

**Ивенский Андрей Иванович**

канд. юрид. наук, доцент, доцент

ФКОУ ВО «Самарский юридический институт ФСИН России»

г. Самара, Самарская область

## **О ДИЛЕММАХ КОРРЕЛИРОВАНИЯ ПОЗИЦИИ ЗАЩИТНИКА И ПОДСУДИМОГО НА СТАРТОВОМ ЭТАПЕ ОСОБОГО ПОРЯДКА РАЗБИРАТЕЛЬСТВА (ГЛАВА 40 УПК РФ)**

**Аннотация:** в статье исследуются особенности реализации профессиональных прав и обязанностей защитника-адвоката при рассмотрении уголовного дела в особом порядке (гл. 40 УПК РФ). Выводы содержат как констатацию жесткой корреляции позиций защитника и подсудимого, так и исключения из таковой.

**Ключевые слова:** уголовное судопроизводство, судебное разбирательство по уголовному делу, особый порядок, сокращенное судопроизводство, полномочия защитника, самооговор обвиняемого.

Приступая к анализу особенностей реализации профессиональных прав и обязанностей защитника-адвоката при рассмотрении уголовного дела (далее УД) в особом порядке, регламентированном гл. 40 УПК (далее также ОП), оговоримся, что реализация статуса защитника, не являющегося адвокатом (ч. 2 ст. 49 УПК), находится за пределами нашего исследования. Уникальность ОП, максимально проявляющаяся в судебном следствии (гл. 37 УПК), в литературе дала повод для категоричного мнения А. А. Брестера, который из предпосылки об отсутствии доказывания при ОП (что неверно, ибо доказывание при ОП *in concreto* проводится, хотя по сравнению с установленным *in corpore* ст. 73 УПК кругом обстоятельств *subiectum testimonium* при ОП существенно ограничен ч. 5 ст. 316 УПК) делает вывод о том, что деятельность суда в ОП не является правосудием, поскольку «правосудие представляет собой рассмотрение дела по существу ... для формирования знания о том, что произошло в прошлом», поэтому «никакого рассмотрения по существу в особом порядке нет» [1, с. 141 – 142]. Неясно, из

чего указанный автор выводит «отсутствие доказывания», а также почему именно доказывание считает ключевой характеристикой правосудия. Считаем, что деятельность суда при ОП является формой реализации правосудия: уполномоченный суд рассматривает по существу УД и принимает решение по его основным вопросам (ст. 299 УПК).

Атрибутивно проводятся стартовые судебно-следственные действия: излагается обвинение (ч. 1 ст. 273, ч. 3 ст. 316 УПК). Однако уже опрос подсудимого по поводу обвинения (ч. 2 ст. 273 УПК) существенно модифицируется как сам по себе, так и в части более активной, чем при ординарном порядке, модели поведения защитника. Это отражается в следующих факторах: 1) традиционный вопрос подсудимому о признании вины в соответствии с ч. 4 ст. 316 УПК при ОП трансформируется в вопрос о согласии с обвинением; 2) при положительном ответе суд выясняет выполнение прочих условий, при которых возможно применение ОП; в частности, у подсудимого обязательно выясняются: а) поддерживает ли он ходатайство о применении ОП и добровольно ли оно заявлено; б) понятны ли ему дистинктивность ОП, а также его позитивные и негативные последствия; в) получена ли консультация защитника перед заявлением ходатайства; в случае сомнений судьи довольно часто объявляют перерыв, в ходе которого адвокат дает подсудимому соответствующую консультацию относительно ОП; после возобновления заседания подсудимый сообщает о получении консультации, и защитник подтверждает эту информацию; 3) председательствующий выясняет позицию защитника относительно возможности рассмотрения дела в ОП. В отношении защитника в этом случае правило *si taces, consentis* неприменимо. Адвокат обязан высказаться, его заявления и сообщения определены позицией подзащитного. Поскольку применение ОП влечет для подсудимого несомненные преференции, заявление о поддержании этого ходатайства – профессиональная обязанность защитника.

