

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
УГОЛОВНОГО ПРАВА И
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

З. В. Макарова

**ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ
ЗАЩИТА
ПОДОЗРЕВАЕМЫХ,
ОБВИНЯЕМЫХ**

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР

Теория и практика уголовного права и уголовного процесса

Зинаида Макарова

**Профессиональная защита
подозреваемых, обвиняемых**

«Юридический центр»

2008

Макарова З. В.

Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых /
З. В. Макарова — «Юридический центр», 2008 — (Теория и
практика уголовного права и уголовного процесса)

УПК РФ значительно расширил возможности профессиональной защиты подозреваемого, обвиняемого, что предполагает повышение ответственности адвокатов-защитников за выполнение своих профессиональных обязанностей в уголовном судопроизводстве. Появились новые процессуальные формы деятельности защитника в досудебном и судебном производстве. Все это требует нового подхода к разработке теоретических и практических проблем участия адвоката-защитника в уголовном процессе, чему и посвящена настоящая монография. Рекомендуется для научных и практических работников, преподавателей, аспирантов, студентов юридических учебных заведений.

ББК 67.75

© Макарова З. В., 2008

© Юридический центр, 2008

Содержание

Введение	6
Глава I. Сущность профессиональной защиты подозреваемых, обвиняемых	7
§ 1. Защита в российском уголовном судопроизводстве. Понятие профессиональной защиты подозреваемых, обвиняемых	7
Конец ознакомительного фрагмента.	26

Зинаида Макарова
Профессиональная защита
подозреваемых, обвиняемых

© З. В. Макарова, 2008

© Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008

* * *

Введение

*Светлой памяти моего Учителя Николая Сергеевича Алексева
посвящается*

Конституция Российской Федерации провозгласила: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью» (ст. 2). Следовательно, во всех сферах государственной, общественной деятельности, деятельности должностных лиц и отдельных граждан в центре внимания, заботы, защиты должен быть человек, гражданин.

В деле защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина большое значение имеет деятельность лиц, – адвокатов, которые на профессиональной основе оказывают квалифицированную юридическую помощь. Именно они в уголовном судопроизводстве осуществляют защиту подозреваемых, обвиняемых. УПК РФ¹ значительно расширил права как подозреваемого, так и обвиняемого. Эффективная и наиболее полная реализация этих прав возможна только при участии в уголовном процессе профессионального защитника. Подозреваемый и обвиняемый² имеют право на защиту, имеют право пользоваться помощью адвоката (защитника) – ст. 48 Конституции РФ. Их право на защиту обеспечивается компетентными должностными лицами (ст. 16 УПК). «Право защиты принадлежит обвиняемому не как привилегия или не как уступка, требуемая гуманностью, а естественное и неотчуждаемое право».³ Правосудие только тогда может свершиться, когда выслушаны все доводы «за» и «против» обвиняемого, когда последнему гарантирована возможность представить свои доказательства, свои объяснения и т. п. Поскольку подозреваемый, обвиняемый не обладает юридическими знаниями, не имеет возможности в полной мере противостоять представителям государственной власти, осуществляющим расследование, уголовное преследование, обвинение, постольку ему необходим профессиональный защитник. Равноправие сторон обвинения и защиты обеспечивается в первую очередь и главным образом адвокатами. Противостоять обвинителю – профессиональному юристу может только защитник – профессиональный юрист (адвокат). Без адвоката невозможно не только равноправие сторон в уголовном процессе, но и реализация важнейшего конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, ибо данный принцип может быть обеспечен только тогда, когда у обвинения и защиты – равные силы: хорошее знание законов, судопроизводства, профессионализм, т. е. именно то, чем в равной мере должны и могут обладать только профессиональные юристы – прокурор и адвокат.

Русские дореволюционные адвокаты отличались высокой культурой, вниманием к общественным интересам, нравственным проблемам, знанием психологии людей, пониманием того, кого они защищают, состраданием к нему, блестящим, содержательным и ярким ораторским искусством. Эти традиции русской адвокатуры сохранялись и развивались лучшими советскими адвокатами. К сожалению, в современной России нет ни новых Спасовичей, Плевако, Киселевых. А ведь на традициях должно воспитываться новое поколение адвокатов. Вот почему в этой книге часто используются работы выдающихся дореволюционных и советских адвокатов, которые служили непреходящим, общечеловеческим ценностям независимо от политического строя, экономической ситуации, государственного устройства, ибо высшей ценностью для таких адвокатов был человек.

¹ В дальнейшем будет именоваться «УПК».

² В настоящей работе обвиняемым именуется не только собственно обвиняемый (ст. 47 УПК), но и подсудимый, т. е. имеет место широкое понятие обвиняемого.

³ Кистяковский А. Ф. Общая часть уголовного судопроизводства: Лекции. Киев, 2005. С. 70. Кистяковский Александр Федорович был ученым, с которым связано развитие правовой мысли в Украине второй половины XIX столетия.

Глава I. Сущность профессиональной защиты подозреваемых, обвиняемых

§ 1. Защита в российском уголовном судопроизводстве. Понятие профессиональной защиты подозреваемых, обвиняемых

Всеобщая декларация прав человека провозглашает: «Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия на равную защиту закона» (ст. 7). Таким образом, каждый человек имеет право на то, чтобы закон защищал его так же, как и другого человека. Конституция Российской Федерации установила равенство всех не только перед законом, но и судом (ст. 19). Более того, признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина является обязанностью государства, государственная защита прав и свобод человека и гражданина в РФ гарантируется и каждый вправе защищать свои права и свободы способами, не запрещенными законом (ст. 2, 45 Конституции РФ).

Согласно ч. 1 ст. 6 УПК уголовное судопроизводство имеет своим назначением: 1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления; 2) защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Из этого следует, что уголовный процесс необходим для того, чтобы защитить граждан и организации, т. е. главным назначением уголовного процесса является защита, которая означает как восстановление нарушенных прав потерпевших от преступлений, полное возмещение причиненного им вреда, так и привлечение к уголовной ответственности и наказание лишь тех лиц, которые действительно совершили преступление и вина которых несомненно доказана.

Что же понимать под защитой в российском уголовном процессе? УПК не раскрывает данное понятие, хотя в ст. 5 УПК даются понятия и обвинения и уголовного преследования.

В юридической литературе, посвященной правам участников судопроизводства, употребляются термины «охрана» и «защита». Некоторые авторы считают: в соответствии со сложившейся в науке традицией понятием «охрана гражданских прав» охватывается вся совокупность мер, обеспечивающих нормальный ход реализации прав; наряду с таким широким понятием охраны в науке и законодательстве используется понятие охраны в узком смысле слова – лишь те предусмотренные законом меры, которые направлены на восстановление или признание гражданских прав и защиту интересов при их нарушении или оспаривании; такую охрану в узком значении данного слова эти авторы именуют защитой гражданских прав⁴, т. е. охрана прав, по их мнению, шире понятия защиты. Н. С. Малейн также различает охрану и защиту прав: охрана прав – более широкое понятие, включающее все юридические правила по поводу определенного блага, а под защитой права он понимает меры, предусмотренные в законе на те случаи, когда право уже нарушено⁵. В. М. Ведяхин и Т. В. Шубина разграничивают понятия «меры юридической ответственности», «меры защиты», «меры безопасности», но считают, что они должны охватываться правовой категорией «защита права»⁶. Н. И. Матузов, В. М. Ведяхин и Т. В. Шубина полагают, что права и законные интересы охраняются

⁴ См., напр.: Гражданское право: В 2 т. Т. 1/ Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. Е. А. Суханов. М., 1993. С. 160; Гражданское право. Часть первая /Под ред. докт. Юрид. наук, проф. Калпина и докт. юрид. наук, проф. А. И. Масляева. М., 1997. С. 223.

⁵ См.: Малейн Н. С. Охрана прав личности советским законодательством. М., 1985. С. 18–19.

⁶ См.: Ведяхин В. М., Шубина Т. В. Защита права как правовая категория / Правоведение. 1998. № 1. С. 70.

постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются; защита есть момент охраны, одна из ее форм⁷. По мнению С. Н. Кожевникова и Э. П. Гаврилова, охрана – это установление общего правового режима, а защита – те меры, которые предпринимаются в случаях, когда права нарушены или оспорены⁸.

З. З. Зинатуллин и Т. З. Зинатуллин называют одну из уголовно-процессуальных функций охраной прав, свобод и законных интересов участников уголовно-процессуальной деятельности, в которую в качестве составных частей входят защита прав и законных интересов лица, подозреваемого в совершении преступления, и обвиняемого, реабилитация необоснованно подвергшихся уголовному преследованию лиц, а также опровержение исковых претензий о возмещении вреда⁹. Тем самым эти авторы считают охрану более широким понятием, чем защита и по сути не выделяют защиту в качестве самостоятельной уголовно-процессуальной функции, в то время как УПК устанавливает в качестве состязующихся сторон обвинение и защиту, а не обвинение и охрану.

М. В. Парфенова под охраной прав и законных интересов личности в уголовном процессе понимает как ограждение прав и свобод от посягательств и возможных нарушений, так и выполнение защитной правосстановительной функции¹⁰. Все вышеуказанные авторы более широким понятием считают охрану прав и свобод, в которую включают и их защиту.

