФ. Однако фактически в ст. 66, 68–72 УПК РФ содержится упоминание об органе, разрешающем отвод, а этот орган называет сама ч. 2 ст. 266 УПК РФ. Таким образом, в УПК РФ нет четкого определения порядка, как должен разрешаться отвод, заявленный участником процесса в рамках судебного разбирательства.

В отличие от процедуры отвода применительно к подготовительной части судебного разбирательства достаточно подробно регламентирован порядок разрешения судом заявленного стороной ходатайства. УПК РФ, безусловно, разводит заявление ходатайства (ст. 271 УПК РФ) и заявление отвода (ст. 266 УПК РФ). Можно ли использовать по аналогии ст. 271 УПК РФ в части процедуры их разрешения? Безусловно, между ними есть много общего: ведь, по сути, если ходатайство в широком смысле – это «официальная просьба о выполнении каких-либо процессуальных действий, принятии решений», то заявление отвода можно рассматривать как разновидность ходатайства, отличающееся содержанием просьбы, основаниями заявления⁵²³.

⁵²³ Вопрос о соотношении ходатайства и заявления об отводе был особо освещен нами в § 3 главы 4 данной монографии.

Соответственно, можно ли применить к институту отвода процедуру разрешения ходатайств по ст. 271 УПК РФ, предусматривающую, что лицо, заявившее ходатайство, должно его обосновать, затем суд обязан выслушать мнение участников процесса по этому поводу, и удовлетворить его либо вынести определение или постановление об отказе в удовлетворении ходатайства?

Что касается порядка разрешения заявленного отвода, то в рекомендациях Верховного Суда РФ отмечается следующее: «Если заявлен отвод кому-либо из участников процесса, то первым вправе дать объяснение тот участник процесса, которому заявлен отвод, затем по поводу заявленного отвода высказываются все участники процесса, после чего судья удаляется в совещательную комнату для обсуждения отвода и вынесения постановления»⁵²⁴. Таким образом, Верховный Суд РФ в целом ориентирует нас на порядок разрешения отвода, близкий к порядку разрешения ходатайства. Это воспринято в науке: «Разрешая вопрос об отводе, суд должен выслушать мнение участников процесса по этому поводу»⁵²⁵.

Принять решение по заявленному отводу суд может, лишь выслушав мнение сторон, и, прежде всего, того субъекта, которому заявлен отвод. На это прямо указывает «Сценарий судебного заседания...»⁵²⁶. Для чего это нужно? Очевидно, что для лица, которому заявлен отвод, – это возможность представить информацию, опровергающую наличие обстоятельств, исключающих его участие в деле. Отметим, что понимание этого есть и на практике: на вопрос «должен ли суд выслушать мнение защитника в случае за-

⁵²⁴ Научно-практическое пособие по применению УПК РФ С. 432.

⁵²⁵ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 39.

⁵²⁶ Сценарий судебного заседания по уголовному делу в суде первой инстанции. С. 21.

явления ему отвода» 97,7 % судей и 92 % помощников судей/ секретарей судебных заседаний ответили положительно.

А вот выслушивать мнение сторон о целесообразности принятия решения об отводе, что характерно для разрешения ходатайств, бессмысленно. Поскольку в силу публичности института отвода установление обстоятельств, исключающих участие субъекта в деле, требует его отвода безотносительно к тому, возражают или нет другие участники процесса против их применения. Вместе с тем обращение к сторонам с этим вопросом также признается практиками обязательным: на вопрос «Обязан ли суд выслушать при этом еще и мнение сторон» судьи единогласно ответили «да», только 10 % помощников судей/секретарей судебного заседания посчитали, что он этого делать не должен.

После выяснения мнения участников процесса по заявленным отводам суд принимает решение. Согласно ч. 2 ст. 256 УПК РФ для этого он удаляется в совещательную комнату. Решение по заявленному отводу оформляется в виде отдельного определения (постановления), подписываемого судьями (судьей) (ч. 2 ст. 256 УПК РФ). Отметим, что отказ в удовлетворении отвода должен быть судом мотивирован.

Тем самым законодателем подчеркивается значимость решения об отводе, оно особо выделено в числе тех, для разрешения которых уединение выступает обязательным условием. Заметим, что несоблюдение этого требования считается существенным нарушением уголовно-процессуального закона, что влечет как отмену самого решения суда по заявленному отводу, так и вынесенного приговора. Например, суд разрешил заявленный ему защитником отвод без удаления в совещательную комнату с принятием решения на месте. Кассационная инстанция данное обстоятельство признала существенным нарушением процедуры рассмотрения отвода

и отменила приговор⁵²⁷. Очевидно, что практика разрешения судом отвода адвоката «на месте» должна влечь те же процессуальные последствия.

Что касается результатов опроса по поводу реализации требований института отвода в подготовительной части судебного заседания, то они следующие.

На наш вопрос: «Объявляете ли вы в подготовительной части судебного заседания сторонам о наличии у них права на отвод защитника (представителя потерпевшего)» ответ «да, всегда» дали 69,7 % опрошенных судей, «да, иногда» – 7 % ответивших. 7 % опрошенных судей указали, что делают это, но очень редко. Также 16,3 % ответили, что данное право не разъясняют.

Можно сравнить данные показатели с результатами опроса помощников судей/ секретарей судебных заседаний, 74 % из которых указали, что судьи данное право разъясняют всегда, 4 % сказали, что иногда, 6% признали, что они делают это крайне редко. 12 % опрошенных этой категории отметили, что судьи данное право не разъясняют.

Что касается разъяснения данного права, то на вопрос о том, объявляются ли основания (мотивы) отвода, ответили «да» 60,4 % положительно ответивших на предыдущий вопрос судей, при этом 41 % из них ответили, что делают это только иногда. Остальные 39,6 % указали, что основания отвода вообще не разъясняют. Из секретарей судебного заседания / помощников судей, указавших, что судья разъясняет сторонам право на отвод, чуть меньше половины – 48 % отметили, что при этом им разъясняются основания отвода. 38 % отметили, что судьи не делают этого никогда (14 % затруднились с ответом).

⁵²⁷ Кассационное определение Судебной коллегии по УД ВС Республики Тыва от 18 июля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-tyva-respublika-tyva-s/act-468583247>.

Таким образом, если опрошенные в целом указывают на то, что право на отвод объявляется, то с разъяснением этого права, по их же признанию, дела обстоят намного хуже.

Непосредственный анализ процедуры подготовительной части судебного разбирательства показал, что опрошенные несколько приукрасили ситуацию. Суды зачастую не только не выполняют те особые требования к обеспечению права на отвод адвоката, о которых мы говорили, но и весьма формально относятся к выполнению прямых предписаний закона по реализации права на отвод на начальном этапе судебного разбирательства. Так, анализ 10 судебных разбирательств показал следующее: во всех случаях судьи оглашали состав суда, называли, кто является защитником с указанием имени/отчества. В 2/3 случаев адвокатское образование указано не было. Сторонам было разъяснено право на отвод, однако в половине случаев защитник в числе субъектов, подлежащих отводу, не назывался. Также в половине случаев разъяснялись обстоятельства, исключающие участие в деле защитника. Только в 1 случае профессиональные участники процесса были спрошены о наличии самоотвода. Во всех случаях у сторон спросили, понятно ли им право на отвод и имеются ли у них отводы. Ни в одном случае отвод защитнику не заявлялся.

Все это свидетельствует о том, что процедура судебного разбирательства с его широким кругом участников, сложной системой и целым комплексом процессуальных действий для реального осуществления субъектами своих прав, в том числе права на отвод, требует участия профессионального представителя⁵²⁸.

⁵²⁸ В этой связи мы хотели бы провести параллели с американской правовой системой: «В соответствии со старой традицией англо-американской юридической системы каждый может сам представлять себя в суде. Однако современное право и судопроизводство настолько сложны, что на практике ни один человек не может представлять себя в суде сам, за исключением наиболее простых дел. Для обеспечения полного и объективного рассмотрения дел необходима помощь юристов».

Таким образом, мы выделили этапы, определяющие наиболее оптимальную последовательность процедуры реализации института отвода в подготовительной части судебного разбирательства.

Первый – объявление председательствующим состава суда и участников процесса. Второй – разъяснение обстоятельств, исключая участие в деле с указанием на обязанность заявления самоотвода и разъяснением права на отвод. Третий – выяснение наличия самоотводов. Четвертый – выяснение наличия отводов.

Дополнительным элементом этой процедуры может быть разрешение заявленного отвода (самоотвода), состоящее из выяснения мнения участников процесса о заявленном отводе (самоотводе) и принятия судом итогового решения.

Что касается места разрешения отводов в системе подготовительных действий, то оно логически следует за проверкой явки участников процесса в суд (ст. 262 УПК РФ), разъяснением прав переводчику (ст. 263 УПК РФ), удалением свидетелей из зала судебного заседания (ст. 264 УПК РФ) и установлением личности подсудимого и своевременности вручения ему копии обвинительного заключения (ст. 264 УПК РФ). Оно предвещает разъяснение прав участникам процесса (ст. 267–270 УПК РФ), заявление и разрешение ходатайств (ст. 271 УПК РФ) и решение вопроса о возможности рассмотрения уголовного дела в отсутствие кого-либо из участников процесса (ст. 272 УПК РФ).

При всей логичности данной последовательности иногда ученые отмечают наличие в ней некоторых недостатков. Так, например, высказано мнение, что в целях процессуальной экономии ходатайство о допуске к участию в деле надо разрешать до разъяснения права заявлять отводы⁵²⁹. Очевидно, что применительно к ад-

См.: Мидор Д. Дж. Американские суды. Сент-Пол, Миннесота: Уэст Паблшинг Компани, 1991. С. 62.

⁵²⁹ Винокурова Л.В. Указ. соч. С. 28.

вокату эта проблема не актуальна. Он вправе участвовать в уголовном процессе с момента представления ордера и удостоверения, его вступление в дело не может быть отложено на последний этап подготовительной части судебного заседания.

Таким образом, можно выделить 6 этапов реализации требований института отвода на подготовительной части судебного разбирательства, четыре из которых обязательны:

1. Объявление председательствующим состава суда и участников процесса.
2. Разъяснение председательствующим обстоятельств, исключающих участие в деле, обязанности заявления самоотвода и права на отвод.
3. Выяснение наличия самоотводов.
4. Разрешение заявленных самоотводов*.
5. Выяснение председательствующим, понятно ли сторонам право на отвод и имеются ли у них отводы.
6. Разрешение заявленных отводов*.

Этапы, обозначенные звездочкой, являются факультативными, т. е. присутствуют только в том случае, если самоотвод/отвод были заявлены.

§ 4. Отвод адвоката после начала судебного следствия

УПК РФ прямо не ограничивает возможность заявления отвода адвокату в ходе судебного разбирательства какими-либо временными рамками.

Вместе с тем в науке встречаются утверждения, что по закону это допустимо делать до начала судебного следствия, а после – только при наличии определенного условия. Так, например, в комментарии к Уголовно-процессуальному кодексу РФ можно

прочсть: «На предварительном следствии отвод адвокату заявляется после того, как стали известны основания для отвода, а в судебном заседании – до начала судебного следствия. Однако закон не запрещает отвод адвоката и в других частях судебного разбирательства при условии, что основания для отвода стали известны после начала судебного следствия»⁵³⁰. Аналогичную мысль высказывают и другие ученые как в научной, так и в учебной литературе⁵³¹. Следует отметить, что этот запрет прямо выражен в уголовно-процессуальных кодексах некоторых стран СНГ. Так, действующий УПК Украины устанавливает временные ограничения на заявление отвода, причем в отношении любого участника процесса (следовательно, и адвоката)⁵³².

Разбираясь в действии данного правила в отечественном уголовном процессе, заметим, что рассматриваемое условие заявления отвода уголовно-процессуальный закон устанавливает как ранее, так и сейчас, но только применительно к судье (ч. 2 ст. 64 УПК РФ, ч. 2 ст. 61 УПК РСФСР)⁵³³. Очевидно, что ученые провели параллели между отводами этих участников процесса и применили аналогию закона.

⁵³⁰ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В.И. Радченко; под ред. В.Т. Томина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 1999. С. 128.

⁵³¹ Козырев Г.Н. Указ. соч. С. 39; Комментарий к ст. 64 УПК РФ // Сайт адвоката Карафелова А.М. URL: <http://ugolovno-processualniy-kodeks-rf.com/statya-64-zayavlenie-ob-otvode-sudi>; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юрист, 1998. С. 408; Халдеев Л.С. Указ. соч. С. 87.

⁵³² Согласно ч. 4 ст. 80 УПК Украины, «заявления об отводе в ходе судебного производства подаются до начала судебного разбирательства. Подача заявления об отводе после начала судебного разбирательства допускается лишь в случаях, если основание для отвода стало известно после начала судебного разбирательства».

⁵³³ Аналогичная норма также применительно к судье присутствует в уголовно-процессуальных кодексах других государств: ч. 2 ст. 56 УПК Украины от 28 декабря 1960 года, ч. 2, 3 ст. 79 УПК Республики Беларусь от 16 июля 1999 г., ч. 3 ст. 88 УПК Армении от 1 июля 1998 г.

Допустима ли она в данном случае? Для ответа на этот вопрос исследуем правовой смысл обозначенной нормы закона, процедуру реализации и практику ее применения в отношении судьи.

Прежде всего, очевидно, что по своей сути норма ч. 2 ст. 64 УПК РФ – некоторое сужение права на отвод судьи. Закон, рассматривая последнее, при этом же и ограничивает его рамками первого этапа судебного разбирательства. Положение ч. 2 ст. 64 УПК РФ можно соотнести с ч. 3 ст. 271 УПК РФ, согласно которой лицо, которому отказано в удовлетворении ходатайства, вправе заявить его вновь в ходе дальнейшего судебного разбирательства. Если рассматривать заявление отвода как ходатайство (просьбу) стороны об устранении определенного субъекта из производства по делу, то очевидно, что данное ходатайство в отношении судьи повторному заявлению не подлежит.

Для чего законодателю потребовалось устанавливать данное правило? Ясно, что, обеспечивая процессуальную экономию, законодатель создает стимул для обнародования сторонами оснований отвода судьи на первом, начальном этапе судебного разбирательства. Достаточно значимо, чтобы при невозможности рассмотрения дела конкретным судьей судебное разбирательство не продлилось далее его подготовительной части. Закон препятствует в данном случае переходу заявления об отводе судьи в плоскость тактики: когда сторона умышленно его откладывает по определенным соображениям, обуславливая, например, поведением судьи или той или иной процессуальной обстановкой.

Каков законодательный механизм обеспечения действия этой нормы?

По логике требование ч. 2 ст. 64 УПК РФ должно подкрепляться признанием законодателем диспозитивности обстоятельств, исключающих участие судьи в процессе. Согласие лица на разрешение его дела судьей при наличии последних, выраженное путем

незаявления ему отвода до начала судебного следствия, должно было бы приводить к лишению юридической силы требований закона о недопустимости участия такого судьи в уголовном судопроизводстве.

Нивелируются ли на самом деле установленные ст. 61 УПК РФ обстоятельства, исключающие участие судьи в уголовном процессе в том случае, если до начала судебного следствия ему не заявлялся отвод сторонами, знающими об их наличии? На наш взгляд, весьма сомнительно, что «да».

В основе существования нормы ч. 2 ст. 64 УПК РФ лежит, безусловно, публично-правовой интерес, состоящий в том, чтобы обстоятельства, исключающие участие судьи в деле, были обнародованы тогда, когда это принесет наименьший урон и наибольшую пользу для осуществления судопроизводства. Но и в основе установления обстоятельств, исключающих участие судьи в деле, тоже публичный интерес, в силу чего они, как известно, императивны и действуют независимо от усмотрения сторон. Именно поэтому, если сторона не заявила отвод судье в подготовительной части судебного разбирательства, зная о наличии оснований для его отвода, это не значит, что судья получил индульгенцию на рассмотрение данного дела при наличии обстоятельств, исключающих его участие в нем. Именно поэтому незаявление отвода судье на первом этапе судебного разбирательства само по себе не может служить основанием для отказа в удовлетворении жалобы на приговор, обоснованной незаконностью состава суда. Рассмотрение дела судьей, подлежащим по закону отводу, должно признаваться существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 2 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ), независимо от того, заявляла ли сторона об отводе судьи ранее и когда она об этих основаниях узнала.

Достигается ли процессуальная экономия частью 2 ст. 64 УПК РФ, если установленным ею ограничением возможности заявления отвода судье приговор может быть обречен на отмену?

По-видимому, мы должны постараться найти положительный ответ на этот вопрос, и искать его надо в процессуальном порядке применения этой нормы.

Процедура разрешения заявления об отводе судьи после начала судебного следствия законом специально не определена. На практике существует недопонимание того, как должен поступить судья в случае заявления ему отвода в рассматриваемом нами случае, т. е. в ходе судебного следствия, в судебных прениях и в последнем слове подсудимого.

Известны факты игнорирования судьями таких заявлений, отражения мнения о них только в самом приговоре, вызывающие весьма противоречивые оценки⁵³⁴.

В то же время существует и противоположная практика, отмеченная учеными: «Заявленные отводы разрешаются без выяснения установленного в законе расплывчато ограничения об известности или неизвестности стороне, заявившей отвод, оснований для его заявления ранее, до судебного следствия»⁵³⁵. Специально проведенное Л.Д. Калинкиной исследование показало, что разрешение отводов во всех случаях их заявления в ходе судебного следствия происходило в порядке ст. 65 УПК РФ⁵³⁶.

Не способствует прояснению ситуации на практике и уголовно-процессуальная наука. Следует отметить, что некоторые ученые

⁵³⁴ Особенно активно обсуждаются случаи, когда суд не рассматривает отвод, заявленный ему подсудимым в последнем слове. См.: Zona zakona.ru Юридический интернет-портал. URL: <http://www.zonazakona.ru/showthread.php?t=140493>; Закон. Форум прокуроров и следователей. URL: <http://law.vl.ru/forum/view-topic.php?f=4&t=11140>.

⁵³⁵ Калинкина Л.Д. Указ. соч. С. 20.

⁵³⁶ Там же.

весьма самобытно трактуют содержащееся в ч. 2 ст. 64 УПК РФ условие допустимости заявления отвода после начала судебного следствия: когда основание для отвода было стороне «ранее не известно». Одни его определяют так: «Основание для отвода стало известно участнику уголовного судопроизводства, являющемуся стороной процесса, из доказательств, исследованных в ходе судебного следствия»⁵³⁷, другие – как отсутствие «каких-либо объективных препятствий» к заявлению отвода на подготовительной части судебного разбирательства⁵³⁸. На наш взгляд, первая позиция необоснованно сужает возможность заявления отвода в ходе судебного следствия. Если при действии такого общего условия судебного разбирательства, как непрерывность (ч. 2 ст. 240 УПК РСФСР), и отсутствии средств мобильной коммуникации, такая трактовка почти соответствовала законодательству, то теперь этого сказать нельзя. Вторая же расширяет условие, установленное законом, учитывающее только субъективный фактор (знание или незнание обстоятельств, исключающих участие судьи в деле).

Каков же должен быть алгоритм действий судьи, получившего отвод в ходе судебного следствия? Если по закону он должен заявляться до начала судебного следствия, вправе ли судья оставить заявление, сделанное позже, без рассмотрения? Ответ не может быть однозначно положительным хотя бы потому, что из указанного правила сделано исключение, обязывающее суд, как минимум, установить, когда стороне стали известны те обстоятельства, на которые она ссылается.

Анализ встречающихся на практике ситуаций оставления заявления об отводе судьи без рассмотрения позволяет сделать вывод,

⁵³⁷ Комментарий к ст. 64 УПК РФ // Сайт адвоката Карафелова А.М. URL: <http://ugolovno-processualniy-kodeks-rf.com/statya-64-zayavlenie-ob-otvode-sudi>.

⁵³⁸ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 1998. С. 408.

что оно признается законным в том случае, когда из материалов дела очевидно следует, что обстоятельства, на которые ссылается сторона в его обоснование, были известны ей до начала судебного следствия. Например, когда отвод по данному основанию ею уже заявлялся, и был судьей разрешен.

Так, по делу Ф. и М. суд не рассмотрел заявление адвоката М. об отводе народного заседателя М., сделанное после начала судебного следствия, и кассационная инстанция – Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ признала это правомерным. Из существа кассационного определения следует, что отвод этому участнику процесса по этому же основанию заявлялся этим же адвокатом ранее, и был разрешен судом в соответствии с требованиями УПК РФ⁵³⁹.

По общему же правилу игнорирование заявления об отводе судьи, поданного после начала судебного следствия, признается нарушением процессуального закона. И в этом есть резон: отсутствие специальной правовой регламентации не означает ее отсутствие в принципе. Очевидно, законодатель предлагает суду, получившему заявление об отводе после начала судебного следствия, обратиться к общим положениям об отводе (ст. 65, 66 УПК РФ), как он прямо сделал при регламентации подготовительной части судебного разбирательства (ст. 266 УПК РФ). Все это требует от судьи не оставлять заявление об отводе, поданное после начала судебного следствия, без внимания, а принять по нему решение с соблюдением требования ч. 2 ст. 256 УПК РФ.

Сказанное подтверждает дело Р., заявившего отвод председательствующему в период судебного следствия. Его заявление осталось без разрешения. В своем определении по замечаниям на прото-

⁵³⁹ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 27 февраля 2003 г. № 45-о02-146. URL: <http://docs.cntd.ru/document/885142041>.

кол судебного заседания суд отметил особо, что отвод председательствующему в подготовительной части Р. не заявлял. Согласно ст. 61 УПК РСФСР отвод судье должен быть заявлен до начала судебного следствия, никаких оснований для постановки вопроса об отводе председательствующему, предусмотренных ст. 59 УПК РСФСР, Р. не указал. Ходатайство Р. суд счел противоречащим закону, а потому, как он отметил в определении, оно судом не обсуждалось и не было отражено в протоколе судебного заседания.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала, что такое решение суда по поводу ходатайства осужденного не соответствует требованиям ст. 59, 61 и 62 УПК РСФСР (ныне – ст. 61, 62, 64 и 65 УПК РФ), а также ст. 261 УПК РСФСР (ныне – ст. 256 УПК РФ) и грубо нарушает право Р. на защиту. В соответствии со ст. 261 УПК РСФСР (ныне – ст. 256 УПК РФ) по всем вопросам, которые разрешаются во время судебного разбирательства, суд выносит определения. Определения об отводах выносятся судом в совещательной комнате и излагаются в виде отдельного документа. Суд этого требования закона не выполнил. Было отмечено также, что утверждение суда о том, что отвод составу суда может быть заявлен только до начала судебного следствия, противоречит закону, поскольку, как следует из содержания самого заявления об отводе, основания для него у Р. возникли в процессе судебного следствия. Поэтому в соответствии со ст. 61 УПК РСФСР (ст. 64 УПК РФ) заявление об отводе подлежало обязательному обсуждению с вынесением определения в порядке ст. 261 УПК РСФСР (ст. 256 УПК РФ)⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Если суд в установленном порядке не рассмотрел заявление об отводе, приговор подлежит отмене // Сборник постановлений Президиума и определений судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР (1974–1979 гг.) / под ред. А.К. Орлова. сост. Т.В. Воробьева, З.Г. Андропова. М.: Юрид. лит., 1981. С. 343–344.

Необходимость обеспечения данного правила во всех случаях не всегда осознается судами. Некоторые ситуации заявления отвода суду после начала судебного следствия воспринимаются как не требующие его соблюдения. Иногда дело проходит несколько инстанций, прежде чем указанное предписание закона будет реализовано.

Так, по делу Д., Н., Л., М., М. и К. адвокат заявил отвод судье в связи с репликами последнего, якобы имевшими место в судебном заседании, свидетельствующими, по его мнению, о необъективном ведении судебного следствия, и предопределившими исход дела. Мотивы отвода были изложены им в письменном заявлении, приобщенном к материалам дела, в котором адвокат изложил реплики председательствующего. Суд, выслушав мнения участников процесса, разрешил его в судебном заседании в полном составе суда.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Башкортостан приговор отменила и дело направила на новое судебное рассмотрение.

Президиум Верховного Суда Республики Башкортостан определение кассационной инстанции отменил и дело передал на новое кассационное рассмотрение.

При повторном кассационном рассмотрении приговор оставлен без изменения.

Судебная коллегия по уголовным делам удовлетворила протест заместителя Председателя Верховного Суда РФ, указав на несостоятельность доводов судов кассационной инстанции о том, что поскольку реплики председательствующего в протоколе судебного заседания не отражены и адвокат в своих замечаниях на протокол не настаивал на их включении, не представляется возможным проверить, имели они место в действительности.

Наличие заявления адвоката, приобщенного к протоколу судебного заседания, требовало вынесения судом решения с соблюде-

нием предусмотренной законом процедуры – в совещательной комнате в отсутствие отводимого (ст. 61 УПК РФ)⁵⁴¹. Соответственно, даже если информация, на которую сторона ссылается в обоснование отвода, заведомо для суда не была зафиксирована в материалах дела, но из заявления стороны следует, что основание для него возникло в ходе судебного следствия, суд обязан вынести решение по отводу с соблюдением соответствующей процедуры.

Разрешение по существу отвода, заявленного судье после начала судебного следствия, способно затянуть процесс, ибо требует доказывания наличия или отсутствия обстоятельств, исключающих участие судьи в уголовном процессе. В связи с этим законодатель и предоставил судье возможность отказать в удовлетворении заявленного ему отвода, ссылаясь на формальное основание: время его заявления. Между тем, принимая данное решение, суд фактически разрешает заявленный ему отвод и по существу, констатируя отсутствие обстоятельств, исключающих его участие в процессе. Как субъект, которого обнародованные в заявлении об отводе обстоятельства непосредственно касаются, он выражает тем самым свое отношение к факту их существования и их оценке. В противном случае он был бы обязан заявить самоотвод (ч. 1 ст. 62 УПК РФ).

В связи со сказанным можно сделать вывод, что норма ч. 2 ст. 64 УПК РФ вовсе не предоставляет суду право произвольно игнорировать отвод, заявленный ему после начала судебного следствия. Она защищает суд от явных случаев «злоупотребления правом» – неоднократного заявления сторонами отводов судье по одним и тем же основаниям.

⁵⁴¹ Надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 декабря 1992 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 8. С. 8.

Безусловно, проблема заявления отводов после начала судебного следствия особенно актуальна именно в отношении судьи. Будучи субъектом, принимающим итоговое решение по делу, он подвергается острой критической оценке сторон, лично, прямо или косвенно заинтересованными в исходе дела и в отстранении его от участия в нем при сомнении в вынесении им благоприятного решения. Лица, уже заявлявшие отвод судье, могут и в ходе судебного следствия не оставлять попыток устранить его из производства по делу. Именно поэтому, очевидно, законодатель и установил особые ограничительные правила по заявлению отвода судье после начала судебного следствия.

Запрет ч. 2 ст. 62 УПК РФ, предусмотренный в отношении судьи, актуален также в связи с тем, что основания его отвода могут появиться именно в ходе судебного следствия. На этом этапе судебного разбирательства могут быть обнаружены его предвзятость и тенденциозность. Их проявления возможны, например, в форме реплик и суждений по поводу обстоятельств рассматриваемого дела, ставящих под сомнение его беспристрастность⁵⁴², или нарушений судьей установленного порядка судебного разбирательства⁵⁴³.

Все это, примеряя к адвокату и основаниям его отвода, предусмотренным ст. 72 УПК РФ, не значимо. Аналогичные действия со стороны адвоката не являются обстоятельствами, исключающими

⁵⁴² Надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 декабря 1992 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 8. С. 8.

⁵⁴³ Сборник постановлений Президиума и определений Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР (1974–1979 гг.) / под ред. А.К. Орлова; сост. Т.В. Воробьева, З.Г. Андропова. М.: Юрид. лит., 1981. С. 343–344; вопреки предписаниям Конституционного Суда РФ, судья зачитал обвинительное заключение, исследовал доказательства. См.: Постановление Европейского суда по правам человека 18 мая 2010 г. по делу «Озеров против Российской Федерации» (жалоба № 64962/01).

его участие в деле, они могут служить основанием для его отвода путем отказа от защитника (ст. 52 УПК РФ) или замены судом в порядке ч. 2 ст. 258 УПК РФ.

На наш взгляд, отвод судьи и отвод адвоката в ходе судебного следствия при всей кажущейся схожести весьма различны и по механизму разрешения.

Конституционный Суд РФ указал, что «статья 62 УПК РФ закрепляет обязанность перечисленных в ней лиц – при наличии оснований для их отвода – устраниваться от участия в производстве по делу, т. е. заявить самоотвод. Эта обязанность возникает независимо от того, знают ли о наличии таких оснований другие участники процесса и требуют ли они отвода названных лиц»⁵⁴⁴. Тем более эта обязанность существует независимо от того, заявила ли сторона о наличии этих обстоятельств до начала судебного следствия или после. Судья, отказывающийся в удовлетворении заявленного ему отвода по причине того, что обстоятельства, на которые сторона ссылается, были известны ей до начала судебного следствия, фактически выносит решение и по существу: он констатирует отсутствие оснований для отвода, иначе он заявил бы самоотвод, выполнив обязанность, установленную законом (ч. 1 ст. 62 УПК РФ).

Очевидно, именно из этих соображений отмечается, что «отвод, заявленный судье после начала судебного следствия, не имеет юридического значения и не обязывает суд рассматривать его в порядке, установленном ст. 65 УПК РФ, *если нет законных оснований для устранения судьи от участия в судопроизводстве* (выделено мной. – А. Т.)»⁵⁴⁵. Заметим, что здесь обосновывается не-

⁵⁴⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 21 октября 2008 г. № 947-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.А. Курбанова на нарушение его конституционных прав положениями ст. 29, 61–65, 125, 256, 294, 295, 299, 355, 379, 409 и 413 УПК РФ».

⁵⁴⁵ Комментарий к ст. 64 УПК РФ // Сайт адвоката Карафелова А.М. URL: <http://ugolovno-processualniy-kodeks-rf.com/statya-64-zayavlenie-ob-otvode-sudi>.

рассмотрение судом заявленного ему отвода именно отсутствием обстоятельств, исключающих участие в деле. Их наличие или отсутствие для судьи бывает очевидно, так как они имеют самое непосредственное к нему отношение.

