

УДК 343.1

**О РОЛИ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА В ЗАКЛЮЧЕНИИ
ДОСУДЕБНОГО СОГЛАШЕНИЯ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ
С ПОДОЗРЕВАЕМЫМ/ОБВИНЯЕМЫМ**

М. О. Баев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 10 февраля 2012 г.

Аннотация: *в постановочном плане рассматриваются ранее не исследованные в литературе проблемы роли адвоката-защитника в реализации правового института досудебных соглашений о сотрудничестве на различных этапах его реализации. В частности: при решении вопроса о его заключении, об условиях, принимаемых при этом стороной обвинения, при рассмотрении дела судом в особом порядке, в ситуациях отказа стороны обвинения от заключения такового соглашения и его расторжения по инициативе этой стороны.*

Ключевые слова: *уголовное судопроизводство, досудебное соглашение о сотрудничестве с подозреваемым/обвиняемым, адвокат-защитник.*

Abstract: *in terms of staging examined previously unexplored in the literature of the problem as a lawyer-defendant. For example: when deciding on its conclusion, the conditions taken on himself with the prosecution, in a case in a special court order in cases of failure of the prosecution to enter into such agreement and its termination at the initiative of the party. The problems of the role of the lawyer as the defense counsel in the implementation of the legal institution of pre-trial agreements on cooperation at various stages of implementation, which have not been considered in the literature before, are stated in the paper. The paper is focused on the term soft the pre-trial agreement and the consequent responsibility of the prosecution, the pre-trial agreement in case of special proceeding, the situation of the refusal of the prosecution to reach the pre-trial agreement on cooperation or abrogation of such agreement by the prosecution.*

Key words: *criminal justice, pre-trial agreement on cooperation with the suspect/accused, lawyer-defendant.*

Создание правового института досудебных соглашений о сотрудничестве с подозреваемым/обвиняемым в отечественном уголовном процессе, **373** как известно, сопровождалось многочисленными и острыми дискуссиями о целесообразности такого решения законодателей.

К примеру, В. С. Джатиев категорически утверждает, что «особый порядок судопроизводства в связи с <...> досудебным соглашением о сотрудничестве является неуклюжим прикрытием <...> общественно опасной практики «торгов» государства с обвиняемым (подозреваемым) по поводу того, в совершении каких преступлений обвиняемый на выгодных для себя условиях может признать себя виновным, «сдать» своих подельников и за совершение каких преступлений государство обязуется не пре-

следовать это же лицо, обещая ему существенное снисхождение при назначении наказания»¹.

Заметим, что это мнение В. С. Джатиева является логическим развитием его мысли обо всем ужасе «заимствованной на стороне (или навязанной со стороны» (выделено нами. – М. Б.) вредоносной идеологии современного российского уголовного процесса»².

Комментарии, как говорится, излишни – многие годы советского периода существования нашей страны в ней искали внутренних и внешних врагов...

Однако не столь длительное время существования этого правового «механизма» показало несомненную его эффективность. Достаточно назвать ряд резонансных уголовных дел («кущевское» преступное сообщество, дело о «подмосковных казино» и ряд других). Их успешное расследование было предопределено именно заключением с отдельными фигурантами по ним досудебных соглашений о сотрудничестве.

В то же время практика применения института досудебных соглашений о сотрудничестве (далее для краткости – ДСоС) выявила ряд проблем, связанных как с правовой его регламентацией, так и – во многом этим обусловленными – недостатками и сложностями практической его реализации.

Наиболее актуальными из них, как отмечается в литературе, являются проблемы полного исключения потерпевшего из процесса заключения и реализации ДСоС, а также повышенной вероятности ложных оговоров других лиц в соучастии в расследуемом преступлении со стороны лиц, с которыми такие соглашения заключаются»³.

Это было вполне ожидаемо. И мы всецело согласны с мнением, что лучше несовершенный закон – его можно совершенствовать, улучшать по мере накопления практики его применения, чем отсутствие закона, вводящего в определенные рамки необходимое и допустимое усмотрение на принятие столь значимого решения, как заключение досудебного соглашения о сотрудничестве, и создающего некий правовой механизм его реализации⁴.

Одна из таких проблем, «высвеченная» правоприменительной практикой заключения и реализации ДСоС, и обозначена в наименовании данной статьи. Насколько нам известно, это проблема в юридической литературе до настоящего времени практически не исследовалась⁵.

