

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЗАЩИТНИКА В НОВОМ УПК УКРАИНЫ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Рассмотрены основные проблемы процессуального положения защитника в уголовном судопроизводстве Украины. Определены главные составляющие правовой позиции защиты по уголовному делу. Перечислены главные направления повышения эффективности деятельности адвоката защиты в досудебном расследовании.

Ключевые слова: процессуальное положение, уголовное судопроизводство, правовая позиция защиты.

Формирование на Украине правового государства, в котором личность является главной социальной ценностью, а ее интересы и нужды – основным критерием деятельности государства, закономерно предполагает обновление национального законодательства, приведение его в соответствие с международно-правовыми стандартами в области прав человека.

Во всех сферах правового регулирования, в том числе и в уголовном судопроизводстве, должны получить последовательное развитие и конкретизацию основные принципы, на которых базируются взаимоотношения между правовым государством и личностью, а именно: взаимная, равнозначная ответственность государства и личности; верховенство закона и строгое подчинение праву деятельности всех государственных органов и должностных лиц; ограниченность и подзаконность государственной власти; неотъемлемость, незыблемость и неприкосновенность основоположных прав и свобод личности.

Реализация в уголовно-процессуальной деятельности принципов правового государства является необходимой предпосылкой обеспечения прав, свобод и законных интересов граждан, вовлекаемых в сферу уголовно-процессуального регулирования, особенно в качестве таких его участников, как

подозреваемый, обвиняемый, оправданный, осужденный, поскольку осуществление уголовно-процессуальной деятельности сопряжено с вторжением в личную жизнь граждан, ограничением в предусмотренных законом случаях их конституционных прав и свобод, применением мер уголовно-процессуального принуждения.

В августе 1990 г. в Нью-Йорке проходил Восьмой конгресс ООН, посвященный предотвращению преступлений. Он принял «Основные положения о роли адвокатов», определившие организационные и функциональные принципы их деятельности, которые «...должны учитываться как адвокатами, так и судьями, прокурорами, членами законодательной и исполнительной власти и обществом в целом».

В соответствии с Законом от 31 октября 1995 г. Украина присоединилась к Уставу Совета Европы и ратифицировала Европейские Конвенции, регулирующие права человека в уголовном судопроизводстве, следствием чего стало принятие Верховным Советом Украины 22 октября 1995 г. постановления «О приведении законодательства Украины в соответствие с европейскими Конвенциями по вопросам уголовного судопроизводства».

Целью судебно-правовой реформы (2006, 2008 гг.), поэтапно осуществляемой в Украине, является совершенствование не только национального законодательства, но и правоприменительной практики, в том числе и деятельности субъектов стороны защиты. Рассмотрение вопросов содержания последней, ее место и значение в сфере уголовно-процессуального регулирования всегда находились в центре внимания теории уголовного процесса.

Принятие нового УПК Украины от 20 ноября 2012 г., Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» от 15 августа 2012 г. создали новые организационно-процессуальные предпосылки для пересмотра устоявшихся представлений о процессуальном положении защитника в уголовном судопроизводстве.

В теории современного уголовного процесса пока не сложилось единого мнения о процессуальном положении защитника. Поэтому в данной статье мы

ограничимся лишь конспективным изложением тех позиций и точек зрения, которые высказаны в научной литературе, наиболее аргументированы и получили свое последовательное закрепление в отдельных нормах уголовно-процессуального права.

Защитник – помощник следствия и суда [21]. В основном данная позиция была сформулирована под влиянием политических воззрений, когда органы досудебного следствия имели неограниченную власть и самостоятельно решали вопрос о виновности или не виновности лица. Она неоднократно подвергалась критике в теории уголовного процесса. «Если защитника признать помощником суда, – писал И. Д. Перлов, – то он, видимо, должен содействовать им в установлении истины и всех обстоятельств дела, как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого... такая роль защитника была бы явно не правильной. Защитник по уголовному делу действует только в одном направлении – в направлении защиты прав и законных интересов обвиняемого».

Изучение аргументации сторонников иных точек зрения в определении процессуального положения защитника позволяет констатировать, что сущность разногласий заключается в том, что ученые-процессуалисты по-разному определяют возможность защитника занимать иную правовую позицию, отличную от позиции подзащитного. Причем такие различия могут касаться как фактической, юридической стороны правовой позиции, так и отдельных средств, способов и приемов защиты.

По мнению Я. С. Авраха, В. Г. Даева, Л. Д. Кокорева, З. В. Макаровой, И. Д. Перлова, А. Л. Ривлина, А. Л. Цыпкина, адвокат при формировании правовой позиции должен руководствоваться только своими внутренними убеждениями. По мнению А. Л. Цыпкина, обязать защитника во всех случаях следовать утверждениям своего подзащитного означает «вменить в обязанность защитнику действовать вопреки своему внутреннему убеждению, основанному на материалах уголовного дела ... что противоречит общему назначению защиты, этике адвоката» [20].

