
ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСС ЖӘНЕ КРИМИНАЛИСТИКА

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

УДК 343.14

А.Н. Ахпанов¹, А.Л. Хан², Т.С. Биндюкова³

¹Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Нур-Султан, Казахстан;

²Академия «Болашақ», Караганда, Казахстан;

³Карагандинская академия МВД РК им. Б. Бейсенова, Казахстан
(E-mail: tatyana060971@list.ru)

Дискреционные полномочия адвоката в досудебном расследовании уголовных дел

Исследованию подвергаются проблемные вопросы, возникающие в теории уголовного процесса в результате расширения сферы применения принципа состязательности и равноправия сторон на момент производства предварительного следствия как основной формы досудебного расследования. Авторы статьи преследовали цель показа общего состояния защитительной деятельности адвокатов в сравнении с аналогичной деятельностью в странах дальнего и ближнего зарубежья, выявления проблемных вопросов и пробелов законодательства, формулировки механизмов, направленных на ее дальнейшее совершенствование. При написании статьи использовались положения общенаучных методов познания, а также научно-научные методы исторического, системного, сравнительно правового анализа и методы социологического исследования, основанные на трудах ученых как советского периода, так и современных казахстанских и российских юристов. Предложения и выводы, полученные в ходе проведенного исследования основаны на изучении Конституции Республики Казахстан, принципов, основных институтов и норм уголовно-процессуального права Республики Казахстан и ряда зарубежных государств. В частности, поднимается проблема равноправия сторон в досудебных стадиях, показаны возможности надления адвокатов правом на самостоятельный сбор доказательств в досудебных стадиях, приводятся научные воззрения по этому поводу. Особое внимание уделено праву адвоката-защитника на особое доказательство, которое он вправе не предъявлять органу уголовного преследования на момент окончания расследования и ознакомления с материалами уголовного дела. В результате авторы предлагают внести ряд дополнений и изменений в действующее уголовно-процессуальное законодательство, касающихся создания дополнительных гарантий соблюдения прав личности с учетом публичного интереса государственных органов досудебного расследования. Ими предложены возможные варианты разрешения рассмотренных ими проблем путем имплементации некоторых уголовно-процессуальных процедур из законодательства стран ближнего и дальнего зарубежья и внесения соответствующих изменений и дополнений в действующий УПК Республики Казахстан. Тем самым обосновывается вывод о том, что совершенствование адвокатской деятельности должно идти по пути не только расширения имеющихся у них полномочий, но и создания гарантий, ограничивающих деятельность адвокатов в пользу публичного интереса органов уголовного преследования, так как в противном случае это может привести к внутреннему конфликту интересов между сторонами обвинения и защиты.

Ключевые слова: адвокат, защитник, представитель, юридическая помощь, досудебное расследование, адвокатская деятельность, следователь, прокурор, суд, доказательства, процессуальное решение.

Введение

Право на защиту является неотъемлемым субъективным правом любого человека и гражданина, оно содержится в общепризнанных стандартах отправления уголовного правосудия, основные положения которых закреплены в п. 2 ст. 13 Конституции РК в качестве конституционного принципа, который был положен в основу отраслевого законодательства, регламентирующего защиту как средство

ограждения подвергаемого уголовному преследованию лица от незаконного, необоснованного подозрения и обвинения и как способ предоставления юридической помощи гражданам [1].

Основополагающим фактором, обуславливающим защиту, выступает наличие состязательности сторон в уголовном процессе, как деятельности логической, направленной на разрешение правового спора между государством и подвергаемым уголовному преследованию лицом. Поэтому если в законе сформулирован обвинительный тезис, то логически должен быть и его антипод – защита. В противном случае судебное разбирательство, вместо одного из способов восстановления справедливости, может превратиться в банальную травлю [2; 55, 56, 3; 3, 4]. Поэтому с расширением границ состязательности на досудебное расследование (ст. 23 УПК РК) роль адвоката-защитника, как стороны, призванной в силу договорных обязательств или в силу предписаний закона оказывать юридическую помощь нуждающимся в ней участникам проводимого расследования, значительно возрастёт, поскольку состязательность определяет саму природу цивилизованного судопроизводства [4; 170].

Статус адвоката-защитника в досудебном расследовании определяется положениями УПК РК и Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи». Первый устанавливает процессуальные полномочия адвоката в досудебном расследовании, а второй содержит институциональные процедуры, определяющие правовой статус адвоката как независимого лица, оказывающего юридическую помощь (ст. 6 Закона). Тем самым в уголовном судопроизводстве, помимо суда, прокурора и эксперта, декларируется новый процессуально независимый участник: адвокат-защитник.