По мнению В. Д. Адаменко, охрана – это совокупность правовых и других социальных норм, имеющих государственное начало и регламентирующих предотвращение возможных и ликвидацию существующих нарушений свобод, прав и интересов граждан; реализация института охраны осуществляется через деятельность государства, его властных структур и общественных формирований в отношении всех возможных и участвующих в деятельности субъектов правоотношений¹¹. В. Д. Адаменко, таким образом, в понятии охраны подчеркивает государственное начало и ее реализацию государственными органами.

С. С. Алексеев защиту права рассматривает как государственно-принудительную деятельность, направленную на осуществление «восстановительных» задач – на восстановление нарушенного права, обеспечение юридической обязанности¹². Охранительные правоотношения, указывает С. С. Алексеев, начинают складываться с момента правонарушения (например, с момента совершения преступления)¹³ и при их помощи осуществляются меры юридической ответственности и защиты субъективных прав¹⁴. Иными словами, защита субъективного права осуществляется государственными органами в рамках особых охранительных правоотношений¹⁵. По сути С. С. Алексеев ставит знак равенства между защитой и охраной. Отождествляет защиту человека с его охраной и Ю. Ф. Лубшев¹⁶. В учебниках по гражданскому праву право на защиту рассматривается как субъективное гражданское право, носитель которого использует специальные меры правоохранительного характера¹⁷. Таким образом, защита прав в юридической литературе так или иначе рассматривается в связи с их охраной.

⁷ См.: Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 130–131; Ведяхин В. М., Шубина Т. В. Указ. соч. С. 68.

⁸ См.: Кожевников С. Н. Мера защиты в советском праве. Автореф. дис... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968. С. 4–5; Гаврилов Э. П. Комментарий закона об авторских и смежных правах. М., 1996. С. 217.

⁹ См.: Зинатуллин З. З., Зинатуллин Т. З. Уголовно-процессуальные функции: Учебное пособие. Ижевск, 2002. С. 20.

¹⁰ См.: Парфенова М. В. Охрана конституционных прав подозреваемого и обвиняемого в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2004. С. 6.

¹¹ См.: Адаменко В. Д. Охрана свобод, прав и интересов обвиняемого. Кемерово, 2004. С. 109.

¹² См.: Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 280.

¹³ См.: Там же. Т. 1. С. 329.

¹⁴ См.: Там же. Т. 2. С. 108, 125.

¹⁵ См.: Там же. Т. 1. С. 193.

¹⁶ См.: Лубшев Ю. Ф. Адвокат в уголовном деле. М., 1997. С. 98.

¹⁷ См., напр.: Гражданское право/ Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. ч. 1. СПб., 1996. С. 240.

Конституция РФ употребляет термины как «защита» (ст. 2, 45, 46, 61), так и «охрана» прав и свобод (ст. 5, 41, 52). В ГК РФ (ст. 11, 12, 14, 152, главы 18 и 20), ГПК РФ (ст. 2, 3), КоАП РФ (ст. 1.2), АПК РФ (ст. 2, 41) использован термин «защита». УК РФ (ст. 2), УПК (ст. 11) указывают на охрану прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, в УПК широко и вполне оправдано употребляется термин «защита».

Проблема защиты прав и свобод, их охраны особенно остро встает в уголовном судопроизводстве, где расследуются, рассматриваются и разрешаются дела о нарушениях самых главных, общепризнанных прав и свобод человека и гражданина.

УПК установил принцип охраны прав и свобод человека и гражданина (ст. 11), содержание которого образуют: обязанность суда, прокурора, следователя, дознавателя разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав; обязанность дознавателя, следователя, прокурора и суда в случае согласия лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, дать показания предупредить указанных лиц о том, что их показания могут использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу; принятие судом, прокурором, следователем, органом дознания и дознавателем мер безопасности в отношении потерпевших, свидетелей или иных участников уголовного судопроизводства, а также их близких родственников, родственников или близких лиц; обязанность возмещения вреда, причиненного лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование. Таким образом, охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве по УПК охватывает разъяснение и обеспечение прав участников уголовного судопроизводства, их безопасность и возмещение причиненного им вреда в результате нарушения их прав и свобод в ходе расследования, рассмотрения и разрешения уголовного дела.

В уголовно-процессуальной литературе применяются термины «охрана», «защита», «безопасность». А. М. Ларин синонимами термина «защита» считал «оборону», «охрану», «юридическую помощь», «устранение опасности»¹⁸. Чтобы разобраться в этих понятиях, надо прежде всего установить их этимологическое значение. Оборонять – защищать, отражая нападение противника; оборона – совокупность средств, необходимых для отпора врагу; вид боевых действий, применяемых с целью сорвать или отразить наступление противника, удержать свои позиции и подготовить переход к наступлению¹⁹. Иными словами, оборона предполагает нападение, предъявление претензий, требований, от которых надо защищаться.

Охранять – оберегать, относиться бережно, стеречь²⁰. Защищать – охраняя, оградить от посягательств, от враждебных действий, от опасности, предохранить, обезопасить от чего-нибудь²¹. Охрана прав означает недопущение их нарушения, а защита – не только недопущение нарушения прав, но и ограждение их от посягательств, т. е. охраняют что-то, защищают что-то и от чего-то. Следовательно, в понятие защиты прав входит их охрана, поэтому понятие защиты, полагаю, шире понятия охраны прав.

Безопасность – состояние, при котором не угрожает опасность, есть защита от опасности²². Устранение опасности вытекает из понятия безопасности. Как видим, этимологическое значение слов «оборона», «охрана», «защита», «безопасность» тесно связаны друг с другом,

¹⁸ См.: Ларин А. М. Защита прав человека в уголовном судопроизводстве // Общая теория права/ Руководитель автор, коллектива и отв. ред. докт. Юрид. наук Е. А. Лукашова. М., 1996. С. 171; Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М. Уголовный процесс России: Лекции – очерки/ Под ред. докт. юрид. наук, проф. В. М. Савицкого. М., 1997. С. 161.

¹⁹ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1989. С. 432.

²⁰ Там же. С. 484.

²¹ Там же. С. 228.

²² Там же. С. 47.

но все-таки имеются отличия. В Законе РФ «О безопасности» дается понятие безопасности как состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз (ст. 2), т. е. понятие безопасности тесно связано с понятием защиты.

В ст. 5 УПК не дается понятие юридической помощи, однако УПК разграничивает защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказание им юридической помощи при производстве по уголовному делу (ч. 1 ст. 49).

Юридическая помощь представляет собой помощь, оказываемую профессиональным юристом в уяснении юридических действий, понятий, которые необходимо знать гражданину, а также содействие в реализации последним своих прав и обязанностей. Юридическая помощь может являться частью защиты (более того, защита немыслима без юридической помощи), а может быть самостоятельной деятельностью, например, к юридической помощи во втором значении относится составление адвокатом заявлений, жалоб, разъяснение юридических вопросов, советы гражданам и т. п., если адвокат не ведет дела этих лиц. Такого вида юридическая помощь оказывается адвокатом при участии в допросе свидетеля (ст. 189 УПК), присутствии при обыске, очной ставке (ст. 182, 192 УПК). Когда же он принимает на себя защиту прав и законных интересов гражданина, то юридическая помощь становится неотъемлемой частью этой защиты. Таким образом, понятие юридической помощи связано с понятием защиты, которое однако по своему содержанию значительно шире.

А. М. Ларин под защитой в наиболее общем смысле понимал деятельность, которая состоит в охране личности от незаконных нарушений и ограничений прав, свобод, интересов, в предупреждении этих нарушений и ограничений, а также в возмещении причиненного вреда, если предупредить или отразить нарушение от ограничения не удалось²³. На мой взгляд, понятие защиты является понятием, которое включает в себя охрану прав и свобод, оборону от посягательств на эти права и свободы, безопасность человека и гражданина и юридическую помощь. Защита прав (их защищенность) предполагает недопущение и предупреждение их нарушения, а в случае нарушения прав – их восстановление и возмещение причиненного вреда. В этом смысле в уголовном судопроизводстве защищаются права, свободы и законные интересы всех его участников несмотря на различия выполняемых ими уголовно-процессуальных функций. Кроме того, в уголовном судопроизводстве защищаются об обвинения и неправомерных действий. Потерпевший добивается не только возмещения вреда от преступления; он отстаивает свои законные интересы в ходе всего уголовного процесса, защищает свое доброе имя, репутацию, стремится к справедливому наказанию виновного, активно участвуя в доказывании причиненного ему вреда, требует обеспечения безопасности себя и своих близких, приглашает адвоката как своего представителя. Вся эта деятельность и правоотношения, в которые вступает потерпевший в ходе производства по уголовному делу, охватываются понятием защиты. Иные участники уголовного процесса, в том числе и должностные лица, также защищают свои права и могут требовать обеспечения этих прав.

