

### Аннотация

*С.А. Соловьев рассматривает право следователя на отвод защитника как дискрецию, нарушающую конституционный принцип состязательности и равноправия сторон, настаивая на необходимости действенного процессуального механизма благоприятствования защите, дающего возможности преодоления естественного неравенства сторон в досудебной стадии судопроизводства. В статье обоснована необходимость внесения изменений в уголовно-процессуальное законодательство, регламентирующее изменение порядка отвода защитника и иных участников, в целях минимизации отрицательных последствий сокращения гарантий прав и свобод подозреваемого и обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи избранным им адвокатом.*

*Ключевые слова:* уголовный процесс; принципы судопроизводства; благоприятствование защите; отвод адвокату; право на квалифицированную юридическую помощь; полномочия следователя.

## Право следователя на отвод адвоката через призму процессуального механизма благоприятствования защите

Компенсационные процессуальные механизмы нивелирования нормативно предусмотренного неравенства сторон на досудебной стадии уголовного судопроизводства в России, именуемые благоприятствованием защите (*favor defensionis*), позволяя без революционного изменения смешанного типа его построения внедрять в ткань досудебных стадий элементы состязательности сторон, предусмотренные частью 3 ст. 123 Конституции РФ.

Составляющим элементом процессуального механизма *favor defensionis* может стать законодательное сокращение дискреционных полномочий органа расследования в отношении представителей стороны защиты с передачей этих полномочий в исключительное ведение суда в рамках судебного контроля за соблюдением на досудебных стадиях конституционных прав и свобод граждан.

По нашему мнению, безусловной передаче в ведение суда подлежит предусмотренное частью 2 ст. 72 УПК РФ право на вынесение решения об отводе адвоката-защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика. Противоречие конституционному принципу состязательности и равноправия сторон заложено в эту норму УПК РФ изначально. Такие дискреционные полномочия органа расследования, являющегося по логике законодателя стороной обвинения (п. 47 ст. 5 УПК РФ), в любом случае затрагивают конституционное право каждого на получение квалифицированной юридической помощи избранным им защитником (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ)<sup>1</sup>, и потому а priori не могут быть отнесены к компетенции следователя, так как все решения органа расследования, так или иначе касающиеся предусмотренных гла-

<sup>1</sup> Таран А.С. Отвод адвоката в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации. // Общество и право. 2015. № 2 (52). Электронный ресурс: URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/otvod-advokata-v-pravovyh-pozitsiyah-konstitutsionnogo-suda-rossiysky-federatsii> (дата обращения: 08.02.2016).

вой 2 Конституции РФ прав и свобод граждан, составляют безусловную компетенцию полномочий суда, регламентированных в статье 29 УПК РФ.

Вряд ли кто-то будет утверждать, что право на квалифицированную юридическую помощь является менее важным с точки зрения гарантий его реализации, чем, например, установление срока ареста, наложенного на имущество или получение информации о соединении между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Однако и срок наложения ареста на имущество, и получение информации о соединении абонентов отнесены именно к полномочиям суда, что только подтверждает вектор законодателя: любые действия, связанные с возможным ущемлением конституционных прав и свобод человека и гражданина, являются исключительной прерогативой судебных органов.

Имеющаяся практика обращения в Конституционный Суд РФ по этому вопросу страдает, на наш взгляд, одним общим недостатком: все заявители говорят о нарушении их права на защиту во взаимосвязи с основаниями, предусмотренными частью 1 ст. 72 УПК РФ для отвода адвоката, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, однако Конституционный Суд РФ, отвергая эти доводы в своих решениях, справедливо отмечает, что установленные в оспариваемых нормах части 1 ст. 72 УПК РФ правила, предусматривающие отвод защитника «... не только не ограничивают право подозреваемого и обвиняемого на защиту, а напротив, устанавливают дополнительные гарантии его реализации»<sup>2</sup>. И с этим подходом Конституционного Суда РФ вряд ли есть смысл и основания спорить.

А вот дискреционность полномочий именно стороны обвинения самостоятельно определять возможность или невозможность защитника участвовать в деле и осуществлять свои процессуальные права по защите подозреваемого или обвиняемого является серьезным нару-

шением конституционного принципа осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ), которое невозможно объяснить никакими ссылками на смешанный тип построения уголовного судопроизводства в России.