¹ Джатиев В. С. Об актуальности исследования современных проблем уголовно-процессуальной политики государства // Челохсаев О. З. Современная уголовно-процессуальная политика государства. Владикавказ, 2009. С. 7–8.

² Там же. С. 6.

³ Подробнее об этом см.: Баев О. Я. Досудебное соглашение о сотрудничестве : среди мифов и рифов // Баев О. Я. Избранные работы : в 2 т. Воронеж, 2011. Т. 2. С. 305–394.

⁴ См.: Там же. С. 394.

⁵ В статье В. М. и А. М. Быковых «Сторона защиты при заключении с прокурором досудебного соглашения о сотрудничестве» (Рос. юстиция. 2010. № 9) эта

В ней мы видим несколько аспектов.

Как известно, в соответствии с законом «ходатайство о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве подается подозреваемым или обвиняемым в письменном виде на имя прокурора. Это ходатайство подписывается также защитником» (ч. 1 ст. 317-1 УПК РФ; далее для краткости – УПК).

Но, очевидно, что при этом защитник такого лица не может быть пассивным статистом, лишь подписывающим ходатайство своего подзащитного, своего рода, нотариусом, заверяющим подпись своего подзащитного. Он должен быть активным участником всего процесса заключения и реализации такового соглашения, отстаивающим при этом права и законные интересы своего клиента.

В первую очередь, думается нам, до подачи подзащитным такого ходатайства адвокат должен подробно разъяснить своему клиенту не только правовые последствия ДСоС, но и возможность его заключения с ним со стороны прокурора.

Будем реалистами: как правило, инициатором подачи такого ходатайства является следователь, причем его предложение подозреваемому/обвиняемому о возможности заключения с ним ДСоС обычно «подкрепляется» результатами проводимых в отношении данного фигуранта оперативно-розыскных мероприятий. И на данном этапе «переговорного» процесса с подозреваемым/обвиняемым сотрудники органов уголовного преследования, с целью получения от лица показаний о его соучастниках в преступлении, могут «забывать» разъяснять подозреваемому/обвиняемому одну связанную с возможностью заключения досудебного соглашения правовую особенность.

Дело в том, что опять же в соответствии с законом назначение наказания по правилам, предусмотренным ст. 62 УК РФ для случаев заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, возможно *лишь при отсутствии отягчающих обстоятельств*. Однако совершение преступления в составе группы лиц, группы лиц по предварительному сговору, организованной группы или преступного сообщества (преступной организации) является обстоятельством, отягчающим наказание (п. «в» ч. 1 ст. 63 УК РФ). В то же время нет сомнений, что именно по таким преступлениям у следователя чаще всего и есть необходимость заключения ДСоС с отдельными его фигурантами.

А потому совершенно верно замечают А. Стовповой и В. Тюнин, «если уголовный закон понимать буквально, то заключение досудебного соглашения в указанных случаях невозможно»⁶.

проблема, как нам представляется, растворилась в рассмотрении авторами иных вопросов: о должностном лице органов прокуратуры, заключающем такое соглашение, о месте в структуре досудебного соглашения потерпевшего и др.

⁶ Стовповой А., Тюнин В. Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты досудебного соглашения о сотрудничестве на предварительном следствии // Уголовное право. 2010. № 3.

Высказав далее вполне обоснованное опасение, что судебная практика пойдет по пути игнорирования данного обстоятельства, эти авторы (также как и чуть ранее А. В. Смирнов⁷) считают необходимым исключение из текста ч. 2 ст. 62 УК РФ слов «и отсутствииотягчающих обстоятельств»⁸.

Учитывая практические реалии необходимости оптимизации расследования групповых преступлений, в том числе посредством заключения досудебных соглашений, мы полностью присоединяемся к этому предложению. Но в то же время – «закон есть закон», и пока, до внесения в УК предлагаемого изменения, вполне вероятна ситуация, когда, не зная смысл этого положения, подозреваемый/обвиняемый даст «признательные» показания, обратится к прокурору с ходатайством о заключении ДСоС, а последний... в том откажет, руководствуясь приведенным положением действующего уголовного закона.

В связи с этим мы убеждены, что адвокат, обсуждая со своим подзащитным целесообразность заключения ДСоС, должен предупредить его о возможности такого решения прокурора, очевидно, презюмируя при этом, что окончательное решение о заявлении ходатайства о заключении соглашения, несомненно, принадлежит ему – подзащитному.