Особенность защитительной деятельности в уголовном процессе проявляется в свободе выбора лицом способа её осуществления: самостоятельно или путем привлечения адвоката-защитника или адвоката-представителя (п. 3 ч. 9 ст. 63, п. 3 ч. 5 ст. 65, ч. 2 ст. 66, ч. 1 ст. 68, ч. 1 ст. 69 УПК РК). Исключение составляют лишь случаи обязательного участия защитника (ч. 1 ст. 67, ч. 2 ст. 69 УПК РК). Именно с этих позиций и следует рассматривать деятельность адвокатов в досудебном расследовании, не смешивая ее с судебной защитой прав, свобод и законных интересов граждан (п. 1 ст. 76 Конституции РК) и защитой гражданином своей чести и достоинства (ч. 1 ст. 18 Конституции РК), в том числе и в судебном либо ином порядке посредством привлечения адвоката-представителя.

Результаты

Между тем проведенный нами анализ Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» показал стремление законодателя ограничить деятельность свободных юристов путем закрепления процедур, направленных на патернализм управления адвокатской деятельностью уполномоченным государственным органом в сфере оказания юридической помощи, в том числе и посредством вытеснения из уголовного процесса юристов, не входящих в состав коллегии адвокатов или палаты юридических консультантов с одновременным введением гарантированной государством социальной защиты, осуществляемой за счет средств обязательного страхования и права на пенсионное обеспечение. Полагаем, что при формулировке указанных положений был использован опыт Украины, где в ч. 2 ст. 45 УПК закреплено, что защитником не может быть адвокат, сведения о котором не внесены в Единый реестр адвокатов Украины или относительно которого в Едином реестре адвокатов Украины содержатся сведения о приостановлении или прекращении права на занятие адвокатской деятельностью. Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что в Казахстане, так же как и на Украине, государством предприняты меры, направленные на формирование профессионального ядра адвокатов и, как следствие, повышение качества оказываемых юридических услуг, внесенных в Единую информационную систему юридической помощи.

В качестве противовеса монополизации адвокатской деятельности новый закон об адвокатуре предусматривает процедуру обязательности заключения договора страхования профессиональной ответственности перед клиентом, обязательности повышения своей квалификации и запрета занимать по делу правовую позицию, ухудшающую положение клиента, либо использовать свои полномочия ему в ущерб. Законом определены социальные гарантии адвоката и стандарты оказания юридической помощи на основе закрепленных в законе принципов, закреплены правовые гарантии качества юридических услуг, оказываемых как на возмездной основе, так и в порядке гарантированной государством юридической помощи или комплексной социальной юридической помощи, предусматривающих стимулирующее воздействие со стороны государства адвокатом, оказывающим юридическую помощь на безвозмездной основе. Последнее положение позволит снять проблему, связанную с участи-

ем адвоката, оказывающего юридическую помощь свидетелю, имеющему право на защиту, в ситуациях, когда последний не имеет соответствующих средств.

В совокупности с полномочиями адвоката, закрепленными в УПК РК, а именно:

– участвовать в уголовном процессе с момента получения лицом статуса свидетеля, имеющего право на защиту, подозреваемого, обвиняемого, а также в любой последующий момент уголовного процесса (ч. 3 ст. 66 УПК РК) при производстве любых процессуальных или следственных действий, проводимых с участием или по ходатайству его подзащитного;

– использовать любые средства и способы защиты, не противоречащие закону;

– быть заблаговременно извещенным органом, ведущим уголовный процесс, о времени и месте производства процессуального действия с участием подзащитного;

– ходатайствовать перед следственным судьей о проведении процессуальных и следственных действий, направленных на обеспечение полноты и всесторонности проводимого расследования в случаях необоснованного отказа следователем в их проведении (ст. 70 УПК РК);

– обмениваться информацией со стороной обвинения при ознакомлении подозреваемого и его защитника со всеми материалами уголовного дела — рассматриваемый Закон создает реальную основу для реализации принципа состязательности и равноправия сторон на досудебных стадиях уголовного процесса. Тем самым Казахстан пошел по пути существенного расширения полномочий адвоката, о чем ранее предлагалось в работах как советских, так и казахстанских ученых-процессуалистов (З.З. Зинатуллин, Ю.И. Стецовский, М.А. Чельцов, Г.Ф. Горский, А.Н. Ахпанов, Р.М. Жамиева, Д.К. Канафин, Н.В. Мазур, Г.М. Нам, А.Л. Хан и другие).

