

CORRELATION OF PUBLIC JEOPARDY AND MALEFICENCE OF LAW VIOLATION

© 2014

Stepanova V.V., Postgraduate Department of History of State and Law
Togliatti State University, Togliatti (Russia)

Annotation: This article deals with the one of the current issues of discussion of the interpretation of the offense in the category of «public jeopardy» and «public maleficence». There are excursions into history, analyzes viewpoint of various scientists, and the current legislation on the subject.

Keywords: wrongfulness, law violation, criminal act, public jeopardy, public maleficence, legal circumstance.

УДК 347.965

ЗАЯВЛЕНИЕ ОТВОДА И САМООТВОДА: ПРАВО ИЛИ ОБЯЗАННОСТЬ АДВОКАТА?

© 2014

Таран А.С., доцент
Самарский государственный университет, Самара (Россия)

Аннотация: Исследуется полномочие адвоката на заявление отводов и самоотводов в ходе уголовного судопроизводства. Представлена дискуссионность вопроса об отнесении его к правам или обязанностям адвоката. Сделан вывод о том, что заявление самоотвода – процессуальная обязанность адвоката, в то время как заявление отвода – его право.

Ключевые слова: Адвокат, защитник, отвод, обязанность, право, процессуальная санкция.

Поводом для отвода адвоката, участвующего в уголовном судопроизводстве, может стать заявление им самоотвода (ч.1 ст. 62 УПК РФ). Адвокат также уполномочен законом на заявление отвода участникам процесса (ч.2 ст. 62 УПК РФ). Чем является для адвоката заявление отвода и самоотвода: правом или обязанностью?

Анализируя основания и процедуру заявления адвокатом самоотвода, обратимся к нормам-предшественникам положений об отводе действующего УПК РФ.

УПК РСФСР прямо предусматривал обязанность заявить самоотвод только применительно к судье (ч. 1 ст. 61). В отношении прокурора, следователя, лица, производящего дознание, существовала обязанность «устраниться от участия в деле» (ч. 3 ст. 63, ч. 2 ст. 64 УПК РСФСР). К секретарю судебного заседания предъявлялись требования, аналогичные требованиям к судье (ч. 1 ст. 65 УПК РСФСР).

На остальных субъектов, подлежащих отводу при наличии установленных уголовно-процессуальным законодательством обстоятельств, исключающих их участие в процессе, в том числе защитника (представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика), строго следуя букве закона, данная обязанность не распространялась, т.к. закон о ней не упоминал.

Данный законодательный подход уже тогда критиковался в науке, ученые указывали, что обязанность самоотвода распространяется на адвоката, предлагалось закрепить ее в отношении к защитнику[1].

Указанная позиция была воспринята действующим УПК РФ, предусмотревшим обязанность адвоката

«устраниться от участия в производстве по делу» (ч.1 ст. 62 УПК РФ). Форма и процедура ее реализации не совсем понятна, что отмечается в научной литературе: «В случае, когда адвокату станет известно об одном или более из перечисленных обстоятельств, он должен заявить самоотвод. Законом четко не урегулировано, выходит ли в этом случае адвокат из дела в одностороннем порядке или он должен вступить для этого в какие-либо правоотношения со следователем» [2].

Вместе с тем, если адвокат «обязан заявить самоотвод», как указал автор, то как раз ясно, что в этом случае в одностороннем порядке он из дела не выходит, т.к. самоотвод подлежит разрешению субъектом, ведущим процесс.

Закон говорит об обязанности именно «устраниться от участия в производстве по делу», тем самым применительно к представителю потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, оставляя открытым вопрос – вправе ли он сделать это при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле, просто расторгнув соглашение.

На наш взгляд, любой субъект, подлежащий отводу, в том числе адвокат, какой бы статус в уголовном процессе не занимал, при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле, должен заявить самоотвод, т.е. обнародовать данные обстоятельства и поставить вопрос о своем дальнейшем участии в деле на разрешение субъекта, ведущего уголовное судопроизводство.