Очевидный перекокс дискреции органа расследования в отношении стороны защиты в данном случае невозможно компенсировать и правом защитника на обжалование в суд решения органа расследования о его отстранении от защиты и оказания квалифицированной юридической помощи избравшему его в качестве защитника подозреваемому или обвиняемому. Во-первых, такое обжалование не всегда гарантированно приводит к вынесению судебного решения, отличающегося от решения органа расследования, во-вторых, сама процедура судебного обжалования, построенная по общим принципам обжалования решения органа расследования, занимает весьма продолжительное время, что существенно влияет на реальную возможность подозреваемого или обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи от избранного им, но волевым решением органа расследования отведенного защитника.

*Пример.* 12 сентября 2014 г.<sup>3</sup> адвокат Б. представил в орган расследования ордер и ходатайство о вступлении в дело в качестве защитника обвиняемого М. Через три дня, 15 сентября 2014 г. старшим следователем СК РФ по субъекту Федерации Г. было вынесено постановление об отводе, а фактически о недопуске адвоката к участию в деле в качестве защитника обвиняемого М. 22 сентября 2014 г. адвокат Б. обжаловал данное решение в М-й районный суд г. Москвы в порядке статьи 125 УПК РФ. 13 октября 2014 г., т.е. уже спустя месяц после вынесения решения об отводе районный суд рассмотрел жалобу защитника Б. и оставил ее без удовлетворения фактически по единственному основанию — «невозможности суда предпринимать вопросы, которые впоследствии могут стать

<sup>2</sup> См. определение КС РФ от 9 ноября 2010 г. № 1573-О-О «Об отказе в рассмотрении жалобы гр. Дубининой Т.Е. на нарушение ее конституционных прав ч. 1 ст. 69 и пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ». Электронный ресурс: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision50805.pdf> (дата обращения: 08.02.2016), определение КС РФ от 14 октября 2004 г. № 333-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Брындина К.В. на нарушение его конституционных прав ч. 6 ст. 49, п. 3 ч. 1 и ч. 2 ст. 72 УПК РФ». Электронный ресурс: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision33894.pdf> (дата обращения: 08.02.2016), определение КС РФ от 19 марта 2009 г. № 322-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Иналовой С.А. на нарушение ее конституционных прав положениями п.п. 8 и 9 ст. 47, п. 3 ч. 1 ст. 72 и ч. 1 ст. 4 ст. 354 УПК РФ». Электронный ресурс: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision18927.pdf> (дата обращения: 08.02.2016).

<sup>3</sup> Автор принял решение выделить даты событий в их хронологию, чтобы было легче отследить движение процессуальных решений по этому делу, а равно не указывает причины отвода адвоката, так как это не имеет принципиального значения для основной темы статьи.

предметом судебного разбирательства по делу»<sup>4</sup>. Законность, обоснованность и мотивировка этого решения суда — тема отдельного анализа. 14 октября 2014 г., т.е. на следующий день после вынесения решения районным судом, защитник Б. подал на это решение апелляционную жалобу. Здесь хотелось бы обратить внимание, что процессуальная деятельность защитника по восстановлению своего права на участие в деле уже поменяла «ответчика»: им, вместо следователя, непосредственно вынесшего незаконное по мнению защитника решение, уже выступает суд, что является дополнительным основанием для исключения следователя из процессуальной цепи лиц, полномочных самостоятельно принимать решение об отводе адвоката. 12 ноября 2014 г., т.е. уже спустя два месяца после отвода адвоката судья апелляционной инстанции Московского городского суда удовлетворила жалобу адвоката Б., отменив решение М-го районного суда от 13 октября 2014 г. и вернув материал на новое рассмотрение в тот же суд, но в ином составе<sup>5</sup>. 16 декабря 2014 г. М-й районный суд г. Москвы повторно оставил без удовлетворения жалобу адвоката Б.<sup>6</sup> 25 декабря 2014 г. защитник Б. вновь обратился в Московский городской суд с апелляционной жалобой на состоявшееся судебное решение. 2 марта 2015 г., т.е. спустя почти 5,5 месяцев после отвода адвоката единоличным решением стороны обвинения, апелляционная инстанция повторно удовлетворила жалобу адвоката Б., но теперь уже своим решением признала незаконность процессуального поведения следователя, связанного с решением об отводе адвоката Б. от 15 сентября 2014 г., и с обязательством в отношении органа расследования устранить допущенное нарушение<sup>7</sup>. Однако лишь 14 мая 2015 г., т.е. спустя два месяца и 12 дней с момента вынесения решения апелляционной инстанции Московского городского суда о необходимости допуска адвоката Б., следователь СК РФ по субъекту федерации Ц. соблаговолил вынести постановление о допуске адвоката Б. в качестве защитника М. Таким образом, для восстановления конституционного права обвиняемого М. на участие в деле избранного им