В результате можно определить современное процессуальное положение адвоката-защитника как активного правозащитника подозреваемого, поскольку положения УПК РК и Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» предписывают адвокату защищать только его права, используя лишь законные средства и способы отстаивания его прав при оказании ему необходимой юридической помощи. С другой стороны, еще российские процессуалисты позапрошлого века отмечали, что «...адвокат должен быть самостоятельным деятелем, а не послушным орудием в руках клиента; цель его — способствовать осуществлению правосудия, а не поддерживать, во что бы то ни стало, всякого рода требования и возражения» [5; 178]. Аналогичной позиции придерживается и известный российский процессуалист нынешнего столетия А.В. Смирнов, который писал, что адвокат (защитник) должен видеть свою задачу не в борьбе с обвинением вообще, а в устранении ошибок предварительного расследования, ущемляющих законные интересы подзащитного и тем самым способствовать установлению истины по делу и объективно помогать следствию [6].

Между тем «...для адвоката защита является профессиональной деятельностью, т.е. основным родом занятий, трудовой деятельностью, является профессией, основным источником дохода адвоката — защитника...», указывается автором учебника «Адвокат и адвокатская деятельность в РК» [7; 81]. Возникает вопрос, не повлечет ли расширение его полномочий к бесконтрольности защитительной деятельности в условиях отсутствия каких-либо ограничений в пользу публичного интереса стороны обвинения?

Проведенный нами сравнительно-правовой анализ уголовно-процессуального законодательства зарубежных государств позволяет констатировать, что эти страны допускают ограничения защитительной деятельности, исходя из разумного соотношения частного и публичного интересов. Например, в Германии защитник допускается с момента первого допроса обвиняемого (§ 136 УПК ФРГ). Если обвиняемый заключен под стражу, то защитник имеет право на переписку и свидания, но по делам о террористических организациях переписка защитника в обязательном порядке контролируется соответствующим судьей, а свидания могут состояться только в специальных тюремных помещениях, оборудованных разделительным стеклом для предотвращения передачи письменных материалов и предметов (ч. 2 § 148 УПК). При определенных условиях по делам этой категории устанавливается полный запрет любых контактов защитника с обвиняемым. Существуют ограничения и по мотивам угрозы целям расследования. При этом правом на ознакомление с материалами уголовного дела обладает только защитник [8; 55–58]. Аналогичные процедуры допускаются и в США, и в Великобритании. В частности, в судопроизводстве США адвокаты в досудебных стадиях включаются в процесс собирания доказательств только после ареста подозреваемого, если же арест не применяется, то вся их деятельность сводится к побуждению клиента признать свою вину в выдвинутом против него обвинении. В последнем случае процесс доказывания автоматически переносится в судебные стадии [9; 85, 86].

В этой связи проводимая отечественным законодателем политика относительно полномочий адвоката-защитника вызывает обоснованное опасение: не станет ли он еще одним «руководителем», ограничивающим самостоятельность следователя, несущего персональную ответственность за ход и результаты проводимого им расследования (ч. 7 ст. 60 УПК РК) [10]. В пользу такого вывода свидетельствуют и результаты проведенных нами социологических исследований. Так опрос 45 сотрудников следственных подразделений, проходивших в 2018 г. обучение в рамках повышения квалификации в Академии МВД РК им. Б. Бейсенова, 15 руководителей ОВД, обучающихся там же в профильной магистратуре и докторантуре, а также устный опрос 27 действующих адвокатов и 12 процессуальных прокуроров показал, что в досудебном расследовании вся деятельность адвоката фактически сводится к выполнению следующих задач:

– поиск взаимоприемлемого правового компромисса со следователем, дознавателем по вопросам применения мер пресечения, снижения квалификации совершенного деяния, возможности заключения сделки о признании вины и иных действий, направленных на завершение расследования (например, проведение ускоренного досудебного расследования или прекращение уголовного дела), до направления дела в суд;

– выявление процедурных нарушений органов уголовного преследования, создающих возможность признания части собранных обвинительных доказательств в качестве недопустимых;

– обжалование любых решений органа уголовного преследования, ухудшающих положение клиента в целях затягивания сроков расследования и создания препонов для своевременности проведения запланированных следственных действий;

– поиск и установление обстоятельств, порождающих сомнение в объективности и достоверности показаний (например, виктимности поведения) или притязаний потерпевших и свидетелей обвинения в целях снижения степени общественной опасности противоправного поведения клиента.

В этой связи мы считаем своевременным внесение дополнений в ч. 4 ст. 296 УПК РК об обязательности обмена информацией со стороной обвинения при ознакомлении подозреваемого и его защитника со всеми материалами уголовного дела, о чем ранее предлагалось в работах российских процессуалистов [11; 56, 57].