Е. Г. Мартыничик, В. П. Радьков и В. Е. Юрченко полагают, что функция защиты в уголовном судопроизводстве едина по своей сути и осуществляется всеми участниками процесса²⁴. Следует согласиться с тем, что защита в уголовном процессе едина, но защита как уголовно-процессуальная функция – единственная. Если ст. 51 УПК РСФСР раскрывала содержание данной функции, подчеркивая ее односторонний характер, то в УПК РФ дается только понятие защитника. А что же понимает законодатель под защитой подозреваемых и обвиняемых? Как определить, когда защитник осуществляет их защиту, а когда – нет? Вряд ли на

²³ См.: Ларин А. М. Защита прав человека в уголовном судопроизводстве. С. 169.

²⁴ См.: Мартыничик Е. Г., Радьков В. П., Юрченко В. Е. Охрана прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. Кишинев, 1982. С. 18.

практике будет достаточно ответить на эти вопросы теоретическими рассуждениями. В УПК должно содержаться общее понятие защиты в уголовном судопроизводстве и понятие защиты подозреваемых и обвиняемых как уголовно-процессуальной функции, которую выполняют только подозреваемый, обвиняемый и защитник, хотя к стороне защиты согласно УПК помимо данных участников уголовного процесса относятся также законный представитель подозреваемого и обвиняемого, гражданский ответчик, его законный представитель и представитель. Следует отметить, что учение об уголовно-процессуальных функциях имеет огромное значение, ибо каждый участник уголовного судопроизводства вправе выполнять только ему свойственную функцию, только на него возложенные обязанности и ни один участник не должен неправомерно заменять другого.

Деятельность участников уголовного процесса весьма многогранна и носит разносторонний характер, но указание на выполнение ими ряда функций затрудняет определение специфики процессуального положения того или иного участника уголовного судопроизводства, особенностей его правового статуса и роли в реализации назначения уголовного судопроизводства. Поэтому в уголовном процессе необходимо разграничивать общее понятие защиты прав, свобод, законных интересов его участников и понятие уголовно-процессуальной функции защиты.

Защита в уголовном судопроизводстве – это уголовно-процессуальная деятельность и правоотношения, в которых реализуются и обеспечиваются права, свободы и законные интересы лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве. Право на защиту в уголовном процессе в широком смысле следует понимать как предоставленную законом возможность применять (для государственных органов) или требовать применения (для других участников уголовного процесса) мер правоохранительного и принудительного характера для недопущения неправомерных действий в отношении участников уголовного судопроизводства и восстановления их нарушенных прав. А уголовно-процессуальная функция защиты представляет собой уголовно-процессуальную деятельность и правоотношения, направленные на опровержение или смягчение возникшего подозрения и предъявленного обвинения, выявление обстоятельств, оправдывающих подозреваемого и обвиняемого или смягчающих их ответственность, а также оказание подозреваемому и обвиняемому юридической помощи со стороны защитника. Общее понятие защиты в уголовном процессе включает в себя не только уголовно-процессуальную функцию защиты, но и элементы защиты в других уголовно-процессуальных функциях.

Согласно УПК (п. 45 ст. 5, ч. 2 ст. 15) в уголовном судопроизводстве имеют место только три функции: разрешение уголовного дела, обвинение и защита.

Вопрос о понятии уголовно-процессуальных функций является дискуссионным. Однако следует отметить, что большинство авторов уголовно-процессуальную функцию определяют как направления уголовно-процессуальной деятельности. Представляется, что при таком понимании размываются особенности, сущность уголовно-процессуальных функций, выполняемых различными участниками уголовного судопроизводства, имеющих различное назначение в нем. Под уголовно-процессуальной функцией я понимаю определяемые нормами права, а также ведущей процессуальной обязанностью и целевым установлением прав участников уголовного судопроизводства их специальное назначение и роль, выраженные в соответствующих направлениях уголовно-процессуальной деятельности и видах правоотношений. Сущность уголовно-процессуальной функции состоит в специальном назначении и роли участников уголовного процесса, т. е. для чего предназначен тот или иной участник судопроизводства. Это порождает многообразие уголовно-процессуальных функций, ибо участники уголовного процесса (даже если их относят лишь к стороне обвинения или только к стороне защиты) имеют различное специальное назначение и играют различную роль, которые для профессиональных участников определяются ведущей процессуальной обязанностью. Содержание уголовно-процессуальной функции выражается в различных направлениях уголовно-процессу-

альной деятельности и видах правоотношений, ее форма – установленные законом условия, порядок и последовательность осуществления этих правоотношений и деятельности, воплощенные в соответствующих процессуальных документах.

Теперь рассмотрим как проявляются элементы защиты в различных уголовно-процессуальных функциях. Согласно ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, поэтому защита – одно из направлений деятельности суда и один из видов правоотношений суда, один из элементов содержания функции суда – рассмотрения и разрешения дела. В соответствии со ст. 2 и 45 Конституции РФ государство гарантирует защиту прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации. Суд, прокурор, следователь, дознаватель представляют государство, поэтому они обязаны защищать права и законные интересы участников уголовного процесса. «Содержание защитной функции суда складывается из нескольких элементов: а) предупреждения нарушения прав; б) восстановления нарушенного права; в) отмены подзаконных нормативных актов в случае их противоречия закону (признание их недействительными); г) возмещения ущерба и морального вреда, причиненного гражданину; д) решения вопроса об ответственности нарушителя прав гражданина»²⁵. Специальное же назначение и роль суда в уголовном процессе – рассмотрение и разрешение уголовных дел, что является реализацией государственно-правовой функции суда – осуществления правосудия. В содержание уголовно-процессуальной функции рассмотрения и разрешения уголовного дела входят не только защита прав, свобод, законных интересов участников судебного разбирательства, но и исследование предмета обвинения, обстоятельств, как подтверждающих обвинение, так и опровергающих его, и, самое главное, – решение вопроса о виновности или невиновности подсудимого, а в случае признания подсудимого виновным – определение ему соответствующего уголовного наказания. Форма уголовно-процессуальной функции рассмотрения и разрешения уголовных дел: протокол судебного заседания, определения, постановления, вердикт, приговор, частное определение (постановление).

В УПК следователь указан в числе участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения. Отсюда вполне логично можно сделать вывод, что следователь осуществляет уголовно-процессуальную функцию обвинения. Согласно ч. 1 ст. 38 УПК следователь является должностным лицом, уполномоченным осуществлять предварительное следствие, которое заключается не только в обвинении определенного лица, но и в установлении данного лица, а также обстоятельств, уличающих и оправдывающих обвиняемого, отягчающих и смягчающих его ответственность. Данные обстоятельства входят в предмет доказывания по уголовному делу (п. 5–7 ч. 1 ст. 73 УПК). На всесторонность и объективность предварительного расследования указывается в ч. 2 ст. 154 УПК. Поэтому вряд ли можно утверждать, что специальное назначение следователя – обвинение.

Специальное назначение и роль следователя заключается во всестороннем, полном и объективном установлении, исследовании всех обстоятельств уголовного дела, т. е. в расследовании. Содержание функции расследования образуют уголовное преследование, защита прав и законных интересов участников предварительного расследования, изобличение лиц, совершивших преступление, и привлечение их к уголовной ответственности (обвинение), собирание доказательств как обвинительных, так и оправдательных, выявление обстоятельств, способствовавших совершению преступления. Формой данной функции являются протоколы, постановления, представления, иные процессуальные документы, предусмотренные законом. Здесь следует кратко остановиться на понятии уголовного преследования, которое возродилось в последние годы не только в научной литературе, но и в законодательстве.

²⁵ Каушенов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации // Государство и право. 1998. № 2. С. 69.

М. С. Строгович отождествлял понятия уголовного преследования и обвинения²⁶. И. В. Тыричев обвинение считает формой уголовного преследования²⁷. З. З. Зинатуллин, Т. З. Зинатуллин, З. Д. Еникеев в уголовное преследование включают деятельность по возбуждению уголовного дела, раскрытию преступлений, установлению, розыску подозреваемых и обвиняемых, их изобличению в инкриминируемом преступлении, обоснованию уголовной ответственности и осуждению, а также надлежащему исполнению наказания²⁸. В. П. Божьев делает вывод, что уголовное преследование – это одна из функций уголовного процесса, осуществляемая носителями обвинительной функции (государственным обвинителем, потерпевшим, частным обвинителем)²⁹.

УПК под уголовным преследованием понимает процессуальную деятельность, осуществляемую стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления, а под обвинением – утверждение о совершении определенным лицом деяния, запрещенного законом, выдвинутое в порядке, установленном УПК (п. 22, 55 ст. 5). Однако утверждение о совершении преступления определенным лицом – это тоже деятельность, тем более, когда это утверждение имеет место в составляемых должностным лицом процессуальных документах, судебной речи. В п. 45 ст. 5 УПК указывается функция обвинения (уголовного преследования), т. е. УПК ставит знак равенства между этими функциями. Однако в литературе есть мнение, что «обвинение по своей природе носит исковой характер и выступает предметом той процессуальной деятельности, которая законодателем именуется уголовным преследованием; оно определяет объем и направление этой деятельности. Поэтому именно уголовное преследование, а никак не обвинение, должно считаться уголовно-процессуальной функцией»³⁰.