В качестве полноправного участника переговорного процесса о целесообразности для подзащитного заключения ДСоС адвокат, думается нам, имеет право заявить ходатайство об ознакомлении с материалами, подтверждающими причастность его подзащитного к совершению инкриминируемого деяния (естественно, в пределах, обеспечивающих соблюдение следственной тайны по всему делу).

Мы предполагаем, что лишь после такого ознакомления адвокат (если предоставленные следователем материалы убедили его в доказанности виновности подзащитного, в том, что последний неминуемо будет признан судом виновным) может (очевидно, в беседе наедине) порекомендовать клиенту согласиться с предложением следователя о заключении ДСоС либо инициировать ему самому обращение с ходатайством об этом. Причем адвокат должен вновь специально и подробно оговорить, что окончательное решение вопроса об этом всецело принадлежит лишь ему – подзащитному.

Не думаем, что такое мнение адвоката, такой его совет подзащитному каким-либо образом может быть расценен как нарушение им требований адвокатской этики.

Более того, мы считаем целесообразным, если с этой же целью следователь ознакомит с названными материалами и само лицо, с которым предполагается заключение ДСоС.

Такая наша рекомендация основана на том, что, как показывает практика, нередко, особенно в самом начале взаимодействия подозреваемого/обвиняемого со своим адвокатом (тем более, когда он осуществляет за-

⁷ См.: Смирнов А. В. Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовный процесс. 2009. № 10 (58). С. 8.

⁸ См.: Стовповой А., Тюнин В. Указ. соч.

щиту «по назначению»), у такого лица существует некая психологическая настороженность по поводу поведения своего защитника. В связи с ней у него возникает опасение, что адвокат «работает», по существу, на сторону обвинения; и не потому ли, рефлексивно думает подозреваемый/обвиняемый, не в этой ли связи адвокат и дает ему совет о необходимости заключения досудебного соглашения? Выполнение предлагаемой рекомендации во многом может нейтрализовать подобные сомнения этого лица в целесообразности для него заключения ДСоС, показать их необоснованность.

При этом, на наш взгляд, факт ознакомления адвоката и его подзащитного с материалами дела, подтверждающими причастность последнего к совершению расследуемого преступления, следовательно надо отражать в соответствующем протоколе. Возможность составления такого протокола не только не противоречит требованиям уголовно-процессуального закона, но, напротив, является свидетельством объективности и «открытости» уголовного преследования, осуществляемого в отношении этого лица.

Не менее важна роль адвоката-защитника на этапе составления прокурором досудебного соглашения о сотрудничестве в порядке ст. 317.3 УПК, на котором стороны обсуждают его условия. Что касается условий, принимаемых на себя при этом подозреваемым/обвиняемым, то они хотя бы в общих чертах указаны в УПК и конкретизируются применительно к обстоятельствам расследуемого дела.

Что касается обязательств, принимаемых при этом на себя стороной обвинения, то... таковых по существу нет вообще, предмет соглашения со стороны обвинения законодательно не определен в принципе. «Никакими обязанностями и ответственностью сторона обвинения и суд перед обвиняемым (подсудимым), – верно отмечает Ю. В. Астафьев, – не связаны»⁹.

В этом отношении УПК «скромно» оговаривает лишь, что в досудебном соглашении о сотрудничестве должны быть указаны «смягчающие обстоятельства и нормы уголовного законодательства, которые *могут быть применены* в отношении подозреваемого или обвиняемого *при соблюдении последних условий* выполнения обязательств, указанных в досудебном соглашении о сотрудничестве» (п. 7 ч. 2 ст. 317.3 УПК; выделено нами. – М. Б.).

Именно в соответствии с данной законодательной формулировкой в образце досудебного соглашения о сотрудничестве, введенного в действие приказом Генерального прокурора РФ от 15 марта 2010 г. № 107, обязанности прокурора изложены следующим образом: «В случае соблюдения подозреваемым (обвиняемым) настоящего соглашения по уголовному делу в отношении его могут быть применены следующие смягчающие обстоятельства и нормы законодательства: _____».

⁹ Астафьев Ю. В. Компромисс или сделка? (практические проблемы заключения досудебных соглашений о сотрудничестве) // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы). Воронеж, 2010. С. 21.