Почему выполнение обязанности «устраниться от участия в производстве по делу» в смысле ч.1 ст. 62 УПК РФ для адвоката-представителя потерпевшего, гра-

жданского истца, гражданского ответчика не допустимо путем одного лишь расторжения соглашения? Потому что в данном случае обстоятельства, исключающие его участие в деле, не будучи обнародованными, не повлекут всех необходимых процессуальных последствий, не ограничивающихся только одним выбытием адвоката из процесса, не будут применены характерный для института отвода адвоката комплекс процессуальных последствий, в котором отстранение адвоката от участия в деле — лишь один из элементов. В частности, это касается отвода адвоката по таким основаниям, как конфликт интересов доверителей (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК РФ) и родство адвоката с лицами, обозначенными в п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ. В первом случае применение института отвода неизбежно должно поставить вопрос об отстранении участия адвоката в деле вообще, прекращении оказания помощи обоим доверителям, во втором — должно повлечь прекращение участия в процессе родственника адвоката[3]. Отвод одного лишь адвоката из производства по делу не отменяет сам факт существования отношений доверителей с адвокатом, а последнего — с его родственником — участником процесса, о представлении интересов в котором адвокат заключил соглашение. А ведь именно с ними закон связывает необходимость применения отвода адвоката в отношении обоих доверителей и отвода его родственника, участвующего в процессе.

В силу ч. 7 ст. 49 УПК РФ, п. 6 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...» защитник не вправе отказать от принятой защиты подозреваемого, обвиняемого. Как соотносится этот запрет с обязанностью адвоката заявить самоотвод?

В наличии этих норм некоторые ученые видят противоречие: «Остаются рассогласования законодательства об адвокатуре и УПК РФ — запрет отказа от уже принятой защиты, как бы исключающий самоотвод адвоката»[4]. Ситуацию, когда защитник сталкивается с противоречием интересов доверителей, рассматривают как дилемму между ч. 6 ст. 49 и ч. 7 ст. 49 УПК РФ [5].

Очевидно, что ч. 1 ст. 62 УПК РФ выступает специальной нормой по отношению к ч. 7 ст. 49 УПК РФ, устанавливая особое требование для особых случаев. Самоотвод защитника — это узаконенное прекращение осуществления защиты по инициативе защитника. Это своего рода отказ от защиты, но отказ не односторонний, он носит не уведомительный, а разрешительный характер. Это официальное заявление адвоката с просьбой исключить его из состава участников процесса в связи с наличием ряда обстоятельств, по мнению законодателя, лишающих его возможности продолжать свою профессиональную деятельность в данном процессе. Таким образом, чтобы отказ защитника от защиты соответствовал требованиям закона, должно соблюдаться два условия:

1. он должен быть официально обращен к субъекту, ведущему уголовное судопроизводство;
2. он должен быть основан на обстоятельствах, которые законодатель рассматривает как исключающие его участие в процессе.

Наличие этих двух критериев делает самоотвод адвоката правомерным и отличает от отказа от защиты, запрещенного ч. 7 ст. 49 УПК РФ. Таким образом, адвокат, заявляющий о своем намерении выйти из процесса, должен понимать, что от обоснования этого зависит, будет ли его заявление самоотводом или отказом от защиты,

признаваемым нарушением права на защиту. В связи с этим важно правильное и четкое понимание круга оснований самоотвода адвоката.

Самоотвод адвоката должен оформляться заявлением — письменным, либо устным, с занесением последнего в протокол следственного действия (судебного разбирательства), в процессе которого это заявление было сделано, или составлением следователем отдельного документа. В заявлении адвокат должен выступить с просьбой об освобождении от дальнейшего участия в деле, с указанием на конкретные основания своего самоотвода со ссылкой на обстоятельства, им соответствующие.

