

Право защитника на собирание доказательств через призму гносеологии защитительной деятельности: борьба здравого смысла с невежеством

Соловьев Сергей Александрович,
адвокат Адвокатского бюро города Москвы «СОСЛОВИЕ»,
управляющий партнер бюро, эксперт ФПА РФ
soloviev@soslovie-ab.ru

В работе представлен критический анализ ряда предложений по совершенствованию состязательности на досудебной стадии уголовного судопроизводства с позиции существа защитительной деятельности. Одновременно с этим даются предложения по совершенствованию мер уголовно-процессуальной ответственности, направленных на возможную реализацию процессуальной конструкции благоприятствования защите (*favor defensionis*) в рамках существующей смешанной формы уголовного процесса в России.

Ключевые слова: уголовный процесс, состязательность сторон, полномочия защитника, благоприятствование защите, защитительная деятельность.

Defense Attorney's Right to Collect Evidence in Terms of Gnoseology of Protective Activities: Common Sense Combating Ignorance

Solovyev, Sergey A.,
Lawyer of SOSLOVIE Law Bureau of the City of Moscow,
Managing Partner of the Bureau,
Expert of the Federal Chamber of Lawyers of the Russian Federation

This paper presents a critical analysis of a number of proposals for improving the competitiveness at the pre-trial stage of criminal proceedings from the point of essence of defensive activity. At the same time there are given proposals to improve the measures of criminal procedure responsibility aimed at the possible implementation of the procedural design favored defence (*favor defensionis*) within the existing mixed form of criminal proceedings in Russia.

Key words: criminal procedure, adversarial, powers of defender, favoring defence, defensive activities.

Я здесь (в суде — прим. авт.) не для того, чтобы что-то доказывать, я здесь для того,

чтобы показать, что прокурор

ничего не доказал» (из язвительных замечаний французских адвокатов в адрес прокуроров)¹.

В приведенном в начале данной работы афоризме мной умышленно выделено слово **показать**, включающее один из главных смыслов защитительной деятельности

адвоката в смешанном по своему строению уголовном процессе.

В связи с этим эта же фраза в монографии проф. С.А. Шейфера «Доказательства и доказывание по уголовным делам» приведена с серьезным смысловым изъяном, так как в ней слово «показать» заменено на «доказать»², что, на мой взгляд, не соответствует основной сущности защитительной

¹ Цит. по: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. М., 1910. С. 137.

² См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. 2 издание. М.: НОРМА. ИНФРА-М, 2014. С. 156–157.

деятельности адвоката в процессе, является проявлением деформирования поведенческой активности защитника в уголовном судопроизводстве.

Однако есть основания полагать, что такое понимание защитительной деятельности, при которой защитник является активным субъектом процессуального доказывания становится все более популярным в адвокатской среде, что только подтверждает позиция В. Багатурии, изложенная в его статье «Как вернуть состязательность в уголовный процесс»³, в которой он сетует на недостаточность доказательственных возможностей у стороны защиты в уголовной юстиции России, что нарушает, по его мнению, требования ч. 3 ст. 123 Конституции РФ.

Некоторые научные публикации моих коллег также свидетельствуют об этой тенденции. Так, А.А. Орлов утверждает, что содержанием познавательной деятельности защитника по уголовному делу является **установление фактических обстоятельств исследуемого события** (выделено мной), которым защитник придает юридическое значение⁴.

В качестве оправдывающих такое профессиональное заблуждение обстоятельств безусловно следует упомянуть об активной роли законодателя в его формировании, весьма легкомысленно указавшего в ч. 3 ст. 86 УПК РФ⁵ о праве защитника собирать доказательства, что, по меткому выражению А.В. Победкина, носило «...похоже, исключительно психологический характер, компенсируя провал идеи «параллельного расследования»⁶.

Исторически сложившаяся в России конфигурация уголовного процесса как смешанного, содержащая в себе разнонаполненные с точки зрения процедуры этапы достижения его назначения, регла-

ментированного ст. 6 УПК РФ (в досудебной стадии с очевидным преобладанием публичного, розыскного (инквизиционного) типа процесса, в судебной — на принципах состязательности и равенства стороны обвинения и защиты перед судом: часть 4 ст. 15 УПК РФ, по своей сути не предусматривает возможности надлежащей процессуальной доказательственной деятельности защиты как неофициального участника процесса в связи с отсутствием основополагающего элемента доказывания — возможности преобразования полученной информации и приданье ей надлежащей процессуальной формы⁷.

Данный вопрос уже достаточно подробно и весьма квалифицированно рассмотрен в научных работах видных процессуалистов России⁸, с позиций которых сложно не согласиться. Даже отраслевое законодательство, регламентирующее адвокатскую деятельность в Российской Федерации, и то в п. 3 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» говорит лишь о возможности адвоката (защитника) собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами в порядке, установленном законодательством Российской Федерации⁹.