Основываясь на этом приказе, А. Н. Чашин рекомендует так формулировать обязанности прокурора при заключении им досудебного соглашения с обвиняемым: «После исполнения принятых на себя обязательств Сидоровым С. С. в отношении его может быть применен п. «ш» ч. 1 ст. 61 УК РФ, а именно активное способствование раскрытию и расследованию преступления, изобличению и уголовному преследованию других соучастников преступления будет признано смягчающим вину обстоятельством»¹⁰.

С одной стороны, такая уклончивая формулировка – далеко неслучайна. Действительно, ни прокурор, ни, тем более, следователь, не могут гарантировать лицу, с которым заключается ДСоС, того, что суд всецело воспримет заключенное досудебное соглашение и всецело учтет его при назначении ему наказания. И потому вносить в заключаемое соглашение какие-либо конкретные «обещания» подследственному на этот счет не входит в процессуальную компетенцию представителей стороны обвинения, противное – есть введение его в заблуждение.

Так, штатный киллер ореховско-медведковской ОПГ Олег Михайлов помог раскрыть серию убийств, о которых следователи даже не догадывались. Он же сдал тайники с оружием. Гособвинение (видимо, выполняя достигнутое с подсудимым условие. – М. Б.) просило суд учесть помощь Михайлова и приговорить его к 19 годам заключения, но ему дали пожизненный срок¹¹.

И это адвокат должен также разъяснить своему подзащитному, обсуждая с ним условия заключения ДСоС.

С другой стороны, думаем мы, аморфность рассматриваемой формулировки по этой же причине на практике может явиться существенным препятствием для заключения досудебных соглашений. И потому, по нашему убеждению, роль адвоката-защитника на данном этапе заключения ДСоС состоит в том, чтобы в текст соглашения были внесены конкретные обязательства, которые реально может принять на себя сторона обвинения в лице прокурора.

Мы в настоящее время видим следующие обязательства, которые реально может принять на себя прокурор при заключении досудебного соглашения и которые должны быть по настоянию адвоката в нем отражены:

а) обозначить свою позицию об отмене или изменении в сторону, естественно, смягчения избранной в отношении лица, с которым заключается соглашение о сотрудничестве, меры пресечения и других, ранее принятых мер процессуального принуждения, при рассмотрении вопросов в их отношении в суде;

б) внести в суд представление об особом порядке проведения судебного заседания и вынесения судебного решения (ст. 317.5 УПК).

¹⁰ Чашин А. Н. Особый порядок судебного разбирательства в уголовном процессе. М., 2011. С. 113.

¹¹ Инф. ресурс системы Интернет.

О необходимости принятия прокурором на себя такого обязательства при заключении ДСоС наглядно свидетельствует следующий пример из судебной практики.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ оставила без изменения постановление суда о возвращении уголовного дела прокурору для устранения препятствия для его рассмотрения, принятого судом в такой ситуации.

В ходе предварительного следствия с обвиняемыми П., Р., В. и Б. были заключены досудебные соглашения о сотрудничестве. По окончании предварительного следствия прокурор, утвердив обвинительное заключение, не внес представление об особом порядке проведения судебного заседания и вынесении судебного решения. В то же время прокурор не представил суду и свое решение, в котором бы указывалось на неисполнение обвиняемыми своих обязанностей, принятых по досудебным соглашениям о сотрудничестве и, соответственно, на аннулирование данных соглашений¹²;

в) обозначить свою позицию в отношении наказания, о применении которого подсудимому, с которым заключено соглашение, адвокат в этом случае будет просить суд.

Практика реализации правового института досудебных соглашений о сотрудничестве свидетельствует о существовании еще нескольких проблем, в разрешении которых защитник подозреваемого/обвиняемого должен принимать самое активное участие, отстаивая права и законные интересы своего клиента. Здесь мы имеем в виду ситуации, в которых следователь или прокурор отказывают в удовлетворении ходатайства подозреваемого/обвиняемого о заключении ДСоС, и когда уже заключенное соглашение расторгается по инициативе лиц, осуществляющих уголовное преследование.