В случае с адвокатом ситуация иная. Заявление отвода – это право стороны, а заявление самоотвода – это обязанность участника процесса, к выполнению которой суд не должен быть безразличен. У судьи нет гарантий выполнения этой обязанности адвокатом в случае заявления последнему отвода после начала судебного следствия, поэтому отклонение судьей такого отвода только по тем мотивам, что сторона знала ранее о наличии этих обстоятельств, недопустимо.

Распространение правила ч. 2 ст. 62 УПК РФ на адвоката бессмысленно еще и потому, что заявление кем-либо отвода адвокату по обстоятельствам, известным ему до начала судебного следствия, не лишает другого участника процесса, узнавшего о наличии этих обстоятельств из данного заявления, продублировать этот отвод от своего имени.

Кроме того, суд является субъектом, который может осуществить отвод любого участника процесса и по собственной инициативе. Поэтому даже если отвод адвокату будет заявлен после начала судебного следствия по обстоятельствам, известным стороне ранее, суд не вправе оставить без внимания обнародованное обстоятельство, исключающее его участие в процессе. Он должен проверить его наличие и принять соответствующее решение.

На наш взгляд, признание неизвестности стороне оснований для отвода адвоката обязательным условием его рассмотрения после начала судебного следствия способно далеко увести суд в исследование того момента, когда данные обстоятельства стали известны заявителю, в то время как он мог быть уже быть разрешен по существу.

Все это свидетельствует о том, что установленное ч. 2 ст. 64 УПК РФ временное ограничение на заявление отвода судье не должно распространяться на отвод адвоката.

Опрос практиков показал, что секретари судебного заседания/помощники судей почти единодушно придерживаются данной точки зрения. 74 % из них указали, что судья должен рассмотреть заявленный в ходе судебного следствия отвод адвокату в любом случае. Соответственно, менее трети – 26 % – посчитали, что он сделает это только тогда, когда основания для отвода не были известны заявителю ранее. Близки к данному результату и мировые судьи, отдавшие данным вариантам ответов 76,7 и 18,6 % голосов соответственно. Только 4,7 % решили, что он вправе не рассматривать этот отвод, ссылаясь на то, что сторона не воспользовалась правом на заявление отвода в подготовительной части судебного разбирательства.

Результаты опроса приведены в табл. 16.

Таблица 16

В случае заявления отвода адвокату стороной в ходе судебного следствия судья:	Секретари СЗ / помощники судей, %	Судьи, %
будет рассматривать его по существу в любом случае;	74	76,7
не будет его рассматривать, ссылаясь на то, что сторона не воспользовалась правом на заявление отвода в подготовительной части;	26	4,7
рассмотрит его только в том случае, если основание для него не было известно заявителю ранее;	0	18,6
иное	0	0

Опрошенные адвокаты продемонстрировали не столь единодушное представление о праве сторон заявить им отвод. Положительный ответ на вопрос, вправе ли стороны отвести адвоката в ходе судебного следствия, обусловили незнанием ранее оснований отвода 48,5 % опрошенных, 33,3 % дали категоричный положительный ответ, 15,2 % – столь же категоричный отрицательный (3 % адвокатов затруднились с ответом).

Результаты опроса представлены в табл. 17.

Таблица 17

Вправе ли стороны заявить отвод адвокату в ходе судебного следствия?	Адвокаты, %
Да	33,3
Да, только в том случае, если основания для отвода были ранее неизвестны	48,5
Нет, не вправе	15,2
Нет ответа	3

Таким образом, данная категория опрошенных скорее склонна полагать, что отвод адвоката в ходе судебного следствия обусловлен фактом незнания соответствующих оснований ранее. На наш взгляд, это отражает то, что адвокаты в целом положительно оценивают возможность ограничения права на заявление им отвода в ходе судебного разбирательства.

Особо мы спросили у секретарей судебных заседаний / помощников судей и судей о том, как должен поступить судья, если отвод адвокату – представителю потерпевшего будет заявлен подсудимым в последнем слове. Результаты были получены следующие (табл. 18):

Таблица 18

В случае заявления подсудимым отвода адвокату – представителю потерпевшего в последнем слове судья должен:	Секретари СЗ / помощники судей, %	Судьи, %
остановить подсудимого, разрешить вопрос об отводе в обычном порядке и продолжить заслушивание последнего слова;	34	30,2
выслушать последнее слово, решение по заявленному отводу отразить в приговоре;	24	20,9
не принимать решение по данному отводу;	36	30,2
иное (указываем самостоятельно), возобновить судебное следствие и разрешить отвод;	0	14
нет ответа	6	4,7

Результаты опроса свидетельствуют о том, что данные категории опрошенных уже не столь категоричны в своей позиции о необходимости разрешения отвода адвокату, заявленного после начала судебного следствия, применительно к последнему слову подсудимого. Между тем никаких оговорок, связанных с этим введенным нами условием, закон не делает. Практике известны случаи, когда судья возобновляет судебное следствие для принятия решения об отводе адвоката. Так, в ходе судебных прений Дзержинский районный суд г. Ярославля выявил тот факт, что адвокат Храпунков, осуществлявший защиту М.А. Богословского, являлся супругом свидетеля, чьи интересы, по мнению суда, противоречи-

ли интересам подсудимого. Суд возобновил судебное следствие и принял решение об отводе адвоката⁵⁴⁶. Очевидно, что и в случае обнаружения в последнем слове обстоятельств, исключающих участие адвоката в производстве по делу, суд также правомочен так поступить.

В результате проведенного исследования представляется весьма сомнительным, что в отношении отвода адвоката распространяется правило, установленное ч. 2 ст. 64 УПК РФ, ограничивающее в целом заявление отвода судье рамками начала судебного следствия. На наш взгляд, выносить решение по существу в случае заявления адвокату отвода после начала судебного следствия судье необходимо независимо от времени, когда сторона узнала о наличии оснований для отвода адвокату. Нерассмотрение данного отвода, принятие по нему решения одновременно с постановлением приговора само по себе должно признаваться нарушением уголовно-процессуального закона.

§ 5. Отвод адвоката при особых порядках уголовного судопроизводства

Действующее уголовно-процессуальное законодательство помимо общего порядка производства по уголовному делу устанавливает некоторые его особенности как применительно к отдельной его стадии – судебному разбирательству, так и к производству по делу в целом.

⁵⁴⁶ Кассационное определение СК по УД Ярославского обл. суда от 18 января 2011 г. на решение районного суда г. Ярославля. URL: <https://rospravosudie.com/court-yaroslavskij-oblastnoj-sud-yaroslavskaya-oblast-s/act-105249085>.

В свете предмета нашего исследования проследим, существуют ли особенности отвода адвоката при осуществлении этих «особых форм уголовного судопроизводства».

Особый порядок судебного разбирательства законодатель установил для: производства по уголовному делу при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (гл. 40 УПК РФ); заключения досудебного соглашения о сотрудничестве (гл. 40 (1) УПК РФ); производства по уголовным делам, подсудным мировому судье (гл. 41 УПК РФ); делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей (гл. 42 УПК РФ).

Производство по уголовному делу при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением и при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве уголовно-процессуальная наука относит к так называемым «компромиссным процедурам». Закон устанавливает условия их применения, при этом «добровольность заявления ходатайства о применении компромиссной процедуры, сознание характера и последствий заявления такого ходатайства и оказание обвиняемому квалифицированной юридической помощи тесно связаны между собой»⁵⁴⁷. Таким образом, реализация института отвода адвоката как гарантии права на получение квалифицированной юридической помощи приобретает здесь особое значение.

Процедура судебного разбирательства в *особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением*, согласно ч. 1 ст. 316 УПК РФ, не отличается от общего порядка, предусмотренного ст. 35, 36, 37 УПК РФ, за исключением установленных ею изъятий.

⁵⁴⁷ Кувалдина Ю.В. Предпосылки и перспективы развития компромиссных способов разрешения уголовно-правовых конфликтов в России: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2011. С. 170.

Упомянутые изъятия процедуру и основания отвода не затрагивают. Между тем следует заметить, что согласно ч. 5 ст. 316 УПК РФ судья не проводит исследование и оценку доказательств, а обстоятельства, характеризующие личность подсудимого, смягчающие и отягчающие наказание, «могут быть исследованы». Это дает основание для выводов о том, что основания для отвода адвоката (как и любого участника процесса), информация о которых содержится в материалах дела, с большой степенью вероятности останутся неизвестными суду, если ни одна из сторон не заявит об их наличии.

Отметим, что в то же время ч. 7 ст. 316 УПК РФ предоставляет суду право вынести обвинительный приговор только в том случае, если он придет к выводу об обоснованности обвинения и его подтверждении собранными по уголовному делу доказательствами. Возникает вопрос: как же суд сделает этот вывод, если он «не проводит исследование и оценку доказательств»? Можно предположить, что он самостоятельно, до судебного разбирательства будет исследовать доказательства, чтобы реализовать это требование закона. Однако отступление от таких общих условий судебного разбирательства, как непосредственность и устность (ст. 240 УПК РФ), должно быть прямо и особо оговорено законодателем. Тем самым вопрос о том, что факт наличия обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, может остаться неизвестным для судьи, его разрешающего, остается актуальным.

Между тем в числе исключений из перечня оснований для отмены и изменения приговора применительно к данному порядку судебного разбирательства фигурирует только п. 1 ст. 389 (15) УПК РФ. Тем самым участие в деле адвоката, подлежащего отводу, будет оставаться существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 2 ч. 1 ст. 389 (15), ст. 389 (17) УПК РФ), в том числе вынесенного в осо-

бом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением.

Согласно ст. 317 (1) УПК РФ при *досудебном соглашении о сотрудничестве*, судебное заседание и постановление приговора осуществляются в порядке, предусмотренном ст. 316 УПК РФ, так что все сказанное ранее применительно к особому порядку принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением справедливо и здесь.

Регламентируя *производство по делам, подсудным мировому судье*, законодатель не обозначил никаких особенностей производства отводов участников процесса, в том числе адвоката.

Возникает вопрос о возможности осуществления судом отвода адвоката еще на этапе подготовки дела к рассмотрению в суде. Часть 5 ст. 319 УПК РФ упоминает о том, что судья разъясняет сторонам возможность примирения. Ни процедуру, ни условия этого разъяснения законодатель не определяет, за исключением того, что особо оговаривает ситуацию неявки в суд лица, в отношении которого подано заявление (ч. 3 ст. 319 УПК РФ). Очевидно, что надлежащая реализация такого разъяснения возможна в том случае, когда оно осуществляется в присутствии обеих сторон. В литературе отмечается, что это разъяснение сторонам суд обязан осуществить «перед началом судебного заседания»⁵⁴⁸. Однако из самого текста закона эта обязанность прямо не вытекает. С учетом отсутствия правовой регламентации можно было бы предположить, что суд не должен осуществлять отвод адвоката при разъяснении сторонам права на примирение, а делает это уже в самом судебном разбирательстве. Однако не следует забывать, что стороны могут на этом этапе производства по делу примириться и

⁵⁴⁸ См.: Пикалов И.А. Уголовный процесс Российской Федерации (краткий курс): учеб. пособие. М.: Юристъ, 2005. // Allpravo.Ru. 2005. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc1897p0/instrum4772/item4839.html>.

судебного разбирательства как такового не будет (ч. 5 ст. 319 УПК РФ). Примирение, при заключении которого оказывает помощь адвокат, при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, может быть изначально ущербным. Таким образом, на наш взгляд, законодатель, отдав сторонам право усмотрения по делам частного обвинения, фактически предоставил им право усмотрения при выборе адвоката. Публичность института отвода адвоката неформализованностью процедуры примирения сторон сводится на нет.

Отвод адвоката по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей

На первый взгляд, гл. 42 УПК РФ, устанавливающая порядок производства в суде с участием присяжных заседателей, никаких особых правил производства отвода профессиональных участников процесса не устанавливает.

Однако это не значит, что их нет. Это следует из п. 23 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2005 г. № 23 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей». В нем сказано, что «в присутствии присяжных заседателей ... не подлежат обсуждению и разрешению вопросы и ходатайства, направленные на обеспечение условий судебного разбирательства, такие, как принудительный привод потерпевших, свидетелей, *отводы участникам процесса* (выделено мной. – А. Т.), вопросы, касающиеся меры пресечения, и другие вопросы права, не входящие в компетенцию присяжных заседателей и способные вызвать их предубеждение в отношении подсудимого и других участников процесса».

Этот запрет предопределяет особенности производства отводов участников процесса, в том числе адвоката.

Уголовно-процессуальный кодекс устанавливает, что подготовительная часть судебного заседания с участием присяжных заседателей производится в общем порядке, с учетом требований ст. 327 УПК РФ.

Согласно ст. 327 УПК РФ сторонам разъясняется их право на отвод до того, как присяжные будут приглашены в зал судебного заседания. Соответственно, подготовительная часть судебного разбирательства в суде присяжных делится на 2 этапа: процессуальные действия, совершаемые в отсутствие присяжных (кандидатов в присяжные) и осуществляемые в их присутствии. Отвод адвоката осуществляется на первом из них.

Отвод адвоката в особых производствах

По Уголовно-процессуальному кодексу РФ к особым производствам прямо относятся ***производство по уголовным делам в отношении несовершеннолетних (гл. 50 УПК РФ) и производство о применении принудительных мер медицинского характера (гл. 51 УПК РФ).***

Правовая регламентация обозначенных особых производств прямо не предусматривает никаких особенностей в процедуре отвода адвоката.

Между тем хотелось бы отметить, что с учетом возрастных и психофизиологических особенностей лиц, в отношении которых это производство ведется, активность субъекта, ведущего уголовного судопроизводство, в выявлении обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле и пресечении такового участия, при их наличии особенно актуальна.

Следует напомнить также, что КПЭА в п. 3 ч. 1 ст. 13 особо оговорил в числе обстоятельств, исключающих принятие поручения, необходимость осуществления по одному делу защиты лиц,

достигших и не достигших совершеннолетия. Тем самым оказание адвокатом такой защиты должно повлечь его отвод.

Так, М. и У. были осуждены за умышленное убийство И., совершенное по предварительному сговору группой лиц. Из материалов уголовного дела усматривается, что до привлечения к уголовной ответственности осужденных по этому же уголовному делу и по этому же обвинению к уголовной ответственности привлекались также О. и П. Адвокатом в обоих случаях был Кочкин А.Г. Затем этот же адвокат осуществлял защиту У. Уголовное преследование в отношении П. и О. было прекращено в связи с тем, что оба они отказались от своих явок с повинной, а задержанные к этому времени М. и У. дали явки с повинной и им предъявлено обвинение.

Изложенное свидетельствует о том, что один и тот же защитник оказывал юридическую помощь нескольким подозреваемым и обвиняемым в совершении одного и того же преступления, в том числе и несовершеннолетнему У. При этом правовые последствия каждого из них зависели от правового разрешения дела в отношении каждого персонально. Следовательно, интересы каждого из них противоречили интересам другого. Указанные нарушения были допущены в отношении У., в том числе и при предъявлении ему обвинения, и при проведении последующих следственных действий с ним. Кроме того, У., согласно протоколу, был допрошен с участием адвоката Булыгина, осуществлявшего в это же время защиту М. Интересы У. и М. также противоречивы⁵⁴⁹.

Таким образом, на практике до сих пор встречаются нарушения адвокатами анализируемых правовых предписаний. В современной науке принятие адвокатом на себя защиты вопреки прямому

⁵⁴⁹ Определение Верховного Суда РФ № 55-005-4 от 25.05.2005 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

запрету п. 3 ч. 1 ст. КПЭА на одновременное осуществление защиты по уголовному делу двух и более лиц, если по одному делу необходимо осуществлять защиту лиц, достигших и не достигших совершеннолетия, было отнесено к категории ошибок адвокатов⁵⁵⁰. Наш опрос показал, что незнание указанного положения КПЭА достаточно распространено среди адвокатов. Так, на вопрос о том, должен ли защитник подлежать отводу в случае защиты нескольких обвиняемых, один из которых – несовершеннолетний, только 12,1 % адвокатов ответили утвердительно. Следует отметить, что в этой части следователи пусть и ненамного, но показали лучший результат (20 %), что вызвано, однако, как представляется, не столько знанием положений КПЭА, сколько выявившейся общей тенденцией широкого видения ими оснований отвода адвоката. Тревожно малое количество опрошенных секретарей / помощников судей (8 %) и еще меньший процент судей дали положительный ответ на данный вопрос (4.2 %).

Данные опроса показали, что среди практиков распространено незнание анализируемого законодательного запрета. Это требует при производстве по делам несовершеннолетних особое внимание уделять наличию оснований отвода адвоката.

⁵⁵⁰ Пронькина А.Н. Ошибки адвокатов-защитников в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006. С. 19.

Ошибками адвокатов-защитников в уголовном судопроизводстве автор называет «непреднамеренное по отношению к наступившему результату и не образующее состава преступления, неправильное применение, нарушение либо неприменение адвокатом-защитником положений закона и (или) научных рекомендаций по осуществлению профессиональной защиты, которое повлекло нарушение права подозреваемого (обвиняемого) на защиту или нарушение иных прав и законных интересов подзащитного, либо прав и законных интересов иных участников уголовного судопроизводства». См.: Там же. С. 8.

Отвод адвоката в исполнительном производстве (гл. 46, 47)

Выделяя особые производства, нельзя не упомянуть, что правовая природа исполнительного производства – предмет научной дискуссии. Достаточно традиционно отнесение его к самостоятельной стадии уголовного процесса – стадии исполнения приговора⁵⁵¹. Вместе с тем некоторые авторы рассматривают его как вид особого производства⁵⁵².

Мы не будем вдаваться в суть данной научной проблематики как имеющей весьма косвенное отношение к теме нашего исследования, однако ее обозначение предоставляет нам возможность осветить вопрос об отводе адвоката в исполнительном производстве в данном параграфе.

Возможность отвода адвоката при производстве по исполнению приговора существует в связи с участием в нем реабилитированного, осужденного, потерпевшего и, соответственно, адвоката в статусе защитника или представителя (ч. 2, 2 (1) ст. 399 УПК РФ). Среди прав указанных лиц прямо обозначено их право заявлять отводы (ч. 3 ст. 399 УПК РФ).

Обеспечение участия осужденного в судебном разбирательстве и предоставление ему возможности по реализации принадлежащих ему прав, в том числе права на заявление отвода, рассматривается как существенная гарантия вынесения судьей законного решения.

Нарушение данного права осужденного влечет отмену принятого судебного решения.

⁵⁵¹ См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / под ред. П.А. Лупинской. М.: Юрист, 2003. С. 25; Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: учебник для вузов. 2-е изд. СПб.: Питер, 2006. С. 638.

⁵⁵² См.: Грицай О.В. Исполнение приговоров в части имущественных взысканий: процессуальная сущность, основания и порядок: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. С. 50–51.

Так, Верховный Суд РФ отменил постановление Тверского областного суда от 12 ноября 2012 года в отношении Журавлева В.Г. при следующих обстоятельствах:

Осужденный Журавлев В.Г., направив в Тверской областной суд ходатайство по вопросам, связанным с исполнением приговора, просил рассмотреть это ходатайство с его участием, однако судебное заседание в нарушение требований ч. 2 ст. 399 УПК РФ было назначено и проведено без участия осужденного, который о дате, времени и месте судебного заседания был извещен 6 ноября 2012 года, то есть лишь за 6 дней до дня судебного заседания.

При таких обстоятельствах Верховный Суд РФ признал, что «при рассмотрении судом первой инстанции ходатайства осужденного Журавлева В.Г. были существенно нарушены процессуальные права осужденного, поскольку он был необоснованно лишен возможности участвовать в судебном заседании, заявлять ходатайства и *отводы* (выделено мной. – А. Т.), давать объяснения, что могло повлиять на принятие судом законного и обоснованного решения»⁵⁵³.

Очевидно, эта позиция справедлива не только в отношении осужденного, но и потерпевшего, участие которого на стадии исполнительного производства в настоящее время особо регламентировано изменениями, внесенными в УПК РФ Ф3 от 23 июля 2013 г. № 221-ФЗ.

⁵⁵³ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 27 февраля 2013 г. № 35-О13-4. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=325415>; ИПП «Гарант.ру». URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70247088>.

§ 6. Осуществление отвода адвоката в проверочных стадиях уголовного процесса

Законодатель особо регламентирует процедуру пересмотра судебных решений в апелляционном, кассационном, надзорном порядке и при обнаружении новых или вновь открывшихся обстоятельств (гл. 45 (1), 47 (1), 48 (1), 49 УПК РФ). Участие адвоката в этих стадиях процесса – важная составляющая права на получение квалифицированной юридической помощи. Верховный Суд РФ в последних постановлениях пленума, им посвященных, особое внимание уделил необходимости обеспечения судом права на помощь защитника, вплоть до его назначения⁵⁵⁴. Следовательно, весьма актуальной здесь является надлежащая реализация института отвода.

Исследование реализации отвода адвоката на обозначенных стадиях уголовного процесса значимо в двух плоскостях: 1) права адвоката подать апелляционную (кассационную и проч.) жалобы и 2) процессуального порядка производства отвода адвоката.

Первый блок был выделен нами в связи с обращениями граждан в Конституционный Суд РФ, при рассмотрении которых высший орган судебного контроля нашей страны сформулировал ряд принципиально значимых правовых позиций.

В частности, гр-н О.Б. Федоров обратился в Конституционный Суд РФ, оспаривая конституционность ч. 1 ст. 389 (1) в связи с тем, что апелляционным постановлением суда была оставлена без рассмотрения апелляционная жалоба адвоката на постановление

⁵⁵⁴ Пункт 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции»; Пункт 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 ноября 2012 г. № 26 г. «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции».

районного суда о продлении срока содержания под стражей его доверителя О.Б. Федорова. Данное решение суда было обосновано тем, что районный суд удовлетворил поддержанное прокурором ходатайство следователя об отводе этого адвоката, приняв во внимание ранее вынесенное постановление следователя.

Конституционный Суд РФ, отказывая О.Б. Федорову в принятии к рассмотрению данной жалобы, указал, что лицо, допущенное к участию в уголовном деле в качестве защитника, сохраняет свои уголовно-процессуальные права и обязанности до тех пор, пока судом не будет принят отказ от данного защитника или суд не примет решение о его отводе. Тем самым адвокат-защитник, в отношении которого принято решение об отводе, не может продолжать участвовать в уголовном деле в этом качестве. Адвокат, отведенный от участия в процессе, не является субъектом, наделенным правом подавать апелляционные жалобы в своих личных целях, т. к. в силу подп. 5 п. 2 ст. 2 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» участвует в качестве представителя или защитника в уголовном судопроизводстве и в этом качестве не преследует личные интересы⁵⁵⁵.

Обратим внимание на то, что в данном случае Конституционный Суд РФ признал обязательное значение для судьи ранее вынесенного другим судом решения об отводе адвоката при решении вопроса о возможности им обжалования любого судебного решения по делу (кроме его собственного отвода). Соответственно, пока судебное решение об отводе адвоката не отменено, он не вправе обжаловать вынесенные по данному делу решения⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 1916-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина О.Б. Федорова на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 389 (1) УПК РФ».

⁵⁵⁶ Заметим, что в деле О.Б. Федорова решение следователя об отводе адвоката не стало преюдициальным для районной судьи (тот рассматривал ходатайство прокурора об отводе адвоката и выносил решение по существу при наличии не-

Раскрывая процессуальный порядок отвода адвоката при производстве по пересмотру приговора или иного судебного решения, отметим, что апелляция (ч. 2 ст. 389 (13)) (ранее – аналогично ч. 1 ст. 365 УПК РФ) устанавливает, что производство по уголовному делу в данной инстанции осуществляется в порядке, предусмотренном гл. 35–39 УПК РФ. Соответственно, никаких особенностей по осуществлению отводов участников процесса, в том числе адвоката, по сравнению с производством в суде первой инстанции здесь нет.

При производстве в кассационной инстанции специальная регламентация порядка рассмотрения уголовного дела предусматривает выяснение председательствующим у участников судебного разбирательства, имеются ли у них отводы и ходатайства (ч. 4 ст. 401 (13) (ранее – аналогично – ч. 2 ст. 377 УПК РФ)). Соответственно, на этой стадии процесса вполне возможно осуществление отвода участников процесса, в том числе адвоката.

Что касается производства в надзорной инстанции, то ст. 407 УПК РФ, особо регламентирующая его процессуальный порядок, не упоминала о возможности заявления отвода участниками процесса. В то же время она предусматривала рассмотрение дела с участием сторон – как прокурора, так и осужденного, оправданного, их защитников и других при условии заявления ими ходатайства об этом (ч. 2 ст. 407 УПК РФ). В связи с этим отсутствие упоминания о возможности заявления отводов было нелогичным.

Производство в кассационной и надзорной инстанциях послужило предметом многочисленных обращений в Конституционный

отмененного постановления следователя об отводе этого же адвоката). Отсутствие преюдициального значения для судьбы решения следователя об отводе адвоката было подтверждено Конституционным Судом РФ в Определении от 23 апреля 2015 г. № 1003-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Беляева А.Л. на нарушение его конституционных прав ст. 49, 50, 51, 53 и 72 УПК РФ, подп. 6 п. 4 ст. 6 и п. 2 ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности...».

Суд РФ. Некоторые из них косвенно затронули вопросы реализации права на отвод в данных судебных инстанциях. Речь идет о жалобах, в которых поднималась проблема необходимости ведения протокола судебного заседания при пересмотре приговора⁵⁵⁷.

Так, в Определении от 12 июля 2005 года № 336-О по жалобе гражданина С.В. Бровченко на нарушение его конституционных прав ст. 377 и 388 УПК РФ Конституционный Суд РФ подчеркнул, что влияющие на законность и обоснованность судебных решений обстоятельства, в том числе касающиеся заявления отводов судьям и другим участникам судебного заседания, их удовлетворения или отклонения, представления сторонами дополнительных материалов, заявления ходатайств об исследовании доказательств и принятия по ним решений, должны получать отражение в материалах уголовного дела, что возможно как путем указания на них непосредственно в кассационном определении, так и путем их фиксации в протоколе судебного заседания.

В Пояснительной записке к проекту ФЗ РФ «О внесении изменений и дополнений в ст.ст. 377 и 407 УПК РФ», предусмотревшего обязательность ведения протоколов заседаний судов кассационной и надзорной инстанции, было указано: «Право на справедливое судебное разбирательство предполагает право сторон на заявление отводов (в том числе секретарю судебного заседания) и ходатайств. Однако такое право в нормах главы 48 УПК РФ не урегулировано. В проекте закона предлагается восполнить непол-

⁵⁵⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 12 июля 2005 г. № 336-О по жалобе гражданина С.В. Бровченко на нарушение его конституционных прав ст. 377 и 388 УПК РФ; Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 г. № 383-О по жалобе гражданина В.А. Силаева на нарушение его конституционных прав положениями ст. 377 УПК РФ.

ноту правового регулирования путем внесения соответствующих корректив в ст. 407 УПК РФ»⁵⁵⁸.

Данные изменения были внесены в ст. 407 УПК РФ ФЗ от 3 мая 2011 г. путем закрепления ч. 2 (1), предусматривающей обязанность председательствующего выяснить у участников судебного разбирательства, имеются ли у них отводы и ходатайства.

Что касается учета этих положений в регламентации процессуального порядка пересмотра судебных решений в надзорной инстанции, действующей на основании ФЗ от 29 декабря 2010 г. № 433-ФЗ с 1 января 2013 г., отметим следующее: если порядок рассмотрения дела в кассационной инстанции прямо предусматривает выяснение председательствующим вопроса о наличии отводов и ходатайств (ч. 4 ст. 401 (13) УПК РФ), то в регламентирующей порядок рассмотрения дела в надзорной инстанции ст. 412 (10) УПК РФ этот момент отсутствует. При том, что в суде надзорной инстанции участвуют те же субъекты, что и в кассационной (ч. 3 ст. 412 (10) УПК РФ), это следует признать законодательным упущением.

При решении судом вопроса о возобновлении дела ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, согласно ч. 3 ст. 417 УПК РФ, производство осуществляется в том же порядке, что и кассационное, то есть предусмотренном ст. 401 (13) УПК РФ. Соответственно, при наличии оснований здесь отвод адвоката может быть осуществлен.

Кроме того, раскрывая специфику заявления и разрешения отводов в кассационном и надзорном производствах в целом и в отношении адвоката, в частности, отметим ряд достаточно интересных моментов.

⁵⁵⁸ Пояснительная записка к проекту ФЗ РФ «О внесении изменений и дополнений в ст. 377 и 407 УПК РФ».

Как следует из решения Верховного Суда РФ по делу Р., к заявлению отвода в смысле ч. 2 ст. 377 УПК РФ приравнивается требование об отводе, изложенное в кассационной жалобе. По обстоятельствам данного дела кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 декабря 2003 г. в отношении Р. было отменено в том числе в связи с тем, что ходатайство об отводе судей, поданное в дополнение к кассационной жалобе, разрешено не было, в то время как Р. в судебном заседании заявил, что «поддерживает кассационные жалобы»⁵⁵⁹. На наш взгляд, в данном случае вполне применимо распространение этой позиции и на заявление отвода адвокату.

На практике для реализации права на отвод было признано обязательным личное участие заявителя в судебном заседании по пересмотру вынесенного в отношении него приговора. Направление отвода составу суда кассационной инстанции через администрацию следственного изолятора при отказе осужденного от участия в судебном заседании как непосредственно, так и при помощи видеоконференцсвязи повлекло нерассмотрение данного ходатайства. Суд признал, что, отказываясь от участия в судебном заседании, осужденный сам ограничивает свои возможности реализовать принадлежащее ему право на заявление отвода⁵⁶⁰. Позволим себе не согласиться с этой позицией, поскольку от того, что обвиняемый лично не участвует в судебном разбирательстве, он не перестает быть участником уголовного процесса.

⁵⁵⁹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 25 октября 2006 г. № 264п06. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁶⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 г. № 110-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.В. Сербиненко на нарушение его конституционных прав ч. 1 и 2 ст. 377 УПК РФ».