Между тем вызывает недоумение новелла о предоставлении стороне защиты права на особое («золотое») доказательство, не предоставляемое стороне обвинения независимо от мотивов, поскольку, по мнению защиты, оно имеет «особое значение для обеспечения интересов защиты подозреваемого» — ч. 4 ст. 296 УПК РК. Полагаем, что включение в УПК РК права адвоката-защитника на особое доказательство ставит его в двусмысленное положение. С одной стороны, защита вполне может успешно выиграть процесс по его окончании, если выберет особым доказательством такую информацию, которая была бы неизвестна органам уголовного преследования, но при этом исключает наказание деяния. Например, непредоставление защитником в ходе ознакомления с материалами уголовного дела особого доказательства, которое могло бы повлечь прекращение уголовного дела или снятие подозрений с подзащитного до суда. С другой стороны, налицо намеренное затягивание адвокатом процесса расследования, в том числе и из личных побуждений.

На наш взгляд, процедура ознакомления подозреваемого и его защитника должна состоять из нескольких последующих этапов. Первый — уведомление об окончании расследования, месте и времени ознакомления с материалами уголовного дела. На втором этапе сторона защиты согласовывает со следственным судьей вопрос о возможности предоставления дополнительных материалов и о возможности непредоставления особого доказательства (считаем, что это прерогатива следственного судьи, так как предоставляемые и сокрываемые материалы напрямую затрагивают права и свободы подозреваемого). После получения согласия следственного судьи наступает третий этап: предоставление дополнительной информации, их проверка и ознакомление со всеми материалами уголовного дела. В противном случае вновь возникает обоснованная опасность уклона в сторону защиты частного интереса в ущерб интересу публичному.

Можно пойти и по пути, используемому в аналогичных ситуациях законодателями Грузии или Эстонии. Например, по УПК Грузии, наиболее приближенному к англо-саксонской модели, защитник допускается с момента задержания и собирает доказательства за счет обвиняемого (ч. 7 ст. 38 и ч. 1 ст. 39 УПК Грузии). При этом обмен добытой информацией о возможных доказательствах предусмотрен по ходатайству стороны защиты на любой стадии уголовного процесса (ч. 1 ст. 83 УПК Грузии). Если такое ходатайство удовлетворено, то сторона обвинения получает аналогичное право получить у стороны защиты информацию, которую сторона защиты намеревается представить в суд

в качестве доказательств. Непередача стороне после поступления требования об обмене информацией в полном объеме имеющихся на тот момент материалов влечет их признание недопустимыми доказательствами. Об обмене информацией составляется протокол, копия которого направляется в суд вместе с уголовным делом. Обмен происходит путем предоставления копий или справок (ст. 83 УПК Грузии). При этом за адвокатом сохраняется исключительное право на непредоставление доказательств, имеющих особое значение для обеспечения защиты, если это не влечет недопустимости этих доказательств во время рассмотрения дела по существу в суде. Но в отличие от аналогичной процедуры в Республике Казахстан, по УПК Грузии в этом случае сторона защиты подвергается штрафу и возмещению процессуальных расходов (ст. 84 УПК Грузии).

В Эстонии после получения копии обвинительного акта защитник не позднее чем за три рабочих дня до предварительного заседания представляет в суд защитительный акт, а в прокуратуру его копию. Если защитник не представляет защитительный акт к указанному сроку, то суд незамедлительно уведомляет об этом правление адвокатуры и предлагает обвиняемому выбрать себе нового защитника к назначенному судом сроку либо обращается в Эстонскую адвокатуру для назначения нового защитника (чч. 1, 5 ст. 227 УПК). Тем самым, в Эстонии состязательность процесса в досудебном расследовании обеспечивается путем составления обвинительного и защитительного актов, в которых каждая из сторон излагает перед судом свою позицию по делу, а также заблаговременного обмена ими сторонами.

Обсуждение

Идея смешанного адвокатского заключения подымалась и на страницах казахстанской юридической печати. В частности, предлагалась процедура, позволяющая адвокату собирать свой адвокатский материал, который в последующем предоставляется судье на ознакомление наряду с материалами уголовного дела. Такой порядок позволит судье до начала судебного процесса ознакомиться с позицией каждой из сторон [12]. Полагаем, что использование механизма двустороннего независимого заключения по делу снимет указанную нами выше проблему, связанную с правом адвоката на особое доказательство. Но при этом следует учитывать разные подходы к понятию состязательности в досудебном расследовании. Например, в странах, идущих по пути англо-саксонской системы судопроизводства, предусмотрено параллельное расследование, когда каждая сторона самостоятельно собирает доказательства независимо друг от друга [13]. В Казахстане такой порядок неприемлем, так как это потребовало бы «легализации» полученных доказательств на предмет их относимости и допустимости органом, ведущим процесс, либо создания особых процедур их получения стороной защиты, что, в свою очередь, повлекло бы излишнюю бюрократизацию досудебного расследования [14; 202].