Отдельного анализа заслуживает дилемма, возникающая в случае, если обвиняемый согласился с обвинением и заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в ОП, а его защитник-адвокат обоснованно считает, что налицо

самооговор, либо что доказательств вины подзащитного в деле недостаточно для однозначного вывода о совершении последним инкриминируемого преступления. В этой связи интересно, хотя и не бесспорно мнение Д. М. Ямбаевой, которая, исходя из правильной посылки о том, что «действия защитника не должны противоречить позиции его подзащитного, ... самостоятельность защитника ограничена интересами подзащитного», полагает, что «... когда обвиняемый желает заявить ходатайство, а защитник не будет видеть в этом необходимости, последний должен разъяснить обвиняемому его право самостоятельно заявлять ходатайство и помочь его оформить, при этом защитник не обязан сообщать ... о своем несогласии с заявленным ходатайством» [2, с. 18]. Начиная несколько не последовательно с конца, отметим неточность последнего высказывания, состоящую в том, что защитник (адвокат, т. к. действия иных лиц, допущенных в качестве защитника на основании ч. 2 ст. 49 УПК, не имеют никаких нормативных ограничений) не просто не обязан, а не имеет права сообщать о своем несогласии с позицией подзащитного (кроме исключения, которое рассматривается далее). В остальном предлагаемый Д. М. Ямбаевой алгоритм действий также представляется не вполне соответствующим роли адвоката-защитника, в частности, при выяснении вопросов возможности рассмотрения уголовного дела в ОП. Вообще говоря, адвокат при осуществлении защиты действительно обязан исходить из позиции и интересов подзащитного. Поэтому в случае, если последний высказывает мнение о необходимости совершения какого-либо действия, которое считает соответствующим собственным интересам, включая заявление ходатайства, защитник обязан действовать именно таким образом. Сказанное не исключает необходимость предварительного консультирования, в том числе разъяснения возможных негативных последствий совершения такого процессуального значимого действия либо его противоречие позитивному праву и / или установленным (доказанным) фактам. Однако решение о его совершении принимает не защитник, и если подзащитный настаивает на его совершении, защитник обязан такое действие произвести. Разъяснение и помощь в оформлении ходатайства со стороны защитника без подачи ходатайства самим защитником может иметь место

только в случае, когда подзащитный сам так решил либо согласился на самостоятельное совершение действия (здесь – подачу ходатайства). Во всех прочих случаях самоустранение адвоката от подачи ходатайства, на котором настаивает подзащитный, является нарушением профессиональной этики и может послужить поводом для возбуждения в отношении адвоката дисциплинарного производства и привлечения его к дисциплинарной ответственности (ст. 18 Кодекса профессиональной этики адвоката). Основное (хотя и не единственное) исключение предусмотрено подпунктом 3 п. 4 ст. 6 Федерального закона от 31.05.2002 №63-ФЗ, предоставляющей адвокату занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, если адвокат убежден в наличии совершенного первым самооговора. Данное положение дублируется также в пункте 2 ст. 9 КПЭА.

Алгоритм действий адвоката-защитника в ситуации, когда в судебном заседании решается вопрос о возможности рассмотрения дела в ОП, становится дифференцированным и включает следующие действия. Доминирующим является то, что при заявлении ходатайства о рассмотрении дела в ОП обвиняемый рассчитывает перейти на более мягкую и выгодную для него форму судопроизводства. Поэтому исходя из интересов подзащитного и вне зависимости от собственного мнения об обстоятельствах дела, включая доказанность вины и т. д., защитник обязан данное ходатайство поддержать. Если при этом имеются признаки допущенных нарушений прав подзащитного, в первую очередь права на защиту (например, неоказание своевременной консультации о специфике ОП), защитник обязан принять меры к восполнению таких нарушений, проведения необходимой консультации, для чего суд обычно предоставляет время, объявляя перерыв в судебном заседании.