Из разных значений слова «преследовать» в русском языке наиболее точным для употребления в уголовном процессе имеет следующее его значение: следовать, неотступно следовать, гнаться за кем-нибудь с целью поимки³¹. Исходя из этого, можно сделать вывод, что с момента совершения преступления начинается уголовное (уголовное – потому, что совершено уголовно наказуемое деяние) преследование, которое осуществляют оперативно-розыскные органы (в большей степени) и следователь (начиная с возбуждения уголовного дела). Как только установлено лицо, совершившее преступление, и вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого, уголовное преследование трансформируется в обвинение. И далее в уголовном процессе исследуются обстоятельства, подтверждающие или опровергающие предъявленное обвинение. Обвинение в случае его доказанности превращается в виновность, установленную в приговоре, вступившем в законную силу. Уголовное преследование включает в себя оперативно-розыскную деятельность, поскольку ее результаты допускаются к использованию в уголовном процессе (ст. 89 УПК) и она осуществляется на основании Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», деятельность следователя по возбуждению уголовного дела, установлению лица, совершившего преступление, собиранию доказательств, дающих основания для привлечения лица в качестве обвиняемого, деятельность потерпевшего по изобличению подозреваемого, обвиняемого и поддержанию обвинения в суде, деятельность прокурора по поддержанию обвинения в суде, а также правоотношения, которые складываются в ходе осуществления этой деятельности. Поэтому следует согласиться

²⁶ См.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. Т. 1. М., 1968. С. 189.

²⁷ См.: *Уголовный процесс: Учебник для вузов/ Под общ. ред. Проф. П. А. Лупинской.* М., 1995. С. 48.

²⁸ См.: *Зинатуллин З. З., Зинатуллин Т. З.* Общие проблемы обвинения и защиты по уголовным делам. Ижевск, 1997. С. 7–8; *Еникеев З. Д.* Уголовное преследование. Уфа, 2000. С. 8–9; *Зинатуллин З. З., Зинатуллин Т. З.* Уголовно-процессуальные функции. С. 28–29.

²⁹ См.: *Уголовный процесс / Под ред. В. П. Божьева: Учебник.* М., 2005. С. 23.

³⁰ *Василенко Л. А.* Производство по делам частного обвинения. Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2005. С. 7.

³¹ См.: *Ожегов С. И.* Указ. соч. С. 583.

с утверждением о том, что уголовно-процессуальной функцией является уголовное преследование, хотя в УПК оно не называется функцией (ч. 2 ст. 15). Обвинение же представляет собой основное содержание данной уголовно-процессуальной функции. Формой функции уголовного преследования являются постановления, протоколы, ходатайства, заявления, судебная речь.

Несколько сложнее определить уголовно-процессуальную функцию прокурора. О назначении прокуратуры в Конституции не указано. Согласно ст. 2 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» прокуратура представляет собой единую федеральную, централизованную систему органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации. Таким образом, специальное назначение и роль прокуратуры в РФ – надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов³². Причем одной из целей прокурорской деятельности является обеспечение прав и свобод граждан (ч. 1 ст. 2 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»). Если принят закон, действующий на всей территории РФ, то перед ним все равны (ст. 19 Конституции РФ); он должен исполняться всеми органами государства и местного самоуправления, должностными лицами и гражданами. И кто-то должен надзирать (наблюдать с целью присмотра, проверки)³³ за исполнением законов, для чего и существует прокуратура.

Согласно ч. 1 ст. 37 УПК прокурор, являясь должностным лицом, уполномочен в пределах своей компетенции, установленной УПК, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия. Тем самым государство уполномочило прокурора – официально предоставило, дало право ему осуществлять функцию уголовного преследования. Но так ли это? Деятельность прокурора в уголовном процессе носит должностной, официальный (публичный) характер. Следовательно, в силу публичности (официальности) прокурор обязан выполнить возложенные на него полномочия. Осуществляя уголовное преследование в любой форме, прокурор добивается восстановления нарушенных прав граждан (в том числе и самого обвиняемого), а также охраняемых законом интересов общества и государства, т. е. защищает их, требует исполнения законов. Поэтому прав В. С. Джатиев, который считает, что от обвинения можно не только защищаться, но с его помощью и защищать субъективные права и законные интересы обвиняемого³⁴.

Обвиняя, прокурор тем самым защищает потерпевшего, общество, государство от последствий преступных посягательств. Однако при этом он, являясь в суде представителем государства, защищает также (и обязан защищать) права и законные интересы подсудимого. Прокурор в силу своего должностного положения обязан реагировать на любые нарушения закона «с точки зрения единой российской законности, не вмешиваясь во внутренние функции правоприменяющего (в т. ч. судебного) органа»³⁵.

Обжалование приговора, постановления, определения суда представляет собой правовую форму реагирования на незаконные и необоснованные судебные решения. Если прокурор вносит представление в вышестоящий суд об отмене или изменении обвинительного приговора в пользу обвиняемого, какую уголовно-процессуальную функцию в данном случае он выполняет? Уголовного преследования? Обвинения? Но прокурор в своем представлении и

³² По мнению В. Радченко, прокуратура не должна выполнять функции надзора, она должна осуществлять от имени государства уголовное преследование, а также защищать его публичные интересы путем обращения в независимый суд. См.: Радченко В. Судебную власть – в центр правовой реформы // Российская юстиция. 1999. № 10. С. 41.

³³ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 377.

³⁴ См.: Джатиев В. С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе. Орджоникидзе, 1987. С. 42.

³⁵ Амирбеков К. Проблемы правового статуса прокуратуры России в судебных стадиях уголовного процесса // Уголовное право. 2003. № 1. С. 63.

выступлении в вышестоящем суде не изобличает осужденного, не утверждает о совершении им преступления, а «совсем даже наоборот». Полагаю, что и в этом случае прокурор стремится к тому, чтобы был исполнен закон, восстановлены нарушенные права и законные интересы участников уголовного процесса, в том числе и обвиняемого (осужденного).

Согласно ч. 7 ст. 246 УПК полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей его части по основаниям, предусмотренным п. 1 и 2 ч. 1 ст. 24 и п. 1 и 2 ч. 1 ст. 27 УПК РФ. Такой отказ может иметь место, как указано в законе, в ходе судебного разбирательства, а исходя из смысла ч. 7 ст. 246 УПК, – в ходе судебного следствия. Постановлением Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. п. 7 ст. 246 УПК признан не противоречащим Конституции РФ, поскольку предполагается, что полный или частичный отказ государственного обвинителя об обвинения, влекущий прекращение уголовного дела, должен быть мотивирован со ссылкой на предусмотренные законом основания, а вынесение судом решения, обусловленного соответствующей позицией государственного обвинителя, допустимо лишь по завершении исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнения участников судебного заседания со стороны обвинения и защиты, и что законность, обоснованность и справедливость такого решения возможно проверить в вышестоящем суде. Однако закон не обязывает прокурора принимать участие в исследовании всех доказательств, представленных по делу. Поэтому он вправе заявить отказ от обвинения и тогда, когда вся представленная совокупность доказательств обвинения и защиты не исследована на судебном следствии. Если государственный обвинитель заявил отказ от обвинения, а значимые для этого материалы дела исследованы не все, что должен делать суд? Продолжить исследование данных материалов? А какой смысл в этом, если суд в любом случае обязан будет прекратить уголовное дело или уголовное преследование? Если отказ прокурора от обвинения был необоснованным, незаконным, а суд прекратил уголовное дело, то уголовное судопроизводство не выполнило своего назначения. Кроме того, в такой ситуации вряд ли будет убедительным утверждение о том, что судьи независимы и подчиняются не прокурору, а только Конституции РФ и федеральному закону. Говорить о том, что в случае отказа прокурора от обвинения нет предмета судебного разбирательства, не корректно. Предмет судебного разбирательства – предъявленное обвинение имеет место, ибо обвинение предъявлено следователем, а не прокурором. И суд, независимо от мнения сторон, обязан рассмотреть его и разрешить дело по существу, т. е. признать гражданина, привлеченного к уголовной ответственности, виновным или невиновным. Прокурор вправе иметь свое мнение и вправе отказаться от обвинения (что он может сделать в прениях сторон), но суд должен быть свободен в оценке всех доказательств и не связан формальным признаком – отказом прокурора от обвинения.

По сути дела и в судебных стадиях уголовного процесса, как и в стадии предварительного расследования, специальное назначение и роль прокурора – надзор за исполнением законов специальными, установленными законом средствами. В этом заключается сущность уголовно-процессуальной функции прокурора. «В судебном разборе прокуратура исключительно как орган закона выступает»³⁶. Содержание уголовно-процессуальной функции прокурора – надзора за соблюдением Конституции РФ и исполнением законов образуют: уголовное преследование в виде возбуждения уголовного дела, требования привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших преступление, и поддержания обвинения в суде, а также отказ от обвинения, защита прав, свобод и законных интересов граждан, охраняемых законом интересов общества и государства, обжалование незаконных и необоснованных приговоров и иных судебных решений. Прокурор не вредит независимости суда. Он же не может диктовать суду,

³⁶ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. Т. 1. СПб., 1996. С. 530.