В связи с этим считаю нецелесообразным подробно останавливаться на этом вопросе, а хотел бы затронуть иную грань поведенческой парадигмы защитника, направленную на достижение цели обозначенной в эпиграфе: показать суду, что прокурор ничего не доказал.

В связи с этим, знакомясь с работами коллег, которые требуют признания им равного права в сборе и получении до-

³ См. подробнее: Багатурия В. Как вернуть состязательность в уголовный процесс // Новая адвокатская газета. 2015. № 13 (198).

⁴ См. подробнее: Орлов А.А. Особенности познавательной деятельности адвоката по уголовному делу // Адвокатская практика. 2015. № 2. С. 9–14.

⁵ Здесь и далее Уголовно-процессуальный кодекс РФ (по тексту статьи УПК РФ) по сост. на 30.03.2015. М.: Проспект, 2015.

⁶ Победкин А.В. Субъекты собирания доказательств по УПК РФ // Материалы Междунар. науч-практич. конф. С. 93.

⁷ Шейфер С.А. Указ. соч. С. 89.

⁸ См. подробнее: Шейфер С.А. Указ. соч. С. 139–153; Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. М., 2004. Ч. 1. С. 114; Михайловская И.Б. Правило «благоприятствования» защите и его влияние на процесс доказывания // Государство и право. 2007. № 9. С. 41; Лупинская П.А. Уголовно-процессуальное право. Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. 2 изд. М.: НОРМА, 2010. С. 359.

⁹ Статья 3 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». СПб.: ПИТЕР, 2002. С. 9.

казательств по уголовному делу, очевидно, просматривается непонимание особой сути познавательной и, в отличие от следователя или дознавателя, односторонней деятельности защитника, вектор которой направлен исключительно на «оспаривание причастности подозреваемого, обвиняемого или подсудимого к совершенному преступлению, опровержению обвинения в полном объеме или в какой-либо его части»¹⁰.

Все усилия по ретроспективному познанию происшедших в прошлом событий защитником направляются исключительно на достижение частного интереса: защиты конкретного лица от возникших в отношении того подозрений или предъявленного обвинения, что существенно сужает его цели и задачи в реализации общего назначения уголовного судопроизводства, предусмотренного ст. 6 УПК РФ. Более того, квалифицированный защитник никогда не будет искусственно стремиться к активизации своей роли в собирании доказательств, что совершенно обоснованно, так как далеко не по каждому уголовному делу существуют такие обстоятельства, которые позволяют именно доказать невиновность конкретного лица. Куда чаще бывает, что полученных органом расследования доказательств объективно не хватает для утверждения о наличии их достаточной совокупности, свидетельствующей об обоснованности предъявленного обвинения. И вот тут очень важно «показать» суду это обстоятельство, продемонстрировать эту, перефразируя медицинскую терминологию, доказательственную недостаточность. Вот на что в первую очередь должна быть направлена активность познающего субъекта, что и является сутью гносеологии защитительной деятельности, а не наделение защитника официальным статусом собирателя и формировщика доказательств.

В связи с этим не могу согласиться с А.А. Орловым, утверждающим в качестве базового компонента психологической структуры деятельности защитника его познавательную деятельность по сбору и исследованию фактов, относящихся к событию преступления¹¹.

¹⁰ См. подробнее: Сибирцев Г.И. Развитие представлений о защитительной деятельности в уголовном процессе. // Адвокатская практика. 2015. № 3. С. 33–38.

¹¹ См.: Орлов А.А. Указ. соч. С. 10.

Как при такой конфигурации познавательной деятельности защитника должна выглядеть познавательная деятельность органа расследования? Нет ли здесь недопустимого с точки зрения сути защитительной деятельности смешения элементов познания защитника и следователя? А.А. Орлов, кстати, признает это обстоятельство, указывая, что в ракурсе юридической психологии познавательная деятельность следователя не имеет значительных отличий от познавательной деятельности защитника¹². Возможно ли такое совпадение в объемах познавательной цели и организации ее достижения при очевидной, я бы даже сказал фундаментальной, разнице в стоящих перед сторонами задач? На мой взгляд, нет. Еще С.А. Шейфер указывал, что гносеологические приемы «фактофиксующего» познания будут различаться в зависимости от сферы познания, что находит свое объяснение в более или менее строгом режиме получения знаний, в каждой из них¹³.

Более того, в таком желании добиться иллюзорного познавательного равноправия и заложена главная ошибка в понимании защитительной деятельности, ведь в том случае, если защитник во исполнение желания ряда коллег будет наделен правом трансформации своего полученного знания в полноценные доказательства, это ни при каких обстоятельствах не останется его правом, а превратится в его обязанность, так как аналогичная публичная деятельность органа расследования является его профессиональной обязанностью, а не правом. Совершенно очевидно становится и то, что ненадлежащее исполнение этой обязанности будет приводить к наступлению уголовно-процессуальной ответственности¹⁴ и возможности применения санкций, которые, в отличие от сферы уголовной ответственности, будут установлены на основе презумпции вины, освобождение от которых будет возможно только тогда, когда самим «нарушителем» будет доказана его невиновность¹⁵.