защитника адвокату Б. понадобилось ровно **восемь месяцев**. На момент первичного прихода адвоката Б. к следователю с ордером подзащитный М., избравший его в качестве своего адвоката по делу, был только задержан, а непосредственный допуск защитника Б. в дело пришелся ровно на завершение расследования и начало выполнения требований статьи 217 УПК РФ<sup>8</sup>.

Приведенный пример наглядно показывает, как злоупотребление правами при осуществлении своих полномочий участником уголовного судопроизводства, обладающего властью, влияет на возможность реализации гражданами своего конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи. При этом обращает на себя внимание тот факт, что орган расследования имеет возможность допускать подобные нарушения без какой-либо реально предусмотренной законом уголовно-процессуальной ответственности, что очевидно не способствует сокращению числа подобных нарушений, а равно, что такое квазидиспозитивное поведение органа расследования по отношению к защите (хочу — допущу, хочу — нет) не имеет реальной компенсации нарушенного права стороне защиты. Процессуальная деятельность следователя по расследованию уголовного дела в случае признания судом незаконным и необоснованным отвода защитника (как в приведенном примере) нормативно не урегулирована, хотя очевидно, что в такой ситуации вполне обоснованно поставить под вопрос допустимость полученных по делу в отсутствие необоснованно отведенного защитника доказательств. Это, как уже указывалось, создает ситуацию абсолютной процессуальной безнаказанности стороны обвинения за допущенные нарушения конституционных прав и свобод.

Нормативное закрепление в действующем уголовном процессе России процессуального механизма благоприятствования защите позволит создать некий компенсационный механизм, дающий право говорить о возможности реализации состязательности и равноправия сторон, в том числе на досудебных стадиях судопроизводства. Благоприятствование защите должно включать в себя

<sup>4</sup> Из архива Мещанского районного суда гор. Москвы. Дело в отношении М. № 3/10-367/2014 // Из адвокатской практики автора.

<sup>5</sup> Из архива Московского городского суда. Дело в отношении М. № 10-15300/2014 // Из адвокатской практики автора.

<sup>6</sup> Из архива Мещанского районного суда г. Москвы. Дело в отношении М. № 3/10-425/2014 // Из адвокатской практики автора.

<sup>7</sup> Из архива Московского городского суда. Дело в отношении М. № 10-1859/2015 // Из адвокатской практики автора.

<sup>8</sup> Из архива Московского областного суда. Дело в отношении М. № 2-93-35/2015 // Из адвокатской практики автора.

дополнительную уголовно-процессуальную ответственность органа расследования за допущенные в ходе досудебной стадии нарушения закона, сокращение полномочий органа расследования в отношении стороны защиты, с передачей их в ведение суда в рамках его контрольных функций. Реализация элементов процессуального механизма *favor defensionis* в части вопроса, связанного с отводом защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика на досудебной стадии возможна путем внесения изменений в часть 2 ст. 72 УПК РФ с изложением ее в следующей редакции:

«2. В случае установления обстоятельств, предусмотренных частью 1 ст. 72 УПК РФ, следователь предлагает защитнику, представителю потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика заявить самоотвод. Данное предложение орган расследования оформляет в порядке статей 164, 166, 167 УПК РФ в виде протокола с указанием предусмотренных законом оснований для заявления самоотвода участника процесса. В случае отказа от самоотвода защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, изложенного письменно в соответствующем протоколе, следователь в порядке статьи 165 УПК РФ обращается в суд с ходатайством об отводе защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика».

Здесь следует отметить, что вопрос самоотвода участника процесса имеет давнюю историю научного обсуждения, однако такая обязанность применительно к защитнику до настоящего времени так и не обрела надлежащей уголовно-процессуальной формы<sup>9</sup>. Тема самостоятельного заявления самоотвода со стороны защитника как проявление элемента диспозитивности не является предметом настоящей работы. Однако идея закрепить за следователем право предложить стороне защиты возможность воспользоваться самоотводом при определенных обстоятельствах имеет рациональное зерно, в том числе и с точки зрения диспозитивности в плане самостоятельного определения органом следствия хода расследования и принимаемых в его рамках

процессуальных решений, что прямо предусмотрено статьей 38 УПК РФ.