Вместе с тем, несвязанность защитника с мнением подзащитного в выборе и отстаивании правовой позиции приводит к неоправданной возможности существования коллизии в занимаемых правовых позициях в случаях, когда подзащитный отрицает свою виновность и причастность к совершению преступления, а защитник убежден в обратном. Причем авторы по-разному видят пути выхода из этой ситуации. Одни полагают, что для разрешения этой коллизии необходимо разъяснить подзащитному его право отказаться от данного защитника и избрать себе другого защитника [19, с. 121]. Другие считают, что защитнику необходимо взять инициативу устранения коллизии на себя и, реализуя свое право отказа от осуществления защиты, сделать своевременное заявление [9, с. 93].

Следующая позиция основывается на том, что при наличии фактической коллизии защитник вправе занять так называемую «альтернативную позицию», а именно: 1) защитник, вопреки своему внутреннему убеждению, поддерживает позицию подзащитного, отрицающего свою виновность, и одновременно дает иное толкование фактам, основанных на признании его виновным; 2) защитник предоставляет суду только свои соображения относительно назначения наказания, не вдаваясь в анализ фактической стороны обвинения; 3) если суд не примет позицию защиты об оправдании подсудимого, отрицающего свою виновность, обратить внимание суда на обстоятельства смягчающие наказание [2, с. 71; 6, с. 133].

Очевидно, что данные действия защитника, обусловленные его самостоятельным процессуальным положением, нарушают его обязанность всегда действовать в защиту прав и законных интересов подзащитного. Это ограничивает полноту защиты, косвенно содействует обвинению, противоречит назначению и роли профессионального защитника-адвоката.

Вызывает справедливое возражение мнение тех исследователей, которые полагают, что в зависимости от складывающейся ситуации по уголовному делу, защитник вправе разделять или нет процессуальную позицию своего

подзащитного, поскольку является не только самостоятельным участником процесса, но и представителем своего подзащитного [2, с. 71].

Последовательная реализация этого положения в уголовно-процессуальной деятельности закономерно должна привести к тому, что в УПК Украины должны быть четко сформулированы случаи и ситуации, в которых защитник может занимать то или иное процессуальное положение. Такая трактовка процессуального положения защитника все-таки обеспечивает его самостоятельность в выработке правовой позиции, основанной только на его внутреннем убеждении, в отдельных случаях – и вопреки позиции подзащитного.

Наиболее распространенным в современной теории уголовного процесса является определение процессуального положения защитника как представителя прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого, осужденного и оправданного. Это исключает выбор защитником «альтернативной позиции», попытки компромисса истины и защиты. Поэтому ученые-процессуалисты утверждают, что защитник не может занимать правовую позицию, отличную от позиции подзащитного, их позиции всегда должны быть солидарны [18, с. 8]

Стоит лишь добавить, что такая солидарность должна наблюдаться в оценке фактической стороны обвинения, квалификации обвинения, средств и способов защиты. Коллизия может наблюдаться только в одном случае и поэтому она допустима, когда подзащитный признает предъявленное обвинение (частично, полностью), тогда как адвокат-защитник против этого возражает.

М. С. Строгович, характеризуя процессуальное положение защитника как представителя прав и законных интересов обвиняемого, отмечал, что защитник в своих действиях не связан целиком волей своего подзащитного и определяет линию защиты так, как он считает отвечающей задачам правосудия, и, добавим, – задачам уголовного производства в порядке ст. 2 УПК Украины.

Активное реформирование уголовно-процессуального законодательства в контексте принятия нового УПК Украины позволяет ученым-процессуалистам пересмотреть некоторые устоявшиеся проблемы, связанные с определением процессуального положения защитника в уголовном процессе, а также внести предложения по усовершенствованию механизмов процессуальной реализации его профессиональных и процессуальных прав.

В ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод подчеркивается, что деятельность защитника включена в перечень минимальных прав, которыми наделяется человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления.

Для уяснения и определения процессуального положения защитника, его процессуального интереса необходимо поставить перед наукой уголовного процесса задачу комплексного исследования защиты: а) как института уголовного процесса; б) в качестве уголовно-процессуальной функции; в) как необходимой социальной деятельности. В этой связи на защитника возлагается ряд обязательств правового и морального характера, которые, согласно ст. 1.1 Общего кодекса моральных правил для адвокатов стран Европейского сообщества, Правил адвокатской этики, подразделяются на такие составляющие: обязательства перед подзащитным; обязательства перед судом и другими органами власти, с которыми адвокат (защитник) вступает в контакт в качестве доверенного лица подзащитного (клиента) или от его имени; обязательства перед другими представителями данной профессии в целом и перед любым из коллег в отдельности, а также перед обществом.

Определяя под этим углом зрения процессуальное положение защитника в уголовном процессе, необходимо: выделить тех лиц, которые могут выполнять функцию защиты и обязанности защитника в национальной системе уголовного судопроизводства (ст. 45 УПК Украины); выяснить, какова процессуальная регламентация правоотношений защитника с подзащитным, каков характер и пределы процессуальной самостоятельности защитника в определении правовых позиций; рассмотреть процессуальную регламентацию отказа подзащитного от

выбранного им защитника (ст. 54 УПК Украины); выяснить возможность процессуального и фактического влияния органов, ведущих процесс на формирование защитником оптимальной правовой позиции, в частности, на досудебном расследовании; с учетом новелл уголовно-процессуального законодательства, позволяющих адвокату-защитнику отказаться от выполнения своих профессиональных обязанностей в порядке ч. 4 ст. 47 УПК Украины, сформулировать социальное назначение деятельности адвоката-защитника по защите прав и основных свобод граждан в данном государстве, определяя в первую очередь необходимость и востребованность последней.