что и как делать, какие решения принимать. Прокурор обязан доводить до сведения суда свое мнение с точки зрения закона, как он это понимает. «Прокуратура – это неустанный страж закона, не опускающий рук воин, недремлющее око, отыскивающее нарушителей права и требующее им законной кары»³⁷. Суд же вправе самостоятельно принять решение и дать оценку мнению прокурора. К сожалению, некоторые суды понимают свою независимость как независимость не только от мнения участников процесса, но и от требований закона, этики, уважения граждан, обращающихся в суд со своими проблемами. Поэтому роль прокурора как стража законности должна возрастать.

Итак, элементы защиты имеют место и в уголовно-процессуальной функции прокурора, но уголовно-процессуальную функцию защиты он не осуществляет. Форма функции прокурорского надзора в уголовном процессе: постановление, согласие, санкция, утверждение, письменные указания, ходатайства, заявления, судебная речь, представление.

В уголовном процессе следует различать защиту подозреваемого, обвиняемого и защиту потерпевшего. Защита подозреваемого, обвиняемого составляет содержание уголовно-процессуальной функции защиты: 1) опровержение или смягчение возникшего подозрения, предъявленного обвинения; 2) выявление обстоятельств, оправдывающих подозреваемого и обвиняемого или смягчающих их ответственность; 3) юридическая помощь подозреваемому, обвиняемому. Форма данной функции: ходатайства, заявления, следственные действия, жалобы, судебная речь. А защиту потерпевшего, полагаю, следует именовать уголовно-процессуальной функцией охраны прав и законных интересов потерпевшего, чтобы не путать с вышеуказанной уголовно-процессуальной функцией. Тем более, что главным для потерпевшего является восстановление его нарушенных прав, его безопасность, недопущение нарушений его прав, свобод, законных интересов в ходе уголовного судопроизводства, т. е. его в уголовном процессе следует оберегать, охранять. Содержание данной функции: выяснение обстоятельств, уличающих обвиняемого или отягчающих его ответственность (обвинение), выявление нарушений прав и законных интересов потерпевшего и реагирование на них в установленном законом порядке; выяснение обстоятельств, положительно характеризующих личность и поведение потерпевшего; выяснение и обоснование обстоятельств, подтверждающих причиненный потерпевшему вред и принятие мер к его возмещению или денежной компенсации. Форма: ходатайства, заявления, жалобы, судебная речь.

Побочная (дополнительная к функциям обвинения и защиты, в чем и проявляется сущность данной функции) уголовно-процессуальная функция, которую осуществляет гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, законный представитель, заключается в поддержании гражданского иска или возражении против предъявленного иска, защите прав и законных интересов потерпевшего или обвиняемого и тем самым защищаются права и законные интересы гражданского истца и гражданского ответчика, потерпевшего, обвиняемого. Форма этой функции: исковое заявление, возражение на него, ходатайства, жалобы, судебная речь.

Сущность вспомогательной уголовно-процессуальной функции – помощь государственным органам в расследовании, рассмотрении и разрешении дел; ее содержание образуют самые различные действия участников этой функции и правоотношения, в которые они вступают с государственными органами и иными участниками уголовного процесса. Форма вспомогательной уголовно-процессуальной функции – процессуальные формы реализации прав и обязанностей ее носителей. Данную функцию выполняют перечисленные в главе 8 УПК иные участники уголовного судопроизводства: свидетель, эксперт, специалист, переводчик, понятой и не указанный в этой главе секретарь судебного заседания (ст. 245 УПК). Не указан в главе 8 УПК и такой участник уголовного процесса, как адвокат свидетеля (п. 6 ч. 4 ст. 56, ч. 5 ст. 189, 192

³⁷ Плевако Ф. Н. Речи. М., 1912. С. 174.

УПК), и адвокат того лица, в помещении которого производится обыск (ч. 11 ст. 182), хотя они тоже так или иначе принимают участие в уголовном судопроизводстве, а адвокат свидетеля – активное участие.

В соответствии с ч. 5 ст. 189 УПК адвокат приглашается свидетелем для оказания последнему юридической помощи. Адвокат присутствует на допросе и пользуется правами, предусмотренными ч. 2 ст. 53 УПК, т. е. правами защитника, участвующего в производстве следственного действия, а именно: давать свидетелю в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы свидетелю, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе допроса. По окончании допроса адвокат вправе делать заявления о нарушениях прав и законных интересов свидетеля, которые подлежат занесению в протокол допроса. Таким образом, при допросе свидетеля адвокат наделен широкими правами, вступает в правоотношения со свидетелем и следователем и, следовательно, не считать его участником уголовного процесса нельзя. Однако в отличие от всех других участников уголовного судопроизводства адвокат участвует лишь эпизодически в уголовном процессе и не осуществляет никакой уголовно-процессуальной функции, он призван быть независимым профессиональным советником свидетеля по правовым вопросам (ч. 1 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»³⁸) и оказывать квалифицированную юридическую помощь свидетелю в целях защиты его прав, свобод и интересов (ч. 1 ст. 1 Федерального закона). В таком же качестве адвокат выступает при производстве обыска, когда его пригласило лицо, в помещении которого производится обыск. Участие адвоката в данном следственном действии сводится лишь к присутствию при производстве обыска. Никакими правами при этом он законом не наделен. Но тем не менее адвокат также оказывает юридическую помощь в целях защиты прав, свобод и законных интересов того лица, в помещении которого производится обыск. Он может проверить правовые основания обыска, а также соблюдение следователем своих обязанностей во время проведения обыска: не допускать повреждения имущества, оглашения выявленных в ходе обыска обстоятельств частной жизни лица, в помещении которого был произведен обыск, его личной и (или) семейной тайны, а также обстоятельств частной жизни других лиц. Поскольку копия протокола обыска вручается лицу, в помещении которого был произведен обыск, постольку адвокат вправе знакомиться с этой копией. Вносить какие-либо замечания в протокол адвокат от своего имени не вправе. Он может посоветовать лицу, в помещении которого производился обыск, внести определенные замечания в протокол.

Свидетель и лицо, в помещении которого производится обыск, вправе пригласить адвоката только для участия в допросе, очной ставке и обыске. В соответствии с ч. 1 ст. 25 Федерального закона адвокатская деятельность осуществляется на основе соглашения между адвокатом и доверителем. Следовательно, свидетель и вышеуказанное лицо являются доверителями. Согласно п. 5 ч. 2 ст. 2 Федерального закона, оказывая юридическую помощь, адвокат участвует в качестве представителя или защитника доверителя в уголовном судопроизводстве. Однако в УПК даже не упоминается представитель или защитник свидетеля или лица, в помещении которого производится обыск. Защитником или представителем кого может быть адвокат в уголовном судопроизводстве, четко установлено в УПК, а именно: подозреваемого, обвиняемого (ст. 49); потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя (ст. 45); гражданского ответчика (ст. 55). Таким образом, адвокат свидетеля и лица, в помещении которого производится обыск, является именно и только адвокатом, а не защитником и не представителем. Поскольку он согласно УПК не является участником уголовного судопроизводства, то свою деятельность он осуществляет на основании Федерального закона.³⁹

³⁸ В дальнейшем будет именоваться «Федеральный закон».

³⁹ По вопросу о правовом статусе адвоката свидетеля в литературе имеются различные суждения. См.: Соловьев А. Раз-
17

В Конституции РФ указывается на государственную защиту прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 45), их судебную защиту (ч. 1 ст. 46), самозащиту (ч. 2 ст. 45), внутригосударственные средства правовой защиты и межгосударственные органы по защите прав и свобод человека и гражданина (ч. 3 ст. 46), а так же квалифицированную юридическую помощь (ч. 1 ст. 48). Правовая защита – это защита, урегулированная нормами права, поэтому все виды защиты, которые имеют место в уголовном процессе, являются правовой защитой. Судебная защита – разновидность государственной, правовой защиты; самозащита – личная защита, а квалифицированная юридическая помощь – профессиональная защита.

В демократическом государстве всех граждан в первую очередь и главным образом должно защищать государство. Каким бы свободным не было общество, свобода не может быть беспредельной; она должна ограничиваться законом в интересах каждого в отдельности и всего общества в целом. «Свобода сама себя упраздняет, если она не ограничена. Неограниченная свобода означает, что сильный человек свободен запугать того, кто слабее, и лишить его свободы. Именно поэтому мы требуем такого ограничения свободы государством, при котором свобода каждого человека защищена законом. Никто не должен жить за счет милосердия других, все должны иметь право на защиту со стороны государства»⁴⁰.

О. А. Зайцев под государственной защитой участников уголовного процесса понимает осуществление уполномоченными на то государственными органами предусмотренных законодательством мер безопасности, правовой и социальной защиты, применяемых при наличии угрозы посягательств на их жизнь, здоровье, телесную неприкосновенность, имущество, честь и достоинство указанных лиц в связи с их деятельностью в сфере судопроизводства⁴¹. По сути такое понимание государственной защиты ограничивается мерами безопасности участников уголовного процесса (ч. 3 ст. 11 УПК). Однако государство в лице своих органов обязано защищать граждан не только тогда, когда в уголовном процессе имеются достаточные данные о возможных преступных и иных посягательствах на них, но и обеспечивать реализацию участниками уголовного судопроизводства своих прав при производстве по уголовному делу.