По данному заявлению субъект, осуществляющий производство по уголовному делу (следователь, дознаватель либо суд (судья)) должен вынести постановление о выявлении обстоятельств, исключающих участие в деле и отстранении адвоката от него. На наш взгляд, выполнение обязанности устранившись из процесса путем заявления самоотвода не должно быть поводом для отвода в смысле ч. 2 ст. 62 УПК РФ, являющимся следствием именно невыполнения участником процесса требований ч. 1 ст. 62 УПК РФ. В данном случае, с нашей точки зрения, процессуально правильнее было бы вынести решение об удовлетворении ходатайства о самоотводе или об отказе в его удовлетворении.

Таким образом, УПК РФ устанавливает, что заявление самоотвода обязательно для адвоката при наличии обстоятельств, исключающих его участие в деле, установленных ст. 72 УПК РФ. Эта обязанность существует на любом этапе производства по уголовному делу, возникающая с того момента, как ему становится известно о наличии обстоятельств, исключающих его участие в нем.

Нельзя, однако, умолчать о том, что в науке высказана и иная точка зрения, уводящая этот вопрос в плоскость адвокатской тактики. Так, М.А. Фомин пишет: «Уголовно-процессуальный закон и законодательство об адвокатуре обязывает адвоката не брать на себя функции защитника по оказанию юридической помощи и защите прав и законных интересов клиента, если адвокату известно о наличии обстоятельств, исключающих его участие в производстве по уголовному делу. Но ведь в некоторых случаях подобные действия адвоката, своевременно не пресеченные органами следствия, могут сыграть во благо обвиняемому. И подобные случаи имеют место быть на практике. Можно ли адвоката обвинить в нарушении закона? Безусловно, нет. Поскольку упущения в работе органов следствия нельзя расценивать как нарушение закона адвокатом» [6].

С данным утверждением трудно согласиться, ибо принцип законности, требующий соблюдения закона распространяется на адвокатскую деятельность без ограничений, что следует хотя бы из ч. 1 ст. 10 КПЭА, согласно которой «Закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя». Защита может осуществляться только законными средствами.

Позиция практиков по данному вопросу на удивление оказалась единодушной: 97,1% опрошенных следователей и 94% адвокатов указали, что адвокат обязан заявить самоотвод, узнав о наличии обстоятельств, исключающих его участие в процессе.

Как известно, процессуальная обязанность предполагает наступление процессуальной санкции за ее невыполнение. Каковы же негативные последствия игнори-

рования адвокатом требования ст. 62 УПК РФ? Оказание в уголовном процессе юридической помощи обвиняемому (подозреваемому) защитником, подлежащим отводу – существенное нарушение права на защиту, влекущее, в том числе, недопустимость полученных с его участием доказательств (ч.ч. 1,2 ст. 75, п. 4 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ). Эта процессуальная санкция недействительности, однако, в первую очередь, будет иметь негативные последствия для субъекта, ведущего судопроизводство, собиравшего доказательства. В то время как для доверителя адвоката такое последствие выбытия адвоката из процесса может быть очень даже выгодно. Санкцией за неисполнение адвокатом обязанности по заявлению самоотвода выступает сам отвод, т.е. отстранение адвоката от участия в деле, которое адвокат не инициировал самостоятельно и добровольно. Если доверителю адвоката выгодно отстранение адвоката от участия в процессе со всеми вытекающими последствиями, то, адвокат, не заявляя самоотвод, вопреки наличию обстоятельств, предусмотренных ст. 72 УПК РФ, по сути, ничем не рискует: по своей инициативе раньше, или по решению субъекта, ведущего процесс, но позже, он будет отведен, и только. По сути, данный выбор отдан на откуп этическому компоненту деятельности адвоката. Для нас – это еще один аргумент в пользу того, чтобы наличие обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, где сам адвокат не заявляет самоотвод, устанавливалось органами адвокатского сообщества. При существующем круге субъектов, принимающих решение об отводе, в целях обеспечения контроля за соблюдением адвокатом ч.1 ст. 62 УПК РФ и соответственно п.1 ч.1 ст. 8 КПЭА, установившего обязанность адвоката этот закон соблюдать, в каждом случае отвода адвоката субъект, ведущий уголовное судопроизводство, должен обращаться в соответствующие органы адвокатского с вопросом о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности [7].