Поиск и фиксация места защитника среди других субъектов уголовно-процессуальной деятельности, независимо от известных теории уголовного процесса классификаций (участие в процессе доказывания, выполнение функций в процессе, защита государственного или личного интереса), все же позволяет констатировать особое, двоякое положение защитника, а именно: выполнение обязанности защищать (ст. 47 УПК Украины), понимаемое как обязанность использовать все средства защиты с целью обеспечения прав, свобод и законных интересов подозреваемого, обвиняемого, выяснение обстоятельств, которые опровергают подозрение, обвинение, а также смягчают или исключают уголовную ответственность подзащитного, приближает его к должностному положению лиц, ведущих процесс, на которых в порядке ст. 92 УПК Украины возложена обязанность доказывать в уголовном деле, ибо деятельность по защите законных интересов физических и юридических лиц невозможна без доказывания; другая сторона этого вопроса заключается в том, что комплекс процессуальных прав защитника, реализация которых связана с положительным усмотрением должностных лиц, ведущих процесс, например, рассмотрение заявленных ходатайств, отводов со стороны защитника (статьи 42, 46 УПК Украины) ставит его в один ряд с другими участниками уголовного процесса, которые имеют право лишь на участие в уголовно-процессуальном доказывании, призваны защищать только личные законные интересы в уголовном процессе.

В связи с этим в теории уголовного процесса наметились два направления усовершенствования процессуального положения защитника. Так, одни ученые утверждают, что его необходимо приблизить к процессуальному положению должностных лиц, ведущих процесс, обязанных доказывать. Другие полагают, что такое усовершенствование должно идти по пути расширения его процессуальных прав по сбору доказательственной информации, и добавим, как стороны в уголовном процессе, в частности, на досудебном расследовании (ст. 47 УПК Украины, ст. 20 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»), и придания такой деятельности адвоката-защитника исключительно профессионального характера, что практически было аннулировано известным решением Конституционного Суда Украины от 16 ноября 2000 г. № 13 «О праве свободного выбора защитника», в котором, по сути, данное право гражданина – право выбора поставлено выше необходимости для общества, профессиональных качеств защитника. Ст. 45 нового УПК Украины подтвердила данный вывод, подчеркнув, что защитником может быть только адвокат.

Статья 11 Всеобщей Декларации прав человека и ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах провозглашают, что любое лицо, преследуемое в судебном порядке, имеет право защищать себя лично или посредством без промедления выбранного им защитника. Рассматривая участие защитника «без промедления», применительно к действующему уголовно-процессуальному законодательству, следует подчеркнуть, что такое участие во многом носит декларативный характер. Во-первых, приглашение, назначение защитника (ст. 48 УПК Украины), замена защитника (ст. 54 УПК Украины), приглашение защитника для проведения определенного процессуального действия (ст. 53 УПК Украины) фактически поставлено под контроль должностных лиц, ведущих процесс.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что обязанность органов досудебного расследования оказывать помощь и содействие в установлении связи с защитником или лицами, которые могут пригласить защитника,

подозреваемому, обвиняемому, который задержан или содержится под стражей, носит также декларативный характер (ст. 48 УПК Украины). Эта ситуация во многом продиктована тем, что участие защитника в уголовном деле, в частности при производстве отдельного процессуального действия, не является обязательной, за исключением случаев, предусмотренных ст. 49 УПК Украины.

Смысл ст. 53 УПК Украины определяет, что если подозреваемый, обвиняемый выбрал защитника, который не может явиться для проведения неотложного процессуального действия, органы ведущие процесс – следователь, прокурор, следственный судья, суд – по собственной инициативе приглашают иного защитника для участия в данном одном процессуальном действии. Более того, в порядке ч. 5 ст. 53 УПК Украины приглашение «одноразового» защитника не возлагает на него обязанность в дальнейшем осуществлять защиту в порядке ст. 52 УПК Украины.

Таким образом, при невозможности подозреваемого, обвиняемого пригласить постоянного защитника может сложиться ситуация, когда защитник будет назначен формально, не будет являться для производства процессуальных действий, а будет заменяться «одноразовым», который, в свою очередь, не сможет определить и согласовать свою правовую позицию с позицией подзащитного по всему уголовному делу.

В практическом и теоретическом отношении интересен вопрос о том, что система процессуальных прав защитника-адвоката в новом УПК Украины не выделена в отдельную норму права. В порядке ч. 4 ст. 46 УПК Украины лишь подчеркивается, что защитник пользуется процессуальными правами подозреваемого, обвиняемого, защиту которых он осуществляет. Очевидно этим самым национальный законодатель хочет подчеркнуть, что защитник – это представитель прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого, что, в свою очередь, соответствует одному из теоретических положений, высказанных в теории уголовного процесса. Напомним, что данное процессуальное положение защитника исключает возможную коллизию в правовых позициях относительно подзащитного, с одной стороны, и

ограничивает процессуальную самостоятельность защитника – с другой. Однако это не означает, что фактически такие коллизии невозможны, главным здесь является то, что инициатором их разрешения всегда должен быть адвокат-защитник. Это, в свою очередь, не исключает выбор защитником «альтернативной позиции», попытки компромисса истины и защиты.