Полагаем, что в обеих этих ситуациях (как, впрочем, и в другой профессиональной деятельности) адвокат должен предпринимать все предусмотренные УПК процессуальные меры по защите интересов своего клиента. В частности, такие решения при наличии для того должных оснований должны адвокатом обжаловаться в установленном законом порядке – вплоть до рассмотрения уже состоявшихся судебных решений по этим вопросам, инициатором рассмотрения которых судом выступал ранее адвокат, в надзорном порядке.

При рассмотрении же уголовного дела в отношении лица, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, если говорить вкратце, роль защитника сводится к обоснованию перед судом фактов добровольного характера заключения такого соглашения и добросовестного выполнения подсудимым принятых в соответствии с ним на себя обязательств. Исходя из этого, защитник обязан обосновать возможность

¹² См.: Определение СК Верховного Суда РФ № 48-О10-70. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за 3 квартал 2010 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 4. С. 23.

применения судом к своему подзащитному минимально возможного размера наказания (а в ряде случаев – и полного освобождения подзащитного от уголовного наказания).

И в этой же связи: судебная практика заключения и реализации досудебных соглашений о сотрудничестве выявила еще одну (признаем, нами ранее теоретически даже не предполагаемую) проблему.

Сущность ее состоит в определении процессуальных последствий отказа от досудебного соглашения о сотрудничестве лица, с которым оно заключено, в суде при рассмотрении выделенного в отношении данного обвиняемого в отдельное производство уголовного дела, в правовом механизме реагирования суда на данную ситуацию.

Для разъяснения ее воспользуемся примером из опубликованной судебной практики.

С Л., обвиняемым в совершении преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 33, ч. 2 ст. 105 и ч. 4 ст. 162 УК РФ, прокурором было заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, дело по его обвинению было выделено в отдельное производство.

На предварительных слушаниях дела, поступившего для рассмотрения в порядке, установленном гл. 40.1 УПК, Л. отказался от досудебного соглашения о сотрудничестве, мотивируя это тем, что он заключил его вынужденно в результате угроз со стороны работников правоохранительных органов, и заявил ходатайство о рассмотрении дела в отношении него с участием присяжных заседателей.

По ходатайству государственного обвинителя суд возвратил уголовное дело по обвинению Л. для соединения его с уголовным делом по обвинению других лиц, которым инкриминировалось участие в совершении этих же преступлений.

В совместной кассационной жалобе обвиняемый Л. и его защитник полагали, что в данной ситуации суд должен был назначить судебное заседание, поскольку не имеется препятствий для его рассмотрения и законом не предусмотрены подобные основания возвращения дела прокурору.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ пришла к выводу, что «обоснованность решения суда о возвращении уголовного дела прокурору сомнений не вызывает, поскольку основанием для выделения уголовного дела в отношении Л. явилось именно заключение с ним досудебного соглашения о сотрудничестве». Кроме того, указала кассационная инстанция, «...заключение соглашения о сотрудничестве предусматривает несколько иной, нежели указанный в главах 22–27 и 30 УПК РФ, порядок проведения предварительного следствия, о чем свидетельствует содержание ч. 1 ст. 317.4 УПК РФ»¹³.

Сама по себе, так сказать, сущностная, обоснованность этих судебных решений у нас никаких возражений не вызывает. Однако с правовых по-

¹³ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29 июня 2010 г. № 67-010-45 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 1. С. 23.

зиций они нам представляются несколько уязвимыми. Хотя бы потому, что ч. 3 ст. 317.6 УПК действительно указывает на то, что если в суде устанавливается, что досудебное соглашение о сотрудничестве не было заключено добровольно (как то в рассматриваемом примере следует из объяснений обвиняемого), «он принимает решение о назначении судебного разбирательства в общем порядке»; о возможности в этой ситуации возвращения уголовного дела прокурору для соединения его с делом, из которого оно ранее было выделено, речи законодатель не ведет.

Мы убеждены, что проблемы участия адвоката в заключении и реализации досудебных соглашений о сотрудничестве со своим подзащитным повышено актуальны и заслуживают дальнейших углубленных исследований: в данной статье ряд из них в силу их новизны обозначен во многом лишь в постановочном плане.

Воронежский государственный университет

Баев М. О., доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры организации судебной власти и правоохранительной деятельности

E-mail: juristar@mail.ru

Тел.: 8 (473) 255-07-19

Voronezh State University

Baev M. O., LL.D., Professor, of the Organization of the Judiciary and Law Enforcement Department

E-mail: juristar@mail.ru

Tel.: 8 (473) 255-07-19