Глава 6.
ПОСТАНОВЛЕНИЕ (ОПРЕДЕЛЕНИЕ)
ОБ ОТВОДЕ АДВОКАТА, ГАРАНТИИ ЕГО ЗАКОННОСТИ

**§ 1. Процессуальное решение об отводе адвоката:
требования к содержанию и форме**

Отвод адвоката можно рассматривать как процессуальное решение, он является «правовым актом, выраженным в установленной законом процессуальной форме, в котором государственный орган или должностное лицо в пределах своих полномочий в определенном законом порядке дает ответы на возникающие по делу правовые вопросы, основанные на установленных фактических обстоятельствах дела и предписаниях закона, и содержащие властное волеизъявление о действиях, направленных на достижение назначения уголовного судопроизводства»⁵⁶¹.

Следует отметить, что УПК РФ не только не регулирует специально процессуальный порядок принятия этого решения, отсылая к регламентации отвода переводчика (ч. 2 ст. 72 УПК РФ, ч. 1 ст. 69 УПК РФ), но и не содержит никаких особых требований к его содержанию и форме. Не было его и среди образцов процессуальных документов, включенных первоначально в качестве приложения к УПК РФ⁵⁶².

⁵⁶¹ Лупинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М.: Юристъ, 2006. С. 21–22.

⁵⁶² Заметим, что его сложно найти и среди образцов процессуальных документов, составленных учеными в специальных сборниках. Так, например, в солидной по количеству представленных процессуальных документов работе А. П. Рыжакова его нет. В то же время есть «Постановление об отстранении от участия в деле законного представителя несовершеннолетнего обвиняемого». См.: Рыжаков А. П. Процессуальные документы следователя и дознавателя: образцы: учеб. пособие. М.: Дело и сервис, 2012. 464 с.

Между тем о значимости данного решения, помимо всего прочего, говорит то, что оно, согласно ч. 2 ст. 256 УПК РФ, в числе немногих выносится судом в совещательной комнате и излагается в виде отдельного процессуального документа. Этот подход традиционен для отечественного уголовного процесса (ч. 2 ст. 261 УПК РСФСР). Как известно, удаления в совещательную комнату требует то решение, которое «принимается по наиболее важным для судьбы уголовного дела вопросам, а также затрагивает права и законные интересы граждан и требует определенного обсуждения»⁵⁶³.

Все это обуславливает актуальность исследования правовой сущности данного процессуального решения, выявления его специфических черт и обозначения предъявляемых к нему требований.

На наш взгляд, прежде всего, важно определить место отвода адвоката в системе процессуальных решений. За основу данного анализа мы возьмем классификацию процессуальных решений П.А. Лупинской.

По содержанию и направленности⁵⁶⁴ оно попадает в категорию решений, определяющих процессуальный статус личности и обеспечивающих ее права.

При делении процессуальных решений на основные и вспомогательные⁵⁶⁵ решение следователя об отводе адвоката, безусловно, относится ко вторым, т. е. «способствующим законному и обоснованному решению основных вопросов».

С позиции функционального значения⁵⁶⁶ его следует причислить к промежуточным процессуальным решениям.

⁵⁶³ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В.И. Радченко; под ред. В.Т. Томина. С. 424.

⁵⁶⁴ Лупинская П.А. Указ. соч. С. 15.

⁵⁶⁵ Там же. С. 36.

⁵⁶⁶ Там же. С. 42.

В классификации «с точки зрения выполняемых задач» решение об отводе адвоката, с нашей точки зрения, не подпадает в числом виде ни под одну выделенную П.А. Лупинской классификационную группу. На наш взгляд, оно ближе всего к группе решений, устанавливающих процессуальный статус участников процесса, в том смысле, что установление статуса может быть не только в позитивном (как в приведенных П.А. Лупинской примерах), но и в негативном смысле – как этот статус прекращающее.

Также П.А. Лупинская различала процессуальные решения, выраженные в абсолютно определенных и относительно определенных нормах. Первые – те, в которых «правило поведения правоприменителя при наличии указанных в законе обстоятельств определено законодателем»⁵⁶⁷, вторые же «дают возможность учесть конкретные обстоятельства данного случая и выбрать применительно к ним один из перечисленных в законе или вытекающих из них вариантов решения»⁵⁶⁸.

Очевидно, что решение следователя об отводе относится к решениям первой группы. Закон не предусматривает альтернативу в случаях установления обстоятельств, служащих основанием отвода адвоката, видимо, исходя из того, что участие адвоката в деле не должно быть поставлено в зависимость от усмотрения субъекта, ведущего уголовное судопроизводство.

Что касается формы решения следователя об отводе, то, как и другие его решения, вынесенные при производстве предварительного расследования, оно оформляется в виде постановления (п. 25 ч. 1 ст. 7 УПК РФ).

В соответствии с ч. 4 ст. 7 УПК РФ постановление следователя должно быть законным, обоснованным и мотивированным.

⁵⁶⁷ Лупинская П.А. Указ. соч. С. 74.

⁵⁶⁸ Там же. С. 77.

Что касается требования законности, то согласно Постановлению Пленума Верховного Суда РФ «О судебном решении» от 19 декабря 2003 г. № 23 (повлекшего утрату силы его Постановления с аналогичным названием от 26 сентября 1973 г.⁵⁶⁹) решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права.

П.А. Лупинская выделяла следующие признаки законности процессуального решения в целом: «Решение должно быть вынесено компетентным органом или лицом своевременно; вынесению решения должны предшествовать проведенные в соответствии с законом процессуальные действия, с помощью которых установлены обстоятельства, определяющие принятие решения; должен быть правильно применен соответствующий закон, решение должно быть облачено в установленную законом процессуальную форму, содержать реквизиты этого правового акта»⁵⁷⁰.

Безусловно, это не все, но основные требования, которым должно отвечать законное решение следователя.

Отметим очевидный вывод: соблюдение норм процессуального права при вынесении решения означает соблюдение требований как к процедуре принятия, так и к его содержанию.

Что касается формы решения об отводе адвоката как критерия законности, то оно должно иметь вводную, описательно-мотивировочную и резолютивную части.

⁵⁶⁹ По мнению П.А. Лупинской, несмотря на то, что это постановление регламентирует вынесение решений в гражданском судопроизводстве, его предписания носят универсальный характер и могут быть применены к уголовному судопроизводству. См.: Там же. С. 159.

⁵⁷⁰ Там же. С. 161.

Для вывода о законности имеет значение указание во вводной части места, времени, лица (лиц), его вынесших.

В описательно-мотивировочной части законность выражается в «нормативной обоснованности». Поэтому в данной части решения должна содержаться ссылка на примененные материальный и процессуальный законы. Причем если решение может быть принято по различным основаниям, должна быть ссылка на положение закона, содержащее конкретное основание.

Здесь, помимо законности, получают отражение его обоснованность и мотивированность. Эти категории, безусловно, тесно взаимосвязаны, но не сводятся одна к другой.

Решение является обоснованным, когда в нем отражены имеющие значение для данного дела факты, подтвержденные проверенными доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об относимости и допустимости, а также тогда, когда правовые выводы и предписания, содержащиеся в решении, вытекают из установленных фактов⁵⁷¹.

Обоснованность решения выражается в его мотивировке.

П.А. Лупинская выделяла несколько видов мотивировки принятия решения. Она отмечала, что одни нормы требуют приведения фактических оснований решения (ст. 171 УПК РФ); другие – установленных по делу обстоятельств и анализа доказательств, на которых основаны выводы (ст. 306); третьи – фактических оснований решения и мотивов, объясняющих, почему избирается или не избирается такое решение (ст. 108)⁵⁷².

В чем заключается обоснованность и мотивированность решения об отводе?

⁵⁷¹ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 1998. С. 63.

⁵⁷² Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М.: Юристъ, 2006. С. 165.

В науке высказано мнение, что обоснованность решения об отводе – это соответствие названных отводящих оснований фактическим основаниям, указанным в нормативном предписании. А мотивированность – это подтверждение фактическими данными⁵⁷³.

На наш взгляд, в данном случае автор сужает требования обоснованности решения, а если под «фактическими данными», вслед за УПК РСФСР, понимать доказательства, то и трактовка мотивированности решения об отводе не бесспорна.

Обоснованность решения следователя об отводе участника процесса, в том числе адвоката, предполагает, что вывод о наличии обстоятельств, исключающих участие в деле, основан на совокупности фактических обстоятельств дела, установленных в соответствии с нормами УПК РФ.

С точки зрения опрошенных следователей, вывод о наличии обстоятельств, исключающих участие в деле, может быть основан только на доказательствах (с точки зрения 37,1 % опрошенных), а с точки зрения 60 % – как на доказательствах, так и на сведениях, не получивших отражения в материалах дела⁵⁷⁴. С точки зрения правоприменителей, вывод о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, может быть основан и не на доказательствах.

Мы столкнулись с тем, что последнее мнение зачастую обосновывается тем, что обстоятельства, являющиеся основанием для отвода, не входят в предмет доказывания (ст. 73 УПК РФ).

На самом деле, если обратиться к теории вопроса, то, как известно, «не все факты, устанавливаемые по уголовному делу при помощи доказательств, входят в предмет доказывания»⁵⁷⁵. Есть еще и так называемые «обстоятельства, имеющие значение для

⁵⁷³ Задерако В.Г. Указ. соч. С. 64.

⁵⁷⁴ Один человек затруднился ответить на поставленный вопрос.

⁵⁷⁵ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. С. 189.

дела»⁵⁷⁶, в перечень которых подпадают и анализируемые обстоятельства⁵⁷⁷.

Что касается мотивированности решения об отводе, то из трех выделенных П.А. Лупинской видов мотивировки последний не применим с учетом абсолютно определенного характера этого решения. Второй вид мотивировки свойствен, как правило, итоговым процессуальным решениям, к которым решение об отводе не относится.

На наш взгляд, для мотивировки решения следователя достаточно приведения его фактических оснований. С этим не согласны опрошенные следователи (82,9 %), мировые судьи (86 %), в большинстве своем считающие, что в постановлении об отводе нужно указывать доказательства, на которых оно основано⁵⁷⁸.

Говоря о достаточности приведения фактических оснований, мы исходим из того, что мотивировка решения об отводе должна быть конкретной, основанной на материалах дела. Она не должна ограничиваться формальным указанием на предусмотренные уголовно-процессуальным законом основания отвода и положения закона, их предусматривающие.

Для того чтобы соотнести рассмотренные представления о процессуальном порядке и форме этого решения, а также мнения следователей (только один из которых имел опыт вынесения решения об отводе адвоката) с практикой, обратимся к решению следователя СС УФСКН РФ по Самарской области Д. об отводе адвоката К. по уголовному делу за № 1-367/05.

⁵⁷⁶ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. С. 192.

⁵⁷⁷ Данный вопрос был особо рассмотрен нами в § 4 главы 4 данной монографии.

⁵⁷⁸ Здесь, они, на наш взгляд, противоречат сами себе (напомним, что с точки зрения 60 % опрошенных следователей вывод о наличии обстоятельств, исключающих участие в деле, может быть основан как на доказательствах, так и на сведениях, не получивших отражения в материалах дела).

Указанное процессуальное решение состоит из вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной частей.

В вводной части обозначены название, место, дата, Ф.И.О. следователя, данные об уголовном деле, по которому оно было вынесено (указан номер) и повод его вынесения.

Исследование ее содержания вызвало некоторые критические соображения. Название данного процессуального решения обозначено как «Постановление об отводе адвокату». На наш взгляд, оно уже само по себе вызывает нарекания (и далеко не только с точки зрения грамматики). Уголовно-процессуальный закон предусматривает отвод в отношении участников процесса. Термин «адвокат» обозначает внепроцессуальный статус лица. Отвод адвоката УПК РФ не предусматривает и не может этого делать, он допускает отвод защитника и представителя потерпевшего (гражданского истца, гражданского ответчика), в статусе которых может выступать адвокат (ст. 72 УПК РФ). Поэтому в названии процессуального решения об отводе должен быть четко обозначен процессуальный статус отводимого лица.

В качестве повода принятия следователем этого решения указано, что оно вынесено на основании рассмотрения ходатайства обвиняемого Ш.

В деле, действительно, имелось ходатайство обвиняемого Ш., но не об отводе защитника, а, наоборот, о допуске адвоката К. в дело.

Фактически поводом принятия следователем об отводе адвоката К. послужило не заявление отвода каким-либо участником процесса, а, по сути, личная инициатива следователя. Последний вынес постановление об отводе адвоката, который на самом деле в процесс не был допущен вопреки представленным ордеру и приглашению.

Что касается описательно-мотивировочной части данного постановления, то в ней указано, когда, в связи с чем и в отношении кого было возбуждено уголовное дело и кто представлял интересы обвиняемого на предварительном следствии.

Далее следователь отметил факт возбуждения другого уголовного дела с указанием даты вынесения соответствующего постановления, его номера и обвиняемых. Было указано, что обвиняемый Ш. по данному делу выступил закупщиком. Кроме того, обозначено, что интересы обвиняемого П. по этому делу защищает адвокат К.

Затем указано, что обвиняемый Ш. заявил ходатайство об отказе от услуг адвоката М. и о желании, чтобы его интересы защищал адвокат К.

Далее в постановлении буквально сказано следующее: «Принимая во внимание, что адвокат К. оказывает юридическую помощь обвиняемому П., а Ш. в данном уголовном деле выступает свидетелем (закупщиком), то интересы Ш. противоречат интересам защищаемого им П. по уголовному делу № ***».

Затем следователь делает вывод о том, что адвокат К. не вправе участвовать в производстве по уголовному делу в отношении Ш.

В заключение следователь отметил, что принимает решение на основании изложенного, руководствуясь ст. 72 УПК РФ.

Чем примечательно данное решение?

Прежде всего, хотелось бы обратить внимание, что следователь не приводит никаких доказательств, что соответствует нашим представлениям о требованиях к мотивированности решения об отводе в этой части и, однако, как мы указывали, является неправильным с точки зрения большинства опрошенных следователей.

Обоснованность данного решения весьма сомнительна. Дело в том, что в материалах дела отсутствовала какая-либо информация о том, существует ли на самом деле дело по обвинению П., высту-

пал ли там Ш. свидетелем, а адвокат К. – защитником, т. е. сведения, которые приводит следователь в постановлении об отводе адвоката, никакими материалами дела не подтверждены.

Следует отметить также, что следователь констатировал противоречие интересов П. и Ш., не указав, в чем они состоят. То, что Ш. проходил свидетелем по делу в отношении П., не означает само по себе наличие этих противоречий, хотя отражает существующий на практике подход, когда безотносительно к содержанию показаний наличие противоречий интересов определяется формально в зависимости от того, к чьей стороне (обвинения или защите) отнесен свидетель (тот факт, что Ш. выступал «закупщиком» по делу П. дает нам основания для предположения о том, что он был свидетелем обвинения, но, подчеркнем, только для предположения, так как в самом постановлении это не указано).

Обратим также внимание на то, что в качестве правового обоснования своего решения следователь сослался на ст. 72 УПК РФ. Как известно, данная статья предусматривает три группы оснований отвода защитника (адвоката – представителя потерпевшего), что обуславливает необходимость делать ссылку на пункт, предусматривающий это конкретное основание отвода.

В резолютивной части постановления указано, что следователь постановил:

«1) Отвести адвоката К.

2) О принятом решении уведомить обвиняемого Ш., защитника М. и защитника К.».

Примечательно то, что адвокат К. назван защитником, хотя в дело в качестве защитника он фактически не допущен.

Совершенно непонятно, для чего надо было оповещать защитника М. об отводе адвоката К., от которого обвиняемый Ш. отказался, и отказ от которого следователем был удовлетворен.

В заключение следователь отметил, что направляет копию данного постановления заместителю прокурора Самарской области, постановление подписано.

Отметим, что УПК РФ не требовал на тот момент и не требует в настоящее время от следователя оповещения прокурора о принятии данного решения.

Одновременно с постановлением об отводе следователь вынес постановление о частичном удовлетворении ходатайства, в котором указал, что принимает отказ обвиняемого Ш. от услуг адвоката М. В качестве мотивировки отказа от удовлетворения ходатайства о представлении его интересов адвокатом К. он указал, что адвокату К. заявлен отвод. На самом деле, как уже указывалось, отвод адвокату не заявлялся участником процесса, да и сам по себе он не может служить основанием для принятия решения об отказе в допуске защитника к участию в деле.

Кроме самого постановления следователя об отводе адвоката интересны дальнейшие действия следователя, с ним связанные.

Два дня спустя после вынесения данного постановления об отводе следователь направил постановление о частичном удовлетворении ходатайства обвиняемому Ш. и адвокатам К. и М.

Еще через 3 дня он получает от обвиняемого Ш. заявление об отказе от услуг адвоката К. и о допуске адвоката А.

В тот же день следователь удовлетворяет данное ходатайство полностью, т. е. разрешает отказаться от адвоката К., который и не был им допущен к участию в деле, т. е. фактически удовлетворил отказ обвиняемого от услуг адвоката К., как будто адвокат К. участвует в деле в обычном порядке.

В самом постановлении об удовлетворении ходатайства об отказе от адвоката К. и о допуске к участию в деле адвоката А. следователь о факте отвода адвоката К. и его неучастии в деле не упоминает.

Таким образом, следователь, получив от обвиняемого отказ от защитника, «подкрепил» свое решение об отводе адвоката. Фактически он тем самым его «свел на нет», показав неготовность оперировать принятыми им же решениями, неуверенность в их «процессуальной чистоте».

Что касается решения судьи об отводе адвоката, то оно должно удовлетворять тем требованиям, которые предъявляются к решению об отводе следователя.

Мы позволим себе проанализировать в этом ключе предложенный в науке правоприменителям образец решения судьи по заявленному ему отводу⁵⁷⁹. Очевидно, данная процессуальная форма сама по себе универсальна, подходит для решения об отводе в отношении других участников процесса, в том числе адвоката.

Во вводной части этого процессуального документа обозначены название, место, дата вынесения, данные о судье, его постановившем. Перечислены участники процесса – стороны – и отмечено, кто является секретарем судебного заседания.

Обозначен повод вынесения данного решения: заявление частного обвинителя об отводе председательствующего.

Что касается наших замечаний к этой части предложенной формы постановления судьи об отводе, то отметим следующее.

Данное решение озаглавлено «Постановление по результатам рассмотрения ходатайства об отводе судьи».

На наш взгляд, это название не удачно, во-первых, тем, что отвод, как мы отмечали, уместно называть заявлением, а не ходатайством (причем в самом тексте решения неоднократно говорится о рассмотрении именно заявления об отводе). Во-вторых, название должно отражать суть принятого решения. Поэтому применитель-

⁵⁷⁹ Образцы процессуальных документов. Судебное производство / Н.А. Колоколов [и др.]; под общ. ред. А.А. Толкаченко. М.: Юрист, 2013. С. 33–34.

но к изложенному в дальнейшем содержанию правильнее было бы озаглавить решение как «Постановление об отказе в удовлетворении отвода судьи».

Кроме того, в вводной части нет никакой информации, по какому делу вынесено данное решение. На наш взгляд, она должна быть обозначена.

В описательно-мотивировочной части указано, кем, когда и по каким основаниям был заявлен отвод судье. А именно: частный обвинитель утверждал о наличии заинтересованности судьи, выразившейся в неизбрании меры пресечения в отношении подсудимого при назначении судебного заседания, в результате чего тот на судебное заседание не явился, а также о наличии дружеских отношений между судьей и защитником подсудимого – адвокатом Петровым.

Далее отмечен факт возражений защитника и подсудимого против заявленного отвода как не соответствующего реальным обстоятельствам.

После этого указано: «Выслушав доводы ... (указываются участники процесса – стороны)... суд приходит к выводу, что оснований к отводу председательствующего нет».

Сделав данный вывод, суд, по замыслам авторов формы этого процессуального документа, должен обширнейшим образом изложить положения закона, регламентирующие отвод: процитировано содержание ст. 64 (части 1, 2), ст. 61 (части 1, 2) УПК РФ.

Вслед за дословным воспроизведением двух статей УПК РФ в тексте этого процессуального документа вновь делается вывод о том, что «обстоятельства, предусмотренные законом и исключаящие участие мирового судьи в производстве по уголовному делу, не установлены». Дальше эта же мысль излагается еще раз: «Данные, дающие основание полагать, что мировой судья лично, прямо

или косвенно заинтересован в исходе данного уголовного дела, сторонами не представлены, в распоряжении судьи не имеются».

В завершении описательно-мотивировочной части отмечено, что «оснований для отвода нет», сделана ссылка на ст. 61 и 65 УПК РФ как на нормы закона, которым суд руководствовался, постановляя свои выводы.

Оценивая предложенный образец судебного решения в данной части, отметим, что у нас создалось впечатление о стремлении его авторов наполнить текст Уголовно-процессуального кодекса РФ бедное, с точки зрения мотивированности, содержание.

В резолютивной части приняты решения:

1) оставить заявление частного обвинителя об отводе судьи без удовлетворения;

2) судебное разбирательство продолжить в том же составе.

Постановление подписано судьей.

Отмеченные недостатки правоприменительной практики, научные дискуссии относительно решения об отводе защитника (адвоката-представителя потерпевшего) позволяют признать, что вопрос о процессуальных требованиях к решению об отводе остается весьма актуальным.

§ 2. Процессуальный контроль за отводом адвоката следователем

Недостаточная правовая урегулированность процедуры отвода адвоката, особенно актуальная применительно к предварительному расследованию, обуславливает то, что она практически отдается «на откуп» субъекту, ведущему уголовное судопроизводство. То, как это решение им будет приниматься, обусловлено во многом его личностным выбором. Существует ли механизм

обеспечения законности отвода адвоката на этапе принятия данного решения?

Указанный вопрос вызвал наш интерес применительно к следователю по двум причинам. Во-первых, возложение на него, участника процесса со стороны обвинения, полномочий по отводу такого ключевого субъекта стороны защиты, как защитник, должно быть подкреплено широкими гарантиями против злоупотреблений с его стороны. Во-вторых, в науке уголовного процесса аксиоматичным является представление о следователе как процессуально самостоятельной фигуре, отвечающей за законность принимаемых им решений и своевременность их выполнения⁵⁸⁰. В отличие от УПК РСФСР, закрепившего процессуальную самостоятельность следователя в числе общих условий предварительного расследования (ч. 1 ст. 127 УПК РСФСР), действующее законодательство упоминает о самостоятельности следователя при перечислении его полномочий применительно к полномочию по направлению хода расследования, принятию решений о производстве следственных и иных процессуальных действий, для которых не требуется получение согласия суда или руководителя следственного органа (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ).

Одним из таких процессуальных решений и является отвод защитника (адвоката – представителя потерпевшего). Нарушения при применении данного процессуального института, некоторые из которых получили общественный резонанс⁵⁸¹, заставляют задуматься об эффективности механизмов, позволяющих обеспечить законность использования следователем полномочия по отводу

⁵⁸⁰ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 1998. С. 15.

⁵⁸¹ Так, широкой общественности стал известен незаконный отвод защитника Виктора Бакуревича по делу мэра г. Томска А. Макарова. Также можно привести в качестве примера попытку устранения из дела об убийстве журналиста Д. Холодова адвоката Ларису Мове, защищавшую подсудимого К. Барковского.

адвоката. На наш взгляд, именно в свете реформирования действующего уголовно-процессуального законодательства особый интерес представляет исследование организации процессуального контроля за деятельностью следователя, определение круга правовых средств управления ею, их эффективности в предотвращении обозначенных нарушений.

Согласно научным разработкам, управляющее воздействие процессуального характера – это «реализуемое специально ограниченным УПК РФ кругом субъектов органов предварительного следствия в установленных им пределах и формах влияние на сознание и волю процессуально самостоятельных должностных лиц этих органов при производстве ими предварительного расследования по уголовным делам о преступлениях, отнесенных к их подследственности, с целью приведения их деятельности в соответствие с требованиями уголовно-процессуального закона, рекомендациями криминалистики и научной организации труда»⁵⁸².

Федеральный закон № 87 от 5 июня 2007 г. изменил систему управления органами предварительного следствия, вместо прежнего участника процесса – начальника следственного отдела (далее по тексту – НСО), появилась новая процессуальная фигура – руководитель следственного органа (далее по тексту – РСО), которому от прокурора была передана функция руководства предварительным следствием и в значительной мере надзора⁵⁸³. Таким образом, полномочия ведомственных органов по управлению предварительным следствием были расширены за счет полномочий прокурора.

⁵⁸² Валов С.В. Управление органами предварительного следствия: понятие, виды и основные характеристики // Российский следователь. 2006. № 12. С. 2.

⁵⁸³ См.: Шейфер С.А. Реформа предварительного расследования: возрождается ли «прокурорское дознание»? // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2008. С. 17.

Однако нельзя сказать, что все полномочия прокурора, которыми он обладал в сфере правоотношений по отводу адвоката, переданы РСО. Как известно, по УПК РСФСР и изначально по УПК РФ решение об отводе адвоката на предварительном следствии мог принять прокурор (ч. 2 ст. 72, ч. 4 ст. 66 УПК РСФСР, ч. 2 ст. 72, ч. 1 ст. 69 УПК РФ в первоначальной редакции). Тем самым последний мог самостоятельно устранить защитника (адвоката – представителя потерпевшего) от участия в деле, находящемся в производстве следователя. В настоящее время это решение вправе принять только следователь, в производстве которого находится уголовное дело. РСО это полномочие прокурора передано не было, в чем прослеживается реализация идеи обеспечения самостоятельности следователя в принятии решений при производстве предварительного расследования.

РСО получил принадлежащее ранее прокурору право отменять необоснованные и незаконные постановления следователя (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК РФ), в том числе, очевидно, и постановление следователя об отводе защитника и адвоката – представителя потерпевшего. Такого полномочия у НСО не было, он только мог вносить прокурору ходатайства об отмене данных постановлений (п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ в первоначальной редакции), а уже последний был уполномочен на их отмену (п. 10 ч. 2 ст. 37 УПК РФ в первоначальной редакции).

А вот объем указаний, которые вправе давать следователю НСО и РСО, оказался единым. Позволим себе их напомнить: это указания «о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, привлечении лица в качестве обвиняемого, об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения, о квалификации преступления и об объеме обвинения» (п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ в ред. ФЗ от 02.12.2008 г. № 226-ФЗ, п. 2 ч. 3 ст. 39 УПК РФ в первоначальной редакции). Поскольку

перечень закрытый, можно предположить, что указания об отводе адвоката, не подпадающее ни под одну указанную категорию, РСО следователю давать не вправе. Таким образом, если прокурор ранее имел право на отмену этого постановления, и он же имел право давать обязательные указания следователю, предмет которых ограничен не был, т. е. они могли быть даны и в части принятия решения об отводе (ч. 3 ст. 37 УПК РФ первоначальной редакции), то РСО обделен последними полномочиями. Получается, что по строгой букве закона РСО не вправе как пресечь незаконное участие адвоката в деле путем дачи соответствующих указаний, так и предотвратить незаконный отвод его следователем, а может только аннулировать соответствующее постановление.

В чем логика законодателя, ограничившего сферу дачи указаний РСО? Возможно, в обеспечении самостоятельности следователя в принятии процессуальных решений? Заметим, что закон предоставляет ему полномочие на дачу указаний о принятии следователем ключевых процессуальных решений, перечисленных в п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ и не распространяет его на процессуальные решения, не влияющие в целом на ход, сущность и направление процесса, к коим и относится постановление об отводе адвоката.

Наше исследование практики свидетельствует о том, что РСО убеждены в своей правомочности давать указания по всем процессуальным решениям, принимаемым следователями в процессе предварительного следствия, в том числе и об отводе адвоката. Поскольку УПК РФ для этого оснований не дает, мы обратились к приказам Председателя Следственного комитета РФ. Следует отметить, что и в них мы не нашли оснований для такой позиции. В частности, в приказе «Об установлении системы и пределов процессуальных полномочий руководителей следственных органов (следственных подразделений) системы Следственного комитета Российской Федерации» от 15.01.2001 г. № 5 нем полномочия

РСО на дачу указаний следователям воспроизводятся в точном соответствии с текстом п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ в ред. ФЗ от 02.12.2008 г., никакой расширительной интерпретации не допущено.

Каковы процессуальные механизмы обеспечения своевременности реагирования РСО на принятие решения следователем об отводе адвоката?

На постановление следователя об отводе не распространяется требование об его обязательном утверждении РСО. УПК РФ не обязывает следователя также уведомлять о данном принятом решении РСО путем направления ему копии уже вынесенного постановления.

Откуда РСО может узнать о факте принятия следователем этого постановления?

Прежде всего, УПК РФ дает ему возможность осуществлять проверку материалов уголовного дела (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК РФ). Очевидно, в ходе этой проверки РСО может выявить факты незаконного отвода следователем адвоката.

Кроме того, о принятом следователем постановлении РСО может узнать в случае получения следователем требования прокурора об отмене незаконного и необоснованного постановления об отводе адвоката (ч. 4 ст. 39 УПК РФ в ред. ФЗ № 226 от 02.12.2008 г., ФЗ № 404 от 28.12.2010 г.).

О принятии им этого процессуального решения РСО может стать известно также и из жалобы лиц, чьи права и интересы этим процессуальным решением затронуты. Очевидно, что в данном случае это лица, которым адвокатом оказывалась помощь, а также сам адвокат, устраненный от участия в деле (ч. 1 ст. 123 УПК РФ).

Как видим, указанные полномочия, предусмотренные УПК РФ, не всегда позволяют РСО оперативно выявить возможные нару-

шения права обвиняемого на защиту при незаконном отводе адвоката и принять своевременные меры к их устранению.

Между тем интервьюирование нами нескольких РСО свидетельствует, что они не допускают даже мысли, что следователь может вынести постановление об отводе адвоката, не поставив их в известность об этом намерении и не представив данное постановление.

Следует отметить, что согласно приказу Председателя Следственного комитета РФ «Об организации процессуального контроля в Следственном комитете Российской Федерации» от 15.01.2001 г. № 1 РСО должны «с момента возбуждения уголовного дела заводить контрольное производство, в которое приобщать копии основных процессуальных и служебных документов, в том числе судебных решений, постановлений прокурора, постановлений и указаний руководителя следственного органа, сопроводительных писем, мотивированных возражений, справок, жалоб и др.» (п. 1.11). Из приказа прямо не ясно, относится ли к документам, подлежащим включению в контрольное производство, постановление следователя об отводе адвоката, но с учетом того, что на практике перечень этих документов трактуется достаточно широко, данное постановление, в него, безусловно, подпадает.