Принципиально неверным, вызывающим обоснованные противоречия, является положение, сформулированное в ч. 4 ст. 47 УПК Украины о возможном отказе защитника от выполнения своей функции, исполнения своих обязанностей, которые обеспечивают последнюю в уголовном деле, в следующих случаях: 1) если обстоятельства, согласно УПК Украины, исключают его участие в уголовном производстве; 2) несогласия с подозреваемым, обвиняемым по поводу выбранного ими способа защиты, за исключением случаев обязательного участия защитника; 3) умышленного невыполнения подозреваемым, обвиняемым условий договора, в систематическом невыполнении рекомендаций защитника; 4) отсутствия надлежащей квалификации для предоставления правовой помощи в конкретном производстве.

Предыдущая редакция ст. 48 УПК Украины (до проведения «малой судебной реформы» 2000 – 2002 гг.) прямо указывала на невозможность такого отказа, что нарушало бы надлежащее выполнение защитником своей обязанности – защищать. В последствие законодатель в ст. 48 УПК Украины изменил редакцию и сформулировал одно исключительное основание отказа профессионального защитника от выполнения им своих обязанностей – недостаточные знания и компетентность, очевидно по конкретной категории уголовных дел.

Непоследовательность национального законодателя в регулировании данного важного вопроса о процессуальном положении защитника привело к тому, что ст. 46 УПК Украины не определяет степень самостоятельности защитника относительно своего подзащитного при формировании правовой позиции. «Основные положения о роли адвокатов», принятые восьмым

Конгрессом ООН в августе 1990 г. (ст. 9-11), Общий кодекс правил для адвокатов стран Европейского Сообщества (ст. 3.1.3), Правила адвокатской этики (ст. 41) допускают расторжение соглашения на оказание правовой помощи по уголовным делам по инициативе адвоката лишь при наличии определенных оснований, продиктованных прежде всего ненадлежащим поведением подзащитного. Что же касается «недостаточных знаний или некомпетентности», то использование этого основания для отказа защитника и тем более защитника-адвоката от участия в уголовном деле не может свидетельствовать о надлежащем исполнении своего профессионального и социального долга перед личностью и обществом при выборе окончательной правовой позиции по уголовному делу.

Таким образом, на данный момент в ст. 45 УПК Украины окончательно не решен вопрос о том, какое процессуальное положение занимает защитник-адвокат в уголовном производстве: 1) представитель подозреваемого, обвиняемого, оправданного, осужденного; 2) самостоятельный участник уголовного процесса; 3) возможно – представитель или самостоятельный участник процесса, в зависимости от складывающейся следственной или судебной-следственной ситуации по конкретному уголовному делу.

Актуальность данного вопроса связана и с тем, что впервые национальный законодатель в новом УПК Украины уже на досудебном расследовании вводит в процессуальный оборот такое понятие как стороны. В порядке § 3 УПК Украины к субъектам стороны защиты относятся: подозреваемый, обвиняемый, оправданный, осужденный, законный представитель подозреваемого, обвиняемого, защитник.

Очевидно, что правоотношения, которые могут складываться между субъектами стороны защиты по поводу выработки правовой позиции защиты, как в первичной, так и в окончательной редакции, должны носить сугубо процессуальный характер. Роль защитника-адвоката – профессионального участника в процессе формирования и определения правовой позиции по уголовному делу – сводится к тому, чтобы сформулировать последнюю

солидарной, убрать возможные коллизии в фактической и юридической сторонах, в окончательной правовой позиции стороны защиты в целом по конкретному производству, уголовному делу.

Вопросам выбора и отстаивания правовой позиции защиты по уголовному делу уделено значительное внимание в процессуальной литературе. Представляется, что наиболее полное, всеобъемлющее понятие позиции в уголовно-процессуальном смысле дано М. С. Строговичем, который отмечал, что «... это утверждение, которое субъект процессуальной деятельности считает необходимым отстаивать в производстве по уголовному делу, добиваться его признания, в соответствии с чем совершает процессуальные действия, направленные на подтверждение его мнения и оспариванию мнения других участников процесса ... позиция участников в своей основе есть позиция по отношению к обвинению, по которому обвиняемый предан суду» [17, с. 57].

Можно сделать однозначный вывод о том, что позиция защиты – это: во-первых, мнение защитника по уведомлению в подозрении, предъявленном обвинении; во-вторых, его отношение к обстоятельствам, подлежащим доказыванию (ст. 91 УПК Украины); в-третьих, его точка зрения по всем правовым вопросам, возникающим в ходе досудебного расследования и процедуры судебного рассмотрения уголовного дела. И, наконец, в четвертых, его отношение к правовым позициям субъектов стороны обвинения, их законности, обоснованности, мотивированности.

Наиболее оживленная дискуссия в теории уголовного процесса развернулась по вопросу о праве защитника занимать самостоятельную правовую позицию при признании обвиняемым своей вины. Обратная ситуация, когда самостоятельная правовая позиция защитника связана с непризнанием подзащитным своей виновности, а защитник убежден в обратном по фактическим обстоятельствам, уже описывалась в данной работе.