В то же время, считаем, что некоторые процедуры, предусмотренные в УПК зарубежных стран следует имплементировать в уголовный процесс Республики Казахстан, внося соответствующие изменения и дополнения в действующие процедуры. В частности, представляет интерес опыт Молдовы по вопросу получения информации адвокатом. Согласно ч. 1 ст. 100 УПК Молдовы, адвокат вправе вести беседы с физическими лицами, если они согласны быть допрошенными в установленном законом порядке. На наш взгляд, в УПК РК следует также конкретизировать право адвоката на получение объяснения при условии его согласия подтвердить свою позицию в ходе официального допроса, внося соответствующее изменение в редакцию п. 4) ч. 3 ст. 70 УПК РК, дополнив его после слов «известно об обстоятельствах дела» словами «...при условии их согласия на подтверждение данных ими показаний во время официального допроса...».

Помимо этого, следует внести изменения в ч. 4 ст. 296 УПК РК, дополнив после слов «... влечет признание их недопустимыми в качестве доказательств...» абзацем следующего содержания: «...Об обмене между сторонами имеющихся на тот момент доказательств и иных материалов составляется протокол с указанием перечня представленной информации, копия которого направляется в суд вместе с уголовным делом...». А после слов «...для обеспечения интересов защиты подозреваемого...» дополнить абзацем следующего содержания: «...отнесение доказательства, не представляемого стороной защиты к особому доказательству, определяется следственным судьей при условии, если это не повлечет ухудшения положения подозреваемого...».

Так же следует привести в соответствие положения, закрепленные в ч. 8 ст. 68 УПК РК, о том, что основанием допуска адвоката к делу является предоставление удостоверения адвоката и *ордера* с положениями ст. 46 Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» о том, что основанием для допуска адвоката, помимо его удостоверения адвоката, служит *письменное уведомле-*

ние о защите (представительстве), поскольку разное толкование основания к допуску может повлечь проблемные ситуации в правоприменительной практике [15].

Более полной реализации принципа состязательности и равноправия сторон в досудебных стадиях уголовного процесса могут способствовать и следующие наши предложения относительно усиления полномочий защитника.

Исходя из задачи уравнивания средств доказывания обвинения и защиты, необходимости минимизации обвинительного уклона при допросе лица следователем, дознавателем, возможно усовершенствовать ст.ст. 55 и 217 УПК РК. Предложение заключается в том, что разумно ввести обязательное по ходатайству адвоката-защитника, его подзащитного-подозреваемого депонирование следственным судьей показаний свидетеля, содержание которых в последующем может толковаться в пользу версии стороны защиты.

Помимо этого, п. 13) ч. 2 ст. 70 УПК РК требует своего логического завершения. В этой связи данную норму о ходатайстве защитника перед следователем, дознавателем о производстве процессуальных действий нужно дополнить также следственными действиями. В данный пункт следует обязательно ввести процессуальную санкцию. Суть такой санкции состоит в признании недопустимыми доказательств, полученных следователем, дознавателем на основании ходатайства защитника, его подзащитного-подозреваемого без извещения или ненадлежащего его (их) извещения о времени и месте производства процессуального, следственного действия. По аналогии с указанной выше нормой, представляется необходимым ввести соответствующую процессуальную санкцию и за несоблюдение лицом, ведущим расследование, правила п. 2) ч. 2 ст. 70 УПК РК об обязательном приобщении к материалам уголовного дела предметов, документов, сведений, иных данных, собранных и представленных защитником в соответствии с Кодексом.

Заключение

1. Одним из важных направлений реформирования уголовного судопроизводства Республики Казахстан выступает дальнейшее усиление состязательности и равноправия сторон в досудебном расследовании путем принятия нормативно-правовых актов, направленных на создание профессионального ядра адвокатов и повышения ответственности последних за результаты осуществляемой процессуальной деятельности.

2. Принимаемые государством меры по расширению процессуальных полномочий адвоката-защитника в досудебном расследовании носят несистемный, половинчатый характер, не учитывающий публичный интерес стороны обвинения.

3. В действующее уголовно-процессуальное законодательство следует внести ряд изменений и дополнений относительно полномочий адвоката-защитника по собиранию доказательственной информации, приведению к единообразному толкованию терминов, используемых в УПК РК и в Законе РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи», более полной реализации принципа состязательности и равноправия сторон в досудебных стадиях уголовного процесса, в том числе и путем имплементации сходных уголовно-процессуальных процедур из законодательства зарубежных государств.