В настоящее время в научной литературе звучит достаточно аргументированная критика изложенных нами изменений уголовно-процессуального законодательства, передавших от прокурора надзорные полномочия субъектам, осуществляющим ведомственный контроль⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ См.: Шадрин В.С. Прокурор и его полномочия в уголовном досудебном производстве / Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. научн. тр. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2010. Вып. 5. С. 4–9; Шейфер С.А. Новеллы УПК – новые проблемы // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб.

Однако можно ли утверждать, что указанный надзор был эффективным в исследуемой нами части?

В качестве ответа на данный вопрос, обратимся еще раз к ситуации отвода адвоката К. следователем 2 отдела СС УФСКН по Самарской области 16 февраля 2005 г.⁵⁸⁵. Отметим, что УПК РФ не содержал требования об обязательном уведомлении следователем прокурора о вынесении постановления об отводе адвоката. Однако в число документов, входящих в надзорные производства прокурора, оно было включено, следователи в обязательном порядке такие постановления об отводе адвоката ему направляли. Соответственно, копия указанного постановления была направлена заместителю прокурора Самарской области, о чем указано в его резолютивной части.

Мы не будем полностью повторять сделанный нами анализ этого решения, обозначим только еще раз значимые в контексте данного исследования аспекты. Одно лишь прочтение этого постановления без ознакомления с материалами дела позволяет сделать выводы о том, что оно не удовлетворяет требованиям, предъявляемым к нему ч. 4 ст. 10 УПК РФ: законности, обоснованности и мотивированности. Так, уже из его названия «Постановление об отводе адвоката» следует, что следователь отвел лицо, еще не ставшее процессуальным участником процесса, чего УПК РФ не предполагает. В самом постановлении не указано, по какому из оснований, предусмотренных ст. 72 УПК РФ (а там названы, напомним, три группы оснований), следователь осуществляет отвод, делается общая ссылка на эту статью. Это является нарушением требования о том, что если процессуальное решение может быть при-

науч. тр. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2010. Вып. 5. С. 322–326.

⁵⁸⁵ Указанное решение следователя подробно анализировалось нами в § 1 главы 6 данной монографии.

нято по различным основаниям, должна быть ссылка на положение закона, содержащее конкретное основание (т. е. отсутствует «нормативная обоснованность» как выражение законности). Кроме того, данное решение следователя не мотивировано, т. к. он не обосновал, в чем именно состояло наличие противоречий между интересами доверителей адвоката, которое он якобы установил. Ознакомление прокурора с материалами дела позволило бы ему убедиться в том, что данное постановление еще и необоснованно, т. к. доказательства, подтверждающие факты, на которые ссылался следователь, в деле отсутствовали.

Мы указали лишь на некоторые очевидные недостатки данного постановления следователя, однако они не повлекли никаких мер прокурорского реагирования.

На наш взгляд, это может служить всего лишь одним из примеров того, что не стоит идеализировать существовавший прокурорский надзор. Очевидно, что усиление процессуального контроля со стороны ведомственных органов управления направлено на оперативное предотвращение и исправление подобных нарушений по стороны следователей.

§ 3. Обжалование постановления следователя (дознавателя) об отводе адвоката

Возможность обжалования решения об отводе адвоката обусловлена тем, на какой стадии процесса и какой субъект его принимает. Мы обозначили, что отвод адвоката возможен как следователем (дознавателем), так и судом (судьей).

Прежде всего, осветим перспективы обжалования решения об отводе адвоката, принятого следователем (дознавателем).

Допустимость обращения с жалобой на отвод адвоката к прокурору, руководителю следственного органа вытекает из ст. 123, 124 УПК РФ и на практике не оспаривается.

Вопрос о судебном обжаловании адвокатом вынесенного в отношении него на предварительном следствии решения об отводе возник еще в период действия УПК РСФСР. На практике сложилось различное его понимание.

Так, Куйбышевский районный суд г. Санкт-Петербурга постановлением от 28 мая 1999 г. оставил без удовлетворения жалобу адвоката Т. и обвиняемых Гончарова и Полякова на решение следователя об отводе первого, признав постановление следователя законным и обоснованным.

Прекращая кассационное производство по частной жалобе адвоката Т., Судебная коллегия по уголовным делам Санкт-Петербургского городского суда сослалась на Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П⁵⁸⁶ (в котором рассматривался вопрос о предмете и пределах судебного контроля), указав, что если такого решения в списке допустимых к обжалованию нет, то и обжаловать его нельзя.

Президиум Санкт-Петербургского городского суда с этим подходом не согласился, указав, что судебное обжалование действий следователя, связанных с нарушением права на защиту, не противоречит требованию закона и смыслу постановления Конституционного Суда РФ....». Данное решение от 18 апреля 2001 г. было опубликовано Верховным Судом РФ для всеобщего ознакомления и ориентира⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырещкого, Д.И. Фуфлыгина и ООО «Моноком»».

⁵⁸⁷ Постановление Президиума Санкт-Петербургского городского суда от 18 апреля 2001 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 1. С. 21–22.

Несмотря на это прецедентное решение и принятие нового УПК РФ, достаточно подробно регламентирующего порядок и основания судебного контроля, проблемы с обжалованием постановления следователя (дознателя) об отводе адвоката возникали и возникают до сих пор.

В частности, Судебная коллегия по уголовным делам Архангельского областного суда в кассационном определении от 29 августа 2006 г. по жалобе обвиняемого К. присоединилась к выводу Приморского районного суда Архангельской области, изложенному в Постановлении от 04.08.2006 г. о законности отвода адвоката Ш. заместителем начальника отдела по расследованию особо важных дел Архангельской областной прокуратуры.

Было отмечено, что адвокат не вправе обжаловать решение о своем отводе в порядке ст. 125 УПК РФ, т. к. он не является ни участником процесса, ни заинтересованным лицом, т. е. «лицом, интересы которого нарушены обжалуемым решением»⁵⁸⁸, тем самым признав право обжаловать постановление следователя об отводе адвоката в целом, Архангельский областной суд отказал в этом праве отведенному адвокату.

К выводу о том, что отвод конкретного адвоката от участия в деле рассмотрению в порядке ст. 125 УПК РФ не подлежит в принципе, независимо от субъекта такого обжалования, пришел Амурской областной суд. Благовещенский городской суд Амурской области оставил без удовлетворения жалобу В. о признании незаконным постановления следователя от 12 мая 2009 г. об отстранении адвоката К. от участия в производстве по делу. Кассационным определением Судебной коллегии по уголовным делам

⁵⁸⁸ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Архангельского областного суда от 29 августа 2006 г. Дело № 22-к-2602. Официальный сайт Архангельского областного суда. URL: <http://www.arhcourt.ru/?Documents/Crm/Cas/2/1/3/200608291000>.

Амурского областного суда постановление городского суда оставлено без изменения. Президиум этого же суда постановлением от 22 марта 2010 г. состоявшиеся судебные решения отменил, производство по жалобе прекратил, посчитав, что оснований для рассмотрения жалобы В. по существу у суда нет.

При этом он сослался на то, что в силу ч. 3 ст. 29 и ст. 125 УПК РФ в ходе досудебного производства по уголовному делу могут быть обжалованы в суд не любые действия (бездействие) и решения следователя, а лишь те, которые «способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию».

Аргументацией того, что постановление следователя (дознавателя) об отводе адвоката данному условию не отвечает, послужило следующее:

Во-первых, использовалась ссылка на правовую позицию Конституционного Суда РФ, выраженную в уже упомянутом Постановлении от 23 марта 1999 г. № 5-П о том, что в ходе досудебного производства по уголовному делу могут быть обжалованы в суде действия и решения органа расследования, если они не только затрагивают собственно уголовно-процессуальные отношения, но и порождают последствия, выходящие за их рамки, существенно ограничивая при этом конституционные права и свободы личности, и отложение проверки законности и обоснованности таких действий и решений до стадии судебного разбирательства может причинить ущерб, восполнение которого в дальнейшем окажется неосуществимым.

Во-вторых, указывалось, что вопрос о соблюдении в ходе предварительного расследования права обвиняемого пользоваться помощью избранного им самим защитника разрешается судом в ходе «судебного производства по уголовному делу».

В-третьих, была процитирована правовая позиция Конституционного Суда РФ, изложенная в Определении от 19 марта 2009 г. № 322-О-О⁵⁸⁹ о том, что отстранение защитника от участия в деле следователем не препятствует участию в деле другого защитника, следовательно, права на получение квалифицированной юридической помощи не ограничивает.

В-четвертых, было отмечено, что согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в Постановлении от 23 марта 1999 г. № 5-П, суд при проверке в период предварительного расследования тех или иных процессуальных актов не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу. Иное противоречило бы конституционному принципу независимости суда (ст. 120 Конституции РФ). Поэтому Благовещенский городской суд, указавший в своем решении, что вывод следователя о наличии противоречий интересов обвиняемых В. и М. сделан обоснованно, с учетом характера предъявляемых каждому из них обвинения и на основе анализа материалов всего уголовного дела, предрешил вопросы, которые могут стать предметом судебного разбирательства по данному уголовному делу⁵⁹⁰.

Мы специально привели подробно аргументацию принятого решения, поскольку в той или иной части она использовалась и в других аналогичных судебных актах⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 19 марта 2009 г. № 322-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки С.А. Иналовой на нарушение ее конституционных прав положениями п.п. 8 и 9 ч. 4 ст. 47, п. 3 ч. 1 ст. 72 и ч.ч. 1 и 4 ст. 354 УПК РФ».

⁵⁹⁰ Бюллетень Амурского областного суда. (1 квартал 2010 г.) URL: http://oblsud.tsl.ru/bul/bul_1_10.doc.

⁵⁹¹ Официальный сайт суда Ямало-Ненецкого автономного округа. Апелляция поправила суд, отказавший в отводе адвоката по просьбе следователя. URL: <http://pravo.ru/news/view/101371/#comm369730>.

Комментируя это решение, отметим, что использованное в качестве ключевого аргумента известное Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П в момент принятия было призвано именно обеспечить право участников процесса на судебное обжалование действий (бездействия) и решений следователя (дознателя), внедрить судебный контроль на его досудебных стадиях. Обоснование им практиками невозможности такого обжалования несколько парадоксально, учитывая, что приводимые ими аргументы нельзя признать убедительными.

Так, приведя правовую позицию Конституционного Суда РФ, выраженную в данном постановлении о признаках решений органов предварительного расследования, подлежащих судебному обжалованию, Президиум Амурского областного суда не привел доводов, почему посчитал решение следователя об отводе адвоката под них не подпадающим.

Отложение до стадии судебного разбирательства рассмотрения вопроса о нарушении права обвиняемого на защиту в ходе предварительного расследования само по себе способно усугубить допущенное нарушение. Поэтому его нельзя признать надлежащим обеспечением права на квалифицированную юридическую помощь. Право обвиняемого пригласить другого защитника не может служить обоснованием правомерности устранения адвоката из дела, поскольку значимо обеспечить не право на защиту вообще, а право пользоваться помощью именно выбранного защитника. Недопустимы произвольное отстранение защитника от участия в процессе и фактическое вынуждение его доверителя воспользоваться помощью другого.

Правомерность отвода адвоката на предварительном следствии сама по себе не является вопросом, входящим в предмет доказывания в суде первой инстанции, ее оценка не предreshает рассмотрение дела по существу, поэтому говорить о вторжении судебного

контроля за решением следователя об отводе адвоката в компетенцию суда, рассматривающего дело по существу, совершенно необоснованно.

В связи с этим мы считаем обжалование постановлений следователя (дознавателя) об отводе адвоката в судебном порядке правомерным. Именно данный подход должен получить однозначную поддержку на практике. Следует отметить, что именно его придерживаются опрошенные нами следователи (97,1 %): только один из них указал, что адвокат не вправе обжаловать решение о своем отводе в судебном порядке.

Эту позицию должна отстаивать уголовно-процессуальная наука, в которой, однако, к сожалению, можно встретить прямое или косвенное подтверждение тому, что не все ученые ее разделяют. Последнее следует, например, из того факта, что в специальных исследованиях оно не упоминается в числе решений, законность и обоснованность которых может быть предметом судебного контроля⁵⁹².

Между тем сам Конституционный Суд РФ уже неоднократно высказывался в своих решениях, касающихся применения ст. 72 УПК РФ на стадии предварительного расследования, о том, что конституционность данной нормы неотрывна от обеспечения возможности судебного обжалования решения о ее применении.

Так, сразу в двух определениях, вынесенных 24 сентября 2012 г., в связи с обжалованием п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ как нарушающего право на получение квалифицированной юридической помощи возможностью отвода адвокатов, Конституционный Суд РФ указал, что решение об отводе «...может быть обжаловано прокурору или в *соответствующий суд* (выделено мною. – А. Т.), которые с

⁵⁹² См: Королев Г.Н. Предмет судебного контроля за предварительным расследованием: понятие и содержание // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. Сер.: Право. 2001. № 2. С. 134–140.

учетом всех обстоятельств дела оценивают, насколько правомерно в каждом конкретном случае лицу отказывается в допуске выбранного им защитника к участию в деле»⁵⁹³. Аналогичную правовую позицию Конституционный Суд РФ высказывал и ранее⁵⁹⁴.

На наш взгляд, данная позиция Конституционного Суда РФ постепенно меняет практику. Судебное обжалование решений следователя (дознателя) об отводе адвоката сейчас достаточно активно осуществляется. При этом отвергаются аргументы, служившие ранее оправданием его недопустимости.

Это касается, в частности, ссылки на то, что адвокат, отведенный от участия в деле, не может быть субъектом подачи такой жалобы. Так, адвокат Шангиреев С.Р. в порядке ст. 125 УПК РФ обжаловал в Зюзинский районный суд г. Москвы постановление следователя УФСКН России по г. Москве от 02 августа 2012 г. о своем отводе от защиты обвиняемого Ш. Постановлением Зюзинского районного суда г. Москвы от 13 августа 2012 г. жалоба была возвращена заявителю. При этом суд указал, что адвокат Шангиреев С.Р. не является

⁵⁹³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1515-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ю.В. Шорчева на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 69, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1796-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр-ки Н.Е. Ефимовой на нарушение ее конституционных прав п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1515-О.

⁵⁹⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 19 марта 2009 г. № 322-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Иналовой С.А. на нарушение ее конституционных прав положениями пп. 8 и 9 ч. 4 ст. 47, п. 3 ч. 1 ст. 72 и ч.ч. 1 и 4 ст. 354 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 13 октября 2009 г. № 1111-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Кардаша на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72, ч. 5 ст. 355 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. № 333-О «Об отказе в принятии жалобы гражданина Брындина К.В. на нарушение его конституционных прав ч. 6 ст. 49, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ»; Определение Конституционного Суда РФ от 9 ноября 2010 г. № 1573-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Дубининой Т.Н. на нарушение ее конституционных прав ч. 1 ст. 69 и пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ».

участником уголовного судопроизводства, его жалоба не может быть предметом рассмотрения в порядке ст. 125 УПК РФ, поскольку постановление следователя УФСКН России по г. Москве не затрагивает конституционные права и законные интересы адвоката Шангиреева С.Р.

Московский городской суд не согласился с данным решением, указав, что «адвокат Шангиреев С.Р. действует в интересах обвиняемого Ш. и доводы заявителя о нарушении прав и законных интересов обвиняемого Ш. при вынесении процессуального решения об отводе адвоката Шангиреева С.Р. подлежали рассмотрению в порядке ст. 125 УПК РФ»⁵⁹⁵. Постановление Зюзинского районного суда г. Москвы было отменено, материалы жалобы отправлены Московским городским судом в тот же суд со стадии принятия решения.

По другому делу Верховным Судом Республики Карелия был отвергнут аргумент о том, что «при подаче жалобы Заранова не являлась участником уголовного судопроизводства, так как была отведена от защиты», как обоснование недопустимости обжалования ею решения следователя об отводе, изложенный и. о. прокурора Кемского района Кытьковым А.В. в кассационном представлении на постановление судьи Кемского городского суда Республики Карелия от 28 апреля 2012 г. Последним была удовлетворена поданная в порядке ст. 125 УПК РФ жалоба адвоката Зарановой Т.В. на постановление начальника отделения № 3 СЦ МЦ МВД России «Кемский» Ч. об отводе адвоката З.⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Кассационное определение Московского городского суда от 15 октября 2012 г. по делу № 22-13467/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁹⁶ См.: Кассационное определение Верховного Суда Республики Карелия от 18 июня 2012 г. по делу № 22к-1236/2012 (извлечение). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Очевидно, что данная позиция полностью соответствует требованиям уголовно-процессуального закона, который в числе субъектов, имеющих право на судебное обжалование, называет не только участников процесса, но и «иных лиц в той части, в которой проводимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы» (ч. 1 ст. 123 УПК РФ). Пленум Верховного Суда РФ в п. 5 Постановления № 1 от 10.02.2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ» особо подчеркнул, что «недопустимы ограничения права на судебное обжалование решений и действий (бездействия), затрагивающих права и законные интересы граждан, лишь на том основании, что они не были признаны в установленном законом порядке участниками уголовного судопроизводства, поскольку обеспечение гарантируемых Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека и гражданина должно вытекать из фактического положения этого лица как нуждающегося в обеспечении соответствующего права».

В этой связи мы не согласимся с мнением Верховного Суда Республики Карелия, выраженным по ранее указанному делу о том, что «...в порядке ст. 125 УПК РФ обжалованию подлежат действия и решения дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, связанные с нарушением конституционного права на судебную защиту обвиняемого», а нарушения иных прав не являются предметом судебного контроля. Уголовно-процессуальный закон не ограничивает предмет такого обращения только лишь нарушением этого права. Напротив, ч. 1 ст. 125 УПК РФ определяет, что предметом обращения в суд может быть защита любого конституционного права участника уголовного процесса, со-

ответственно в том числе и права на труд, о чем заявляла адвокат Т.В. Заранова⁵⁹⁷.

Следует отметить, что практика судебного обжалования постановления следователя (дознателя) об отводе адвоката постепенно прокладывает себе дорогу. В этой связи показательны метаморфозы Обзора судебной практики рассмотрения уголовных дел в апелляционном порядке за четвертый квартал 2013 г. суда Ямало-Ненецкого автономного округа⁵⁹⁸. В качестве ориентира в нем было приведено его решение от 16 декабря 2013 г., которым постановление следователя об отводе адвоката было признано не подлежащим судебному обжалованию, как не выходящее за рамки уголовно-процессуальных отношений, не нарушающее права и свободы заявителя и не затрудняющее ему доступ к правосудию⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ См.: Кассационное определение Верховного Courts Республики Карелия.

⁵⁹⁸ Официальный сайт суда Ямало-Ненецкого автономного округа. Обзор судебной практики рассмотрения уголовных дел в апелляционном порядке за четвертый квартал 2013 года URL: http://oblsud.ynao.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=651.

⁵⁹⁹ В частности, в решении указано: «Судья, принимая жалобу заявителя к своему производству и разрешая ее доводы по существу в судебном заседании, не учел, что постановление замруководителя следственного отдела об отводе от участия в уголовном деле в качестве защитника адвоката не выходит за рамки собственно уголовно-процессуальных отношений, поскольку не нарушает права и свободы заявителя и не затрудняет ему доступ к правосудию. При этом законность и обоснованность решения заместителя руководителя следственного отдела об отводе защитника может и должна быть проверена судом первой инстанции при поступлении дела в суд для его рассмотрения по существу.

При необходимости и при наличии к тому оснований суд первой инстанции может в полном объеме восстановить право обвиняемого на защиту путем возвращения уголовного дела прокурору в порядке, предусмотренном ст. 237 УПК РФ.

Иное решение по данному вопросу противоречило бы требованиям закона, поскольку в случае разрешения на досудебной стадии вопроса об обоснованности решения об отводе защитника судья будет обязан и не сможет избежать исследования и, соответственно, оценки доказательств, касающихся разрешаемого вопроса, что является исключительной прерогативой суда первой инстанции, разрешающего уголовное дело по существу.

5 февраля 2014 г. из обзора данное решение было исключено как противоречащее Определению Конституционного Суда Российской Федерации от 09 ноября 2010 года № 1573-О-О⁶⁰⁰.

В настоящее время практика обжалования решений следователя об отводе защитника стала достаточно широко осуществляться, существуют позитивные примеры того, что суды принимают и рассматривают такие решения по существу⁶⁰¹.

Признание уголовно-процессуальной наукой и понимание на практике допустимости обжалования постановления следователя (дознавателя) об отводе адвоката является весьма значимым. Судебный контроль в данном случае выступает гарантией обеспечения конституционного права на квалифицированную юридическую помощь и права на защиту, предполагающего возможность получения такой помощи от конкретного, избранного защитника, при осуществлении отвода адвоката органами предварительного следствия и дознания.

При таких обстоятельствах, учитывая существо рассматриваемого вопроса, не требовалось безотлагательного судебного контроля за законностью и обоснованностью решения заместителя руководителя следственного отдела об отводе от участия в деле защитника, а у судьи не имелось правовых оснований для принятия жалобы и рассмотрения ее доводов по существу в связи с отсутствием предмета обжалования, предусмотренного ст. 125 УПК РФ» (дело № 22К-1816/2013).

⁶⁰⁰ Официальный сайт суда Ямало-Ненецкого автономного округа. Новости от 05.02.2014 г. URL: http://oblsud.ynao.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=653.

⁶⁰¹ См.: Кассационное определение Московского городского суда от 10 октября 2012 г. № 22-13363/12. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Кассационное определение Московского городского суда от 10 января 2013 г. по делу № 22к-159. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Московского городского суда от 8 апреля 2013 г. № 4у/8-2295. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Кассационное определение Московского городского суда от 16 января 2013 г. по делу № 22-231. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Кассационное определение Московского городского суда от 12 ноября 2012 г. по делу № 22-14193/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Кассационное определение Московского городского суда от 25 июня 2012 г. по делу № 22-8394. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Возможность судебного обжалования решения следователя (дознателя) об отводе адвоката актуальна тем, что ни контроль со стороны РСО, ни прокурорский надзор не гарантируют в достаточной мере защиту этого права при незаконном отводе адвоката на предварительном следствии.

Примером тому может служить кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 11 декабря 2012 г. по делу № 22-9243. Она рассмотрела по кассационному представлению помощника прокурора г. Таганрога И.Ю. Жовнер постановление Таганрогского городского суда Ростовской области от 19 октября 2012 г., признавшего незаконным и необоснованным решения старшего следователя об отводе защитника адвоката А.В. Бородиной и полностью с ним согласилась. Суд выявил тот факт, что отвод адвоката был осуществлен следователем только из предположения о возможности существования противоречий в интересах доверителей адвоката, т. е. при отсутствии установленных законом оснований. Решение следователя немотивированно. Кроме того, суд констатировал факт последовавшего после отвода адвоката А.В. Бородиной нарушения права ее доверителя – обвиняемой Т.В. Кравченко на приглашение защитника по своему выбору.

Показательно, что в кассационном представлении помощник прокурора указывал, что Таганрогский городской суд Ростовской области необоснованно оставил без внимания письмо заместителя прокурора Ростовской области А.Д. Клименко от 3 октября 2012 года, согласно которому постановления следователя об отводе защитников по данному уголовному делу проверялись в Управлении

Генеральной прокуратуры РФ в ЮФО, признаны законными и обоснованными⁶⁰².

Тем самым только наличие возможности судебного обжалования решения об отводе адвоката, принятого на предварительном следствии, позволило пресечь решения и действия следователя, нарушающие право обвиняемого на защиту.

Очевидно, что само существование возможности обращения в суд с жалобой на решение об отводе адвоката выступает в роли определенного сдерживающего фактора от злоупотреблений следователя, а также средства потенциального обеспечения надлежащего процессуального контроля и надзора.

В ряде случаев уже на этапе рассмотрения судом жалобы на решение следователя об отводе в порядке ст. 125 УПК РФ соответствующие органы сами устраняют допущенные нарушения.

Так, старший следователь С.И. Безуглый вынес постановление об отводе защитника адвоката М.А. Дюжих, осуществлявшего защиту супругов. Оба супруга от дачи показаний отказались, сославшись на ст. 51 Конституции РФ. Следователь, принимая решение об отводе адвоката, посчитал, что, возможно, в случае дачи ими показаний в них возникнут противоречия.

Адвокат М.А. Дюжих обжаловал постановление о своем отводе в порядке ст. 125 УПК РФ. В судебном заседании прокурор Борисовского р-на А.М. Желтонога представил требование заместителя прокурора Борисовского района А.Н. Водяницкого об отмене нарушения федерального законодательства, допущенного следователем С.И. Безуглым Постановлением заместителя начальника СО УФСКН России по Белгородской области требование заместителя прокурора Борисовского района удовлетворено и постановление

⁶⁰² Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 11 декабря 2012 г. по делу № 22-9243. URL: <https://rospravosudie.com/court-rostovskij-oblastnoj-sud-rostovskaya-oblast-s/act-107205626>.

старшего следователя С.И. Безуглого отменено. В связи с указанными обстоятельствами прокурор района просил суд прекратить производство по жалобе. Адвокат М.А. Дюжих не возражал против прекращения производства по его жалобе, поскольку нарушения закона устранены. Постановлением от 20 апреля 2012 г. Борисовский районный суд Белгородской области производство по жалобе прекратил⁶⁰³.

Складывающаяся практика рассмотрения судами жалоб на решения следователя (дознателя) об отводе адвоката позволяет провести ее анализ, отследить возникшие проблемы и дать необходимые комментарии и рекомендации.

При рассмотрении судом жалоб на отвод адвоката следователем (дознателем) в порядке ст. 125 УПК РФ должны соблюдаться все требования, предъявляемые УПК РФ к процедуре рассмотрения таких жалоб. Несоблюдение прав участников процесса, предусмотренных уголовно-процессуальным законом, влечет отмену состоявшего решения. Верховный Суд РФ в Постановлении Пленума № 1 от 10.02.2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ» особо разъяснил некоторые аспекты процессуального порядка осуществления этой формы судебного контроля.

Так, Пленум Верховного Суда РФ в п. 10 указанного постановления отметил, что по смыслу ч. 3 ст. 125 УПК РФ суд обязан своевременно известить о назначении судебного заседания указанных в ней лиц. При этом он объяснил, кто подпадает под упомянутых в законе «иных лиц, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением». В частности, к ним он отнес обвиняемого (подозреваемого) в

⁶⁰³ Постановление о прекращении производства по жалобе Борисовского районного суда Белгородской области от 20 апреля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-borisovskij-rajonnyj-sud-belgorodskaya-oblast-s/act-104788961>.

случае подачи жалобы в его интересах защитником или законным представителем. Нарушение данного предписания закона влечет отмену принятого судебного решения.

В качестве иллюстрации приведем случай отмены по этому основанию решения суда, вынесенного по жалобе на постановление следователя об отводе адвоката. Судья Кемского городского суда Республики Карелия постановлением от 28 апреля 2012 г. удовлетворил поданную в порядке ст. 125 УПК РФ жалобу адвоката Зарановой Т.В. на постановление начальника отделения № 3 СО МО МВД России «Кемский» Ч. об его отводе. Верховный Суд Республики Карелия, рассмотрев кассационное представление и.о. прокурора Кемского района А.В. Кытькова, данное решение отменил. Было установлено, что обвиняемый К., чьи интересы непосредственно затрагиваются решением суда, не был извещен о времени и месте рассмотрения жалобы адвоката Зарановой, как того требует ч. 3 ст. 125 УПК РФ. Интересно, что тот факт, что жалоба была подана в его интересах адвокатом Зарановой, участвовавшей лично на этом судебном заседании и судом была удовлетворена, на решение Верховного Суда Республики Карелия не повлиял⁶⁰⁴.

Пленум Верховного Суда РФ в упомянутом постановлении (п. 7) дал общую рекомендацию судьям выяснять в ходе предварительной подготовки к судебному заседанию, подсудна ли жалоба данному суду. При обжаловании адвокатами решений следователя (дознателя) о своем отводе возникли сложности с определением подсудности рассмотрения таких жалоб. Достаточно интересная ситуация возникла при обжаловании адвокатом В.В. Осиним постановления следователя ГСУ СК России по Москве о своем отводе.

⁶⁰⁴ См.: Кассационное определение Верховного Суда Республики Карелия от 18 июня 2012 г. по делу № 22к-1236/2012 (извлечение). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Пресненский районный суд г. Москвы возвратил ему жалобу, поданную в порядке ст. 125 УПК РФ для устранения выявленных недостатков. Адвокат Осин В.В. обжаловал это судебное решение, указав, что следователь не ознакомил его с процессуальными документами, в которых было бы указано, за какие деяния был привлечен к уголовной ответственности его доверитель Ч., где и когда именно они были совершены. Будучи отведенным от участия в деле, адвокат не имеет возможности эту информацию получить. Московский городской суд признал, что отведенный адвокат был лишен возможности определить суд, в который необходимо подать жалобу на действия следователя в порядке ст. 125 УПК РФ, если ему не были вручены какие-либо процессуальные документы, из которых усматривалось бы место совершения инкриминируемого его доверителю деяния. Решение Пресненского районного суда было отменено, а дело направлено в тот же суд для принятия решения в порядке ст. 125 УПК РФ⁶⁰⁵.

Изменениями, внесенными в ч. 1 ст. 125 УПК РФ ФЗ от 23 июля 2013 г. № 220 ФЗ, была установлена возможность подачи жалобы не только в районный суд по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления, но и по месту нахождения органа, в производстве которого находится уголовное дело. Тем самым законодатель отреагировал на проблемы, возникающие на практике, в том числе в приведенном нами случае.