На вопрос суда о позиции защитника по поводу заявленного ходатайства защитник должен: 1) сообщить о том, проведена ли предварительная консультация, а также заявлено ли ходатайство подсудимым после получения такой консультации и добровольно; при отрицательном ответе на любой из перечисленных в данном пункте вопросов суд либо принимает меры к устранению нарушений прав подсудимого, либо, если такое устранение невозможно, прекращает ОП и

переходит в ординарный; 2) сообщить о том, что заявленное подсудимым ходатайство о рассмотрении уголовного дела в ОП защитник поддерживает (иная позиция не допускается адвокатской этикой).

При убежденности защитника в самооговоре подзащитного перед адвокатом возникает дилемма: сообщить суду либо промолчать об этом. Во втором случае алгоритм действий защитника не изменяется. Первый вариант представляется предпочтительным вследствие направленности на защиту прав подсудимого, недопущение судебной ошибки. В этом случае защитник, выполнив обязанность поддержания ходатайства подсудимого о проведении разбирательства в ОП, вправе сообщить суду обстоятельства, на которых основаны его сомнения в виновности подзащитного (либо в доказанности его вины). Суд на основании полученных сведений обязан принять самостоятельное решение о том, в каком порядке надлежит рассматривать дело. Представляется, что в этом случае суд обязан прекратить ОП и перейти в ординарный порядок.

Пример из практики. При осуществлении защиты по назначению суда Б., обвинявшегося по ч. 1 ст. 232 УК РФ, автор как адвокат ознакомился в суде с письменными материалами дела. Б. инкриминировалось, что он якобы трижды предоставил свою квартиру для употребления наркотических средств трем разным лицам, одно из которых ему было малознакомо, а двое до этого вообще незнакомы. Двое из этих лиц проживали в других, отдаленных населенных пунктах, и не имели причин ехать к незнакомому ранее Б., при этом по дороге якобы случайно «находя» наркотические средства. Указанные лица сообщили, что якобы употребили в квартире Б. наркотические средства, при этом ни шума, ни скандала, ни каких-либо иных неприятностей соседям Б. не доставляли. Тем не менее совершенно случайно доблестные сотрудники полиции трижды оказывались перед квартирой Б. с двумя «представителями общественности» и зафиксировали три эпизода, в которых Б. якобы предоставил свое жилое помещение под наркопритон. Б. ранее судим, однако к административной ответственности не привлекался, характеризовался положительно. Описанное нагромождение случайностей явно указывало на искажение обстоятельств УД. Имелись другие

объективные указания на фальсификацию доказательств. Адвокат не осуществлял защиту на предварительном следствии, после ознакомления провел беседу с Б., сообщившим, что боится сотрудников полиции, которые ему сказали, что «на него оформят притон», и пообещали, что «за это ему ничего не будет». По делу было назначено судебное заседание в ОП. После оглашения обвинения и вопроса о согласии Б. с предъявленным обвинением последний подтвердил свое согласие и подтвердил ходатайство о рассмотрении дела в ОП. Защитник выполнил профессиональную обязанность поддержания заявленного ходатайства, после чего сообщил суду о признаках фальсификации доказательств и самооговоре подзащитного. Председательствующий *volens nolens* счел необходимым прекратить ОП и назначить судебное разбирательством в ординарном порядке [3].

Выводы: позиция защитника, как правило, определяется мнением подзащитного. Исключения основаны на сведениях о самооговоре или иным образом опровергающих утверждение о виновности подсудимого, наличие которых не позволяет адвокату не поддерживать ходатайство о рассмотрении дела в особом порядке, однако дает право сообщить об этих сведениях суду. Суд в таких случаях обязан прекратить особый и перейти к рассмотрению дела в общем порядке.

### ***Список литературы***

1. Брестер, А. А. Об ошибочном отнесении особого порядка принятия судебного решения к уголовно-процессуальной деятельности / А. А. Брестер // Актуальные проблемы российского права. – 2015. – № 12 (61). – С. 141–142.
2. Ямбаева, Д. М. Участие защитника в собирании доказательств на стадии предварительного расследования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. М. Ямбаева. – Владимир, 2008. – 22 с.
3. Дело №1-14/2026 // Архив мирового судьи с/у №64 Кинельского судебного района Самарской области.