В этом отношении достаточно наглядным является п. 2 ст. 21 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», в котором

подчеркивается, что адвокату запрещается занимать правовую позицию противоречащую воле клиента, кроме случаев, когда адвокат уверен в самоговоре клиента. Аналогичное правило содержится и в п. 3 ст. 6 Закона РФ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», которая четко предписывает защитнику, что он не может и не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя. Нельзя не обратить внимание на то, что употребление российским законодателем такого термина как доверитель, а не клиент, справедливо предполагает, что защитник является прежде всего представителем прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, оправданного.

«Защита, – метко отмечал М. С. Строгович, – должна быть полной, всесторонней, исчерпывающей, чтобы не упустить ничего, что благоприятствует подсудимому и что суд может учесть и в том случае, когда не согласиться с защитником о его окончательном выводе, который может быть определенным и однозначным, без всяких альтернатив и вариантов» [17, с. 58].

Вырабатывая правовую позицию, защитник не вправе игнорировать мнение своего подзащитного, а также его показания. Защитник обязан принять во внимание отношение подозреваемого к уведомлению в подозрении, обвиняемого к предъявленному обвинению. Показательным является и то, что подозреваемому, обвиняемому не безразличны те приемы и способы защиты, которые защитник вправе применить самостоятельно в зависимости от складывающейся следственно-оперативной или следственно-судебной ситуации.

В этом отношении достаточно наглядным является право на первое свидание подозреваемого, обвиняемого с защитником, в порядке ст. 42 УПК Украины. Данным участникам процесса необходимо получить квалифицированный ответ о том, как себя вести при допросе, смысл и правовую природу состава преступления, которое инкриминируется, как в этой связи отвечать на поставленные вопросы; целесообразно ли воспользоваться

правом вообще отказаться от дачи показаний или отвечать на поставленные вопросы.

Следует подчеркнуть, что одной из новелл нового уголовно-процессуального законодательства, является то, что первое свидание задержанного лица с защитником более детально урегулировано, а именно: до первого допроса; в условиях, обеспечивающих конфиденциальность; нет необходимости получать разрешение на свидание от следователя, прокурора; возможность отказаться на первом допросе от показаний относительно подозрения, обвинения; в любой момент допроса отказаться отвечать на вопросы (ст. 42 УПК Украины)

Для определения правовой позиции защитнику также необходима определенная информация, которая во многом может ориентировать защитника и определить пределы его возможной допроцессуальной и процессуальной деятельности. Так в процессе беседы защитник может выяснить информацию о наличии иных очевидцев события преступления, которые могут подтвердить невиновность или меньшую виновность лица, уточнить обстоятельства события преступления, выяснить факт наличия вещественных доказательств по данному делу и, на основании этого сформулировать полезную для защиты версию и обосновать ее в процессе досудебного следствия.

В процессе первой беседы с подзащитным защитник начинает лучше ориентироваться в обстоятельствах дела, понимать скрытые от посторонних глаз мотивы совершения преступления. Информация о личности подозреваемого (обвиняемого) может быть косвенно связана с преступлением, совершенным подзащитным, это, прежде всего, психологические особенности личности, состояние здоровья. Не менее важен вопрос о предыдущих судимостях, сняты они или погашены, применялся ли к подзащитному Акт амнистии или помилования». Эта информация, – подчеркивает И. Л. Петрухин, – позволяет адвокату активно, целеустремленно со знанием дела участвовать в первом допросе подзащитного и в других следственных действиях» [11, с. 237].

Для дальнейшей работы с подзащитным в качестве необходимого условия формирования позиции защиты необходимо установить психологический контакт, рассказать о себе, продемонстрировать заключенное соглашение с близкими родственниками на защиту в данном уголовном деле, разъяснить, что означает адвокатская тайна, смысл профессиональных и процессуальных прав, которыми наделен профессиональный защитник, определиться с подзащитным в том, что защитник применяет в своей практике только законные средства и способы защиты. Такие действия защитника полностью регулируются статьями 48, 50, 51 УПК Украины и статьями 21–23 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности». Представляется, что в данном случае уместно применить аналогию процессуального закона, в порядке ч. 8 ст. 42, ст. 345 УПК Украины, вследствие чего адвокат-защитник обязан вручить своему подзащитному так называемую памятку о своих процессуальных и профессиональных правах, что, в свою очередь, создаст у подозреваемого, обвиняемого свое видение о возможностях адвоката по защите прав и законных интересов подзащитного.

В адвокатской практике встречаются случаи, когда подзащитный при первом свидании жалуется на то, что работники милиции применяли недозволенные методы ведения следствия. В этой ситуации необходимо выяснить есть ли следы побоев на теле подзащитного, когда они образовались, знает ли он в лицо тех работников милиции, которые применяли физическую силу, какими именами они назывались в процессе общения, знает ли подзащитный ФИО работников оперативных служб, которые его задерживали, доставляли его к следователю, однако вероятность позитивной информации в этом случае, как правило, равна нулю, так как работники оперативных подразделений при производстве оперативных или следственных действий, общаются между собой под вымышленными именами – псевдонимами, особенно в тех случаях, когда применяют меры физического воздействия в отношении подозреваемого, обвиняемого.