Пленум Верховного Суда в п. 8 анализируемого постановления указал, что производство по жалобе подлежит прекращению в случае удовлетворения аналогичной жалобы прокурором либо руководителем следственного органа. Практика рассмотрения жалоб на отвод адвоката показала неполноту данного разъяснения, круг

⁶⁰⁵ Кассационное определение Московского городского суда от 16 января 2013 г. по делу № 22-231. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

оснований принятия данного решения фактически был расширен. Так, Московский городской суд признал законным постановление Мещанского районного суда г. Москвы от 14 апреля 2015 г., прекратившего производство по жалобе адвоката Н.С. Алешиной на решение следователя от 18.03.2015 г. о ее отводе. Суд установил, что 10 апреля 2015 г. Мещанским районным судом г. Москвы была рассмотрена и оставлена без удовлетворения аналогичная жалоба, поданная обвиняемым С. (доверителем адвоката Н.С. Алешиной). Все доводы адвоката о том, что решение суда незаконно, поскольку не подпадает под перечень оснований прекращения производства по жалобе, указанный Пленумом, Московский городской суд отверг, указав, что «... суд обоснованно прекратил производство по жалобе, поскольку повторная судебная проверка одних и тех же действий и решений следователя или иных должностных лиц в ходе досудебного производства по уголовному делу не предусмотрена действующим уголовно-процессуальным законодательством»⁶⁰⁶. Между тем закон не ограничивает право подачи жалобы на решение следователя (дознателя) тем, что данное решение уже было обжаловано иным участником процесса. Очевидно, что в данном случае правоприменитель, учитывая процессуальную связанность адвоката и его подзащитного, уравнил подачу ими жалоб, посчитав жалобу одного из них, поданную после другого, как повторную, рассмотрение которой, действительно, не предусмотрено УПК РФ.

Судебный контроль за законностью отвода адвоката на предварительном расследовании нередко бывает ущербен не только по форме, но и по содержанию судебной деятельности. Анализ судебных решений показывает, что суды далеко не всегда оценивают

⁶⁰⁶ Апелляционное постановление Московского городского суда от 28 мая 2015 г. по делу № 10-7060/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

надлежащим образом обоснованность постановлений следователя (дознателя) об отводе адвоката.

В частности, это особенно актуально в отношении такого основания отвода, как «наличие противоречий в интересах доверителей адвоката» (п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ). Проверка законности отвода адвоката в данном случае требует вникнуть в существо принятого решения, так как противоречия устанавливаются посредством анализа содержания показаний доверителей адвоката, обстоятельств дела и проч.

Между тем нередко суду бывает достаточно, чтобы в постановлении об отводе следователь лишь констатировал наличие противоречий в интересах доверителей адвоката. Оставляя без удовлетворения жалобу на решение следователя об отводе, суды не выясняют, в чем конкретно состояло противоречие интересов доверителей адвоката (а, соответственно, имелось ли оно вообще). Это видно по ряду решений, из которых следует, что наличие противоречия между интересами доверителей адвоката не устанавливалось⁶⁰⁷.

Так, адвокаты Г.Н. Нилус и Е.С. Плюсова обжаловали постановление судьи Басманного районного суда г. Москвы от 03 июня 2011 г., отказавшего им в удовлетворении жалобы на постановление следователя об их отводе, указав, что судья не дана надлежащая оценка их доводам и не опровергнуто утверждение об отсутствии противоречий в интересах обвиняемых Н. и Т.

Судебная коллегия Московского городского суда, оставив решение Басманного районного суда без изменений, не стала оспаривать, что суд уклонился от проверки по существу правильности вывода

⁶⁰⁷ См., например: Кассационное определение Московского городского суда от 10 января 2013 г. по делу № 22к-159. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Кассационное определение Московского городского суда от 17 сентября 2012 г. по делу № 22-12494/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

следователя о наличии противоречий в интересах обвиняемых Т. и Н., не согласившись, что это было незаконно. Она объяснила это тем, что «подобная проверка возможна только путем оценки добытых доказательств, то есть совершения таких действий, которые не относятся к полномочиям судьи на стадии досудебного производства, и которые, исходя из требований уголовно-процессуального закона, в период предварительного следствия вправе осуществлять исключительно органы предварительного следствия»⁶⁰⁸.

Вышеизложенная правовая позиция была также приведена в решениях и другими судьями разных уровней и регионов при рассмотрении жалоб на отвод адвоката следователями в порядке ст. 125 УПК РФ⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Кассационное определение Московского городского суда от 8 августа 2011 г. по делу №22-8849. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁰⁹ «...Суд не вправе ... проводить проверку правильности вывода следователя о наличии противоречий в интересах обвиняемого Ч. и осужденного Л.». См.: Кассационное определение Московского городского суда от 8 августа 2011 г. по делу № 22-8849. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

«Суд полагает, что проверка по существу правильности вывода следователя о наличии противоречий в интересах подозреваемого Фролова и свидетеля Тюриной возможна только путем оценки добытых в ходе предварительного следствия доказательств, т. е. совершения таких действий, которые не относятся к полномочиям судьи на стадии досудебного производства, и которые, исходя из требований уголовно-процессуального закона, в период предварительного следствия вправе осуществлять исключительно органы предварительного следствия. См.: См.: Постановление Фрунзенского районного суда г. Саратова от 29 июня 2012 г. Материал № 3/10-62/12. URL: <https://rospravosudie.com/court-frunzenskij-rajonnyj-sud-g-saratova-saratovskaya-oblast-s/act-105191348>; Постановление Фрунзенского районного суда г. Саратова от 29 июня 2012 г. Материал № 3/10-63/12 URL: <https://rospravosudie.com/court-frunzenskij-rajonnyj-sud-g-saratova-saratovskaya-oblast-s/act-105191349>.

«Доводы заявителя Т.А. Тураевой и ее защитника В.О. Зайцева об отсутствии противоречий интересов ... при рассмотрении настоящей жалобы судом оценке не подлежат, поскольку из смысла статьи 299 УПК РФ следует, что указанные доказательства подлежат оценке судом при рассмотрении дела по существу». См.: Постановление об отказе в удовлетворении жалобы судьи Бейского районного суда Республики Хакасия от 09 июня 2011 года Дело № 3/10-5/2011. URL: <https://rospravosudie.com/court-bejskij-rajonnyj-sud-respublika-xakasiya-s/act-102281022>.

Занимая данную позицию, суды нередко сами себе противоречат. Так, Московский городской суд, рассматривая апелляционную жалобу на постановление Савеловского районного суда г. Москвы от 19 февраля 2015 г., оставившего без удовлетворения жалобу адвоката Н.В. Кондрахина на решение суда о его отводе, указал: «Суд первой инстанции не вправе проводить анализ противоречий, имеющих место между подозреваемым Э. и обвиняемым Г. по уголовному делу, поскольку он связан с оценкой доказательств, которая на стадии досудебного производства по уголовному делу при рассмотрении жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ не входит в полномочия суда»⁶¹⁰. При этом, однако, двумя абзацами ниже Московский городской суд опровергнул доводы адвоката Н.В. Кондрахина о том, что суд не выяснил вопрос, имеются ли в действительности противоречия в интересах подозреваемого Э. и обвиняемого Г., отметив, что «... из протокола судебного заседания следует, что суд первой инстанции исследовал как постановления о привлечении в качестве обвиняемого Г. и протокол допроса его в качестве обвиняемого, так и протокол допроса Э. в качестве подозреваемого, а также иные копии материалов уголовного дела...»⁶¹¹. Эта непоследовательность позиции Московского городского суда в вопросе о том, должен ли суд проводить анализ доказательств на предмет наличия противоречий в интересах доверителей адвоката при оценке законности его отвода, свидетельствует в пользу ее слабости и несостоятельности.

Ошибочность анализируемой практики была отмечена в науке, в частности, указано, что «наличие противоречий в интересах подозреваемых (обвиняемых) может явствовать не из собранных по делу доказательств (протоколов следственных действий, вещест-

⁶¹⁰ См.: Апелляционное постановление Московского городского суда от 6 апреля 2015 г. по делу № 10-4788/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶¹¹ Там же.

венных доказательств и т. д.), а из самого мотивированного постановления следователя, которое собственно и является предметом жалобы»⁶¹².

Соглашаясь с изложенным мнением, отметим все же, что, на наш взгляд, в данном случае очевидно превратное толкование судьями положений Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 1 от 10.02.2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ».

Согласно п. 12 данного постановления, «при подготовке к рассмотрению жалобы судья истребует по ходатайству лиц, участвующих в судебном заседании, или по собственной инициативе материалы, послужившие основанием для решения или действия должностного лица, а также иные данные, необходимые для проверки доводов жалобы». В силу этого нет запрета для судьи исследовать материалы уголовного дела, положенные в основу принятия обжалуемого решения об отводе. Боязнь судей быть уличенными при этом в оценке доказательств основана, очевидно, на п. 1 указанного постановления, в котором Верховный Суд РФ обозначил, что «судья не вправе делать выводы о фактических обстоятельствах дела, об оценке доказательств...». Однако если обратиться к тексту данного постановления, то можно увидеть, что этот запрет существует не сам по себе, а является разъяснением ранее изложенного запрета на предрешение судьей вопросов, «которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела». Таким образом, не любая оценка доказательств здесь запрещена, а только та, которая связана с разрешением дела по существу, т. е. вопроса о виновности или невиновности обвиняемого. Установление наличия или отсутствия

⁶¹² Кривокульский А.В. Конфликт интересов при осуществлении защиты // Уголовный процесс. 2012. № 12. С. 73.

противоречий в показаниях допрашиваемых лиц к этой категории отнесено быть не может. В данном случае речь идет об оценке показаний с точки зрения соотношения их содержания, а никак не с позиций достоверности, допустимости, относимости, что является, действительно, прерогативой органов, осуществляющих предварительное расследование.

Невыяснение судом наличия реального противоречия в интересах доверителей адвоката при рассмотрении жалобы на его отвод, осуществленный следователем (дознавателем), является нарушением требований указанного постановления Пленума о том, что «в силу части 4 статьи 7 УПК РФ постановление судьи, вынесенное по результатам рассмотрения жалобы, должно быть законным, обоснованным и мотивированным, основанным на исследованных материалах с проверкой доводов, приведенных заявителем» (п. 1).

Именно поэтому мы положительно оцениваем судебную практику рассмотрения жалоб на решения следователя об отводе адвоката в порядке ст. 125 УПК РФ, сопряженную с оценкой судом фактического наличия противоречий интересов доверителей адвоката.

Так, помощник прокурора г. Таганрога И.Ю. Жовнер обжаловал постановление Таганского городского районного суда Ростовской области от 19 октября 2012 г., признавшего незаконным отвод следователем И.Н. Бондаренко защитника адвоката А.В. Бородиной. Суд проанализировал протоколы допросов восьмерых обвиняемых, интересы которых представлял последний, и не нашел каких-либо противоречий в их показаниях.

В кассационном представлении помощник прокурора, ссылаясь при обосновании недопустимости такого исследования на п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 1 от 10.02.2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ», на ч. 3 ст. 15 УПК РФ указал, что суд «вмешался в деятель-

ность органов предварительного расследования, взяв на себя функцию надзирающего органа». Судебная коллегия по уголовным делам Ростовского областного суда в кассационном определении от 11 декабря 2012 г. признала решение Таганрогского городского суда Ростовской области законным и обоснованным, указав, что вывод следователя о наличии конфликта интересов подозреваемых объективно ничем не подтверждается, каких-либо процессуальных нарушений суд при рассмотрении жалобы в порядке ст. 125 УПК не допустил⁶¹³.

Следует признать соответствующей требованиям уголовно-процессуального закона практику признания вышестоящими судебными инстанциями нерассмотрения вопроса о наличии реального противоречия в интересах доверителей основанием отмены судебного решения. Примером может стать решение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Алтай, рассмотревшей постановление судьи Горно-Алтайского суда Республики Алтай от 24 мая 2011 г., отказавшего в удовлетворении жалобы на отвод адвоката Панчук Н.В. в связи с конфликтом интересов его доверителей – обвиняемого и его жены, которую адвокат представляла ранее по гражданскому делу. Данное решение было обосновано в том числе тем, что «...при проверке законности и обоснованности решений и действий следователя судья не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела, в частности, не вправе делать выводы об оценке доказательств». Отменяя это постановление суда, Судебная коллегия не согласилась с его доводами, отметив, что «проверка законности и обоснованности ... постановления следователя об отводе защит-

⁶¹³ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 11 декабря 2012 г. по делу № 22-9243. URL: <https://rospravosudie.com/court-rostovskij-oblastnoj-sud-rostovskaya-oblast-s/act-107205626>.

ника связана с установлением наличия либо отсутствия противоречий между интересами обвиняемого и свидетеля..., а не с оценкой доказательств, как ошибочно указал в постановлении судья»⁶¹⁴.

В свете сказанного, проверяя законность судебных решений, вынесенных по жалобам на отвод следователем адвоката по такому основанию, как конфликт интересов его доверителей, необходимо выяснять, действительно ли суд этот конфликт интересов установил и в чем он выражается. Нередко в кассационных определениях по жалобам на решения суда, поданным в связи с тем, что конфликта интересов доверителей на самом деле не существует, вышестоящий суд ограничивается общими формулировками, из которых даже не ясно, в чем именно проявился конфликт интересов доверителей адвоката, что вызывает сомнения в том, был ли он установлен следователем, а затем и судом в действительности.

Примером может служить Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Удмуртской республики от 12 апреля 2012 г., вынесенное по жалобе обвиняемого Ш.Э.Л. и адвоката Косолапова А.Ю. на постановление Сарapulьского городского суда Удмуртской республики от 6 февраля 2012 г., оставившего без удовлетворения жалобу этих же заявителей на постановление старшего следователя Нагибиной М.И. от 31 октября 2011 г. об отводе защитника. Заявители указывали, что судом не была дана оценка тому обстоятельству, что согласно протоколам допросов на момент принятия решения об отводе противоречий в их интересах не имелось. На это суд кассационный инстанции указал: «Решение об оставлении без удовлетворения жа-

⁶¹⁴ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Алтай от 7 июля 2011 г. Дело № 22-491. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-altaj-respublika-altaj-s/act-459926617>.

лоб заявителя и адвоката суд подробно мотивировал, основания, указанные в постановлении, соответствуют материалам дела, а потому судебная коллегия полагает необходимым с решением суда согласиться»⁶¹⁵. Какие основания каким материалам дела соответствуют – это в кассационном определении не указано.

Для обоснования наличия основания отвода адвоката, установленного п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, мало констатировать наличие противоречий в показаниях, необходимо обосновать, что это такие противоречия, которые носят сущностный характер, т. е. отражают противоречия в интересах допрошенных лиц. Невыполнение этого требования судами вызывает сомнения в обоснованности принятых ими решений.

Так, постановление старшего следователя об отводе защитника – адвоката Бахтина С.В. было обжаловано обвиняемыми – доверителями адвоката в Шарагонский районный суд Нижегородской области. В жалобе заявителя указали, что интересы их друг другу не противоречат, позиция, выбранная ими по делу, является согласованной, в своих показаниях они не уличают друг друга, а стараются друг друга защитить, так как являются близкими родственниками. Данная жалоба была оставлена судом без удовлетворения. В возражениях на кассационную жалобу и. о. прокурора Шарагонского района Смирнов А.А. указал, что интересы заявителей противоречат друг другу, т. к. они по-разному описывают действия сотрудников правоохранительных органов в ходе возникшего конфликта. Областной суд ограничился в решении лишь общим выводом того, что «постановление об отводе адвоката содержит обоснование сформулированных в нем выводов ..., вывод следо-

⁶¹⁵ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Удмуртской республики от 12 апреля 2012 г. Дело № 22-882. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-udmurtskoj-respubliki-udmurtskaya-respublika-s/act-412865868>.

вателя основан на анализе установленных обстоятельств, которым дана аргументированная оценка». В чем именно следователь обнаружил противоречие интересов обвиняемых, что позволило суду признать его решение обоснованным, из кассационного определения совершенно не ясно⁶¹⁶. Если верить и. о. прокурора о том, что противоречия в показаниях обвиняемых проявлялись в том, что они «по-разному описывали действия сотрудников правоохранительных органов», то это противоречие нуждалось в анализе, поскольку далеко не всегда оно может свидетельствовать о противоречии интересов доверителей.

Таким образом, судебный контроль за отводом адвоката на стадии предварительного расследования – важная гарантия прав участников процесса, в частности, права на получение квалифицированной помощи, подразумевающего, в том числе, право на получение такой помощи именно от избранного адвоката. Между тем, как мы могли убедиться, как сама возможность судебного обжалования решений следователя (дознателя), так и процедура рассмотрения этих жалоб вызывает много вопросов. Ошибки, допускаемые в ходе рассмотрения судами жалоб на эти решения, свидетельствуют о спорности многих положений института отвода адвоката в исследуемой части. В настоящее время весьма значимы соблюдение в ходе судебного контроля за законностью решений следователя (дознателя) об отводе адвоката прав участников уголовного процесса и недопустимость превращения его в формальность.

⁶¹⁶ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Нижегородского областного суда от 2 декабря 2011 г. Дело № 22-9261. URL: <https://rospravosudie.com/court-nizhegorodskij-oblastnoj-sud-nizhegorodskaya-oblast-act-105840541>.

§ 4. Обжалование судебного решения об отводе адвоката

Раскрывая возможность обжалования постановления (определения) суда об отводе адвоката, прежде всего отметим, что ответственное законодательство традиционно исходит из принципа свободы апелляционного и кассационного судебного обжалования (ст. 19, п. 18 ст. 42, п. 14 ст. 47, п. 10 ст. 53, ст. 123, 127, УПК РФ), признаком которого является возможность обжалования любого судебного решения, за исключением четкого и ограниченного круга изъятий⁶¹⁷. Заметим также, что специфику обжалования исследуемых судебных решений определяет то, что они относятся к так называемым «промежуточным» процессуальным решениям⁶¹⁸ (т. е. способствующим законному и обоснованному решению основных вопросов дела).

Поскольку решение суда о наличии или отсутствии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, является частным случаем реализации института отвода, исследование поставленного нами вопроса мы будем осуществлять через призму допустимости обжалования его решения об отводе вообще, т. е. принятого в отношении любого участника процесса.

Заметим, что реформирование апелляционного, кассационного и надзорного производств Федеральным законом от 29 декабря 2010 г. № 499-ФЗ позволяет рассмотреть его в ракурсе разрешения законодателем поднятых в науке дискуссий и возникших на практике проблем в исследуемой части.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ до принятия указанного закона устанавливал три группы определений и постановлений,

⁶¹⁷ См. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юрист, 1998. С. 493; Червоткин А.С. Апелляция и кассация: пособие для судей. М.: Проспект, 2010. С. 17.

⁶¹⁸ См.: Лупинская П.А. Указ. соч. С. 42.

вынесенных в ходе судебного разбирательства, не подлежащих самостоятельному (то есть до вынесения итогового решения по делу) кассационному и апелляционному обжалованию (ч. 5 ст. 355 УПК РФ). Среди них решение об отводе прямо не названо, что вроде бы дает нам основание для положительного ответа на вопрос о допустимости самостоятельного обжалования решения суда об отводе как традиционном для отечественного уголовного судопроизводства.

Вместе с тем данный однозначный вывод был бы весьма поспешен.

Прямо выраженную позицию Верховного Суда РФ о недопустимости обжалования определения «об отказе в удовлетворении ходатайства об отводе судьи» можно обнаружить применительно к гражданскому судопроизводству в п. 43 Постановления его Пленума от 19 июня 2012 г. № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции».

В научной литературе уже описаны случаи отказа в самостоятельном кассационном пересмотре решений судов об отводе, вынесенных по уголовным делам, из судебной практики Амурского областного суда, Верховного Суда Республики Мордовия за 2002–2005 гг.⁶¹⁹

Мы в качестве примера такого отказа можем привести определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда, которая рассмотрела кассационную жалобу адвоката А.В. Россомеха в интересах подсудимого Ф.Л. Гладышева на постановление Матвеево-Курганского районного суда Ростовской области от 10 февраля 2011 года об отказе в удовлетворении заяв-

⁶¹⁹ Сухова О.А. Кассационное обжалование судебных решений в российском уголовном процессе. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 140–142.

ленного им в ходе судебного разбирательства отвода судье А.И. Коркишко Прекращение производства по жалобе Судебная коллегия мотивировала тем, что «по смыслу уголовно-процессуального закона постановление об отказе в отводе судьи является промежуточным решением, которое не подлежит самостоятельному обжалованию, а рассматривается только при проверке законности итогового решения по делу»⁶²⁰.

Нельзя не заметить, что правовая позиция Верховного Суда РФ, согласно которой постановление (определение) судьи об отказе в удовлетворении заявленного ему отвода, принятое в ходе судебного разбирательства, в апелляционном либо кассационном порядке не обжалуется, очевидно прослеживается в его решениях⁶²¹.

Нам встретилась практика, когда судьи отказывались пересматривать судебные решения об отводах, вынесенные не только на стадии судебного разбирательства, но и в ходе подготовки дела к рассмотрению, а также кассационного производства.

Примером первого может служить определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 17 августа 2006 г., вынесенное по представлению прокурора на постановление Тамбовского областного суда, которому в ходе предварительного слушания по уголовному делу по обвинению Т., П., Ш., Ю. и Я. было отказано в удовлетворении заявленного отвода председательствующему, судье А.А. Ферапонтову. В нем Верховный Суд РФ, в частности, указал: «Согласно ч. 7 ст. 236 УПК РФ по общему правилу судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подле-

⁶²⁰ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 22 марта 2011 г. Дело № 22-1780. URL: <https://rospravosudie.com/court-rostovskij-oblastnoj-sud-rostovskaya-oblast-s/act-105313273>.

⁶²¹ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 18 апреля 2006 г. № 80-006-17сп. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

жит, за исключением случаев, указанных в законе. В силу ч. 3 ст. 355 (очевидно, имеется в виду ч. 5 ст. 355 УПК (прим. – А. Т.) не подлежат кассационному обжалованию и постановления, вынесенные в ходе судебного разбирательства, об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства». В обоснование своего решения он сослался также на определение Конституционного Суда РФ от 22 января 2004 г. № 100-О, вынесенное по делу В.Е. Минкина, оспаривавшего конституционность ч. 7 ст. 236 УПК РФ, на основании которой ему было отказано в кассационном обжаловании принятого судом в ходе предварительного слушания решения по его ходатайству о признании ряда доказательств недопустимыми⁶²².

Примером второго может стать решение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, рассмотревшей частную жалобу адвоката Н.Г. Федосеевой на определение судебной коллегии по уголовным делам суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 1 августа 2006 года, которым в удовлетворении ходатайства адвоката Н.Г. Федосеевой об отводе судей указанной коллегии и прокурора было отказано. Определением от 30 октября 2006 г. Судебная коллегия производство по жалобе адвоката прекратила «поскольку, в соответствии с ч. 5 ст. 355 УПК РФ, определения или постановления, вынесенные в ходе судебного разбирательства, об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства не подлежат обжалованию в порядке, установленном гл. 43 УПК РФ, т. е. они могут быть обжалованы только одновременно с обжалованием приговора или иного

⁶²² Определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 августа 2006 г. Дело № 13-О06-21. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

судебного решения, а в данном случае при обжаловании кассационного определения в порядке надзора»⁶²³.

Обратим внимание, что эта трактовка положений УПК РФ не только обосновывается решениями Конституционного Суда РФ, но им же и поддержана. В частности, гр-н Бровченко оспаривал конституционность ст. 355 УПК РФ как не допускающей обжалование выносимых судом первой инстанции постановлений, в т. ч. об отклонении ходатайства об отводе судьи и тем самым бесосновательно ограничивающих право на защиту. Конституционный Суд РФ на это указал: «Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 года по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 331 и 464 УПК РСФСР, регламентирующих обжалование определений (постановлений) суда первой инстанции ... пришел к выводу, что не исключается установление в уголовно-процессуальном законе такого порядка кассационного обжалования промежуточных действий и решений суда первой инстанции, при котором судебная проверка их законности и обоснованности может осуществляться и после постановления приговора.

Названное постановление сохраняет свою силу, а выраженная в нем правовая позиция применима при решении вопроса о возможности обжалования до постановления приговора или иного итогового решения определения (постановления) суда об отказе в удовлетворении ходатайства об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу или об отклонении отвода, заявленного судье.

С учетом данной правовой позиции нормы, содержащиеся в частях пятой и шестой статьи 355 УПК Российской Федерации, не могут рассматриваться как нарушающие конституционные права и

⁶²³ Определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30 октября 2006 г. Дело № 69-006-29. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

свободы заявителя. Кроме того, при выявлении обстоятельств, свидетельствующих о наличии оснований для отмены меры пресечения в виде заключения под стражу или о необъективности и предвзятости судьи в исходе дела, заинтересованные лица вправе повторно заявить соответствующие ходатайство либо отвод»⁶²⁴.

Аналогичную правовую позицию Конституционный Суд РФ выразил в Определении от 15 ноября 2007 г. № 804-О-О по жалобе гражданина В.М. Шалдина, а также в Определении от 27 мая 2010 г. № 630-О-О по жалобе гр-на С.В. Капитонова⁶²⁵.

В целом лейтмотивом этих решений служит правовая позиция Конституционного Суда РФ, изложенная им в Постановлении от 2 июля 1998 года № 20-П: «Отсутствие возможности безотлагательно обжаловать в кассационном порядке вынесенные в ходе судебного разбирательства промежуточные определения и постановления суда первой инстанции и перенос такого обжалования на более поздний срок, одновременно с обжалованием итогового решения, являются допустимыми и не нарушают гарантируемые

⁶²⁴ Пункт 1.2 Постановления КС РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶²⁵ См.: Определение КС РФ от 15 ноября 2007 г. № 804-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шалдина Виктора Михайловича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 61, частью первой статьи 63, пунктом 2 части пятой статьи 355, частями первой и четвертой статьи 406, частью первой статьи 407 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 20 статьи 1 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда РФ от 27 мая 2010 г. № 630-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Капитонова Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав статей 65 и 366 УПК РФ».

Конституцией Российской Федерации, в том числе ее статьями 45, 46 и 55 (часть 3), права граждан»⁶²⁶.

Мнение Конституционного Суда РФ о невозможности самостоятельного обжалования решения суда по заявленному в его адрес отводу было распространено практиками и на судебное решение об отводе адвоката. Между тем, на наш взгляд, сам Конституционный Суд РФ при разрешении конкретно этого вопроса, высказался весьма неопределенно.

К примеру, гр-н С.В. Кардашин обратился в Конституционный Суд РФ в связи с нарушением его конституционных прав п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72, ч. 5 ст. 355 УПК РФ как содержащих запрет обжаловать до вынесения судом приговора решение об отводе защитника, принятое в ходе судебного разбирательства⁶²⁷. Разрешая эту жалобу, Конституционный Суд РФ сослался на свою правовую позицию, изложенную в Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П: «В целях обеспечения независимости суда проверка законности и обоснованности промежуточных судебных решений может осуществляться лишь после завершения производства в суде первой инстанции одновременно и в связи с приговором, за исключением тех случаев, когда определения или постановления суда первой инстанции порождают последствия, выходящие за рамки собственно уголовно-процессуальных отношений, существенно ограничивающие конституционные права и свободы личности и причиняющие вред, восполнение которого в дальнейшем может оказаться неосуществимым; судебная проверка таких определений и постановлений суда должна обеспечиваться безотлагательно, до по-

⁶²⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 02 июля 1998 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

⁶²⁷ Определение КС РФ от 13 октября 2009 г. № 1111-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Кардашина на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72, ч. 5 ст. 355 УПК РФ».

становления приговора». Тут же сделав вывод, «таким образом, оспариваемые заявителем законоположения не могут рассматриваться как нарушающие его конституционные права», Конституционный Суд РФ не выразил окончательно свою идею и, по сути, оставил открытым вопрос, к какой категории промежуточных решений относится решение суда об отводе адвоката: к первой или ко второй, дав простор для толкования.

Возможно, именно такое некатегоричное решение данного вопроса привело к тому, что практика знает и случаи успешного обжалования в кассационном порядке решений суда об отводе адвоката.

Так, по кассационной жалобе адвоката А. 24 июня 2004 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ отменила определение Московского областного суда от 30 апреля 2003 г. по уголовному делу в отношении Давыдова и Привалова об удовлетворении отвода, заявленного государственным обвинителем адвокату А.⁶²⁸ Известен случай и рассмотрения ею жалобы на решение Санкт-Петербургского городского суда об отклонении ходатайства об отводе судьи⁶²⁹.

Следует отметить, что такой пересмотр осуществлялся еще в период действия УПК РСФСР. Так, по частному протесту прокурора Верховный Суд РФ рассмотрел законность определения Свердловского областного суда по уголовному делу в отношении Птухина, Кожемяко и Овчинникова, установившего наличие осно-

⁶²⁸ Определение суда об отводе адвоката и об отказе в допуске адвоката к участию в деле признаны необоснованными (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 3. С. 13–14.

⁶²⁹ Определение СК Верховного Суда РФ от 23 июня 2004 г. № 78-004-100. URL: <http://www.lawmix.ru/jude/3595>.

ваний для отвода адвоката О., и согласился с мнением суда первой инстанции, оставив этот протест без удовлетворения⁶³⁰.

Обратившись к современной уголовно-процессуальной науке, мы увидим, что в ней также нет единства в решении поставленного нами вопроса и оценки практики.

Судья Верховного Суда А.С. Червоткин в своем научно-практическом пособии для судей ориентирует на недопустимость самостоятельного кассационного обжалования судебных решений об отводе⁶³¹.

В некоторых специальных исследованиях, посвященных промежуточным судебным решениям, в перечне подлежащих самостоятельному обжалованию, решение об отводе не упоминается⁶³².

Адвокат Н.С. Гаспарян критикует позицию высших судебных органов нашей страны о недопустимости самостоятельного обжалования решения судьи по заявленному ему отводу⁶³³.

Сходную точку зрения аргументировала, защитила в кандидатской диссертации и изложила впоследствии в монографии О.А. Сухова. Однако, обосновав ее применительно к обжалованию отвода государственного обвинителя, переводчика, эксперта, специалиста и секретаря судебного заседания, она практически не затронула вопрос об отводе адвоката⁶³⁴.

Между тем именно этот аспект данной проблемы имеет перво-степенное значение как с точки зрения вероятности возникновения

⁶³⁰ Обзор кассационной практики Верховного Суда РФ по делам с частными протестами на определения судов о направлении уголовного дела для дополнительного расследования // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 1. С. 12.

⁶³¹ Червоткин А.С. Указ. соч. С. 102–104.

⁶³² Пальчикова М.В. Пределы и критерии обжалования промежуточных судебных решений по уголовным делам // Уголовный процесс. 2013. № 1. С. 68–78.