Адвокат относится субъектам, так сказать, «и отводимым, и отводящим». Чем для адвоката является заявление отвода: правом или обязанностью? Отметим, что чаще всего он перечисляется учеными в общем списке участников процесса, констатирующими, что заявление отвода – их право: «Граждане, в связи с действиями которых ведется уголовное судопроизводство, их защитники и представители, как и граждане, для которых участие в судопроизводстве связано с причинением им вреда вправе (подчеркнуто мной –А.Т.) при наличии обстоятельств, исключающих участие в уголовном процессе судей, прокуроров публично и гласно заявлять отвод любому из названных группы участников процесса, то есть требовать их отстранения от производства по данному делу» [8]; «Отводы участникам процесса адвокат вправе заявить (подчеркнуто мной –А.Т.) при выявлении обстоятельств, исключающих их участие в судопроизводстве по уголовному делу» [9].

Между тем, можно встретить утверждения о том, что заявление отвода при обнаружении соответствующих оснований – обязанность адвоката нравственного порядка: «Этические основы участия адвоката-защитника в подготовительной части судебного разбирательства требуют от него: ... заявить отвод судье или составу суда в целом, прокурору, секретарю судебного заседания, специалисту, эксперту при наличии хотя бы одного основания, предусмотренного законом» [10].

Что касается мнения практиков на этот счет, то результаты опроса следующие: о том, что адвокат обязан заявить отвод, обнаружив наличие обстоятельств, исключающих участие определенного субъекта в процессе, заявило 31,4% опрошенных следователей против оставшихся 68,6%, посчитавших, что это – область тактики, где следует руководствоваться интересами доверителя. В адвокатской среде данные позиции набрали 18,2% и 81,8%, соответственно. Опрошенные секретари СЗ / помощники судей набрали 32% и 64% (остальные воздержались от ответа).

Таким образом, подавляющее большинство адвокатов и 2/3 остальных опрошенных правоприменителей не склонны думать, что заявление отвода – обязанность адвоката, которую он должен исполнять, пренебрегая интересами доверителя.

Отвечая на вопрос о том, право или обязанность для адвоката - заявление отвода участникам процесса, отметим следующее. Субъекты, ведущие уголовное судопроизводство, обязаны обеспечить его осуществление в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства. Вместе с тем, они далеко не всегда могут узнать из материалов дела о наличии обстоятельств, исключающих чье-либо участие в процессе. Процессуальной ответственности за незаявление отвода у адвоката нет, соответственно, говорить о соответствующей правовой обязанности было бы неправомерно. Часть 2 ст. 62 УПК РФ, устанавливая общее правомочие на заявление отвода, как и специально посвященные отводу отдельные участники процесса - ч. 1 ст. 64, ч. 2 ст. 69 УПК РФ, указывают на то, что отвод сторонами «может быть заявлен» (подчеркнуто мной – А.Т.). Таким образом, заявление отвода по уголовно-процессуальному закону диспозитивно для сторон, в том числе адвоката. Диктует ли профессиональная этика адвоката обязательность заявления отвода при наличии на то оснований? Кодекс профессиональной этики адвоката запрещает ему «действовать вопреки законным интересам доверителя» (п. 1 ч.1 ст. 9). Можно ли считать интерес доверителя адвоката на участие в деле лица, подлежащего по закону отводу, законным? Вряд ли. Очевидно, что адвокат не вправе укрывать сведения, указывающие на наличие оснований для отвода. Но не укрывать – не значит обнаруживать, заявляя отвод.