Принятие подобных нововведений позволит сохранить разумный баланс интересов между обвинением и защитой при производстве досудебного расследования, что будет способствовать принятию законных и обоснованных итоговых решений по уголовному делу в условиях состязательности и равноправия сторон, соблюдению прав, свобод человека и гражданина, возможно полной информированности о доказательствах, предоставляемых сторонами суду.

Выводы и рекомендации, сформулированные в статье, могут быть использованы в законотворческой деятельности, в правоприменительной практике, при преподавании соответствующих тем по курсу уголовного процесса в юридических вузах, а также в научных исследованиях, связанных с процессуальным статусом адвоката-защитника в досудебном расследовании уголовных дел.

Список литературы

- 1 Ст.ст. 26, 27 УПК РК, ч. 1 ст. 2 и ст. 14 Закона РК «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» / Закон Республики Казахстан: практ. пос. — Алматы, 2018. — 56 с.
- 2 Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. — Т. II. — СПб.: Сенатская типография, 1910. — 583 с.

- 3 Фойницкий И.Я. Защита в уголовном процессе как служение общественное. По изданию 1885 г. [Электронный ресурс] / И.Я. Фойницкий // Allpravo.Ru, 2004 — Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc1897p0/instrum2050/>.
- 4 Строгович М.С. Курс уголовного процесса / М.С. Строгович. — М.: Изд-во АН СССР, 1958. — 703 с.
- 5 Арсеньев К.К. Заметки о русской адвокатуре: Обзор деятельности С.-Петерб. совета присяжных поверенных за 1866–74 г.: [В 2-х ч.] / К.К. Арсеньев. — СПб.: Тип. В. Демакова, 1875. — 512 с.
- 6 Смирнов А.В. О процессуальной независимости следователя, защитника и обеспечении законных интересов личности в уголовном процессе / А.В. Смирнов // Предварительное следствие в условиях правовой реформы: сб. науч. тр. / Ред. В.С. Шадрин. — Волгоград: ВСШ МВД СССР. — 1991. — С. 31–37.
- 7 Тыныбеков С. Адвокат и адвокатская деятельность в Республике Казахстан: учеб. / С. Тыныбеков. — Алматы: Данекер, 2001. — 246 с.
- 8 Филимонов Б.А. Основы уголовного процесса Германии / Б.А. Филимонов. — М.: Изд-во МГУ, 1994 — 102 с.
- 9 Стойко Н.Г. Уголовный процесс в США: учеб. пос. / Н.Г. Стойко, О.Б. Семухина. — Красноярск: Краснояр. гос. ун-т, 2000. — 315 с.
- 10 Ахпанов А.Н. Модернизация процессуальных основ судопроизводства в Республике Казахстан: проблемные вопросы / А.Н. Ахпанов, А.Л. Хан // Фемида. — 2018. — № 4 (268). — С. 5–12.
- 11 Зубарев В. Защитник на предварительном следствии / В. Зубарев, Ю. Мешков // Соц. законность. — 1988. — № 2. — С. 56, 57.
- 12 Меркушева Ж. Материалы адвокатского расследования. Адвокатское заключение / Ж. Меркушева // Фемида. — 2007. — № 9. — С. 21–25.
- 13 Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование / Н.А. Колоколов // ЭЖ-ЮРИСТ. — 2005. — № 21. — С. 8–12.
- 14 Туякбай Ж.А. Правовые основы государственной политики Республики Казахстан в сфере уголовной юстиции / Ж.А. Туякбай. — Алматы: Жазушы, 2004. — 264 с.
- 15 Нам Г.М. Уведомление вместо ордера: что лучше? [Электронный ресурс] / Г.М. Нам. — Режим доступа: <http://www.zakon.kz/4953541-uvedomlenie-vmesto-ordera-chto-luchshe.html>.