⁶³³ Гаспарян Н.С. Указ. соч. С. 94–98.

⁶³⁴ Сухова О.А. Указ. соч. С. 142–143.

на практике, так и значимости затрагиваемых прав участников процесса.

Определяя возможность самостоятельного обжалования решения суда об отводе адвоката, рассмотрим аргументы, выдвигаемые против этого.

А.С. Червоткин обосновывает свою позицию тем, что «рассмотрение по существу жалоб на все без исключения действия и решения суда первой инстанции может поставить под удар дискреционные его полномочия, перегрузить без надобности суды апелляционной и кассационной инстанций решением вопросов, которые должны решаться только одновременно с проверкой итоговых судебных решений»⁶³⁵.

Мы не можем не согласиться с тем, что пересмотр всех без исключения судебных решений, принятых в процессе рассмотрения уголовного дела, сведет на нет саму идею этого пересмотра, способен заблокировать работу как судов первой инстанции, так и перезагрузить вышестоящие суды, что сделает само обжалование неэффективным и формальным. Вместе с тем это не может быть аргументом для отказа в кассационном обжаловании судебных решений определенного вида.

Что касается нарушения этим пересмотром дискреционных полномочий суда (от фр. *discretionnaire* – зависящий от личного усмотрения), заметим, что принятие решения об отводе не входит в их круг. Дискреционные полномочия суда – это «направленные на преодоление фактической и правовой неопределенности и допускаемые принципами уголовного судопроизводства полномочия суда применять на основе собственного внутреннего убеждения один из нескольких легитимных вариантов решения правовых вопросов в целях наиболее эффективного осуществления уголовного

⁶³⁵ Червоткин А.С. Указ. соч. С. 102.

судопроизводства»⁶³⁶. Напомним, что в уголовно-процессуальной науке принято различать процессуальные решения, выраженные в абсолютно определенных и относительно определенных нормах. Первые – те, в которых «правило поведения правоприменителя при наличии указанных в законе обстоятельств определено законодателем»⁶³⁷, вторые же «дают возможность учесть конкретные обстоятельства данного случая и выбрать применительно к ним один из перечисленных в законе или вытекающих из них вариантов решения»⁶³⁸. Безусловно, положения об отводах относятся к первым, т. к. не предусматривают альтернативу в случаях установления обстоятельств, служащих основанием отвода, делая это, очевидно, именно исходя из того, что участие в деле не должно зависеть от усмотрения субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, в том числе и суда. Это особенно актуально в отношении адвоката по многим причинам: и по соображениям независимости последнего, и обеспечения права граждан на квалифицированную юридическую помощь, предусматривающего, что никто не может быть произвольно, т. е. без достаточных оснований, лишен возможности пользоваться помощью избранного им защитника.

Нельзя говорить и о посягательстве на независимость суда в рассмотрении дела пересмотром его решения об отводе. Как отмечал Конституционный Суд РФ, «независимость судей, призванная обеспечивать в правосудии права и свободы личности, приоритет которых закреплен Конституцией Российской Федерации, не затрагивается пересмотром принятых до вынесения приговора промежуточных судебных решений, которые не находятся в прямой

⁶³⁶ Пронин К.В. Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Саратов, 2010. URL: <http://www.lib.uai.ru.net/diss/cont/381220.html>.

⁶³⁷ Lupinskaya P.A. Ukaz. soch. S. 74.

⁶³⁸ Там же. С. 77.

связи с его содержанием, включающим выводы о фактических обстоятельствах дела, оценке доказательств, квалификации деяния, наказании осужденного и т. д.»⁶³⁹

То, что указывал в этой связи Конституционный Суд РФ применительно к ряду промежуточных судебных решений, обосновывая их самостоятельное кассационное обжалование, полностью применимо к решению суда об отводе. Можно также отметить, что по смыслу уголовно-процессуального закона решения по заявленным отводам имеют целью создание надлежащих условий для осуществления производства по делу и выносятся в случаях, если суд полагает, что существуют (или отсутствуют) предусмотренные законом обстоятельства, исключающие участие какого-либо субъекта в производстве по делу, тогда как основанием приговора являются совершенно иные обстоятельства: свидетельствующие о доказанности или недоказанности вины подсудимого в совершении преступления. Исходя из этого, фактическую основу судебной проверки правомерности решения суда по заявленному отводу составляют материалы, подтверждающие только законность и обоснованность указанного решения, но никак не виновность лица в совершении инкриминируемого ему преступления, вопрос о которой в данном случае исследованию не подлежит.

Что касается боязни «перезагрузить суды кассационной и апелляционной инстанции», то принцип процессуальной экономии, если уж рассуждать этой категорией, в большей степени будет реализован пересмотром решения по заявлению об отводе, нежели рассмотрением дела с участием субъекта, подлежащего отводу, или без участия незаконно отведенного субъекта с последующей

⁶³⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 1998 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 331 и 464 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

отменой решения по делу. Напомним, что в соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 389 (1) УПК РФ (до 1 января 2013 г. – п. 2 ч. 1 ст. 381 УПК РФ) постановление приговора незаконным составом суда является основанием отмены или изменения решения суда первой инстанции. Точно так же, как и «иное нарушение права обвиняемого пользоваться помощью защитника» (п. 4 ч. 2 ст. 389 (17), до 1 января 2013 г. – п. 4 ч. 2 ст. 381 УПК РФ), под которым можно понимать как незаконный отвод избранного им адвоката, так и осуществление защиты адвокатом, подлежащим отводу.

Указанные процессуальные последствия при отсутствии возможности самостоятельного апелляционного обжалования решения суда об отводе логично приведут к тому, что только самые грубые нарушения закона, допущенные при отводе адвоката, будут являться предметом реагирования; пересматривающий его суд при малейшей возможности не будет находить в нем нарушения закона, зная, что тем самым ставит под отмену уже вынесенный приговор.

Не выдерживает критики отрицание возможности кассационного обжалования решения суда об отводе со ссылкой на ч. 5 ст. 355 УПК РФ, т. е. приравнивание его к решениям суда по заявленным ходатайствам. Заметим, что суды часто называют в определениях (постановлениях) заявления об отводах ходатайствами, давая формальный повод использовать ч. 5 ст. 355 УПК РФ (ныне – ч. 2 ст. 389 (2) УПК РФ) для обоснования отказа в рассмотрении жалобы на такое решение.

Заявление участника процесса об отводе, как мы уже отмечали⁶⁴⁰, лишь с большой натяжкой можно отнести к ходатайствам, т. е. «официальным просьбам о выполнении каких-либо процессуальных действий, принятии решений». Институт отвода носит

⁶⁴⁰ Мы рассматривали этот вопрос в § 3 главы 4 данной монографии.

публичный характер, что выражается как в том, что сами обстоятельства, исключающие участие того или иного субъекта в деле, не обусловлены волей участников процесса (например, позицией доверителя адвоката), так и в том, что их применение тоже от этой воли не зависит. Поэтому заявление об отводе, по своей сути, есть не что иное, как информирование суда о наличии обстоятельств, которые, с точки зрения заявителя, подпадают под категорию обстоятельств, исключающих участие того или иного субъекта в деле. Суд обязан эту информацию проверить и в зависимости от результатов принять соответствующее решение. Именно публично-правовой характер института отвода обуславливает то, что решение об отводе участника процесса, в том числе адвоката, может быть вынесено судом и по собственной инициативе. В последнем случае отказ в кассационном обжаловании этого решения со ссылкой на ч. 5 ст. 355 УПК РФ будет точно несостоятелен. Таким образом, складывается странная ситуация: возможность обжалования одного и того же по сути решения ставится в зависимость от того, по чьей инициативе оно вынесено, т. е. от повода принятия, а не от его сущности.

Заметим также что, на наш взгляд, разграничение ходатайств участников процесса и заявлений об отводах в аспекте возможности кассационного обжалования отвечает традициям отечественного процессуального законодательства. Так, УПК РСФСР, определяя перечень решений, не подлежащих кассационному обжалованию (ст. 331), отнес к ним постановления и определения суда о рассмотрении ходатайств и заявлений лиц и организаций при назначении судебного заседания (предании обвиняемого суду) и в подготовительной части судебного разбирательства, при этом обозначив, что это решения, вынесенные в порядке ст. 223, 250, 276 УПК РСФСР. Тем самым законодатель четко развел в этом плане

разрешение ходатайств и заявлений вообще и отводов (последним была посвящена ст. 272 УПК РСФСР).

В отношении права повторно заявить отвод, что якобы снимает актуальность вопроса об обжаловании решения суда об отводе в апелляционном порядке, отметим следующее.

Формально закон устанавливает ограничения по времени заявления отводов только в отношении судьи, по общему правилу допуская их до начала судебного следствия с изъятием для случаев, когда основания отвода не были известны ранее (ч. 2 ст. 64 УПК РФ). Таким образом, заявление отвода судье в ходе судебного следствия будет уже не тем отводом, по которому состоялось судебное решение, в противном случае оно будет отклонено. В силу этого в отношении решения об отводе судьи приведенный аргумент не применим. Означает ли это, что он справедлив по отношению к отводу иных участников процесса, в частности, адвоката? Отметим, что в науке и на практике ответ на этот вопрос весьма неоднозначен⁶⁴¹. Однако даже если судья допустит повторное заявление отвода адвокату, велик ли шанс, что решение будет другим? Ответ очевиден. Кроме того, этот аргумент не снимает проблему реализации права на судебную защиту, когда речь идет не об отказе в удовлетворении заявления об отводе адвоката, а, наоборот, о его незаконном отводе судом.

При решении вопроса о возможности самостоятельного обжалования промежуточных судебных решений следует исходить из их сущности.

Очевидно, что, например, применительно к решению суда о наличии или отсутствии обстоятельств, исключающих участие какого-либо субъекта в деле, необходимо отталкиваться от того, о каком участнике процесса идет речь и о каком решении. Так, напри-

⁶⁴¹ Мы рассматривали этот вопрос в § 4 главы 5 данной монографии.

мер, неотложное обжалование решения об отводе государственного обвинителя менее актуально в силу публичности прокуратуры, чем об отклонении заявления о его отводе. Аналогично можно было бы сказать и об отводе судьи, за исключением того, что он может иметь существенные последствия, например, повлечь изменение территориальной подсудности (пп. «а» п. 2 ч. 1 ст. 35 УПК РФ). В противовес этому можно говорить об актуальности оперативного апелляционного обжалования решения суда об отсутствии обстоятельств, исключающих участие судьи в деле, т. к. рассмотрение дела судьей, подлежащим отводу, подпадает под п. 2 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ (до 1 января 2013 г. – п. 1 ч. 2 ст. 381 УПК РФ) «незаконный состав суда», является нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора.

А вот вопрос о возможности самостоятельного апелляционного обжалования решения суда по заявлению об отводе защитника актуален как в случае его положительного, так и отрицательного разрешения, ибо несвоевременное пресечение его незаконного устранения от участия в деле, равно как и незаконного участия в нем, является существенным нарушением права граждан на защиту, подразумевающего и право пользоваться помощью именно избранного им самим защитника, и право пользоваться квалифицированной юридической помощью, предполагающей независимость и добросовестность лица, ее оказывающего. Поэтому как первое, так и второе подпадает под категорию «иное нарушение права на защиту» по смыслу п. 4 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ (до 1 января 2013 г. – п. 4 ч. 2 ст. 381 УПК РФ), т. е. является нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора.

На первый взгляд, решение суда о наличии или отсутствии обстоятельств, исключающих участие в деле адвоката–представителя потерпевшего, неактуально в плане самостоятельного апелляционного обжалования. Однако очевидно, что заявляет о его отводе в

основном подсудимый, чьи права могут также существенно нарушаться оказанием потерпевшему помощи адвокатом, подлежащим отводу (например, по п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, когда он выступал ранее доверителем этого адвоката). В этой связи самостоятельное апелляционное обжалование решения суда об отказе в отводе адвоката – представителя потерпевшего также весьма значимо.

Мы уже отмечали, что значимость решения об отводе подчеркивается тем, что оно выносится судом в совещательной комнате и излагается в виде отдельного процессуального документа. Совершенно логично то, что именно по таким решениям, в первую очередь, и должно быть предоставлено право обжалования, а требование вынесения отдельно оформленного процессуального документа является в том числе и средством его обеспечения.

Следует отметить, что существование проблемы определения возможности самостоятельного обжалования судебного решения об отводе адвоката во многом предопределялось и предопределяется недостатками правовой регламентации обжалования промежуточных судебных решений вообще.

Пытаясь их устранить, в свое время Пленум Верховного Суда РФ в п. 4 Постановления № 28 от 23 декабря 2008 г. «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» указал, что самостоятельному обжалованию в кассационном порядке подлежат не все судебные решения, не перечисленные в ч. 5 ст. 355 УПК РФ, а только «решения, нарушающие права на доступ к правосудию и рассмотрение дела в разумные сроки, а также препятствующие дальнейшему движению дела». Он привел примеры таких решений, в числе которых решение об отводе не фигурирует.

Таким образом, согласно указанному постановлению Пленума Верховного Суда РФ, все иные решения так же, как и решения,

предусмотренные ч. 5 ст. 355 УПК РФ, самостоятельному кассационному обжалованию не подлежали. Тем самым Верховный Суд РФ фактически дополнил закон новым правовым положением. Причем обозначив круг конкретных нарушаемых прав, он явно сузил критерий допустимости обжалования промежуточных судебных решений, названный Конституционным Судом РФ: «Последствия соответствующих судебных решений выходят за рамки уголовно-процессуальных отношений и затрагивают сферу конституционных прав и свобод личности»⁶⁴². И если решение судьи по заявленному адвокату отводу еще можно было подвести под формулировку Конституционного Суда РФ, то под данное постановление пленума – весьма проблематично.

Очевидно, что оно служило дополнительным основанием для отказа в самостоятельном кассационном обжаловании решения суда об отводе адвоката.

Говоря о других недостатках правовой регламентации, стоит напомнить, что в апелляционном (до 1 января 2013 г. – и кассационном) порядке обжалуются судебные решения, не вступившие в законную силу (ч. 1 ст. 389 (1) УПК РФ, до 1 января 2013 г. – ч. 1 ст. 354 УПК РФ).

Согласно ч. 1, 2 ст. 391 УПК РФ в редакции, действовавшей до 1 января 2013 г. определение или постановление суда, не подлежащее обжалованию в кассационном порядке, вступает в законную силу и обращается к исполнению немедленно, в противном случае оно вступает в силу и обращается к исполнению по истечении срока его обжалования в кассационном порядке. При всей четкости формулировки этой нормы было бы неверно делать вывод о том, что если решение об отводе подлежит кассационному

⁶⁴² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 1998 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

обжалованию, оно должно вступать в силу по истечении 10 дней с момента принятия, если никто из участников процесса его не обжаловал, а если оно приводится к исполнению немедленно, значит, возможность его кассационного обжалования отсутствует. Как разъяснил Конституционный Суд РФ, указанные нормы УПК РФ относятся к решениям, имеющим итоговый характер. Решения же, имеющие промежуточный характер, обращаются к исполнению немедленно, кроме случаев, когда должностные лица органа предварительного расследования, прокурора или суд придут к иному решению. Он отметил, что «соответственно, статья 359 УПК Российской Федерации, предусматривающая, что подача жалобы или представления приостанавливает приведение в исполнение приговора, не распространяет это правило на промежуточные решения ... – в противном случае обжалование промежуточного судебного решения приводило бы к невозможности осуществления процессуальных действий, по природе своей предполагающих безотлагательность их выполнения»⁶⁴³.

Препятствовало обжалованию решения суда об отводе адвоката и установление узкого перечня субъектов обжалования в кассационном и апелляционном порядке (ч. 4 ст. 354 УПК РФ)⁶⁴⁴. При его прочтении вполне закономерно возникал вопрос о возможности обжалования решения суда об отводе адвокатом, уже отведенным от участия в деле, т. е. не являющимся участником процесса, т. к. решение об отводе, как мы указали, вступает в силу немедленно.

⁶⁴³ Определение Конституционного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 286-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.Ф. Каримова на нарушение его конституционных прав статьями 5, 125, 359 и 391 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁴⁴ Согласно ч. 4 ст. 354 УПК РФ, «право обжалования судебного решения принадлежит осужденному, оправданному, лицу, в отношении которого велось или ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, их защитникам и законным представителям, государственному обвинителю или вышестоящему прокурору, потерпевшему и его представителю».

Если трактовать эту норму буквально, тогда адвокат, безусловно, этим правом не обладал. Кроме того, оставался вопрос о возможности обжалования обвиняемым решения суда о законности отвода адвоката, осуществленного следователем. По буквальной трактовке получается, что потерпевший это право имеет, а вот обвиняемый (подозреваемый) – нет.

Абсурдность этих упущений закона очевидна. Поэтому можно лишь согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что норма ч. 4 ст. 354 УПК РФ не являлась исчерпывающей и распространялась не на всех лиц, чьи права затрагивались принятым судебным решением⁶⁴⁵. Именно на последнее и сориентировал правоприменителей Пленум Верховного Суда РФ в п. 1 указанного постановления.

Мы привели лишь небольшую часть возможной иллюстрации того, почему изменение законодательной регламентации в исследуемой части назрело.

Федеральным законом от 29 декабря 2010 г. № 433-ФЗ в Уголовно-процессуальный кодекс РФ в этой части были внесены существенные изменения.

Каково решение в нем затронутой нами проблемы?

УПК РФ устанавливает общее правило о том, что решения, вынесенные в ходе судебного разбирательства, обжалуются в апелляционном порядке одновременно с обжалованием итогового судебного решения по делу (ч. 2 ст. 389 (2)). В перечне обозначенных в ч. 3 ст. 389 (2) УПК РФ исключений решение об отводе не названо, формулировка закона полностью соответствует утратившему силу Постановлению Пленума ВС РФ от 23 декабря 2008 г., в этой части дословно воспроизведенному действующим Постановлением Пленума ВС РФ от 27 ноября 2012 г. № 26 «О приме-

⁶⁴⁵ Червогкин А.С. Указ. соч. С. 17.

нении норм УПК РФ, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции» (п. 5).

По указанному закону с 1 января 2013 г. осуществляется обжалование в кассационном порядке вступивших в законную силу решений суда, причем не только итоговых, но и промежуточных, о чем прямо говорится, в частности, при определении порядка подачи кассационной жалобы, представления (ч. 2 ст. 401 (3) УПК РФ).

Глава 47 (1) УПК РФ позволяет предположить, что она допускает обжалование решения об отводе адвоката, вынесенного в ходе судебного разбирательства, и до принятия итогового решения по существу. Однако при таком прочтении закона нормы ч. 2, 3 ст. 389 (2) УПК РФ теряют смысл, т. к. будет нарушаться принцип инстанционности обжалования.

Таким образом, несмотря на то что законодатель сделал некоторые попытки специального регулирования института «частного обжалования», например, использовал и расшифровывал термин «промежуточные судебные решения» (п. 53 (3) ст. 5 УПК РФ), многие его особенности проигнорированы. В частности, специфика обращения их к исполнению, что делает, например, абсурдным общее положение о возможности их обжалования в апелляционном порядке до вступления в законную силу (ч. 1 ст. 389 (2) УПК РФ).

Что касается мнения правоприменителей, то вопрос о допустимости данного обжалования мы задали секретарям СЗ / помощникам судей и мировым судьям. В результате чуть больше половины первой категории опрошенных – 54 % – указали, что такое обжалование возможно. 34 % ответили на данный вопрос отрицательно. 12 % затруднились дать ответ. У судей результаты, соответственно, следующие: 41,9; 53; 4,6 %. Таким образом, нельзя сказать, что у респондентов сформировано единодушное видение решения данного вопроса.

В завершение рассмотрения данного вопроса отметим, что право отведенного судом адвоката обжаловать решение о своем отводе нельзя ограничивать какими-то дополнительными условиями, например, отношением к данной жалобе его доверителя. В этой связи, например, несостоятельна ссылка судьи Московского городского суда З.А. Задорожной, рассмотревшей кассационную жалобу адвоката Н.Г. Шахназарова на нарушения закона при его отводе, на то, что в отношении доверителя адвоката – К. вынесен приговор, вступивший в законную силу, и что в случае несогласия с ним тот сам вправе его обжаловать⁶⁴⁶. Это следует из идеи публичности отвода адвоката как института, обеспечивающего конституционные права граждан.

Мы постарались обосновать необходимость, значимость и допустимость самостоятельного апелляционного обжалования решения суда по заявленному защитнику (адвокату – представителю потерпевшего) отводу. Как правоприменительная практика, так и существующее законодательство требуют корректировки в указанном направлении.

⁶⁴⁶ Постановление Московского городского суда от 27 марта 2015 г. № 4у/5-1643/15 «Об отказе в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Правовая регламентация отвода адвоката, установление круга обстоятельств, исключающих его участие в деле, обусловлена тем, что государство взяло на себя обязательство обеспечить лиц, вовлекаемых в орбиту уголовного судопроизводства волею, как правило, неблагоприятных обстоятельств (как обвиняемого (подозреваемого), так и потерпевшего), квалифицированной юридической помощью (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ). Для этого оно предусмотрело гарантии реализации указанного права, в частности, требования к уровню квалификации адвокатов и т. д. Помимо этого нормами уголовно-процессуального закона установлен ряд положений, по которым лицу, формально и в целом имеющему возможность квалифицированно ее оказывать неопределенному количеству лиц, отказывают в возможности ее оказания именно в данном деле и (или) именно данному лицу.

Правовое понятие «отвод» является многозначным. Действующее уголовно-процессуальное законодательство использует термин «отвод» в различных смыслах, обозначая им:

- заявление о наличии обстоятельств, исключающих участие какого-либо субъекта в деле (п. 9 ч. 2 ст. 37, ч. 2 ст. 62, ч. 1 ст. 64 УПК РФ);
- процедуру рассмотрения вопроса о наличии или отсутствии данных обстоятельств (ст. 66, 67 УПК РФ, посвященные процессуальному порядку установления этих обстоятельств, называются «отвод прокурора, отвод следователя или дознавателя»);
- принятое по итогам данного рассмотрения процессуальное решение (ч. 1 ст. 256 УПК РФ);
- само отстранение от участия в производстве по делу на основе предусмотренных в законе обстоятельств (ч. 1 ст. 62 УПК РФ).

Уголовно-процессуальная наука рассматривает отвод и как правовой институт, который можно определить как совокупность норм, определяющих процессуальный порядок отстранения субъектов, участвующих в уголовном судопроизводстве от производства по делу при наличии установленных законом оснований.

Основанием отвода адвоката являются обстоятельства, исключающие участие данного субъекта в уголовном процессе. Таким образом, обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе – юридические факты, наличие которых обуславливает недопустимость осуществления защиты и иного представления субъектов уголовного судопроизводства лицом, участвующим в деле в соответствующем статусе.

Длительное время действующее уголовно-процессуальное законодательство не устанавливало обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. При всем различии трех выделенных законодателем групп исследуемых обстоятельств с очевидностью можно выделить их общий признак: в каждом из них речь идет о существовании (в прошлом или настоящем) у адвоката статуса (как процессуального, так и внепроцессуального), конкурирующего с его процессуальной ролью защитника или представителя потерпевшего (гражданского истца, гражданского ответчика).

Оценивая выделенные группы оснований отвода в целом, нетрудно заметить, что законодателем названы объективные обстоятельства, не связанные с качеством оказываемой адвокатом юридической помощи. Иными словами, его отвод не обуславливается напрямую ни недобросовестностью адвоката, ни его тактическими или процессуальными злоупотреблениями или ошибками. Но законодатель их подразумевает, предполагая, что наличие ряда обстоятельств не позволит адвокату должным образом осуществить свою профессиональную деятельность, следовательно, презюми-

рует нарушение конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

Отсюда можно проследить взаимосвязь института отвода адвоката с такими принципами уголовного процесса, как охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст. 11 УПК РФ), состязательности (ст. 15 УПК РФ), обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту (ст. 16 УПК РФ) и др.

До настоящего времени уголовно-процессуальная наука не выработала четкого представления об институте отвода адвоката. Рассматривая отвод как отстранение от участия в производстве по делу при наличии на то предусмотренных законом оснований, в результате чего субъект теряет свой процессуальный статус, можно сделать вывод, что отвод адвоката в уголовном процессе принимает различные формы, имеющие различные правовые основания.

Формами отстранения адвоката от участия в уголовном процессе (отвода в широком смысле слова) помимо отвода, обусловленного обстоятельствами, исключающими его участие в производстве по делу, следует назвать отказ от защитника, его замену и самоотвод. Таким образом, обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе, – не единственное основание отстранения адвоката от участия в процессе. В отличие от иных обстоятельств, ограничивающих участие адвоката в деле, их характеризуют императивность и безусловность. Они представляют собой объективно существующие обстоятельства, не зависящие от личностных характеристик конкретного адвоката, участвующего в деле, в том числе от того, как он исполняет свои профессиональные обязанности. Их применение не может быть отдано на усмотрение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство.

Обстоятельства, исключающие участие адвоката в деле, следует отличать от иных обстоятельств, ограничивающих осуществление

адвокатской деятельности, недопустимо их использование при реализации иных процессуальных институтов. Не подменяя друг друга, они не должны содержать противоречивые положения. В связи с этим очевидны недостатки правовой регламентации ФЗ «Об адвокатской деятельности...» в части определения круга обстоятельств, исключающих принятие адвокатом поручения.

Имеющая место практика расширительной трактовки перечня обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле и их процессуальных последствий, искусственного моделирования их субъектом, ведущим уголовное судопроизводство, исключительно с целью отстранения от участия в процессе принципиального и активно отстаивающего свою позицию адвоката, должна преодолеваться.

Перечень обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, установленный ст. 72 УПК РФ, закрыт, однако в силу недостатков правовой регламентации содержит много противоречий и пробелов. В настоящее время актуально реформирование действующего законодательства в части определения оснований и форм отстранения адвоката от участия в деле как института, затрагивающего фундаментальное право гражданина – на получение квалифицированной юридической помощи и права на защиту, в частности.

В характеристике правоотношений по отводу значимо выделение их субъектов, объекта и содержания.

Субъекты правоотношений по отводу можно разделить на три группы: субъект, осуществляющий отвод, субъект, подлежащий отводу, и субъекты, имеющие право заявить отвод.

Объектом правоотношений по отводу является отстранение определенного субъекта от участия в уголовном судопроизводстве. Содержанием этих отношений является деятельность участников этих правоотношений по осуществлению этого отстранения.

Юридические факты, способствующие возникновению правоотношений, – обстоятельства, исключаяющие, с точки зрения закона, участие в уголовном судопроизводстве, а также предусмотренные законом источники получения данной информации в уголовном процессе (поводы).

Отвод адвоката является следствием обнаружения обстоятельств, исключаяющих участие адвоката в процессе, вне зависимости от того, заявил ли он при этом самоотвод или нет. В последнем случае его отвод выступает в виде процессуальной ответственности за невыполнение предусмотренной ст. 62 УПК РФ обязанности по самоустранению от участия в производстве по делу при наличии предусмотренных ст. 72 УПК РФ обстоятельств. Отвод в данном случае является правосстановительной процессуальной санкцией. Данный отвод носит четко выраженный характер процессуального принуждения.

Отвод защитника, согласно ч. 2 ст. 72 УПК РФ, осуществляется в порядке, установленном ч. 1 ст. 69 УПК РФ, т. е. в порядке отвода переводчика. В соответствии с этой нормой решение о его отводе в ходе досудебного производства принимается дознавателем, следователем, а также судом в случаях, предусмотренных ст. 165 УПК РФ, а в ходе судебного производства – судом, рассматривающим дело или судьей, председательствующим в суде с участием присяжных заседателей (ч. 1 ст. 69 УПК РФ). То, что отвод защитника на досудебных стадиях уголовного судопроизводства осуществляется участником процесса, выполняющим противоположную процессуальную функцию, находится в противоречии с принципом состязательности, ставит одну из сторон в более привилегированное положение. Решением проблемы явилось бы положение, при котором наличие обстоятельств, исключаяющих участие адвоката в уголовном судопроизводстве в ситуации, когда тот не заявляет самоотвод, устанавливали бы соответствующие органы

адвокатского сообщества, уполномоченные на привлечение его к дисциплинарной ответственности. При обнаружении обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе, адвокату должна быть предоставлена возможность заявить самоотвод для выражения своего отношения к намерению субъекта, ведущего уголовное судопроизводство, осуществить его отстранение от участия в производстве по делу.

Правоотношения по отводу адвоката возникают в связи с появлением определенных юридически значимых обстоятельств (поводов). Ими являются:

- 1) заявление самоотвода;
- 2) заявление отвода;
- 3) непосредственное обнаружение лицом, ведущим производство по уголовному делу, оснований для отвода адвоката.

В силу публичности института отвода субъект, ведущий уголовное судопроизводство, получив заявление об отводе адвоката, должен выяснить наличие или отсутствие оснований для него.

Следует негативно оценить встречающиеся на практике случаи «недопуска» адвоката к участию в производстве по уголовному делу, обусловленные наличием обстоятельств, исключающих его участие в нем. Считаем процессуально грамотным предъявление адвокатом надлежащим образом оформленных удостоверения и ордера считать юридическим фактом, с которого он становится полноправным участником уголовного процесса. Реализация процессуальных последствий обстоятельств, исключающих участие такого субъекта в деле, возможна исключительно в рамках института отвода, а не путем его «недопуска» к участию в деле.

В науке и на практике нет однозначного понимания установленной в ч. 1 ст. 69 УПК РФ возможности осуществления на предварительном расследовании отвода адвоката судьей в случаях, предусмотренных ст. 165 УПК РФ. На наш взгляд, данное полномочие

может быть осуществлено только при рассмотрении ходатайства о производстве следственного действия, касающегося реализации или уничтожения вещественных доказательств. Кроме того, аналогия закона позволяет нам обозначить данную возможность применительно к осуществлению судебного контроля в порядке ст. 108 и 125 УПК РФ. При этом процедура осуществления судом судебного контроля в ходе производства предварительного расследования, предусматривающая участие обвиняемого (подозреваемого) и его защитника, предполагает необходимость соблюдения процессуального порядка отвода, свойственного состязательному судебному производству: с правом заявлять отводы, высказывать свою позицию, представлять по нему объяснения и возражения.