Попытки определить виды защиты в уголовном судопроизводстве предпринимались Е. Г. Мартыничком, В. П. Радьковым, В. Е. Юрченко, которые выделяли: 1) защиту от подозрения и необоснованного ограничения личной свободы; 2) защиту от обвинения, а также личных и имущественных прав; 3) защиту прав и интересов потерпевшим, гражданским истцом и гражданским ответчиком; 4) осуществление защиты или представительства интересов других субъектов уголовного процесса сообразно с процессуальным статусом защищаемого (обвиняемый, подсудимый) либо представляемого (потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик)⁴². Таким образом, данные авторы различают виды защиты по участникам уголовного процесса, которые имеют либо защищают (представляют) самостоятельный процессуальный интерес.

М. М. Михеенко выделяет такие виды защиты: а) личную; б) вспомогательную, которую осуществляют представители гражданского истца и гражданского ответчика, а также законные представители; в) должностную, которая возложена законом на государственные органы и лиц,

решает ли УПК РСФСР участие адвоката в допросе свидетеля // Уголовное право. 2001. № 4. С. 71; Шейфер С. А. Обновление правовой регламентации по УПК РФ: шаг вперед? // Государство и право. 2004. № 12. С. 38; Безлепкин Б. Т. Уголовный процесс России. М., 2003. С. 89; Чувашова Н. С. Адвокат должен быть признан участником уголовного судопроизводства // Адвокатура и адвокатская деятельность в свете современного конституционного права. К 10-летию принятия Конституции России / Материалы международной научно-практической конференции. Екатеринбург, 2004. С. 203; Арабули Д. Т. Теоретические и практические основы регулирования процессуального положения и деятельности адвоката – нового участника уголовного судопроизводства. СПб. – Челябинск, 2006. С. 7–18.

⁴⁰ Поннер К. Открытое общество и его враги. Т. П. Время лжепророков: Гегель, Маркс и другие оракулы. М., 1992. С. 145.

⁴¹ См.: Зайцев О. А. Государственная защита участников уголовного процесса. М., 2002. С. 27.

⁴² См.: Мартыничек Е. Г., Радьков В. П., Юрченко В. Е. Указ. соч. С. 19.

ведущих процесс⁴³. Должностная защита – это не что иное, как государственная защита. Указанная М. М. Михеенко вспомогательная защита, может быть не только личной, но и профессиональной, когда она осуществляется адвокатом – представителем потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика. Если подозреваемого (обвиняемого) защищает адвокат, то такая защита также является профессиональной. Согласно ч. 2 ст. 49 УПК по определению или постановлению суда в качестве защитников могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый; при производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката. Эти же лица вправе быть представителями потерпевшего, гражданского истца, частного обвинителя, гражданского ответчика (ст. 45, 55 УПК). Полагаю, что защиту, осуществляемую вышеуказанными лицами (кроме адвоката), следует именовать вспомогательной (подсобной, дополнительной).

Участие общественности в УПК устранено «каленным железом». Нет представителей общественности в судебном разбирательстве, нет общественного поручительства, нет народных заседателей, нет и общественной защиты. Общественность в уголовном судопроизводстве представлена лишь в лице присяжных заседателей, которые участвуют по весьма незначительному количеству дел. Таким образом, в настоящее время УПК ориентирует граждан на принцип индивидуализма – «каждый умирает в одиночку». И если трудовой коллектив, общественное объединение пожелают защитить своего коллегу, они не вправе это осуществить. Поэтому правильно Уполномоченный по правам человека в РФ В. П. Лукин предлагает ввести институт общественных защитников в судебных заседаниях и восстановить институт заседателей (там, где нет присяжных, обязательно должны быть два заседателя, соответствующим образом избранные)⁴⁴. Суды Челябинской области вопреки УПК допускают участие в судебных заседаниях представителей общественности, что, разумеется, является незаконным, но крайне необходимым на практике. Тем более, если государственная власть заинтересована в становлении и развитии гражданского общества, вовлечении представителей народа в управление государственными делами, то крайне важно предоставить общественности право участия в судебном заседании, в том числе и в качестве общественного защитника.

Итак, в настоящее время, при производстве по уголовному делу следует различать государственную защиту (ее субъекты – органы государства, должностные лица); личную (субъекты – подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и иные участвующие в уголовном процессе лица); профессиональную (субъект – адвокат); вспомогательную (субъекты – законные представители, близкие родственники, иные лица).

Профессиональная защита по уголовным делам представляет собой уголовно-процессуальную деятельность адвоката и уголовно-процессуальные правоотношения, в которые он вступает в ходе реализации этой деятельности, направленные на защиту граждан, участвующих в уголовном процессе. Профессиональная защита в уголовном судопроизводстве осуществляется адвокатом в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого, представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, частного обвинителя и независимого профессионального советника по правовым вопросам свидетеля и лица, в помещении которого производится обыск.

В уголовном процессе важно в равной степени и ЧТО, и КАК защищать, поэтому требуется определить предмет и пределы (средства) защиты. Предмет защиты означает то, на что она

⁴³ См.: *Михеенко М. М.* Обеспечение участвующим в деле лицам права на защиту их законных интересов как принцип советского уголовного процесса // Проблемы правового статуса личности в уголовном процессе: Сборник. Саратов, 1981. С. 54–55.

⁴⁴ См.: *Негаев В.* Владимир Лукин: Вижу, слышу, говорю. Уполномоченный по правам человека в РФ готовит адвокатов для бедных // Российская газета. 2004. 6 июля.

направлена, а пределы – границы (рамки) защиты, т. е. какими средствами может осуществляться защита, когда она является допустимой, правомерной и чем может быть ограничена.

В. Д. Адаменко различает предмет защиты обвиняемого и предмет права на защиту. В предмет защиты он включает субъективные интересы (как законные, так и незаконные), реально и мнимо нарушенные права обвиняемого, а право на защиту распространяет не на весь предмет защиты, а лишь на ту его часть, которая способствует всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств дела, поэтому предметом права на защиту обвиняемого, по его мнению, служат его законные субъективные интересы и реально нарушенные субъективные права⁴⁵. Поскольку вся защита в уголовном процессе может и должна носить только правовой характер (быть правовой защитой), постольку представляется, что нет необходимости выделять предмет защиты и предмет права на защиту в отношении обвиняемого, ибо защита является выражением, реализацией права на защиту и защищать в уголовном судопроизводстве можно только то, что дозволено законом и вытекает из его требований. Поэтому ч. 3 ст. 47 УПК устанавливает, что обвиняемый вправе защищать свои права и законные интересы. Таким правом по УПК подозреваемый не наделен, хотя все содержание УПК свидетельствует о том, что законодатель в осуществлении защиты фактически уравнил в правах подозреваемого с обвиняемым.

Согласно ст. 45 и 46 Конституции РФ государственной, судебной защите подлежат права и свободы человека и гражданина. Означает ли это, что другие виды защиты в уголовном процессе (профессиональная, личная, вспомогательная) имеют другой предмет защиты? Полагаю, что нет, так как предмет правовой защиты один и един; он не может меняться в зависимости от того, кто осуществляет защиту.

В литературе никто не оспаривает того, что предмет защиты образуют права и свободы человека и гражданина. Спор идет лишь о том, входят ли в предмет защиты законные интересы. Конституция РФ пользуется таким термином (п. 2 ст. 36, п. 3 ст. 55). О законных интересах упоминается в ГК РФ (ст. 1), ГПК РСФСР (ст. 2, 3), КоАП РФ (ст. 1.2), АПК РФ (ст. 4), Семейном кодексе (ст. 17, 56), Федеральном законе РФ «О прокуратуре Российской Федерации» (ст. 1). УК РФ широко использует термин «законные интересы» и в многие составы преступления включено причинение вреда не только правам, но и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства (ст. 136, 201, 202, 2226 и др.). В УПК, как уже упоминалось, установлено, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления, а обвиняемый вправе защищать свои права и законные интересы.

Абсолютное большинство авторов в предмет защиты включает не только права и свободы, но и законные интересы⁴⁶. Если раньше в уголовно-процессуальной литературе разрабатывалась проблема законных интересов, то в настоящее время им почти не уделяется внимания. Довольно полно были исследованы законные интересы обвиняемого⁴⁷. Законным интересам других участников процесса совсем не уделялось внимания или весьма мало⁴⁸. В последние годы включают в предмет защиты любые интересы личности, а не только законные⁴⁹.

⁴⁵ См.: Адаменко В. Д. Предмет и сущность защиты обвиняемого. Томск, 1983. С. 112–115.

⁴⁶ См., напр.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1995. С. 293; Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 191; Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. С. 330; Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 111–112; Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 303; Малько А. В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4. С. 60.

⁴⁷ См.: Элькин П. С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе // Вопросы защиты по уголовным делам: Сборник статей / Под ред. докт. Юрид. наук, проф. П. С. Элькин. Л., 1967. С. 32; Перлов И. Д. Право на защиту. М., 1969. С. 30; Алексеев Н. С., Лукашевич В. З. Ленинские идеи в советском уголовном судопроизводстве. Л., 1970. С. 149; Либус И. Охрана прав личности в уголовном процессе. Ташкент, 1975. С. 4–5; Стецовский Ю. И. Советская адвокатура. М., 1989. С. 250–251.