А.Н. Ақпанов, А.Л. Хан, Т.С. Биндюкова

Қылмыстық істерді сотқа дейінгі тергеудегі қорғаушының дискрециялық өкілеттілігі

Зерттеу тергеудің негізгі нысаны ретінде алдын ала тергеу кезінде тараптардың теңдігі мен бәсекелестік қағидасын қолдану аясын кеңейту нәтижесінде қылмыстық процесс теориясында туындайтын проблемалық мәселелерді анықтады. Мақала авторлары шетелдік және көрші елдердегі ұқсас іс-әрекеттермен салыстырғанда заңгерлердің адвокаттық қызметіне жалпы жағдайын көрсету, заңнамадағы проблемалық мәселелер мен кемшіліктерді анықтау және оның одан әрі жетілдірілуіне бағытталған механизмдерді қалыптастыру мақсатын көздейді. Мақаланы жазған кезде кеңестік кезеңнің, қазіргі заманғы қазақстандық және ресейлік адвокаттар ғалымдарының еңбектеріне негізделген жалпы ғылыми әдістердің ережелері, сондай-ақ тарихи, жүйелі, салыстырмалы-құқықтық талдау және әлеуметтанулық зерттеу әдістерінің жеке-ғылыми әдістері қолданылған. Зерттеу барысында алынған ұсыныстар мен қорытындылар Қазақстан Республикасының Конституциясын, Қазақстан Республикасы мен бірқатар шет мемлекеттердің қылмыстық іс жүргізу заңнамасының қағидаттары, негізгі институттары мен нормаларын зерттеуге негізделген. Атап айтқанда, тараптардың сотқа дейінгі кезеңдегі теңдігі мәселесі көтеріліп, адвокаттарға алдын ала сатыда дәлелдемелерді дербес жинау құқығын беру мүмкіндіктері көрсетіліп, осы мәселе бойынша ғылыми көзқарастар берілді. Тергеу аяқталған кезде қылмыстық тергеу жүргізетін органға қылмыстық іс материалдарымен таныстыруды ұсынбауға құқығы бар арнайы дәлелдеме үшін қорғаушының құқығына ерекше көңіл бөлінеді. Нәтижесінде, авторлар қылмыстық іс жүргізу заңнамасына мемлекеттік органдардың сотқа дейінгі тергеудің қоғамдық мүдделерін ескере отырып, жеке адамның қосымша кепілдіктерін жасауға қатысты бірқатар толықтырулар мен өзгерістер енгізуді ұсынады. Олар жақын және алыс шет елдердің заңнамаларынан қылмыстық процедуралардың белгілі бір түрлерін жүзеге асыру жолымен қарастырған мәселелерді шешуге және Қазақстан Республикасының қолданыстағы Қылмыстық іс жүргізу кодексіне тиісті өзгертулер мен толықтырулар енгізуге ұсыныс жасады. Бұл адвокатураны жетілдіру тек өз өкілеттіктерін кеңейту арқылы ғана емес, сондай-ақ адвокаттардың қылмыстық қудалау органдарының қоғамдық мүдделерінің пайда болуын шектейтін кепілдіктерді құру арқылы туындауы керек деген тұжырым жасайды. Себебі бұл тараптар прокуратура мен қорғаныс тараптарының арасында ішкі мүдделер қатығысына алып келуі мүмкін.

Кілт сөздер: адвокат, қорғаушы, өкілді, заң көмегі, алдын ала тергеу, адвокатура, тергеуші, прокурор, сот, дәлелдеме, іс жүргізу шешімі.

A.N. Akhpanov, A.L. Khan, T.S. Bindyukova

Discretionary authorities of the lawyer in pre-trial investigation of criminal cases

The study exposed the problematic issues that arise in the theory of the criminal process as a result of the expansion of the scope of application of the principle of competition and equality of the parties at the time of the preliminary investigation as the main form of pre-trial investigation. The authors of the article pursued the goal of showing the general state of advocacy activities of lawyers in comparison with similar activity in foreign and neighboring countries, identification of problematic issues and gaps in the legislation, and formulation of mechanisms aimed at its further improvement. When writing the article, the provisions of general scientific methods of knowledge, as well as private-scientific methods of historical, systemic, relatively legal analysis and methods of sociological research, based on the works of scientists of both the Soviet period and modern Kazakhstan and Russian lawyers were used. The proposals and conclusions obtained in the course of the study are based on a study of the Constitution of the Republic of Kazakhstan, the principles, basic institutions and norms of criminal procedure law of the Republic of Kazakhstan and a number of foreign states. In particular, the problem of equality of the parties in the pre-trial stages is raised, the possibilities of giving lawyers the right to independently collect evidence in the pre-trial stages are shown, and scientific views are given on this matter. Particular attention is paid to the right of the defense lawyer for special evidence, which he has the right not to present to the criminal investigating authority at the time of completion of the investigation and familiarization with the materials of the criminal case. As a result, the authors propose a number of additions and changes to the existing criminal procedural legislation relating to the creation of additional guarantees of the rights of the individual, taking into account the public interest of the state bodies of pre-trial investigation. They proposed possible solutions to the problems they considered by implementing certain criminal procedures from the legislation of the countries of near and far abroad and making appropriate changes and amendments to the current Code of Criminal Procedure of the Republic of Kazakhstan. This justifies the conclusion that the improvement of advocacy should go not only by expanding their powers, but also by creating guarantees that limit the activities of lawyers in favor of the public interest of the criminal prosecution authorities, since otherwise, it may lead to an internal conflict of interests between the parties to the prosecution and the defense.