В связи с поставленной проблемой, было бы не лишним проведение сравнения между заявлением адвокатом самоотвода и отвода в аспекте его процессуальных обязанностей. Почему самоотвод – обязанность адвоката, а заявление отвода – нет? Не заявляя самоотвод, адвокат скрывает информацию, касающуюся его самого, которая может быть и не известна другим участникам процесса. Незаявление же отвода означало бы утаивание информации, касающейся другого участника процесса, здесь уже идет вопрос о неисполнении своей процессуальной обязанности не адвокатом, а иным субъектом. Приведение поведения участников процесса в соответствие с требованиями УПК РФ не может вменяться в обязанность адвоката. Его функция в процессе ограничена интересами доверителя и если последнему процессуально выгодно заявить о наличии обстоятельств, исключающих участие определенного субъекта в процессе на более поздних этапах производства по делу (чтобы впоследствии потребовать признания недопустимости доказательства, полученного с его участием, об отмене процессуально-

го решения, вынесенного с его участием и т.д.) или же умолчать об этом вовсе, он должен этими интересами и руководствоваться.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Винокурова, Л.В. Подготовительная часть судебного разбирательства в советском уголовном процессе. Дисс. ... к.ю.м. / Л.В. Винокурова. М. 1986. 177 с.
2. Медведев, М.Ю. Уголовный процесс. Консультации. Образцы документов. Судебная практика. М.: Юриспруденция, 1999. 400 с.
3. Таран, А.С. Кто же должен уйти, чтобы не мешать? или Отвод при родстве адвоката с профессиональным участником уголовного процесса/ А.С. Таран// Мировой судья. 2012. № 4. С. 11-15.
4. Тарло, Е.Г. Проблемы профессионального представительства в судопроизводстве России. Дисс. ... докт. юрид. наук / Е.Г. Тарло. М.: 2004. 450 с.
5. Баев, М.О. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Прокурорская тактика. Адвокатская тактика: Научно-практическое пособие. / М.О. Баев, О.Я. Баев М.: Издательство «Экзамен», 2005. 320 с.
6. Фомин, М.А. Сторона защиты в уголовном процессе (досудебное производство). / М.А. Фомин. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2004. 536 с.
7. Лазарева, В.А. Конфликты между профессиональными участниками процесса: проблемы разрешения (продолжаем обсуждение)/ В.А. Лазарева, А.С. Таран.// Уголовное право. 2007. № 5. С. 79-83.
8. Задерако, В.Г. Институт отводов в советском уголовном процессе. Дисс. ... к.ю.н./ В.Г. Задерако. Ростов-на-Дону, 1978. 187 с.
9. Григорьев, Н.В. Адвокатура и реализация конституционного права на квалифицированную юридическую помощь в уголовном судопроизводстве: Учебное пособие для студентов специальности 02.11.00 «Юриспруденция» уголовно-правовой специализации / Н.В. Григорьев. Хабаровск: РИЦ ХГАЭП, 2005. 100 с.
10. Зинатуллин, Т.З. Этические основы уголовно-процессуальной деятельности адвоката-защитника. Дисс. ... к.ю.н./ Т.З. Зинатуллин. Ижевск, 1998. 134 с.

WITHDRAWAL AND REJECTION STATEMENT: RIGHT OR DUTY OF THE LAWYER?

© 2014

Taran A.S., associate Professor
Samara State University, Samara (Russia)

Annotation: The author investigates statements withdrawal and rejections of the advocate in criminal proceedings. The question of its reference to the rights or duties of the lawyer is very debatable. Concluded that the statement of withdrawal - a procedural duty of advocate, while retraction statement - his right.

Keywords: Lawyer, advocate, defender, withdrawal, rejection, duty, right, procedural sanction.

УДК 343.148

О ТЕНДЕНЦИЯХ И ПЕРСПЕКТИВАХ РАЗВИТИЯ ПРАВОВЫХ ФОРМ УЧАСТИЯ ЭКСПЕРТА И СПЕЦИАЛИСТА В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

© 2014

Тарасов А.А., доктор юридических наук, профессор
заведующий кафедрой уголовного права и процесса института права
Башкирский государственный университет, Уфа (Россия)

Аннотация: В статье рассматриваются тенденции и перспективы развития правовых форм участия эксперта и специалиста в досудебном и судебном производстве по уголовным делам; анализируется практика оценки доказательств в виде заключений и показаний эксперта и специалиста.

Ключевые слова: эксперт, специалист, негосударственные экспертные учреждения, доказывание, заключение эксперта, показания эксперта, заключение специалиста, показания специалиста.