На стадии подготовки дела к судебному заседанию адвокат может быть отведен судом при осуществлении предварительного слушания, проводимого в силу ч. 1 ст. 234 УПК РФ с соблюдением требований глав 33, 35 и 36 УПК РФ (в частности, с процедурой подготовительной части судебного разбирательства, предусматривающей разрешение вопросов об отводах).

Уголовно-процессуальным законом специально не урегулирована возможность отведения адвоката судом на стадии подготовки дела к рассмотрению в суде, осуществляемого в обычном порядке.

Представляется, что в силу законодательной неурегулированности и противоречивости практики выбор предполагаемых вариантов решения судьей в ситуации выявления на данной стадии процесса обстоятельств, исключающих участие адвоката в производстве по делу, может лежать в следующих плоскостях:

1. Назначение судьей судебного разбирательства и разрешение вопроса о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, уже в его подготовительной части.

2. Разрешение судьей вопроса об отводе адвоката в ходе подготовки к рассмотрению уголовного дела в обычном порядке.

3. Назначение судьей предварительного слушания для разрешения вопроса о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

С позиции максимального обеспечения гарантий прав участников процесса оптимальным является назначение судьей предварительного слушания. К тому же отвод адвоката может повлечь постановку сторонами вопроса о признании доказательств, полученных с его участием, недопустимыми, что является основанием для проведения подготовки к судебному заседанию в данной форме по прямому предписанию закона (п. 1 ч. 2 ст. 229 УПК РФ).

Следует негативно оценить складывающую практику, рассматривающую участие на предварительном расследовании адвоката-защитника, подлежащего отводу, как безусловное основание возвращения судом уголовного дела прокурору. Суд должен использовать предоставленные ему возможности для устранения допущенных нарушений права на защиту, учитывая существо допущенного в каждом конкретном случае нарушения права на защиту.

Можно выделить 6 этапов реализации требований института отвода на подготовительной части судебного разбирательства, четыре из которых обязательны:

1. Объявление председательствующим состава суда и участников процесса.

2. Разъяснение председательствующим обстоятельств, исключающих участие в деле, обязанности заявления самоотвода и права на отвод.

3. Выяснение наличия самоотводов.

4. Разрешение заявленных самоотводов*.

5. Выяснение председательствующим, понятно ли сторонам право на отвод и имеются ли у них отводы.

6. разрешение заявленных отводов*.

Этапы, обозначенные значком «*», являются факультативными, т. е. присутствуют только в том случае, если самоотвод/отвод были заявлены.

Ограничения, установленные уголовно-процессуальным законом в отношении возможности заявления отвода судье после начала судебного следствия (ч. 2 ст. 64 УПК РФ), к отводу адвоката не применимы, аналогия закона в данном случае недопустима.

Установление обстоятельств, исключающих участие адвоката в производстве по уголовному делу, влечет комплекс процессуальных последствий, в котором принятие решения об отводе – только один из элементов.

Отвод адвоката может повлечь признание недопустимыми доказательств, полученных с его участием, как подпадающих, по смыслу п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ под «иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего кодекса».

Вынесение постановления (определения) является юридическим основанием отвода адвоката в смысле его фактического отстранения от производства в конкретном уголовном деле. В результате данного решения адвокат теряет свой процессуальный статус и лишается прав, предоставленных ему уголовно-процессуальным законом как участнику процесса.

Участие в уголовном процессе адвоката, подлежащего отводу, является нарушением права обвиняемого пользоваться помощью защитника, – абсолютного основания признания нарушения уголовно-процессуального закона существенным в смысле ст. 389 (17) УПК РФ. В этой связи констатация данного обстоятельства должна влечь отмену или изменение судебного решения, если оно будет обнаружено уже после его вынесения.

В случае обнаружения судом факта участия на предварительном следствии адвоката, подлежавшего отводу, возможны два варианта: он может провести судебное разбирательство в полном

объеме или же должен возвратить дело прокурору для устранения нарушений, препятствующих рассмотрению дела по существу. Выбор принимаемого решения должен быть обусловлен тем, на каком этапе и при производстве какого процессуального действия это право было нарушено. Очевидно, что необеспечение права обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи при предъявлении обвинения ставит под сомнение сам предмет судебного разбирательства, поэтому назначение и проведение последнего в данном случае невозможны. Если же речь идет об участии защитника, подлежащего отводу, в производстве отдельных следственных действий, то суд должен исключить соответствующее доказательство из перечня доказательств, руководствуясь своими полномочиями, предусмотренными ст. 235 УПК РФ.

При установлении родства адвоката с участником процесса (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ), также подлежащим отводу в силу данных родственных отношений, отводу подлежат оба участника процесса.

При констатации конфликта интересов доверителей адвоката (п. 3. ч. 1 ст. 72 УПК РФ) адвокат должен быть отстранен полностью от участия в деле, а не только в отношении одного из доверителей.

Процессуальное решение об отводе адвоката следует отнести к решениям, определяющим процессуальный статус личности и обеспечивающим ее права. Оно является вспомогательным и промежуточным решением. Значимо его соответствие требованиям уголовного-процессуального закона как по форме, так и содержанию.

Гарантиями обеспечения его законности являются:

- ведомственный контроль со стороны РСО;
- прокурорский надзор при рассмотрении жалоб в порядке ст. 123, 124 УПК РФ;
- судебный контроль в порядке ст. 125 УПК РФ;
- самостоятельный апелляционный и кассационный пересмотр.

В силу недостатков правовой регламентации существует множество противоречий и пробелов в установлении правил производства отвода адвоката, определении требований, предъявляемых к процессуальному решению об отводе, и гарантий прав участников процесса при его осуществлении. В настоящее время актуальны реформирование действующего законодательства, регламентирующего основания и процедуру отвода адвоката, изменение и обеспечение единообразия судебной практики в осуществлении отстранения адвоката от участия в деле, как института, затрагивающего фундаментальное право гражданина – на получение квалифицированной юридической помощи и права на защиту, в частности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Монографии

1. Адвокатская тайна / под общ. ред. В.Н. Буробина. М.: Статут, 2006. 255 с.
2. Алиев Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. М.: Книга-сервис, 2002. 128 с.
3. Баев М.О., Баев О.Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Прокурорская тактика. Адвокатская тактика: научно-практ. пособие. М.: Экзамен, 2005. 320 с.
4. Барщевский М.Ю. Адвокатская этика. 2-е изд., испр. М.: Профобразование, 2000. 312 с.
5. Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. лит., 1975. 176 с.
6. Ботнев В.К. Актуальные проблемы оказания квалифицированной юридической помощи адвокатурой России. М.: Дрофа, 2010. 352 с.
7. Васяев А.А. Признание доказательств недопустимыми в ходе судебного следствия в суде первой инстанции в российском уголовном процессе. М.: Волтерс Клувер, 2010. 176 с.
8. Ватман Д.П. Адвокатская этика. М.: Юрид. лит., 1977. 93 с.
9. Ветрова Г.Н. Санкции в судебном праве. М.: Наука, 1991. С. 54–57.
10. Веретехин Е.Г. Пробелы предварительного расследования и их восполнение судом первой инстанции. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1988. С. 49–50.
11. Виткаускас Д., Диков Г. Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о за-

- щите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж: ООО Фирма «Элист», 2014. 212 с.
12. Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. М.: Грантъ, 2002. 496 с.
 13. Гаспарян Н. С. Отвод в судопроизводстве (теория и систематизированная судебная практика): в 2 кн. М.: Федеральная палата адвокатов, 2012. Кн. 1. 464 с.
 14. Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Котов Д.П. Судебная этика. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1973. 271 с.
 15. Горский М.В. Механизм правового регулирования отводов участников уголовного судопроизводства (процессуальное и криминалистическое исследование). М.: Юрлитинформ, 2011. 240 с.
 16. Громов Н.А., Полунин С.А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России. М.: Городец, 1998. 152 с.
 17. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д.: Феникс, 1999. 288 с.
 18. Казаков В.Н., Шагиев Б.В. Профессиональные качества личности юриста в системе условий обеспечения права гражданина на оказание квалифицированной юридической помощи (проблемы теории и практики). М.: Изд-во РАН, 2014. 151 с.
 19. Касумов Ч.С. Презумпция невиновности в советском праве. Баку: Элм, 1984. 139 с.
 20. Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. 472 с.
 21. Козырев Г.Н. Институт защиты в уголовном судопроизводстве. Научно-практический комментарий. Н. Новгород, 1995. 72 с.
 22. Кудрявцев В.Л. Конституционно-правовые основы института квалифицированной юридической помощи в российском уголовном судопроизводстве. М.: Юрлитинформ, 2007. 152 с.

23. Куцова Э.Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1972. 114 с.
24. Либус И.А. Презумпция невиновности в советском уголовном процессе. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1985. 232 с.
25. Lupinская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М, 2010. 240 с.
26. Lupinская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М.: Юристъ, 2006. С. 21–22.
27. Мажинян Дж. Р. Презумпция невиновности и гарантии ее осуществления. Ереван: Изд-во Ереван. ун-та, 1989. 124 с.
28. Мидор Д. Дж. Американские суды. Сент-Пол, Миннесота: Уэст Пабблишинг Компании, 1991. 81 с.
29. Перлов И.Д. Подготовительная часть судебного разбирательства в советском уголовном процессе. М.: Госюриздат, 1956. 182 с.
30. Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. М.: Наука, 1985. 238 с.
31. Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. М.: ТК Велби: Проспект, 2004. Ч. I. 224 с.
32. Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. М.: Правовая защита, 1927. 93 с.
33. Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. М.: Право и жизнь, 1927. 127 с.
34. Правила адвокатской профессии в России: Опыт систематизации и обобщения постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты А.Н. Марков. Москва, 1913 г. / сост. А.В. Воробьев, А.В. Поляков, Ю.В. Тихонравов; отв. ред. Ю.В. Тихонравов. М.: Статут, 2003. 384 с.

35. Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. М.: Наука, 1984. 143 с.
36. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. Т. 1. 470 с.
37. Сухова О.А. Кассационное обжалование судебных решений в российском уголовном процессе. М.: Юрлитинформ, 2007. 365 с.
38. Таран А.С. Обстоятельства, исключаяющие участие адвоката в уголовном процессе. М.: Юрлитинформ, 2013. 192 с.
39. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая / под ред. Н.В. Жогина, И.И. Карпеца [и др.]. М.: Юрид. лит., 1966. 584 с.
40. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Т. I. 552 с.
41. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Т. II. 607 с.
42. Фомин М.А. Сторона защиты в уголовном процессе (досудебное производство). М.: Юрлитинформ, 2004. 536 с.
43. Халдеев Л.С. Судья в уголовном процессе: практ. пособие. М.: Юрайт, 2000. 500 с.
44. Чельцов-Бebutов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб.: Равенна: Альфа, 1995. 839 с.
45. Червоткин А. С. Апелляция и кассация: пособие для судей. М.: Проспект, 2010. 336 с.
46. Элькинд П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1963. 172 с.

Учебники, учебные пособия, комментарии, словари

47. Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. Н.А. Колоколова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2010. 375 с.
48. Безлепкин Б.Т. Комментарий к УПК РФ (постатейный). 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, 2003. 776 с.
49. Большая юридическая энциклопедия. М.: ЭКСМО. 2005. 688 с.
50. Большой юридический энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Книжный мир, 2007. 792 с.
51. Большой юридический словарь / под ред. А.Я Сухарева, В.Д. Зорькина. М.: Инфра-М, 1998. 790 с.
52. Борисов А.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) с практическими разъяснениями и постатейными материалами. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Книжный мир, 2008. 928 с.
53. Булыко А.Н. Большой словарь иностранных слов. М.: Мартин, 2006. 703 с.
54. Григорьев Н.В. Адвокатура и реализация конституционного права на квалифицированную юридическую помощь в уголовном судопроизводстве: учеб. пособие для студентов специальности 02.11.00 «Юриспруденция» уголовно-правовой специализации. Хабаровск: РИЦ ХГАЭП, 2005. 100 с.
55. Гуткин И.М. Участие защитника на предварительном следствии в советском уголовном процессе: учеб. пособие. М.: Изд-во ВШ МООН РСФСР, 1966. 72 с.
56. Комментарий к УПК РСФСР. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Спарк, 1997. 788 с.

57. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В.И. Радченко; под ред. В.Т. Томина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 1999. 730 с.
58. Комментарий к УПК РФ / отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. М.: Юристъ, 2002. 1039 с.
59. Комментарий к УПК РФ в редакции ФЗ от 29 мая 2002 г. / под общ. и науч. ред. А.Я. Сухарева. М.: Норма ИНФРА-М, 2002. 384 с.
60. Комментарий к УПК РФ / под ред. А.В. Смирнова. СПб.: Питер, 2003. 1008 с.
61. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л.Н. Башкатов, Б.Е. Безлепкин [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби: Проспект, 2007. 720 с.
62. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. О.А. Галустьяна. М.: РИОР, 2007. 736 с.
63. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. А.И. Бастрыкина. М.: Волтерс Клувер, 2008. 944 с.
64. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Мозякова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен XXI, 2002. 896 с.
65. Коротков А.П., Тимофеев А.В. Прокурорско-следственная практика применения УПК РФ. Комментарий. М.: Экзамен, 2005. 608 с.
66. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник. М.: Спарк, 1998. 448 с.
67. Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практ. пособие. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт: ИД Юрайт, 2012. 343 с.

68. Лазарева В.А., Юношев С.В., Таран А.С. Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособие. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2008. 174 с.
69. Лубшев Ю.Ф. Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный). М.: ТОН Профобразование, 2002. 192 с.
70. Масликов И.С. Юридический словарь. М.: Дашков и К, 2007. 320 с.
71. Медведев М.Ю. Уголовный процесс. Консультации. Образцы документов. Судебная практика. М.: Юриспруденция, 1999. 400 с.
72. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт-Издат, 2008. 1181 с.
73. Некрасова М.Н. Правовые и нравственно-психологические аспекты судебной защиты: учеб. пособие. Калининград: Изд-во КГУ, 1984. 48 с.
74. Образцы процессуальных документов. Судебное производство / Н.А. Колоколов [и др.]; под общ. ред. А.А. Толкаченко. М.: Юрист, 2013. 472 с.
75. Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп.. М.: Юристь, 2001. 520 с.
76. Общая теория советского права / под ред. С.М. Братуся, И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1966. 491 с.
77. Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т. / под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. 640 с.
78. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. 20-е изд. М.: Русский язык, 1989. 750 с.

79. Пикалов И.А. Уголовный процесс Российской Федерации (краткий курс): учеб. пособие. М.: Юристъ, 2005. 326 с.
80. Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. 6-е изд., перераб и доп. М.: Юрайт, 2013. 824 с.
81. Производство по уголовным делам в суде первой инстанции: науч.-практ. пособие / под общ. ред. В.М. Лебедева. М.: Норма, 2011. 512 с.
82. Россинский С.Б. Уголовный процесс: учебник. М.: ЭКСМО, 2009. С. 47–48.
83. Рыжаков А.П. Процессуальные документы следователя и дознавателя: образцы: учеб. пособие. М.: Дело и сервис, 2012. 464 с.
84. Рыжаков А.П. Комментарий к УПК РФ. 2-е изд., изм. и перераб. М.: Норма-ИНФРА-М, 2002. 1024 с.
85. Сергеев В.И. Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособие для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. 351 с.
86. Словарь современного русского литературного языка. М.;Л., Изд-во Акад. наук СССР, 1958. Т. 8. Стб. 1840.
87. Советский юридический словарь / под ред. С. Братуся, Н. Казанцева, С. Кечежяна. М., 1953.
88. Современный толковый словарь русского языка / под ред. С.А. Кузнецова. М.: Ридерз Дайджест, 2004. 960 с.
89. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: учебник для вузов / под общ. ред. А.В. Смирнова. 2-е изд. СПб.: Питер, 2006. 699 с.
90. Смирнов А.В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе // Государство и право. 2008. № 1. С. 60–68.
91. Стешенко Л.А., Шамба Т.М. Адвокатура в Российской Федерации: учебник для вузов. М.: НОРМА-М, 2001. 544 с.

92. Строгович М.С. Учебник уголовного процесса. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938. 247 с.
93. Словарь современного русского литературного языка. М.;Л., Изд-во Акад. наук СССР, 1958. Т. 8. 1839 стб.
94. Сценарий судебного заседания по уголовному делу в суде первой инстанции: практ. пособие. М.: Акцион-медиа, 2013. 40 с.
95. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. 672 с.
96. Теория государства и права / под ред. А.И. Денисова. М.: Изд-во МГУ, 1967. 415 с.
97. Тихомиров Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова. 5-е изд., доп. и перераб. М.: Юринформцентр, 2001. 972 с.
98. Толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Изд-во иностранных и национальных словарей, 1939. Т. II. 520 с.
99. Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Астрель: АСТ, 2000. Т. II. Стб. 1040.
100. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Юристъ, 1998. 696 с.
101. Уголовно-процессуальное право: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юрист, 2006. 815 с.
102. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская, Л.А. Воскорбитова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. 1008 с.
103. Уголовно-процессуальное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Л.Н. Башкатов [и др.]; отв. ред. И.Л. Петрухин. М.: Проспект, 2009. 672 с.

104. Уголовный процесс: учебник для вузов / под ред. В.П. Божьева. 2-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2000. 574 с.
105. Уголовный процесс / под ред. А.Н. Алексеева. М.: Юрист, 1995. 352 с.
106. Уголовный процесс: учебник / кол. авторов; под ред. В.А. Лазаревой. М.: ЮСТИЦИЯ, 2015. 656 с.
107. Уголовно-процессуальное право (Уголовный процесс): курс лекций / под общ. ред. Г.И. Загорского. М.: Волтерс Клувер, 2010. 560 с.
108. Уголовный процесс Республики Узбекистан: Общая часть: учеб. пособие. / авт.-сост. У.А. Тухташева. Т.: Изд-во ТГЮИ, 2007. 513 с.
109. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. 2-е изд., перераб. М.: Госюриздат, 1951. 511 с.
110. Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 1998. 368 с.
111. Юридическая конфликтология / под ред. В.Н. Кудрявцева. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1995. 316 с.
112. Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: Юристь, 2001. 1272 с.
113. Юридический словарь / под ред. С.Н. Братуся. М.: Госюриздат, 1953. 781 с.
114. Юридический словарь / под ред. П.И. Кудрявцева. М.: Юрид. лит., 1956. Т. 2. 664 с.
115. Юридический словарь / под общ. ред. В.Т. Гайкова. 2-е изд., доп. и перераб. Ростов н/Д., 2006. 352 с.
116. Юридический энциклопедический словарь / М.О. Буянова [и др.]; отв. ред. М.Н. Марченко. М.: ТК Велби: Проспект, 2008. 816 с.

Научные статьи

117. Абрамов С.Н. Обеспечение права на защиту в случае замены защитника // Уголовный процесс. 2015. № 2. С. 24–29.
118. Алейников Г.И. Тактика защиты при препятствовании органов досудебного следствия в допуске защитника к ведению дела // Адвокатура и адвокатская деятельность в свете современного конституционного права (к 10-летию принятия Конституции России): материалы междунар. науч.-практ. конференции (Екатеринбург, 29–30 декабря 2003 г.). Екатеринбург: Чароид, 2004. С. 5–15.
119. Ампенев С.С., Вельш И.В. Некоторые аспекты проблем института отвода и самоотводов судей, присяжных заседателей // Вестник Московского государственного областного университета. Сер.: Юриспруденция. 2009. № 3. С. 39–42.
120. Булгакова Н.М. Некоторые вопросы применения кодекса профессиональной этики адвоката // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конференций, 2004–2005 гг. / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации. М.: Новая юстиция, 2006. С. 147–154.
121. Валов С.В. Управление органами предварительного следствия: понятие, виды и основные характеристики // Российский следователь. 2006. № 12. С. 2–4.
122. Гаспарян Н.С. Пассивная защита как разновидность некалифицированной защиты и пути ее реанимации // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конференций, 2004–2005 гг. / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации. М.: Новая юстиция, 2006. С. 87–94.
123. Гольдинер В.Д. Об этике в деятельности адвоката // Советское государство и право. 1965. № 10. С. 95–101.

124. Дембо Л.И. О принципах построения системы права // Советское государство и право. 1956. № 8. С. 88–98.
125. Деменева А. Беззащитные защитники // Бизнес-адвокат. 2001. № 14. С. 19–21.
126. Калинкина Л.Д. Заявление и разрешение повторных отводов суду (судье) на стадии судебного разбирательства // Адвокат. 2009. № 10. С. 19–23.
127. Калиновский К.Б. Обоснованность уголовно-процессуальных решений в свете учения о бремени доказывания // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве: материалы Междунар. науч.-практ. конференции, посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. Полины Абрамовны Лупинской: сб. науч. тр. М.: Элит, 2011. С. 59–65.
128. Калиновский К.Б. Распределение бремени доказывания в уголовном процессе: всегда ли в пользу обвиняемого? // Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы Международной науч. конф. (Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 г.) / сост. А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский. М.: ЗАО «Акцион-Медиа», 2012. С. 40–43.
129. Кафтасьева А., Винокурова Л. Отвод защитника // Советская юстиция. 1984. № 10. С. 22.
130. Кипнис Н.М. Соотношение отказа от защитника и расторжения соглашения об оказании юридической помощи как оснований прекращения участия адвоката (защитника) в уголовном деле // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов III Всерос. науч.-практ. конф. / отв. редакторы С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М.: Новый учебник, 2006. С. 138–148.
131. Ковтун Н.Н. Повторное участие судьи в рассмотрении уголовного дела: коллизии закона при отводе // Уголовный процесс. 2008. № 6. С. 27–30.

132. Ковтун Н.Н. Презумпции и фикции уголовно-процессуального права России: технология осознанной лжи // Юридическая техника. Ежегодник. Первые Бабаевские чтения: Правовые презумпции, теория, практика, техника. 2010. № 4. С. 231–235
133. Ковтун Н.Н. О спорных вопросах порядка проведения судьей предварительных слушаний по уголовным делам // Вестник ОГУ. 2006. № 3. С. 93–98.
134. Колоколов Н.А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Мировой судья. 2011. № 3. С. 23–27.
135. Колоколов Н.А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Мировой судья. 2011. № 5. С. 7–13.
136. Колоколов Н.А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Мировой судья. 2011. № 7. С. 16–22.
137. Колоколов Н.А. Последствия саботирования адвокатом процесса с участием присяжных // Уголовный процесс. 2010. № 5. С. 29–31.
138. Колоколов Н.А. Адвокатский бойкот // Адвокатская практика. 2010. № 3. С. 6–8.
139. Королев Г.Н. Предмет судебного контроля за предварительным расследованием: понятие и содержание // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. Сер.: Право. 2001. № 2. С. 134–140.
140. Конфликтов должно быть меньше // Новая адвокатская газета. 2010. № 24 (089). С. 5.
141. Костанов А.Ю. Об адвокатской независимости // Мораль и догма юриста: профессиональная юридическая этика: сб. науч. ст. М.: Эксмо, 2008. С. 252–261.

142. Кривокульский А.В. Конфликт интересов при осуществлении защиты // Уголовный процесс. 2012. № 12. С. 70–77.
143. Лазарева В.А., Попов Д.В. Показания адвоката-защитника недопустимое доказательство // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2007. № 6. С. 257–259.
144. Лазарева В.А., Таран А.С. Конфликты между профессиональными участниками уголовного судопроизводства (проблема разрешения) // Уголовное право. 2006. № 1. С. 91–95.
145. Лазарева В.А., Таран А.С. Конфликты между профессиональными участниками процесса: проблемы разрешения (продолжаем обсуждение) // Уголовное право. 2007. № 5. С. 79–83.
146. Лисицин Р. Для чего адвокату ордер // Российская юстиция. 2003. № 8. С. 29–31.
147. Макалинский П.В. Санкт-Петербургская присяжная адвокатура. Деятельность Санкт-Петербургского совета и общих собраний присяжных поверенных за 22 года (1866–1888) // Адвокат в уголовном процессе / под ред. и с предисл. П.А. Лупинской; сост. С.Н. Гаврилова. М.: Новый юрист, 1997. С. 299–342.
148. Макаров С.Ю. Особенности консультационной работы адвоката // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов III Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М.: Новый учебник, 2006. С. 214–235.
149. Масленникова Л.Н. Мониторинг УПК РФ с позиций адвокатов // Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): сб. ст. и материалов / под ред. Е.Б. Мизулиной и В.Н. Плигина; науч. ред. Е.Б. Мизулина. М.: Юристь, 2006. С. 255–265.

150. Мельниченко Р.Г. Границы права на доступ к адвокату // Уголовный процесс. 2012. № 10. С. 66–73.
151. Меринов Э. Правомерна ли активность суда в решении вопросов о допустимости доказательств? // Законность. 2006. № 3. С. 35–37.
152. Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX–начало XX в.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов; предисловие Е.Г. Тарло. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 11–109.
153. Мусихин М.Л. Конфликт интересов как основание для отвода адвоката в уголовном судопроизводстве // Проблема правосубъектности. Самара: Самар. гуманитарная академия, 2004. Вып. 2. С. 202–205.
154. Насонов С.А. Аналитический обзор результатов мониторинга по проблемам судебной реформы в Российской Федерации // Аналитический обзор результатов Всероссийского мониторинга по проблемам судебной реформы в Российской Федерации. М.: Р. Валент, 2009. С. 6–40.
155. Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. Львов: Изд-во Львовского ун-та, 1959. С. 57.
156. Никандров В. Об основаниях отвода защитника // Советская юстиция. 1983. № 14. С. 31–32.
157. Новикова А.А. Правовые и нравственно-этические основы запрета адвоката на отказ защитника от принятой на себя защиты обвиняемого // Адвокат. 2003. № 11. С. 44–46.
158. Осин В. Кто защитит адвоката от незаконных действий следователя? // Адвокат. 2011. № 10. С. 41–52.
159. Обзор дисциплинарной практики Палаты адвокатов Самарской области за 2003 г. / сост. А.С. Таран // Вопросы адвокатуры. 2005. № 2(37) С. 64–84.

160. Павлов И.В. О системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1958. № 11. С. 3–18.
161. Пальчикова М.В. Некоторые особенности разрешения ходатайств участников судебного разбирательства в уголовном судопроизводстве // Судебная власть и уголовный процесс. 2012. № 1. С. 148–151.
162. Пальчикова М.В. Пределы и критерии обжалования промежуточных судебных решений по уголовным делам // Уголовный процесс. 2013. № 1. С. 68–78.
163. Пиголкин А.С. Нормы советского социалистического права и их структура // Вопросы общей теории права. М.: Госюриздат, 1960. С. 148–193.
164. Попаденко Е.В. Презумпции в уголовном судопроизводстве // Вестник ВЭГУ. 2010. № 5 (49). С. 73–76.
165. Плотников И.В., Хырхырьян М.А. Всем ли распоряжениям председательствующего обязаны подчиняться участники процесса? (Взгляд в контексте применения ст. 258 УПК РФ) // Адвокатская практика. 2011. № 4. С. 37–42.
166. Рудацкая Е. Запретить адвокату защищать двух обвиняемых по одному делу // Российская юстиция. 2002. № 9. С. 38.
167. Скоробогатова О.В. Уголовно-процессуальные гарантии защиты прав участников уголовного судопроизводства // Вестник Амурского государственного университета. Сер.: Гуманитар. науки. 2010. Вып. 48. С. 91–94.
168. Столмаков А.И. Понятие и классификация санкций норм уголовно-процессуального права // Правоведение. 1977. № 3. С. 40–46.
169. Таран А.С. О допросе адвоката в качестве свидетеля // Проблемы оправления правосудия по уголовным делам в современной России: теория и практика: сб. науч. ст.: в 2 ч. / отв. ред. Т.К. Рябинина, А.А. Козьявин; Курск. гос. техн. ун-т. Курск, 2007. Ч. I. С. 167–172.

170. Таран А.С. Защита по назначению: квалифицированная юридическая помощь или бесплатный сыр? // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. науч. ст. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2007. Вып. 2. С. 60–67.
171. Таран А.С. Незаконный «правовой недопуск» адвоката к участию в деле // Уголовное право. 2014. № 2. С. 123–127.
172. Таран А.С. Процессуальные последствия конфликта интересов доверителей адвоката // Адвокатская практика. 2014. № 4. С. 34–38.
173. Таран А.С. Кто же должен уйти, чтобы не мешать (или Отвод при родстве адвоката с профессиональным участником уголовного процесса) // Мировой судья. 2012. № 4. С. 11–15.
174. Таран А.С. Основания самоотвода адвоката // 1150-летие российской государственности: политико-правовое наследие и современность. Ч. 2. Обеспечение безопасности общества и противодействие преступности в уголовно-правовой политике России / отв. ред. В.В. Грохотова, О.Е. Калпинская, Е.А. Макарова. Великий Новгород: НовГУ, 2012. С. 114–120.
175. Таран А.С. Об инициировании судом привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности // Право и суд в современном мире: материалы V Междунар. науч.-практ. конф. «Актуальные проблемы юридической науки и судебной практики». Казань, 2007. Вып. 5. С. 392–396.
176. Теплякова О.А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ в отношении права на квалифицированную юридическую помощь // Евразийский юридический журнал. 2014. № 11. С. 143–153.
177. Ульянова Л.Т. Отвод адвоката-защитника в советском уголовном процессе // Вестник Московского государственного университета. Сер. 11: Право. 1985. № 1. С. 11–15.

178. Ульянова Л. Отвод адвоката-защитника // Социалистическая законность. 1984. № 9. С. 44–45.
179. Федотов А.В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. 2001. № 4. С. 45–55.
180. Фомин М.А. Нарушение права на защиту как основание возвращения уголовного дела прокурору // Уголовный процесс. 2008. № 6 (42) С. 17–26.
181. Фомин М.А. Недопустимость удаления защитника из зала судебного заседания // Уголовный процесс. 2014. № 9. С. 32–39.
182. Цыганкова Н.М. Возвращение уголовных дел прокурору в порядке ст. 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. URL: <http://pandia.org/text/77/343/64580.php>.
183. Шадрин В.С. Прокурор и его полномочия в уголовном досудебном производстве // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. науч. тр. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2010. Вып. 5. С. 4–9.
184. Шейфер С.А. Реформа предварительного расследования: возрождается ли «прокурорское дознание»? // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. науч. тр. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2008. С. 13–30.
185. Шейфер С.А. Новеллы УПК – новые проблемы // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвуз. сб. науч. тр. / под ред. В.А. Лазаревой. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2010. Вып. 5. С. 322–326.
186. Ширинский С. Самоотвод и отвод свидетеля // Российская юстиция. 2001. № 2. С. 20.

