

УДК 343.12

DOI 10.17223/23088451/5/14

Ю.К. Якимович

## УЧАСТИЕ АДВОКАТА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Исследуются вопросы участия адвоката в уголовном судопроизводстве. Разграничиваются понятия «адвокат» и «защитник». Определяется процессуальное положение защитника как адвоката, защищающего подозреваемого или обвиняемого; статус адвоката как представителя потерпевшего, гражданского истца или ответчика; полномочия адвоката, представляющего интересы свидетеля, лица, у которого производится обыск, обвиняемого в дополнительных производствах.

**Ключевые слова:** *уголовный процесс, адвокат, защитник, представитель, адвокат осужденного или свидетеля, дополнительное производство, уголовное преследование, исполнение приговора.*

В соответствии с Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокатом является лицо, внесенное в реестр адвокатов, который ведется на территории каждого субъекта РФ Территориальным органом федерального органа исполнительной власти в области юстиции.

Адвокат вправе осуществлять адвокатскую деятельность на всей территории Российской Федерации без какого-либо дополнительного разрешения.

Иностранные граждане и лица без гражданства, получившие статус адвоката в порядке, установленном Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», допускаются к осуществлению адвокатской деятельности на всей территории Российской Федерации в случае, если иное не предусмотрено Федеральным законом (ч.ч. 5, 6 ст. 9 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства.

Адвокаты иностранных государств не допускаются к оказанию юридической помощи на территории Российской Федерации по вопросам, связанным с государственной тайной Российской Федерации.

Адвокаты иностранных государств, осуществляющие деятельность на территории Российской Федерации, регистрируются федеральным органом исполнительной власти в области юстиции в специальном реестре, порядок ведения которого определяется Правительством Российской Федерации.

Без регистрации в указанном реестре осуществление адвокатской деятельности адвокатами иностранных государств на территории Российской Федерации запрещается (ч.ч. 5, 6 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Адвокат является независимым советником по правовым вопросам.

Мною не случайно воспроизводятся столь иностранные выдержки из ФЗ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности».

К сожалению, в уголовно-процессуальной литературе понятия «адвокат» и «защитник» нередко смешиваются или вовсе отождествляются. Предпосылкой этому послужило известное Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П (тогда еще действовал УПК РСФСР) [1, с. 13–15] и развитие изложенных в нем пояснений в последующих изменениях УПК РФ, о чем будет сказано ниже.

В процессе адвокат может выполнять различные процессуальные функции и соответственно по-разному именоваться как участник процесса.

Адвокат, осуществляющий функцию защиты подозреваемого, обвиняемого, именуется в УПК защитником и является участником процесса со стороны защиты.

Адвокат, осуществляющий функцию защиты прав и интересов потерпевшего или гражданского истца, именуется в УПК представителем и является участником процесса со стороны обвинения.

Адвокат, осуществляющий функцию защиты прав свидетеля или лица, у которого производится обыск, так и именуется в УПК – адвокатом (п. 6 ч. 4 ст. 66, ст. 189 УПК). Адвокат, приглашенный осужденным для оказания ему помощи в осуществлении прав при разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора (дополнительные производства), именуется также адвокатом (ч. 4 ст. 399 УПК) [2].

От того, какую именно функцию выполняет адвокат в уголовном процесс, зависит и его процессуальный статус.

Таким образом, любой адвокат в уголовном процессе отстаивает, защищает чьи-то права и интересы: либо подозреваемого, обвиняемого; либо потерпевшего, гражданского истца; либо свидетеля, либо осужденного. Но защитником адвокат в уголовном процессе выступает только в том случае, когда он защищает права и интересы подозреваемого или обвиняемого. В этой связи следует констатировать, что «защита» в уголовно-процессуальном законодательстве РФ понимается в узком смысле: как защита от уголовного преследования. Необходимость защиты появляется с началом уголовного преследования. Нет уголовного преследования, нет и защиты. Прекращается уголовное преследование (обвинитель-

ный приговор вступает в законную силу), прекращается и защита.

Правильно это или нет – вопрос не простой, но такова позиция законодателя.

Уголовное преследование не может существовать в абстракции, оно осуществляется всегда в отношении конкретного лица. Не может быть уголовного преследования до тех пор, пока в уголовном процессе не появился подозреваемый или обвиняемый. Так же точно не может быть и защитника в уголовном процессе до тех пор, пока в него не вовлечено конкретное лицо в качестве подозреваемого или обвиняемого.