⁴⁸ См.: Макарова З. В. Уголовно-процессуальные гарантии прав и законных интересов потерпевшего // Юридические

Согласно ч. 1 ст. 49 УПК защитник осуществляет защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых. Таким образом, обвиняемый – человек, не имеющий не только юридического образования, но и чаще всего не знающий законов, не разбирающийся даже в самых простых юридических вопросах, должен определить законность или незаконность своих интересов, ибо он вправе защищать лишь свои законные интересы (ч. 3 ст. 47 УПК). А защитник, в качестве которого по абсолютному большинству дел участвуют только адвокаты – профессиональные юристы, обязанные хорошо знать все законы и исполнять их, вправе осуществлять защиту любых интересов подозреваемого и обвиняемого, в том числе и незаконных. Еще один из многочисленных парадоксов нашего УПК.

Между правами и интересами существует тесная связь, но тем не менее они имеют различия, поэтому не случайно раздел VII главы IX-а Уголовно-процессуального кодекса Австрии называется «Права и интересы нарушителя».

В уголовном процессе имеют место различные интересы. Среди них есть такие, которые необходимо защищать. Какие же это интересы? В литературе дается однозначный ответ: законные. «В отличие от "интереса вообще" законный интерес основан на таком поведении государства, которое допускает возможность реализации данного интереса субъектом»⁵⁰. Законные интересы – это не права, не свободы, они не охватываются их содержанием, однако носят характер правового дозволения и закрепляются не только в конкретных правовых предписаниях, но и в общих принципах права⁵¹. В правах и свободах уже выражен определенный интерес, но помимо этого интерес может иметь самостоятельное значение. Так, в принципах уголовного процесса отражены известные интересы. Например, в принципе гласности закреплён интерес, потребность гражданина в том, чтобы его дело рассматривалось открыто, было доступно для общественного ознакомления и обсуждения с тем, чтобы общественность могла убедиться, виновен или не виновен гражданин, нарушены или не нарушены его права и свободы, защищены они или нет, справедливы ли ход судебного разбирательства и его результаты. В наше время значение такого законного интереса приобретает столь важное значение, что и в Конституции РФ и УПК следует предусмотреть право каждого на гласное и справедливое судебное разбирательство. Данное право установлено статьей шестой Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая ратифицирована Россией 5 мая 1998 г. Исключения из принципа гласности также отражают законные интересы участников уголовного процесса. Сведения конфиденциального характера, а также те, которые касаются частной, интимной жизни гражданина, не должны подвергаться публичному обсуждению. Данный интерес вытекает из требований ст. 23 Конституции РФ и ст. 241 УПК.

Сначала возникают интересы, потребности, которые требуют правового закрепления. Они могут «перерасти» в права и свободы, а могут и остаться интересами, охраняемыми законом и выраженными в правовых принципах. Понятие интереса в праве может употребляться только в смысле нужды, потребности⁵². Потребности участника уголовного судопроизводства могут быть всевозможными, в том числе напрямую и не связанные с правами и свободами.

гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. Тематический межвуз. сборник. Вып. 1. Ярославль, 1975. С. 85; Макарова З. В., Шимановский В. В. Охрана прав и законных интересов потерпевшего – важная задача уголовного судопроизводства // Проблемы укрепления социалистической законности и правопорядка: Сборник. Куйбышев, 1979. С. 95.

⁴⁹ См., напр.: Ларин А. М. Защита прав человека и гражданина в уголовном судопроизводстве. С. 169.

⁵⁰ Саумяк О. П., Экимов А. И. Споры вокруг законных интересов; Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория. СПб., 2004. // Правоведение. 2005. № 2. С. 220.

⁵¹ См.: Витрук Н. В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 114; Он же. Социалистическая демократия и статус личности // Демократия и правовой статус личности. М., 1987. С. 74; Матузов Н. И. Указ. соч. С. 123; Лукашева Е. А. Социалистическое право и личность. М., 1987. С. 60–61; Она же. Права человека: понятие, сущность, структура // Общая теория прав человека. М., 1996. С. 30.

⁵² См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 252.

Но следует ли разграничивать законные и незаконные интересы? Необходимо ли выделять законные интересы или достаточно обойтись понятием «интересы»? В Основных положениях о роли адвокатов, принятых восьмым конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г.⁵³, речь идет об интересах клиента. Однако ст. 15 данного положения гласит: «Адвокат всегда должен быть лояльным к интересам своего клиента». Что это означает? Слово «лояльный» в русском языке имеет два значения: 1) держащийся в границах законности (иногда только внешне, формально); 2) корректно, благожелательно относиться к кому-либо⁵⁴. Отсюда следует, что адвокат по отношению к интересам клиента должен держаться в границах законности и быть корректным, благожелательным. В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона адвокат обязан честно, разумно, добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя.

Таким образом, законность является определяющим фактором и в отношении того, какой интерес обязан защищать адвокат. «Законный интерес – это отраженное в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определенной степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлении субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам, в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным»⁵⁵. Защита от подозрения, обвинения, неправомерных действий и посягательств – это не только защита прав и свобод подозреваемого, но и защита их законных интересов, которые не всегда совпадают с субъективным правом и не всегда полностью охватываются им.

По мнению Э. Ф. Куцовой, право обвиняемого на защиту – это право на защиту его законных интересов⁵⁶, под которыми она понимает существенные интересы обвиняемого, выраженные в нормах права, поэтому не всякий личный интерес обвиняемого является законным⁵⁷. Но интересы обвиняемого могут быть не только выражены в нормах права, но и вытекать из них. Прав А. В. Малько, который считает, что законный интерес – это юридическое дозволение, имеющее в отличие от субъективного права характер правового стремления⁵⁸, правовой возможности⁵⁹. Из этого следует, что необходимо разграничивать понятия права и законного интереса в уголовном процессе.

В. М. Корнуков под законными интересами личности понимает стремления и желания участников уголовного судопроизводства достичь социально-значимых и полезных для них результатов, которые дозволены в иной правовой форме либо вовсе не нашедшие отражения в законе, но не противоречащие нормам уголовно-процессуального права и общеправовым принципам⁶⁰. Таким образом, он рассматривает законные интересы как определенное дозволение, сочетающее в себе единство личного и социально-значимого (общественного).

Представляется, что нет необходимости различать два вида интересов обвиняемого: стремление защищаться – материальный интерес, который всегда законен, и стремление использовать те или иные средства защиты – процессуальный интерес, который в некоторых случаях может быть незаконным⁶¹, т. е. законность интересов обвиняемого определяется не

⁵³ В дальнейшем будут именоваться «Основные положения о роли адвокатов».

⁵⁴ См.: Современный словарь иностранных слов. М., 1992. С. 348.

⁵⁵ Малько А. В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение, 1998, № 4. С. 62. О законных интересах см. также: Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория. СПб., 2004.

⁵⁶ См.: Куцова Э. Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе (предмет, цель, содержание). М., 1973. С. 23.

⁵⁷ Там же. С. 53.

⁵⁸ См.: Малько А. В. Указ. соч. С. 68.

⁵⁹ Там же. С. 64.

⁶⁰ См.: Корнуков В. М. Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. Саратов, 1987. С. 85.

⁶¹ См.: Бойков А. Д. Проблемы адвокатской этики // Роль и задачи советской адвокатуры. М., 1972. С. 185; *Он же*. Этика

предметом защиты, а средствами защиты. Тем самым некоторые авторы связывают понятие законного интереса обвиняемого с законными средствами защиты, т. е. интерес обвиняемого осуществлять защиту законными средствами и способами всегда является законным⁶². Из данного утверждения следует, что защите может подлежать и такой интерес, который не только не является социально-значимым, а даже противоречит ему. Адвокат-защитник в этом случае превращается в помощника обвиняемого, подыскивающего законные средства защиты всех и всяких интересов последнего и тем самым он встает «на опасную для защитника дорогу, на которой руководящей нитью служит не вопрос, что защищать, а лишь то, как защищать»⁶³.

Ю. Ф. Лубшев хотя и связывает понятие законных интересов с законными средствами и способами защиты, однако под законными понимает только те интересы человека, которые пользуются охраной норм права и признаны им⁶⁴. Законный интерес участника уголовного процесса может и не находиться под охраной норм права, ему может противостоять «лишь общая юридическая обязанность уважать его, не нарушать его, поскольку и сам он представляет собой правовую возможность общего характера»⁶⁵.

Н. Н. Полянский под интересами личности, гармонирующими с интересами общества, понимал правильно понятые законные интересы личности⁶⁶. Он писал: «В самом выражении "законные интересы" заключается признание первенства интересов общества: законные интересы – это интересы, признанные велениями или запретами социалистического государства, выражающего волю общества»⁶⁷. В настоящее время нельзя согласиться с таким утверждением. Согласно ст. 2 Конституции РФ высшей ценностью является не общество и не государство, а человек. Следовательно, и в понятии законного интереса должно быть отражено приоритетное положение человека и гражданина.