При наличии видимых следов побоев на теле у подзащитного защитник вправе требовать от следователя проведения освидетельствования с личным участием и участием врача, как результат этого может быть решение о назначении судебно-медицинской экспертизы. При наличии иных хронических заболеваний у подзащитного, подтвержденных соответствующими справками, – ставить вопрос о невозможности применения к подозреваемому, обвиняемому такой меры пресечения как заключение под стражу в виду того, что состояние здоровья является тем немаловажным обстоятельством, которое учитывается при избрании меры пресечения в порядке ст. 178 УПК Украины.

Статья 47 УПК Украины содержит такие термины как «средства защиты», иногда их отождествляют и приравнивают к «способам защиты». Следует подчеркнуть, что данная терминология не нашла своего однообразного понимания в теории уголовного процесса. Хотя очевидно, что используя определенные средства и способы защиты в уголовном деле, защитник отстаивает правовую позицию.

А. Д. Бойков рассматривает средства и способы защиты как права и обязанности адвоката, а также как приемы защиты, ее тактику [2, с. 78]. Другие авторы средства и способы защиты отождествляют с процессуальной формой участия защитника в уголовном судопроизводстве в зависимости от складывающейся ситуации [7, с. 33]. Очевидно, что в данном вопросе наиболее правильную позицию занимает Т. В. Варфоломеева, которая отмечает, что «...средства защиты – это предусмотренные законом процессуальные действия защитника, направленные на выполнение профессиональных обязанностей, а способы защиты – это приемы, используемые им для наиболее эффективной защиты» [3, с. 31].

Способы и средства защиты на досудебных и судебных стадиях уголовного процесса имеют определенные различия, продиктованные задачами этих этапов движения уголовного дела. Так, в практике профессиональной защиты возникал и будет возникать вопрос: должен ли защитник обращать внимание следователя, прокурора на те нарушения материального или

процессуального закона, которые могут повлечь, в порядке ст. 87 УПК Украины, недопустимость полученных доказательств, их дальнейшего использования вследствие существенного нарушения прав и свобод человека. Например, обыск места жительства, иного владения лица проведен без предварительного решения следственного судьи (ст. 234 УПК Украины) или по предварительному разрешению следственного судьи, но проникновение в жилище было больше одного раза (ст. 235 УПК Украины).

Представляется, что отвечая на данный вопрос, следует рассмотреть те возможные правовые позиции, которые защитник может занимать в уголовном деле. К таковым можно отнести: а) отстаивание полной невиновности подзащитного по реабилитирующим основаниям; б) опровержение виновности в отношении некоторых обвинений; в) указание только на смягчающие ответственность обстоятельства; г) просить о переквалификации действий подзащитного на менее тяжкую статью; д) просить о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим обстоятельствам; е) просить потерпевшего отказаться от поддержания обвинения в частном порядке. Очевидно, что ни одна из позиций не охватывает описанную выше следственную ситуацию.

«Опытные адвокаты, – пишет Я. П. Зейкан, – всегда стремятся наладить психологический контакт со следователем, от которого многое зависит ... не мешать работать следователю, не вступать с ним в конфликтные ситуации» [4, с. 19], и добавим, что описанная выше процессуальная ситуация во многом подходит именно для налаживания нормального общения процессуальных оппонентов, помня о том, что следователь органов досудебного расследования в порядке ст. 40 УПК Украины является стороной обвинения.

Важны в этом отношении справедливые замечания А. Леви, которые сводятся к тому, что ходатайство защитника, направленное на устранение следственной ошибки, наносящее вред обвиняемому, должно быть заявлено на той стадии процесса, когда стали известны основания для такого ходатайства. [5, с. 56]

Дискуссионным в теории уголовного процесса является вопрос о возможности использования адвокатом-защитником информации, полученной из какого-либо источника, в условиях конфиденциальности или анонимного источника.

Анализ ст. 93 УПК Украины, ст. 20 ЗУ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» приводит к выводу об отсутствии четкой процессуальной формы сбора, истребования, получения и процессуальной фиксации доказательственной информации адвокатом-защитником, однако ч. 3 ст. 93 УПК Украины указывает на возможные источники получения информации от органов государственной власти и местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций; должностных и физических лиц предметов, документов, сведений, заключений экспертов, выводов ревизий, актов проверок. Это не означает, – пишет А. В. Победкин, – что защитник не придерживается четких, общих правил сбора доказательственной информации, присущих иным субъектам доказывания, Правил адвокатской этики, и ... чтобы все собранные им материалы были использованы в пользу подзащитного, с точки зрения их относимости, допустимости, или приняты как такие, которые способны поставить под сомнение обвинение [12, с. 60].

Адвокатская практика показывает, что адвокаты для выполнения этих правил применяют аналогию закона, а именно: составляют ходатайства по своей структуре схожие с постановлениями органов досудебного расследования, возможными определениями следственного судьи, суда ; запрос к специалистам, экспертам в определенной области знаний схож с соответствующим постановлением органов досудебного расследования о назначении и проведении экспертизы.