Таким образом, не следует смешивать понятия «адвокат» как лицо, наделённое статусом адвоката, и «адвокат» как участник уголовного процесса. Наделённое процессуальным статусом адвоката лицо становится участником уголовного процесса по конкретному делу (в качестве защитника, представителя, адвоката) лишь после того, как оно допущено к участию в деле и его уголовно-процессуальный статус не равнозначен, а зависит от того, чьи именно интересы в уголовном судопроизводстве по конкретному делу представляет (защищает) адвокат.

К сожалению, в УПК РФ в ряде случаев понятия «адвокат» и «защитник» используются как равнозначные [3, с. 20]. Впрочем, такая позиция законодателя обуславливается, как уже отмечалось ранее, известным Постановлением Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П.

В п. 2 этого Постановления указывается, что: «Норма статьи 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации определенно указывает на существенные признаки, характеризующие фактическое положение лица как нуждающегося в правовой помощи в силу того, что его конституционные права, прежде всего, на свободу и личную неприкосновенность, ограничены, в том числе в связи с уголовным преследованием в целях установления его виновности. Поэтому конституционное право пользоваться помощью адвоката (защитника) возникает у конкретного лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным.

По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст.ст. 2, 45 и 48 Конституции Российской Федерации, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, удержания официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность».

В развитие этого положения в п. 3 Постановления утверждается, что: «Поскольку конституционное право на помощь адвоката (защитника) не может быть ограничено федеральным законом, то применительно к его обеспечению понятия «задержанный», «обвиняемый», «предъявление обвинения» должны толковаться в их конституционно-правовом, а не в придаваемом Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР более узком смысле. В целях реализации названного конституционного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное преследование. При этом факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со ст. 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации «права не давать показаний против самого себя»).

В данном Постановлении Конституционного Суда допущены две неточности.

1. В уголовном судопроизводстве существуют четкие определения понятий каждого участника уголовного процесса. Участник уголовного процесса становится таковым только после вынесения определенного процессуального акта. Подозреваемым по действующему УПК РФ может считаться только тот, в отношении которого вынесено:

- 1) Постановление о возбуждении уголовного дела.
- 2) Постановление о применении меры пресечения.
- 3) Протокол задержания.
- 4) Уведомление о подозрении.

Итак, понятие подозреваемого даже в УПК даёт чрезмерно широкое. Если же стать на позицию Конституционного Суда, то это понятие расширится беспредельно. По мнению Конституционного Суда каждый, к кому применено процессуальное принуждение, должен считаться подозреваемым. Но уголовно-процессуальное принуждение может осуществляться в отношении лиц, вовсе не причастных к совершению преступления. Обыск может проводиться у лиц, которые даже могут и не знать, что в их жилище без их ведома спрятаны, например, наркотики.

Свидетель может быть доставлен на допрос принудительно. И тем самым ограничена свобода передвижения. И в первом, и во втором примере указанные лица вовсе не становятся подозреваемыми. Нужен ли им адвокат? Конечно, да. Но именно адвокат, но не защитник. Ибо, повторяю, защитник может быть только у подозреваемого или обвиняемого, но не у свидетеля.

2. Как представляется, следует также воспроизвести полностью текст ст. 48 Конституции РФ:

«1. Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.

2. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения».

Из текста этой статьи Конституции с очевидностью следует, что: 1) каждому, кому это требуется, гарантируется, в том числе и бесплатно, квалифицированная юридическая помощь; 2) помощь же защитника гарантируется только лицам, признанным подозреваемым или обвиняемым.

Теперь обратимся к Уголовно-процессуальному кодексу РФ. В соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 40 УПК защитник допускается с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления. Пункт 15 ст. 5 УПК определяет момент фактического задержания моментом фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления. Если лицо уже ранее поставлено в положение подозреваемого (например, в отношении него возбуждено уголовное дело), то тогда логика законодателя понятна: в этом случае фактическое задержание должно осуществляться в присутствии защитника.

Однако основания задержания, предусмотренные ст. 91 УПК, весьма широки. И даже из текстового анализа их перечня с очевидностью следует вывод: далеко не всякий, кто фактически задержан в порядке ст. 91 УПК, будет затем официально признан подозреваемым.

Практика свидетельствует о том, что многие из тех, кого доставляют в РОВД, затем отпускают как лиц, не причастных к совершению преступлений, и, естественно, протоколы задержания в отношении этих лиц не составляются. А если протокол задержания не составлялся, то может ли это лицо считаться подозреваемым? Очевидно, что нет.