187. Юдин А.В. Злоупотребление должностными полномочиями, совершаемое судебными представителями органа власти путем занятия заведомо незаконной позиции по делу в гражданском и арбитражном судопроизводстве // Администратор суда. М.: Юрист, 2010. С. 7–11.
188. Ярошик О.Д. Иные основания для отвода должностного лица в уголовном процессе // Адвокатская палата. 2011. №. 12. С. 4–13.

Диссертации и авторефераты диссертаций

189. Азизова О.А. Адвокат как участник уголовного судопроизводства со стороны защиты: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. 209 с.
190. Арабули Д.Т. Процессуальное положение и деятельность адвоката-защитника в судебном разбирательстве по уголовно-процессуальному праву России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2002. 27 с.
191. Ахпанов А.К. Проблемы уголовно-процессуального принуждения в стадии предварительного расследования: дис. ... д-ра юрид. наук. Караганда, 1997. 300 с.
192. Бережко Е.В. Нравственные начала при рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции: дис. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2003. 185 с.
193. Ботнев В.К. Квалифицированная юридическая помощь как конституционно-правовая гарантия защиты прав и свобод человека и гражданина: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. 56 с.

194. Бондарь О.Н. Квалифицированная юридическая помощь – конституционная гарантия судебной защиты прав и свобод человека и гражданина в РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2008. 30 с.
195. Брежнева М.Ю. Участие адвоката в уголовном судопроизводстве для оказания помощи свидетелю: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 163 с.
196. Воронов А.А. Роль адвокатуры в реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь. автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. 58 с.
197. Винокурова Л.В. Подготовительная часть судебного разбирательства в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986. 177 с.
198. Гаврилов С.Н. Актуальные вопросы организации адвокатуры и участия защитника в уголовном процессе в России. История и современность: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. 278 с.
199. Гельдибаев М.Х. Обеспечение прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовно-процессуального принуждения: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2001. 332 с.
200. Горбунов О.А. Противодействие законной деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве (характеристика, средства предупреждения и нейтрализация): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006. 24 с.
201. Гречишников О.С. Обеспечение прав обвиняемого и подозреваемого при применении процессуального принуждения: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. 209 с.
202. Грицай О.В. Исполнение приговоров в части имущественных взысканий: процессуальная сущность, основания и порядок: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. 219 с.

203. Дежнев А.С. Отношения родства, супружества и свойства в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. 219 с.
204. Дидукина Т.Г. Подготовительная часть судебного разбирательства: проблемы нормативного регулирования и правоприменительной практики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. 257 с.
205. Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1978. 17 с.
206. Задерако В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 1978. 187 с.
207. Зинатуллин Т.З. Этические основы уголовно-процессуальной деятельности адвоката-защитника: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 1998. 134 с.
208. Иванов А.В. Адвокат-защитник в судебном следствии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 232 с.
209. Козлова А.Н. Публичность как принцип уголовного судопроизводства: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 251 с.
210. Краснов И.В. Конституционное право на квалифицированную юридическую помощь и его обеспечение в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2003. 179 с.
211. Крымов А.А. Правовые презумпции в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. 215 с.
212. Кувалдина Ю.В. Предпосылки и перспективы развития компромиссных способов разрешения уголовно-правовых конфликтов в России: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2011. 272 с.
213. Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в российском уголовном судопроизводстве: теоретические основы и проблемы обеспечения: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. 526 с.

214. Левченко О.В. Уголовно-процессуальное доказывание: сущность, средства доказывания, предмет и пределы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ижевск, 2001. 51 с.
215. Манафов А.Г. Конституционное право граждан на квалифицированную юридическую помощь в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 185 с.
216. Мамедова Х.А. Институт отводов в советском уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. 190 с.
217. Мухудинова Н.Р. Обеспечение конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2005. 220 с.
218. Никитин С.Ю. Свидетельский иммунитет в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. 184 с.
219. Полунин С.А. Уголовно-процессуальные санкции и особенности их применения: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. 194 с.
220. Пронин К.В. Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. 192 с.
221. Пронькина А.Н. Ошибки адвокатов-защитников в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006. 24 с.
222. Рамазанов С.З. Конституционно-правовые основы оказания квалифицированной юридической помощи в судах общей юрисдикции: дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2006. 219 с.
223. Тарасов А.В. Принуждение и ответственность в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. 215 с.

224. Тарло Е.Г. Проблемы профессионального представительства в судопроизводстве России: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. 450 с.
225. Федерякин Ф.А. Процессуально-правовые и нравственные основы участия защитника-адвоката в производстве следственных действий (по материалам Российской Федерации и Республики Казахстан): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 192 с.
226. Черняков И.Г. Реализация конституционного права на квалифицированную юридическую помощь в Российской Федерации: проблемы и перспективы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007. 27 с.
227. Шигуров А.В. Подготовка дела к судебному заседанию в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2004. 231 с.

Список использованных судебных решений

Решения Европейского суда по правам человека

1. Решение ЕСПЧ «Энслин и другие против Германии» от 08 июля 1976 г.
2. Постановление ЕСПЧ от 13 апреля 2006 г. по делу «Федорова против России» (за № 73225/01).
3. Извлечения из постановлений Европейского суда по правам человека // Бюллетень Верховного суда РФ. 2012. № 2. С. 36–37.
4. Постановление ЕСПЧ по делу «Ананьев и другие против России». Извлечения из постановлений Европейского суда по правам человека // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 2. С. 36–37.

5. Постановление Европейского суда по правам человека 18 мая 2010 г. по делу «Озеров против Российской Федерации» (жалоба № 64962/01).

Решения Конституционного Суда РФ

Постановления Конституционного Суда РФ

6. Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гиттиса и С.В. Абрамова».

7. Постановление Конституционного Суда РФ от 02 июля 1998 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

8. Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырецкого, Д.И. Фуфлыгина и ООО «Моноком»».

9. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 1999 г. «По делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова, А.К. Никитина».

10. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 апреля 1999 г. № 7-п «По делу о проверке конституционности положений пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 232, ч. 4 ст. 248 и ч. 1 ст. 258 УПК РСФСР в связи с запросами Иркутского районного суда Иркутской области и Советского районного суда г. Нижний Новгород».

11. Постановление Конституционного Суда от 23 декабря 1999 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности отдельных поло-

жений статей 1, 2, 4 и 6 Федерального закона от 4 января 1999 года «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, государственный Фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» и статьи 1 Федерального закона от 30 марта 1999 года «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1998 год» в связи с жалобами граждан, общественных организаций инвалидов и запросами судов».

12. Постановление Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева».

13. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.2003 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений п. 2 ч. 1 и ч. 3 ст. 232 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Л.И. Батищева, Ю.А. Евграфова, О.В. Фролова и А.В. Шмелева».

14. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 08.12.2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан С.С. Зиминной, Л.М. Курилко, В.А. Кухрановой, Л.С. Лариной, Д.Н. Мамедова, Л.Н. Мельниковой, Л.Г. Носовой, Г.В. Павлюк и В.Л. Фадеевой».

15. Постановление Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2003 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ч. 1, 2 ст. 118 УПК РФ в связи с жалобой З.Р. Шенгелая».

16. Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан».

17. Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью "Агентство корпоративной безопасности" и гражданина В.В. Макеева».

18. Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 ГПК РФ в связи с запросом Кабинета министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ "Нижнекамскнефтехим" и "Хакасэнерго", а также жалобами ряда граждан».

Определения Конституционного Суда РФ

19. Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О «По жалобе гражданина Паршуткина В.В. на нарушение его конституционных прав и свобод п. 1 ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и ст. 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР».

20. Определение Конституционного Суда РФ от 14.10.2004 г. № 333-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Брындина К.В. на нарушение его конституционных прав ч. 6 ст. 49, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ».

21. Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2005 г. № 204-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Романовой Л.В. и Реканта А.А. на нарушение их конституционных прав положениями ч. 2 ст. 49, ч. 1 и 2 ст. 258 УПК РФ».

22. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 ноября 2005 г. № 431-О «По жалобе гражданина Саблина Олега Викторовича на нарушение его конституционных прав частью третьей ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

23. Определение Конституционного Суда РФ от 12 июля 2005 г. № 336-О «По жалобе гражданина С.В. Бровченко на нарушение его конституционных прав ст. 377 и 388 УПК РФ».

24. Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 г. № 383-О «По жалобе гражданина В.А. Силаева на нарушение его конституционных прав положениями ст. 377 УПК РФ».

25. Определение Конституционного Суда РФ от 18.07.2006 г. № 287-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В. Телепина на нарушение его конституционных прав ст. 256 УПК РФ».

26. Определение Конституционного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 286-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.Ф. Каримова на нарушение его конституционных прав статьями 5, 125, 359 и 391 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

27. Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 г. № 432-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Попова на нарушение его конституционных прав положением ч. 4 ст. 65 УПК РФ».

28. Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 г. № 429-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина А.В. Щербинина на нарушение его конституционных прав положениями ч. 3 ст. 50, ч. 6 ст. 114, п. 8 ч. 2 ст. 131 и ч. 2 ст. 248 УПК РФ».

29. Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. № 251-О «По жалобе гражданина Д.Ф. Туктымешева на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 50 и ч. 3 ст. 51 УПК РФ».

30. Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. № 325 О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Л.Н. Лесной, С.В. Стригуна, В.П. Чичерина и ООО “Афина-бизнес” на нарушение конституционных прав и свобод ч. 2 ст. 20 ГПК РФ».

31. Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 821-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина И.Н. Щербакова на нарушение его конституционных прав положениями частей первой и третьей статьи 258 и пункта 3 части пятой статьи 355 УПК РФ».

32. Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 804-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шалдина Виктора Михайловича на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 61, ч. 1 ст. 63, п. 2 ч. 5 ст. 355, ч. 1 и 4 ст. 406, ч. 1 ст. 407 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и п. 20 ст. 1 Федерального закона “О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации”».

33. Определение Конституционного Суда РФ от 21 февраля 2008 г. № 131-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В. Телепина на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 258 УПК РФ».

34. Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 453-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В. Прохорова на нарушение его конституционных прав положениями ч. 2 ст. 49 и ч. 1 ст. 402 УПК РФ».

35. Определение Конституционного Суда РФ от 21 октября 2008 г. № 488-0-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Н.Я. Мозжухина на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 297 УК РФ и ч. 2 ст. 52 УПК РФ».

36. Определение Конституционного Суда РФ от 21 октября 2008 г. № 947 О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Курбанова С.А. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 29, 61-65, 125, 256, 294, 295, 299, 355, 379, 409 и 413 УПК РФ».

37. Определение Конституционного Суда от 15 января 2009 г. № 106-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан А.Н. Никитенко, И.В. Плотникова и М.А. Хырхырьяна на нарушение их конституционных прав ч. 2 ст. 258 и п. 3 ч. 5 ст. 355 УПК РФ».

38. Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 г. № 110 О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.В. Сербиненко на нарушение его конституционных прав ч. 1 и 2 ст. 377 УПК РФ».

39. Определение Конституционного Суда РФ от 19 марта 2009 г. № 322-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки С.А. Иналовой на нарушение ее конституционных прав положениями п.п. 8 и 9 ч. 4 ст. 47, п. 3 ч. 1 ст. 72 и ч. 1 и 4 ст. 354 УПК РФ».

40. Определение Конституционного Суда от 28 мая 2009 г. № 803-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Д.С. Бутырина на нарушение его конституционных прав положениями ст. 49 и 355 УПК РФ».

41. Определение Конституционного Суда РФ от 13 октября 2009 г. № 1111-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Кардаша на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72, ч. 5 ст. 355 УПК РФ».
42. Определение Конституционного Суда РФ от 17.12.2009 г. № 1622-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Афанасенко С.В. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 52 УПК РФ».
43. Определение Конституционного Суда РФ от 17 декабря 2009 г. № 1623 О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр-на В.Г. Быковцева на нарушение его конституционных прав ст. 61 и 65 УПК РФ».
44. Определение Конституционного Суда РФ от 23 марта 2010 г. № 422-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Д.В. Шеховцева на нарушение его конституционных прав ч. 1 и 2 ст. 376 и ст. 377 УПК РФ».
45. Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2010 г. № 596–О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Щедрина на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 49 и ч. 1 ст. 53 УПК РФ».
46. Определение Конституционного Суда РФ от 27 мая 2010 г. № 630-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Капитонова Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав ст. 65 и 366 УПК РФ».
47. Определение Конституционного Суда РФ от 17 июня 2010 г. № 789–О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кузнецова О.В. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 49, п. 5 ч. 1 ст. 51 и ч. 1 ст. 52 УПК РФ».
48. Определение Конституционного Суда РФ от 9 ноября 2010 г. № 1573-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Т.Н. Дубининой на нарушение ее конституционных прав ч. 1 ст. 69 и п. 1 и 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ».

49. Определение Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 687-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Афанасьева А.Ю. на нарушение его конституционных прав п. 3 ч. 1 ст. 20, ст. 56 и ч. 1 ст. 57 ГПК РФ».

50. Определение Конституционного Суда РФ от 29.05.2012 г. № 1014-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Вахрушева на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 52 УПК РФ».

51. Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1515-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ю.В. Шорчева на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 69, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ».

52. Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1796-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Н.Е. Ефимовой на нарушение ее конституционных прав п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ».

53. Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 1916-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина О.Б. Федорова на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 389 (1) УПК РФ».

54. Определение Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2015 г. № 1003-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.Л. Беляева на нарушение его конституционных прав ст. 49, 50, 51, 53 и 72 УПК РФ, подп. 6 п. 4 ст. 6 и п. 2 ст. 7 ФЗ “Об адвокатской деятельности...”».

Постановления Пленума Верховного Суда РФ (РСФСР, СССР)

55. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 июня 1978 г. № 5 «О практике применения судами законов, обеспечивающих обвиняемому право на защиту».

56. Постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 23 августа 1988 г. № 5 «О повышении роли судов кассационной инстанции в обеспечении качеств рассмотрения уголовных дел».

57. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 ноября 2012 г. № 26 г. «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции».

58. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм гл. 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции».

59. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве».

Решения Верховного Суда РФ по отдельным делам

60. Дело Абросимова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1992. № 6. С. 8.

61. Обзор кассационной практики Верховного Суда РФ по делам с частными протестами на определения судов о направлении уголовного дела для дополнительного расследования // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 1. С. 12.

62. Надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 декабря 1992 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 8. С. 8.

63. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 10.05.2000 г. по делу Карпенко. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

64. Дело Зайцева, Миллер, Шленской // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 2. С. 16.
65. Дело по обвинению Зайцева и Панова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 8. С. 12–13.
66. Определение Верховного Суда РФ № 48-о01-19 от 26.02.2001 г. по делу Винькова и Аббасова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 9. С. 11.
67. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 27 февраля 2003г. № 45-о02-146. URL: <http://docs.cntd.ru/document/885142041>.
68. Определения суда об отводе адвоката и об отказе в допуске адвоката к участию в деле признаны необоснованными (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 3. С. 13.
69. Определение СК Верховного Суда РФ от 23 июня 2004 г. № 78-004-100. URL: <http://www.lawmix.ru/jude/3595>.
70. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 марта 2005 г. № n 77-о05-3 по делу Оленкова А.Е. и Сурнина С.П. URL: http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_99537.html или <http://www.lawmix.ru/jude/1899>.
71. Обзор Кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 2004 год // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 8. С. 25–26.
72. Определение Верховного Суда РФ от 25.05.2005 г. № 55-005-4. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
73. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 18 апреля 2006 г. № 80-006-17СП. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
74. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 августа 2006 г. по делу № 13-006-21. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

75. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 22.09.2006 г. № 14-006-31 // Электронный архив Верховного Суда РФ за 2010 г.
76. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 25 октября 2006 г. № 264 п 06. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
77. Определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30 октября 2006 г. Дело № 69-о06-29. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
78. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29 апреля 2008 г. № 74-О08-16 по делу Б., П., Ш. и С. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 1. С. 25–26.
79. Определение Верховного Суда РФ № 41-010-83СП // Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2010 г. URL: <http://www.legis.ru/misc/doc/7294>.
80. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10.06.2010 г. Дело № 47-010-30сп. URL: vsrf.ru>stor_pdf.php?id=298922.
81. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. Дело № 47-010-30 СП. URL: vsrf.ru>stor_pdf.php?id=298922.
82. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30.06.2010 г. Дело № 2-010-8 СП // Бюллетень Верховного Суда. 2011. № 1. С. 23.
83. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21 сентября 2011 г. № 30-011-18 (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 6. С. 12.
84. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 17 января 2012 г. № 44-О11-111СП. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
85. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ по делу Быковцева В.Г. от 29 марта 2012 г. № 14-О12-5СП. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

86. Кассационное определение Верховного Суда РФ от 27 февраля 2013 г. № 35-О13-4. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=325415>; ИПП «Гарант.ру». URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70247088>.

87. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21 марта 2013 г. № 53-О13-9. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=329918>.

88. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 октября 2014 г. № 51-АПУ 14-37. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

89. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29.10.2014 г. Дело № 41-АПУ14-35СП. URL: http://www.vsrfr.ru/stor_pdf.php?id=611364.

Решения судов иных уровней

90. Решение судебной коллегии Самарского областного суда от 15.02.2000 г. по делу Л.В. Омельянец / Постановления Президиума и определения коллегии Самарского областного суда по уголовным делам // Судебная практика. 2000. № 1. С. 15.

91. Дело В.Ю. Прокофьева и Л.В. Гусева // Судебная практика. 2000. № 1. С. 14.

92. Постановление Президиума Санкт-Петербургского городского суда от 18 апреля 2001 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 1. С. 21–22.

93. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Архангельского областного суда от 29 августа 2006 г. Дело № 22-к-2602. Официальный сайт Архангельского областного суда. URL: <http://www.arhcourt.ru/?Documents/Crm/Cas/2/1/3/200608291000>.

94. Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 16 апреля 2007 г. Дело № 22-2971 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2007. Вып. № 6–7 (44–45). С. 139–141.
95. Постановление Набережночелнинского городского суда от 17 ноября 2008 г. URL: <http://lawfulstate.ru/index.php/ataka/2010-03-28-11-10-32/q-q.html>.
96. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда от 13.10.2009 г. Официальный сайт Липецкого областного суда РФ. URL: www.oblsud.lpk.sudrf.ru.
97. Судебная практика по уголовным делам // Бюллетень Амурского областного суда (1 квартал 2010 г.). URL: http://oblsud.tsl.ru/bul/bul_1_10.doc.
98. Постановление Тверского районного суда от 05.03.2010 г., материал №3/7-197/10 по делу № 28860.
99. Кассационное Определение Судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 17.07.2010 г. // Электронный архив Верховного Суда РФ за 2010 г.
100. Определение Свердловского областного суда от 23 июля 2010 г. по делу № 22-7518/2010 г. Право.Ru. URL: http://docs.pravo.ru/document/view/28913776/?search_query=%D0%94%D1%83%D1%88%D0%BA%D0%B8%D0%BD%2B18%2B%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D0%B0%D0%B1%D1%80%D1%8F&from_search=1.
101. Официальный сайт суда Ямало-Ненецкого автономного округа. Апелляция поправила суд, отказавший в отводе адвоката по просьбе следователя. URL: <http://pravo.ru/news/view/101371/#comm369730>.
102. Кассационное определение от 25 октября 2010 г. Судебная коллегия по уголовным делам Приморского краевого суда. Дело № 22-6538. URL: <https://rospravosudie.com/court-primorskij-kraevoj-sud-primorskij-kraj-s/act-103735323>.

103. Определение Белгородского областного суда от 17 ноября 2010 г. по жалобе адвоката А.В. Исайчева на Постановление Шебекинского районного суда от 15 октября 2010 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-belgorodskij-oblastnoj-sud-belgorodskaya-oblast-s/act-104197652>.

104. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ярославского обл. суда от 18 января 2011 г. на решение районного суда г. Ярославля. URL: <https://rospravosudie.com/court-yaroslavskij-oblastnoj-sud-yaroslavskaya-oblast-s/act-105249085>.

105. Определение Белгородского областного суда от 16 февраля 2011 г. об отводе адвоката в качестве представителя потерпевшего URL: <http://xn--90afdbaav0bd1afybeub5d.xn--p1ai/bsr/case/78335>.

106. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 22 марта 2011 г. Дело № 22-1780. URL: <https://rospravosudie.com/court-rostovskij-oblastnoj-sud-rostovskaya-oblast-s/act-105313273>.

107. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Алтай от 7 июля 2011 г. Дело № 22-491. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-altaj-respublika-altaj-s/act-459926617>.

108. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда от 12 июля 2011 г. URL: <http://sudrf.kodeks.ru/rospravo/document/468652779>.

109. Кассационное определение Московского городского суда от 8 августа 2011 г. по делу №22-8849. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

110. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Тамбовского областного суда от 6 сентября 2011 г. Об отводе адвоката по делу № 22-2211. URL: <https://rospravosudie.com/court-tambovskij-oblastnoj-sud-tambovskaya-oblast-s/act-478686586>.

111. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Дагестан от 8 ноября 2011 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-103539164>.

112. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Нижегородского областного суда от 2 декабря 2011 г. Дело № 22-9261. URL: <https://rospravosudie.com/court-nizhegorodskij-oblastnoj-sud-nizhegorodskaya-oblast-s/act-105840541>.

113. Постановление Трубчевского районного суда Брянской области от 22 февраля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-trubchevskij-rajonnyj-sud-bryanskaya-oblast-s/act-103240235>.

114. Определение Орловского областного суда от 28 февраля 2012 г. по делу № 22к-69/2012. URL: http://docs.pravo.ru/document/view/23534602/?search_query=%D0%9E%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%2B%D0%9E%D1%80%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B3%D0%BE%2B%D0%BE%D0%B1%D0%BB%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B0%2B%D0%BE%D1%82%2B28%2B%D1%84%D0%B5%D0%B2%D1%80%D0%B0%D0%BB%D1%8F%2B2012%D0%B3.&from_search=1.

115. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Северо-Кавказского окружного военного суда от 22 марта 2012 г. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/23433279>.

116. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Брянского областного суда от 6 апреля 2012 г. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/23641936/23168425>.

117. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Удмурдской республики от 12 апреля 2012 г. Дело № 22-882. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-udmurtskoj-respubliki-udmurtskaya-respublika-s/act-412865868>.

118. Постановление о прекращении производства по жалобе Борисовского районного суда Белгородской области от 20 апреля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-borisovskij-rajonnyj-sud-belgorodskaya-oblast-s/act-104788961>.

119. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Тамбовского областного суда от 29 мая 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-tambovskij-oblastnoj-sud-tambovskaya-oblast-s/act-105058482>.

120. Постановление об отказе в удовлетворении жалобы судьи Бейского районного суда Республики Хакасия от 9 июня 2011 г. Дело № 3/10-5/2011. URL: <https://rospravosudie.com/court-bejskij-rajonnyj-sud-respublika-hakasiya-s/act-102281022>.

121. Кассационное определение Верховного Суда Республики Карелия от 18 июня 2012 г. по делу № 22к-1236/2012 (извлечение). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

122. Кассационное определение Судебной коллегии по УД ВС Республики Тыва от 18 июля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-tyva-respublika-tyva-s/act-468583247>.

123. Кассационное определение Верховного Суда Республики Карелия от 18 июня 2012 г. по делу № 22к-1236/2012 (извлечение). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

124. Постановление Фрунзенского районного суда г. Саратова от 29 июня 2012 г. Материал № 3/10-62/12. URL: <https://rospravosudie.com/court-frunzenskij-rajonnyj-sud-g-saratova-saratovskaya-oblast-s/act-105191348>.

125. Кассационное определение Московского городского суда от 15 октября 2012 г. по делу № 22-13467/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

126. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 11 декабря 2012 г. по делу № 22-9243. URL: <https://rospravosudie.com/court-rostovskij-oblastnoj-sud-rostovskaya-oblast-s/act-107205626>.

127. Кассационное определение Московского областного суда от 10 января 2013 г. № 22-к-159. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

128. Кассационное определение Московского городского суда от 16 января 2013 г. по делу № 22-231. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

129. Обзор судебной практики рассмотрения уголовных дел в апелляционном порядке за четвертый квартал 2013 г. Официальный сайт суда Ямало-Ненецкого автономного округа. URL: http://oblsud.ynao.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=651.

130. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия от 29 апреля 2013 г. Материал № 22-997/13. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-mordoviya-respublika-mordoviya-s/act-473808993>.

131. Кассационное определение Московского городского суда от 25 июня 2012 г. по делу № 22-8394. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

132. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Иркутского областного суда от 20 июля 2012 г. по жалобе В.В. Молякова // Право. ru. URL: http://docs.pravo.ru/document/view/26539730/?search_query=%D0%BD%D0%B5%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D1%83%D1%81%D0%BA%2B%D0%B0%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B0&from_search=1.

133. Постановление Солтонского районного суда Алтайского края от 31 июля 2012 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-soltonskij-rajonnyj-sud-altajskij-kraj-s/act-106496058>.

134. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Кемеровского областного суда от 31 июля 2012 г. Дело № 22-4289. URL: <https://rospravosudie.com/court-kemerovskij-oblastnoj-sud-kemerovskaya-oblast-s/act-106181623>.

135. Кассационное определение Московского городского суда от 17 сентября 2012 г. по делу № 22-12494/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

136. Кассационное определение Московского городского суда от 10 октября 2012 г. № 22-13363/12. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

137. Кассационное определение Московского городского суда от 12 ноября 2012 г. по делу № 22-14193/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

138. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 11 декабря 2012 г. по делу № 22-9243. URL: <https://rospravosudie.com/court-rostovskij-oblastnoj-sud-rostovskaya-oblast-s/act-107205626>.

139. Кассационное определение Московского городского суда от 10 января 2013 г. по делу № 22к-159. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

140. Кассационное определение Московского городского суда от 16 января 2013 г. по делу № 22-231. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

141. Постановление судьи Московского городского суда Бондаренко Э.Н. от 8 апреля 2013 г. № 4у/8-2295 «Об отказе в удовлетворении надзорной жалобы». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

142. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия от 29 апреля 2013 г. Материал № 22-997/13. URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-mordoviya-respublika-mordoviya-s/act-473808993>.

143. Апелляционное постановление Московского городского суда от 23 декабря 2013 г. по делу № 10-13436/13. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

144. Постановление Московского городского суда от 27 марта 2015 г. № 4у/5-1643/15 «Об отказе в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

145. Апелляционное постановление Московского городского суда от 6 апреля 2015 г. по делу № 10 4788/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

146. Апелляционное постановление Московского городского суда от 28 мая 2015 г. по делу № 10-7060/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Дисциплинарная практика адвокатских палат

147. Дисциплинарное производство в отношении адвоката П. // Обзор дисциплинарной практики Палаты адвокатов Самарской области за 2003 г. / сост. А. С. Таран // Вопросы адвокатуры. 2005. № 2(37). С. 76.

148. Дисциплинарное производство по частному определению Кировского районного суда г. Самары от 15.12.2002 г. // ПАСО. Дисциплинарная практика за 2003 г.

149. Дисциплинарное производство в отношении адвоката И. // Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 7–8 (21–22). С. 5.

150. Дисциплинарное производство в отношении адвоката Ц. // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 11–12 (25–26). С. 59.

151. Дисциплинарное производство в отношении адвоката М. // Дисциплинарное производство в отношении адвоката М. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 100–115.
152. Дисциплинарное производство в отношении гражданина Ш. // Обзор дисциплинарной практики ПАСО за 2003 г. / сост. А.С. Таран // Вопросы адвокатуры. 2005. № 2(37). С. 71–72.
153. Решение по казусу № 4 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 7–8(21–22). С. 5–38.
154. Дисциплинарное производство в отношении адвоката Б. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 36–42.
155. Дисциплинарное производство в отношении адвоката О. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 352–353.
156. Дисциплинарное производство в отношении адвоката К. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 42–49.
157. Дисциплинарное производство в отношении адвоката К. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 33–36.
158. Дисциплинарное производство в отношении адвоката Г. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 496.
159. Дисциплинарное производство в отношении адвоката В. // Профессиональная этика адвокатов: сб. материалов / сост. Н.М. Кипнис; под ред. М.А. Сучковой. М.: ООО «Вариант», 2008. С. 498–502.
160. Заключение квалификационной комиссии № 7 АП г. Москвы // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2010. № 1–2(75–76). С. 93–95.

161. Обзор дисциплинарной практики КК г. Москвы. Заключение № 2 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2010. Вып. 3–4 (77–78). С. 36.

162. Обзор дисциплинарной практики. Заключение № 1 по жалобе Т. на адвоката М. // Вестник адвокатской палаты г. Москвы. 2011. № 4–6(90–92). С. 8–27.

163. Обзор дисциплинарной практики квалификационной комиссии г. Москвы. Заключение № 2 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2010. Вып. 3–4 (77–78). С. 36.

164. Обзор дисциплинарной практики. Решение 4 // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2011. Вып. № 10–12(96–98). С. 56–57.

Научное издание

Таран Антонина Сергеевна

**ОТВОД АДВОКАТА КАК ГАРАНТИЯ ПРАВА
НА КВАЛИФИЦИРОВАННУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ
ПОМОЩЬ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РФ**

Монография

Редакторы *Т.И. Кузнецова, Л.А. Кнохинова*
Компьютерная верстка, макет *Т.В. Кондратьевой*

Подписано в печать 26.12.2016. Гарнитура Times New Roman.
Формат 60x84/16. Бумага офсетная. Печать офсетная. Арт.-3/2016
Печ. л. 37. Тираж 500 экз. Заказ № 2765 .

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ
АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САМАРСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ имени академика С.П. КОРОЛЕВА»
(Самарский университет)
443086, САМАРА, МОСКОВСКОЕ ШОССЕ, 34

Изд-во Самарского университета.
443086, Самара, Московское шоссе, 34