Одним из важных способов получения доказательственной информации, является заявление защитником ходатайств о проведении следственных (розыскных) действий, негласных следственных действий, иных негласных следственных действий. Одной из новелл нового УПК Украины является то, что разрешение данных ходатайств, в порядке ст. 220 УПК Украины, хотя и

поставлено в зависимость от усмотрения следователя, прокурора, однако имеет дополнительную процессуальную гарантию – постановление следователя, прокурора об отказе в заявленном ходатайстве может быть обжаловано, в порядке ч. 3 ст. 93 УПК Украины, следственному судье. Очевидно, что для заявления подобного ходатайства защитнику должно быть предельно понятно, каков возможный результат проведения данного следственного действия, не навредит ли его проведение подзащитному, поставит ли под сомнение его результат позицию обвинения. Отсюда следует необходимая информированность защитника по всему уголовному делу и мотивация его ходатайства.

Попытка национального законодателя уравнивать процессуальные права в части сбора доказательств сторону обвинения и защиты была бы не законченной, если бы не было предусмотрено правило «благоприятствование защиты» при доказывании, а именно: совершение защитой иных действий, которые в состоянии обеспечить представление суду надлежащих и допустимых доказательств. Речь идет, прежде всего, о таких профессиональных правах адвоката-защитника, в порядке ст. 20 ЗУ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», как собирать сведения о фактах, которые могут быть использованы как доказательства в установленном законом порядке, опрашивать лиц с их согласия, получать выводы специалистов, экспертов.

В этой связи конфиденциальная информация, полученная от подзащитного, иных лиц с их согласия – предметы, документы, сведения интимного характера – могут быть представлены в качестве доказательственной информации только с согласия подзащитного, а также лиц, ее предоставивших. Подчеркивая некоторую самостоятельность защитника в формировании правовой позиции по данному вопросу, некоторые авторы полагают, что «...если защите достаточно породить сомнения относительно обоснованности обвинения, – отмечает И. Б. Михайловская, – то игнорировать такого рода сведения нельзя ... сомнения будут устранены в том случае, если

сторона обвинения, используя процессуальные средства, опровергнет достоверность сообщенных защитой сведений» [8, с. 151].

Таким образом, считывая следственную ситуацию защитник соответственно планирует и модель позиции защиты, разрабатывает тактические приемы отстаивания этой позиции на досудебном расследовании, предлагает подзащитному (подозреваемому) оптимальные варианты поведения и участия его в следственных действиях, заявления различного рода ходатайств, разъясняет природу жалоб на неправомерные действия органов и должностных лиц, ведущих досудебное расследование по уголовному делу.

«Одним из основных условий эффективного и целенаправленного участия защитника при реализации им своих полномочий по защите прав и законных интересов, – метко замечает Ю. И. Стецовский, – является правильное определение позиции по делу, поскольку ошибка в ее выборе может привести к оставлению обвиняемого без защиты, повлечь вредные для правосудия последствия» [14, с. 48].

Таким образом, под правовой позицией защиты, в ее широкой констатации, следует понимать: 1) мнение защитника по вопросам вины и ответственности подзащитного, которое он отстаивает всеми не запрещенными законом средствами и способами; 2) формулирование основного вывода о виновности или невиновности подзащитного; 3) установление конкретных целей деятельности защитника, методов достижения этих целей; 4) отношение защиты к формуле обвинения и то, что защита противопоставляет обвинению; 5) вывод защитника о видах и основаниях применения средств обеспечения уголовного производства, в том числе и применение мер пресечения к подзащитному; 6) процессуальное отношение защитника к законности, обоснованности и мотивированности обвинения в окончательной редакции- в обвинительной речи прокурора (потерпевшего); 7) отношение защиты к обоснованности заявленного гражданского иска, а также его разрешение в приговоре; 7) результат деятельности профессионального защитника по оценке формулы обвинения, подтверждению своей версии, обоснованности и состоятельности позиции

защиты по конкретному уголовному делу в окончательной редакции – речи защитника (обвиняемого) в судебных прениях, которая полностью или частично опровергает обвинение, ставит под обоснованное сомнение формулу обвинения, и защита стремится сделать это сомнение неустранимым.

Выбор профессиональным защитником той или иной позиции по делу зависит не только от его процессуального положения, правовых требований, предъявляемых к его деятельности, но и психологических, нравственно-этических требований со стороны подзащитного (подозреваемого, обвиняемого).

В практике адвокатской деятельности замечено, что защитник находится в психологической зависимости от мнения подзащитного, поскольку его участие в процессе зависит от желания последнего. Зная о праве подзащитного в любой момент отказаться от помощи профессионального защитника (ст. 54 УПК Украины), и, считая такой отказ неприемлемым для себя, адвокат может проявить известное стремление к предотвращению конфликта и коллизии в правовых позициях путем приспособления своей позиции к заведомо неправильной позиции своего подзащитного для того, чтобы иметь возможность дать клиентам беспристрастный совет (п. 8 Принципов).