Поэтому, считаю, что лицо становится подозреваемым не с момента фактического задержания, а с момента составления протокола задержания. А с момента фактического задержания должны исчисляться сроки, установленные ч. 2 ст. 46 и ст.ст. 92, 96, 108 УПК РФ. С момента появления подозреваемого как участника процесса, то есть с момента составления протокола задержания, и должен допускаться защитник подозреваемого.

Изложенное выше вовсе не означает, что лица, фактически задержанные и доставленные в правоохранительные органы, лишаются конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи. Всякий, к кому применено какое бы

то ни было принуждение: будь то уголовно-процессуальное, административное и любое другое – имеет конституционное право на помощь адвоката, и адвокат должен быть предоставлен всякому, кто доставлен, например, в правоохранительные органы, по его требованию.

Но адвокат может стать участником уголовного судопроизводства в качестве защитника только после возбуждения уголовного дела и только после того, как лицо, чьи интересы он представляет, будет официально признано подозреваемым или обвиняемым.

Итак, термин «адвокат» в большей степени относится к сфере судоустройства, в то время как термин «защитник» чисто уголовно-процессуальная категория, отличная от таких понятий, как «уголовно-процессуальный представитель», «представитель» в гражданско-правовом смысле. Необходимо также отметить тот факт, что исторически в российской дореволюционной и советской литературе всегда было принято различать эти понятия в отличие от зарубежной юридической мысли. Поэтому возникает закономерный вопрос о целесообразности такого слияния понятий применительно к современной российской действительности.

В определённом смысле, как уже отмечалось ранее, смешиваются или даже отождествляются понятия «защитник» и «адвокат» и в УПК РФ в действующей его редакции.

Так, в соответствии с п. 4 ст. 49 УПК защитник допускается с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы. Возникает вопрос – почему именно этой, а не других экспертиз? Но главное в том, что если это лицо уже наделено статусом подозреваемого, значит, именно с этого момента оно получает право на допуск защитника. А разве не допускается возможность пользоваться услугами адвоката (но не защитника) в тех случаях, когда экспертиза назначается в отношении потерпевшего или свидетеля?

В соответствии с п. 5 ст. 49 УПК РФ защитник допускается с момента осуществления иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления. Приведенные ранее аргументы в полной мере относятся и к этим случаям.

И наконец, защитник допускается для защиты вовсе не известных УПК субъектов процессуальной деятельности – лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ.

Вместе с тем, как уже отмечалось ранее уже не один раз, смешение понятий «защитник» и «адвокат» в уголовном процессе недопустимо. Именно так поступает законодатель, разграничивая эти понятия в ст. 162 УПК РФ. В п. 11 этой статьи указано, что при производстве обыска вправе присутствовать

защитник или адвокат того лица, в помещении которого производится обыск.

Очевидно, что в первом случае речь идет о производстве обыска у подозреваемого или обвиняемого (и тогда присутствует защитник), во втором же случае обыск производится у иных лиц, может быть вовсе не имеющих никакого отношения к преступлению, и тогда при производстве такого обыска присутствует адвокат (а не защитник). Законодатель предусмотрел возможность присутствия адвоката также при производстве допроса свидетеля и обыска в помещении лица, не являющегося подозреваемым или обвиняемым. Представляется, что в соответствии с Конституцией РФ возможность присутствия адвоката должна быть предусмотрена УПК во всех случаях, когда происходит «вторжение» в сферу конституционных прав граждан вне зависимости от их процессуального статуса.

Обобщая изложенное, приходим к следующим выводам:

1. Понятия адвоката и защитника не могут в уголовном процессе отождествляться.

2. Адвокат получает процессуальный статус защитника только в тех случаях, когда он осуществляет защиту подозреваемого или обвиняемого.

3. Адвокат, защищающий права потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, наделяется статусом представителя.

4. Адвокат, защищающий права свидетеля, лица, у которого производится обыск, именуется адвокатом, и у него иной процессуальный статус.

5. Адвокат, защищающий интересы лиц в дополнительных производствах (например, лиц в отношении которых рассматривается вопрос об условно-досрочном освобождении), также именуется адвокатом, но процессуальное положение его отличается от адвоката свидетеля и приближено к процессуальному статусу защитника обвиняемого [2, с. 72–73; 4, с. 58; 5, с. 196].