В ходе проведения расследования органу следствия могут стать известны те или иные обстоятельства, предусмотренные частью 1 ст. 72 УПК РФ, которые были ему неизвестны на момент вступления защитника в дело. В качественном процессуальном механизме выхода из этой ситуации с точки зрения двуединого назначения уголовного судопроизводства, предусмотренного статьей 6 УПК РФ, заинтересованы все стороны по делу. Возможность, предоставляемая органом расследования защитнику на заявление им самоотвода с учетом указанных в протоколе оснований, позволит снять остроту проблемы, так как создаст ступенчатый механизм вывода адвоката из дела, отличающийся от сегодняшней «ментальной смерти» защитника в результате единоличного решения следователя, выносимого, как правило, в кабинетной тиши. Предлагаемый способ, кроме того, позволит защите в рамках реализации принципа состязательности подготовить свои доводы, позволяющие убедить суд в отсутствии законных оснований для его отвода, а для подозреваемого, обвиняемого или их родственников (в случае нахождения лиц под стражей) создаст реальную возможность принять взвешенное решение о замене адвоката и вступлении в дело нового защитника.

Одновременно с вышеизложенным предлагаемым дополнением действующего уголовно-процессуального законодательства представляется необходимым дополнить и часть 2 ст. 29 УПК РФ, регламентирующую полномочия суда по принятию решений, в том числе в ходе досудебного производства, указав на полномочия суда рассматривать ходатайство органа расследования «об отводе защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика».

В связи с тем, что предлагаемые изменения части 2 ст. 72 УПК РФ предусматривают судебную процедуру рассмотрения соответствующего ходатайства, считаем целесообразным дополнить главу 14 УПК РФ новой нормой — статьей 114.1 «Отвод защитника, представителя по-

<sup>9</sup> Таран А. С. Самоотвод как процессуальная обязанность адвоката. // Адвокат. 2014. № 3. Цит. по: Вестник Адвокатской Палаты Кировской области. Информационно-правовой журнал. 2014. № 7. С. 124–129. URL: <http://apco.kirov.ru/upload/uf/2ab/2aba76bebb3fd3555e0ea27ab9d01e72.pdf> (дата обращения: 08.02.2016).

терпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика», изложив ее в следующей редакции:

«При наличии оснований для отвода защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, предусмотренных частью 1 ст. 72 УПК РФ, и их официальном отказе от принятия самоотвода, предусмотренного частью 2 ст. 72 УПК РФ, следователь с согласия руководителя следственного органа, а также дознаватель с согласия прокурора возбуждает перед судом по месту производства предварительного расследования соответствующее ходатайство.

В течение 48 часов с момента поступления ходатайства суд рассматривает его в соответствии с требованиями статьи 165 УПК РФ и выносит решение об удовлетворении ходатайства следователя об отводе защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика или об отказе в этом.

Постановление судьи об отводе защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика или об отказе в этом может быть обжаловано в апелляционном порядке, предусмотренном частью 11 ст. 108 УПК РФ».

Предлагаемые изменения как элементы процессуального механизма благоприятствования защите, позволят обеспечить реальную, а не декларативную состязатель-

ность и равноправие сторон в условиях смешанного типа уголовного судопроизводства, и особенно на досудебных стадиях процесса, что безусловно положительно скажется и на уровне доверия общества к решениям органов расследования и суда, так как конституционное право любого человека на получение квалифицированной юридической помощи от приглашенного им самостоятельно защитника будет иметь четко прописанный процессуальный механизм судебной защиты, исключающий саму возможность злоупотребления по этому поводу со стороны органа расследования.

### Библиография

*Таран А.С.* Самоотвод как процессуальная обязанность адвоката // Адвокат. 2014. № 3.

*Таран А.С.* Отвод адвоката в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации // Общество и право. 2015. № 2 (52).

**Контактная информация об авторе:** Соловьев Сергей Александрович, адвокат, управляющий партнер адвокатского бюро г. Москвы «СОСЛОВИЕ»;  
e-mail: soloviev@soslovie-ab.ru.