В Законе РФ «О безопасности» дается понятие жизненно важных интересов как совокупности потребностей, удовлетворение которых обеспечивает существование и возможность прогрессивного развития личности, общества и государства. Законные интересы участников уголовного процесса – это такие жизненно важные интересы (потребности) личности, которые носят характер правовой возможности, не противоречат закону, вытекают из его требований, а также не нарушают права, свободы и законные интересы иных граждан и охраняемые законом интересы общества и государства. Например, обвиняемый стремится к тому, чтобы не быть осужденным, а тем более наказанным за преступление, которое он не совершал. Эти потребности личности не противоречат закону. Граждане, общество и государство также заинтересованы в том, чтобы был осужден именно тот, кто действительно совершил преступление, чтобы виновный был наказан, а невиновный оправдан. Или: обвиняемый нуждается в том, чтобы не нарушалось его право на защиту. Данный интерес не посягает на права и свободы других участников уголовного процесса, не противоречит закону и вытекает из требований ст. 45, 48 Конституции РФ и ст. 16 УПК.

У потерпевшего есть потребность в том, чтобы ему был возмещен или компенсирован в денежной форме причиненный преступлением вред. Такой интерес потерпевшего является правовой возможностью, законным интересом (ст. 52 Конституции РФ и ст. 309 УПК).

профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978. С. 62; См. также: *Адаменко В. Д.* Охрана свобод, прав и интересов обвиняемого. Кемерово, 2004. С. 61–62.

⁶² См.: *Синайский Э. Д.* Развитие этических основ в деятельности адвоката // Материалы научно-практической конференции «Об эффективности судебной защиты» (февр. 1966), М., 1966. С. 84–85; *Либус И.* Охрана прав личности в уголовном процессе. Ташкент, 1985. С. 8; *Зайцев О. А., Смирнов П. А.* Подозреваемый в уголовном процессе. М., 2005. С. 86–87.

⁶³ *Кони А. Ф.* Собр. соч.: В 8 т. Т. 1. М., 1966. С. 306.

⁶⁴ См.: *Лубшев Ю. Ф.* Указ. соч. С. 113.

⁶⁵ См.: *Малько А. В.* Указ. соч. С. 64.

⁶⁶ См.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 178.

⁶⁷ Там же. С. 178.

Поэтому законодатель включает в предмет защиты потерпевшего его права и законные интересы (ч. 1 ст. 6, ч. 3 ст. 318 УПК).

Свидетель заинтересован в том, чтобы давать показания свободно, без принуждения. Это является юридическим дозволением, которому противостоит юридическая обязанность не домогаться показаний свидетеля путем насилия, пыток, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения (ч. 2 ст. 9 УПК, ст. 302 УК РФ). Должностные лица, ведущие уголовный процесс, заинтересованы в том, чтобы не было препятствий в осуществлении правосудия и производстве предварительного расследования, что следует из конституционного принципа независимости судей (ст. 120 Конституции РФ) и требований ст. 294 УК РФ. Все вышеназванные интересы являются законными интересами и подлежат защите, как и другие законные интересы.

Интерес, не противоречащий закону, но не нашедший прямого закрепления в нем, также может входить в предмет защиты по уголовным делам и является законным интересом. Итак, предмет защиты в уголовном процессе образуют права, свободы и законные интересы лиц, участвующих в производстве по уголовному делу.

Проблема законных интересов связана с проблемой «публичного» и «частного», которые образуют единую горизонтальную, а не вертикальную систему понятий⁶⁸, т. е. «частное» не подчинено «публичному». Приоритет имеют права и свободы человека, ибо они и сам человек – высшая ценность, что является основой конституционного строя Российской Федерации. Поэтому не любые частные интересы человека подлежат защите, а только те, которые так или иначе связаны с правами и свободами человека и гражданина. Публичный интерес также заключается в том, чтобы права, свободы гражданина и вытекающие из них законные интересы были признаны, соблюдены и защищены. Таким образом, законные интересы отдельного человека и есть публичный интерес. «Особенный интерес не должен быть отстранен или даже подавлен, а должен быть приведен в согласие со всеобщим, благодаря чему будет сохранен он сам и сохранено всеобщее»⁶⁹.

Определив, ЧТО защищать, следует ответить на вопрос: КАК защищать? Решение данного вопроса имеет весьма важное значение главным образом и в первую очередь для адвоката, ибо, если так можно выразиться, «защитительное» назначение уголовного судопроизводства в основном зависит от деятельности адвоката вообще и адвоката-защитника в частности, а именно от выполнении им своих обязанностей. Однако УПК не устанавливает обязанности защитника. Лишь в ч. 5 ст. 49 УПК предусмотрена его обязанность дать подписку о неразглашении сведений, составляющих государственную тайну. Как обязанность осуществлять принятую на себя защиту можно трактовать и норму, содержащуюся в п. 7 ст. 49 УПК: адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого. Защитник также не вправе разглашать данные предварительного следствия, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК (ч. 2 ст. 53 УПК).

Согласно п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК защитник вправе использовать иные не запрещенные УПК средства и способы защиты. Что это означает? В десяти пунктах данной статьи установлены полномочия защитника. Следовательно, УПК под средствами и способами защиты понимает полномочия защитника. Из смысла вышеуказанной уголовно-процессуальной нормы следует, что только УПК запрещает те или иные средства и способы защиты. Но авторы УПК забыли, что кроме УПК есть другие законы, которые запрещают использовать определенные средства защиты. Так, ст. 294 УК РФ устанавливает уголовную ответственность за восприпятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследования, из чего следует,

⁶⁸ См.: Демидов И. Ф. Проблемы прав человека в российском уголовном процессе. М., 1995. С. 39.

⁶⁹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 288.

что адвокату-защитнику, как и любому другому лицу, запрещено восприпятствовать вышеуказанной деятельности. В соответствии с ч. 2 ст. 303 УК РФ защитнику запрещено фальсифицировать доказательства. В противном случае он может быть привлечен к уголовной ответственности. Поэтому в п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона установлено, что адвокат обязан осуществлять защиту всеми не запрещенными законодательством РФ (а не только УПК) средствами.

Некоторые авторы разграничивают средства и способы защиты. Так, Я. С. Аврах под средствами защиты по сути понимает права обвиняемого и защитника, а под способами применения средств защиты – правила и приемы работы защитника, т. е. методику защиты⁷⁰.

По мнению В. Д. Адаменко, средство защиты – это предусмотренная законом уголовно-процессуальная деятельность субъектов защиты, направленная на реализацию защиты в материальном смысле по оправданию обвиняемого или смягчению его ответственности, а способы защиты – это правила, приемы, которые применяются субъектами защиты в их деятельности для достижения поставленной цели по оправданию либо смягчению уголовной и гражданско-правовой ответственности⁷¹.

Часть 1 ст. 53 УПК в п. 1–10 устанавливает права (полномочия) защитника, а в п. 11 данной статьи указывается на право защитника использовать ИНЫЕ (выделено мною. – З.М.) не запрещенные УПК средства и способы защиты. Следовательно, и под средствами, и под способами защиты законодатель понимает права защитника и не делает различий между ними.

Этимологическое значение слов «средство» и «способ» идентичное. Способ – действие или система действий, средство – прием, способ действия⁷². И то, и другое представляют собой действие, которое может быть выражено в уголовном процессе в виде деятельности, осуществляемой вне правоотношений (составление ходатайств, жалоб, заявлений и др.) либо в форме правоотношений (участие в следственных действиях и др.).

Статья 7 Федерального закона установила обязанность адвоката отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами. В п. 11 ст. 53 УПК следует также установить право защитника использовать иные не запрещенные законодательством Российской Федерации средства (а не средства и способы) защиты.

В ходе реализации средств защиты важное значение приобретают тактические приемы, которые не имеют правового регулирования. Средства защиты подозреваемого, обвиняемого представляют собой систему действий, приемы защиты. В них входят как средства, установленные законом, так и средства, не запрещенные законом, к которым относятся тактические приемы, применяемые при осуществлении защиты подозреваемого, обвиняемого. Законные средства защиты подозреваемого, обвиняемого – это система действий, совершаемых им и его защитником по защите прав, свобод, законных интересов подозреваемого, обвиняемого, установленных или не запрещенных законом, в которых реализуются их права и полномочия, т. е. процессуальные формы их деятельности⁷³

⁷⁰ См.: *Фаткуллин Ф. Н., Зинатуллин З. З., Аврах Я. С.* Обвинение и защита по уголовным делам: Учебное пособие. Казань, 1976. С. 127–129.

⁷¹ См.: *Адаменко В. Д.* Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск, 1983. С. 75; *Он же.* Субъекты защиты обвиняемого. Красноярск, 1991. С. 9; См. Также, напр.: *Варфоломеева Т. В.* Криминалистики и профессиональная деятельность защитника. Киев, 1987. С. 31; *Жамиева Р. М.* Тактика профессиональной защиты по уголовным делам. Автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук. Алматы, 1999. С. 11–12; *Газетдинов И. И., Вишневецкая О. В.* Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии. Казань, 2005. С. 114.

⁷² См.: *Ожегов С. И.* Указ. соч. С. 755, 758.

⁷³ См.: *Макарова З. В.* Участие адвоката-защитника на предварительном следствии: Учебное пособие. Куйбышев, 1978. С. 8; *Зинатуллин З. З.* Общие проблемы обвинения и защиты по уголовным делам: Учебное пособие. Ижевск, 1989. С. 57–58.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.