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Якимович Ю.К., Воронин О.В. Нужен ли защитник в современном уголовном процессе России: сб. статей / под ред. Ю.К. Якимовича. Вып. 7. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2001. С 10–15.
2. Воронин О.В. О защите в стадии исполнения договора // Вестник Томского государственного университета. Право. 2011. № 2. С. 64–73.
3. Воронин О.В. Перспективы совершенствования существующих форм контроля за предварительным следствием // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11. С. 19–22.
4. Воронин О.В. О состязательности в стадии исполнения приговора // Вестник Российского университета дружбы народов. 2010. № 1. С. 53–58.
5. Воронин О.В. О состязательности в производствах по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с исполнением приговора // Право на судебную защиту в уголовном процессе: европейские стандарты и российская практика: сб. статей по материалам конференции (г. Томск, 20–22 сентября 2007 г.). Томск: Изд-во Том. ун-та, 2007. С. 195–201.

#### PARTICIPATION OF A LAWYER IN THE CRIMINAL PROCEDURE

*Russian Journal of Criminal Law*, 2015, 1(5), 80–84. DOI 10.17223/23088451/5/14

*Yakimovich Yuriy K.* Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: drakonvtu@mail.ru

**Keywords:** criminal procedure, lawyer, defender, representative, defender of convict or witness, collateral proceedings, criminal prosecution.

The lawyer in the criminal procedure defends the rights and interests of a suspect, the accused; a victim, a civil plaintiff; a witness or a convicted person. But the lawyer becomes a defender in the criminal procedure only when s/he protects the rights and interests of the suspect or the accused. In this regard, it should be stated that the “defense” in the criminal procedure legislation of the Russian Federation is understood in a narrow sense: as defense against criminal prosecution. The need for defense arises from the initiation of criminal prosecution. No prosecution, no defense. The end of criminal prosecution (the judgment of conviction enters into force) means the end of defense.

Criminal prosecution cannot exist as an abstraction, it is always carried out in relation to a specific person. There can be no criminal prosecution until a criminal procedure has a suspect or an accused. In the same way there can be no defense counsel in a criminal procedure until it involves a particular person as a suspect or an accused.

Thus, one should not confuse “lawyer” as a person endowed with the status of a lawyer and “lawyer” (“defender”) as a member of a criminal procedure: the criminal procedural status of the latter is not univocal and depends on whose interests the lawyer represents (defends) in criminal proceedings in a particular case.

Unfortunately, the RF Code of Criminal Procedure uses the term “lawyer” and “defender” interchangeably in some cases.

In the end, the authors come to the following conclusions:

1. The concepts of the lawyer and the defender can not be identified in the main procedure.
2. The lawyer receives the procedural status of the defense counsel only in cases when s/he defends the suspect or the accused.
3. The lawyer defending the rights of the victim, civil plaintiff, civil defendant has the status of a representative.
4. The lawyer defending the rights of the witness, a person who was searched, is called a lawyer and s/he has a different procedural status.
5. The lawyer protecting the interests of people in other proceedings (for instance, persons addressing the issue of parole) is also referred to as a lawyer.

## REFERENCES

1. Yakimovich Yu.K., & Voronin O.V. (2001) Nuzhen li zashchitnik v sovremennom ugolovnom protsesse Rossii [Does one need a defender in the modern criminal trial of Russia]. In: Yakimovich, Yu.K. (ed.) *Pravovye problemy ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti* [Legal problems of strengthening Russian statehood]. Is. 7. Tomsk: Tomsk State University. pp. 10–15.
2. Voronin O.V. (2011) On defence at the stage of enforcing a sentence. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 2. pp. 64–73. (In Russian).
3. Voronin O.V. (2008) Perspektivy sovershenstvovaniya sushchestvuyushchikh form kontrolya za predvaritel'nym sledstviem [Prospects of improving existing forms of control over the preliminary investigation]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*. 11. pp. 19–22.
4. Voronin O.V. (2010) O sostyazatel'nosti v stadii ispolneniya prigovora [On competition in the stage of sentence execution]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki – Peoples' Friendship University of Russia Bulletin. Law Studies*. 1. pp. 53–58.
5. Voronin O.V. (2007) [On competition in proceedings that address and resolve issues related to sentence execution]. *Pravo na sudebnuyu zashchitu v ugolovnom protsesse: evropeyskie standarty i rossiyskaya praktika* [Right to judicial protection in criminal proceedings: European standards and the Russian practice]. Proc. of the Conference. Tomsk, September 20th to September 22nd 2007. Tomsk: Tomsk State University. pp. 195–201. (In Russian).