Keywords: lawyer, defender, representative, legal assistance, pre-trial investigation, advocacy, investigator, prosecutor, court, evidence, procedural decision.

References

- 1 (2018). St.st. 26, 27 UPK RK, ch. 1 st. 2 i st. 14 Zakona RK «Ob advokatskoi deiatelnosti i yuridicheskoi pomoshchi» [Art. 26, 27 Code of Criminal Procedure, h. 1 Art. 2 and art. 14 of the Law of the Republic of Kazakhstan «On advocacy and legal assistance»]. *Zakon Respubliki Kazakhstan – Law of the Republic of Kazakhstan*. Almaty [in Russian].
- 2 Foinitsky, I.Ya. (1910). *Kurs uholovnoho sudoproizvodstva [The course of criminal proceedings]*. (Ed. 3) Sankt-Peterburg: Senate Printing House [in Russian].
- 3 Foinitsky, I.Ya. (2004). Zashchita v uholovnom protsesse kak sluzheniie obshchestvennoie. Po izdaniiu 1885 h. [Protection in criminal proceedings as a public ministry. According to the 1885 edition]. *allpravo.ru* Retrieved from <http://www.allpravo.ru/library/doc1897p0/instrum2050/> [in Russian].
- 4 Strogovich, M. (1958). *Kurs uholovnoho protsessa [Course of the criminal process]*. Moscow: Izdatelstvo AN SSSR [in Russian].
- 5 Arsenyev, K.K. (1875). Zаметки о русской адвокатуре: Обзор деятельности Санкт-Петербург. совета присяжных поверенных за 1866-74 г. [Notes on Russian advocacy]. Saint-Petersburg: Типография В. Демкова [in Russian].
- 6 Smirnov, A.V. (1991). O protsessualnoi nezavisimosti sledovatelya, zashchitnika i obespechenii zakonnykh interesov lichnosti v uholovnom protsesse [On the procedural independence of the investigator, the defender and ensuring the legitimate interests of the individual in the criminal process]. *Predvaritelnoie sledstvie v usloviakh pravovoi reformy – Preliminary investigation in the context of legal reform*. V.S. Shadrin (Ed.). Volgograd: VSSH USSR [in Russian].
- 7 Tynybekov, S. (2001). *Advokat i advokatskaia deiatelnost v Respublike Kazakhstan [Lawyer and advocacy in the Republic of Kazakhstan]*. Almaty: Daneker [in Russian].
- 8 Filimonov, B.A. (1994). *Osnovy uholovnoho protsessa Hermanii [Basics of the criminal process in Germany]*. Moscow: Izdatelstvo MHU [in Russian].
- 9 Stoyko, N.G., & Semukhina, O.B. (2000). *Uholovnyi protsess v SShA [The Criminal Procedure in the USA]*. Krasnoyarsk: Krasnoyarskii gosudarstvennyi universitet [in Russian].
- 10 Akhpanov, A.N., & Khan, A.L. (2018). Modernizatsiia protsessualnykh osnov sudoproizvodstva v Respublike Kazakhstan: problemnye voprosy [Modernization of the procedural bases of legal proceedings in the Republic of Kazakhstan: problematic issues]. *Femida – Themis*, 4 (268), 5–12 [in Russian].
- 11 Zubarev, V., & Meshkov, Yu. (1988). Zashchitnik na predvaritelnom sledstvii [Defender at the preliminary investigation]. *Sotsialisticheskaya zakonnost – Social legality*, 2, 56, 57 [in Russian].

12 Merkusheva, J. (2007). *Materialy advokatskoho rassledovaniia. Advokatskoie zakliucheniie* [Materials of the lawyer's investigation. Lawyer's conclusion]. *Femida – Themis*, 9, 21–25 [in Russian].

13 Kolokolov, N.A. (2005). *Parallelnoe advokatskoie rassledovaniie* [Parallel lawyer investigation]. *Ezh-IuRIST – Ezh-JURIST*, 21, 8–12 [in Russian].

14 Tuyakbai, J.A. (2004). *Pravovye osnovy gosudarstvennoi politiki Respubliki Kazakhstan v sfere uholovnoi yustitsii* [Legal basis of the state policy of the Republic of Kazakhstan in the field of criminal justice]. Almaty: Zhazushy [in Russian].

15 Nam, G.M. *Uvedomleniie vmesto ordera: chto luchshe?* [Notification instead of order: which is better?]. *zakon.kz*. Retrieved from <http://www.zakon.kz/4953541-ovedomlenie-vmesto-ordera-chto-luchshe.html> [in Russian].