Общий кодекс правил для адвокатов стран Европейского сообщества, подчеркивая важность вопроса об интересах клиента при осуществлении профессиональной защиты, в п. 2.7 закрепляет правило о том, что «... руководствуясь нормами законодательства и правилами профессиональной этики, адвокат всегда обязан действовать в интересах клиента, которые для него всегда превалируют перед его собственными и интересами коллег-юристов». Типичные правила содержатся в п. 15 Основных положений о роли адвокатов (8 Конгресс ООН), где подчеркивается, что адвокат должен всегда быть лояльным к интересам клиента, и в то же время адвокаты не должны идентифицироваться с их клиентами, делами их клиентов связи с исполнением их профессиональных обязанностей. Данное правило четко продублировано в п. 16 ст. 23 ЗУ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности». И добавим, что

одной из гарантий адвокатской деятельности, которая «вернулась» в процессуальный обиход в связи с принятием нового Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», является то, что в порядке п.п. 10, 11 ст. 23 этого закона, следователю, прокурору, суду запрещается вмешиваться в правовую позицию защитника, а также выносить отдельное представление, постановление относительно последней.

Следует подчеркнуть, что новый УПК Украины создал систему правовых условий для эффективного использования защитником своих процессуальных прав, существенно расширив инструментарий защиты по выполнению сообразной функции. Однако необходимо признать, что ряд правовых, теоретических и прикладных проблем в уголовном производстве остаются до сих пор дискуссионными, недостаточно изученными, а в некоторых случаях вообще не исследованными.

Список литературы:

1. Адаменко В. Д. Субъекты защиты обвиняемого / В. Д. Адаменко. – Красноярск, 1991. – С. 71-72; Зусь Л. Д. Механизм уголовно-процессуального регулирования / Л. Д. Зусь. – Владивосток, 1976. – С. 81-82.
2. Бойков А. Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам / А. Д. Бойков. – М., 1978. – С. 71-72.
3. Варфоломеева Т. В. Криминалистика и профессиональная деятельность защитника / Т. В. Варфоломеева. – К., 1987. – С. 31.
4. Зейкан Я. П. Захист у кримінальній справі : наук.-практ. посіб. / Я. П. Зейкан. – К. : Вища шк., 2002. – С. 19.
5. Леви А. Участие защитника на предварительном следствии / А. Леви // Соц. законность. – 1987. – № 4. – С. 56.
6. Леоненко В. В. Профессиональная этика участников уголовного судопроизводства / В. В. Леоненко. – К., 1981. – С. 133-134.
7. Макарова З. В. Обязанность адвоката-защитника по доказыванию – важная гарантия права обвиняемого на защиту / З. В. Макарова // Проблемы охраны прав граждан в сфере борьбы с преступностью. – Иваново, 1980. – С. 33.
8. Михайловская И. Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе / И. Б. Михайловская. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2006. – С. 151.
9. Некрасова М. П. О коллизии позиций обвиняемого и защитника в уголовном процессе / М. П. Некрасова, О. В. Овсяк, А. Л. Цветинович // Вопросы организации суда и осуществления правосудия в СССР. – Калининград, 1975. – Вып. 4. – С. 93–103.
10. Перлов И. Д. Судебные прения и последнее слово подсудимого / И. Д. Перлов. – М., 1957.
11. Петрухин И. Л. Вам нужен адвокат... / И. Л. Петрухин. – М., 1993. – С. 237.
12. Победкин А. В. Некоторые вопросы собирания доказательств / А. В. Победкин // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 60.

13. Попелюшко В. О. Функція захисту у кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми / В. О. Попелюшко. – Острог : Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2006.
14. Стецовский Ю. И. Адвокат в уголовном судопроизводстве / Ю. И. Стецовский. – М., 1972. – С. 48–50.
15. Стецовский Ю. И. Профессиональный долг адвоката и его статус / Ю. И. Стецовский, Г. Б. Мерзоев. – М., 2003. – С. 48.
16. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М., 1968. – Т. 1. – С. 247-248.
17. Строгович М. С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности / М. С. Строгович. – М., 1984. – С. 57.
18. Торянников А. Г. Адвокат в уголовном процессе / А. Г. Торянников. – М., 1987. – С. 8–10.
19. Уголовный процесс / под. ред. Н. С. Алексева, В. З. Лукашевича, П. С. Элькинд. – М., 1972. – С. 121-122.
20. Цыпкин А. Л. Актуальные вопросы теории и практики советской защиты / А. Л. Цыпкин // Сов. адвокатура, задачи, деятельность. – М., 1968.
21. Чельцов М. А. Курс уголовно-процессуального права / М. А. Чельцов. – СПб., 1995.

Хоматов Ю. В. Процесуальне положення захисника за новим КПК України: теорія і практика.

Розглянуто основні проблеми процесуального положення захисника в кримінальному судочинстві України. Визначено головні складові правової позиції захисту за кримінальною справою. Також перераховані головні напрямки підвищення ефективної діяльності адвоката захисту на досудовому розслідуванні.

Ключові слова: процесуальне положення, кримінальне судочинство, правова позиція захисника.

Homatov Y. V. Defence lawyer processual position in new code of criminal procedure.

This article investigates main problems of defence lawyer processual position in Ukrainian criminal court procedure. It determines central components of defence law position in criminal case. It also shows up major directions of rising accent in defence lawyer effective work during pretrial investigation.

Key words: processual position, criminal procedure, law position in criminal case.