¹² См.: Орлов А.А. Указ. соч. С. 10.

¹³ См. Шейфер С.А. Указ. соч. С. 107.

¹⁴ См. подробнее: Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность. М., 1987. С. 49–77.

¹⁵ Калиновский К.Б. Распределение бремени доказывания в уголовном процессе: всегда ли в пользу обвиняемого? // Матер. междунар.

Неужели коллеги так ратуют за уменьшение своих прав и увеличение своих обязанностей при осуществлении защитительной деятельности? Полагаю, что нет, но поверхностный подход к элементам состязательности в досудебных стадиях смешанного по своему строению уголовного судопроизводства свидетельствует в большей степени о популизме их предложений, нежели о достижении реально возможной и допустимой при имеющейся форме досудебного производства состязательности.

Если проанализировать данные предложения коллег о наделении защитника возможностью созицания именно доказательств, то существование проблемы будет обозначено не в отсутствии у защитника физической возможности по реализации своего права по получению предметов, документов, справок и проведению опросов, то есть не по функциональному наполнению своих полномочий, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК РФ, а по несовершенной процедуре приобщения к материалам дела полученных защитником материалов, предметов и документов, их проверки, оценки и придания им статуса надлежащих доказательств, что является исключительной прерогативой органа расследования. М.С. Строгович писал: «Пока доказательство не рассмотрено и не закреплено процессуально, нельзя утверждать, что доказательство действительно обнаружено, так как неизвестно еще, что именно обнаружено, и является ли действительно доказательством то, что обнаружено»¹⁶.

Объясняется такое положение дел профессиональной деформацией сознания современного следователя, которого не составило проблемы убедить, что он в соответствии с п. 47 ч. 1 ст. 5 УПК РФ — сторона обвинения, которой в рамках ее диспозитивного наполнения возможно любое ее поведение в отношении возможностей реализации своих прав защитником в уголовном процессе.

Узость такого процессуального мышления необходимо исправлять, не увеличивая объемы процессуальных обязанностей защитника, о чем скропалительно ходатайствуют мои коллеги, а путем усиления

уголовно-процессуальной ответственности органа расследования через призму процессуальной конструкции благоприятствования защите как заведомо слабой из сторон в уголовно-правовом споре.

В современной теории уголовного процесса благоприятствование защите (*favor defensionis*) допустимо понимать как процессуальную конструкцию, суть которой предусматривает дополнительную гарантию правам стороны защиты, предоставляемую законодателем сверх механического уравнивания полномочий сторон¹⁷.

Часть 2 ст. 159 УПК РФ законодательно лишь отчасти сковывает диспозитивные начала в поведенческом моменте органа расследования, устанавливая запрет на отказ в ходатайстве стороне о допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и иных следственных действий, так как включает существенную оговорку, что данное ограничение действует только в том случае, если обстоятельства, об установлении которых ходатайствуют стороны, имеет значение для дела, что порождает безусловную вкусовщину в оценке таких ходатайств защиты со стороны органа расследования.

В связи с этим, на мой взгляд, в рамках реализации процессуальной конструкции благоприятствования защите необходимо установить более жесткий судебный контроль за разрешением подобных ходатайств, так как их своевременное надлежащее разрешение работало бы на безусловное достижение двуединого назначения уголовного судопроизводства, указанного в ст. 6 УПК РФ. Непосредственно законодательно это можно было бы исполнить путем внесения изменений в ст. 220, 225 и 237 УПК РФ. Так, п. 6 ч. 1 ст. 220 и п. 6 ч. 1 ст. 225 УПК РФ, регламентирующие указание в обвинительном заключении или обвинительном акте перечня доказательств, на которые ссылается защита, и краткое изложение их содержания, необходимо дополнить словами: «а также указать на заявленные стороной защиты в порядке ч. 2 ст. 159 УПК РФ ходатайства о дополнении следствия, отклоненные органом расследования с указанием мотивов и оснований их отклонения».

науч. конф. Уголовная юстиция: связь времен. СПб. 6-8.10.2010. М., 2012. С. 40–43.

¹⁶ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 302.

¹⁷ См.: Михеенкова М.А. Благоприятствование защите (*favor defensionis*) и его проявление в современном уголовном процессе: монография. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 38.

Во взаимосвязи с этими изменениями ч. 1 ст. 237 УПК РФ, регламентирующую основания возвращения дела прокурору, необходимо дополнить новым основанием, изложив его в п. 6 в следующей редакции: «в связи с необоснованным отклонением на стадии расследования (дознания) ходатайства стороны защиты, поданного в рамках части 2 ст. 159 УПК РФ о дополнении материалов предварительного следствия, если это связано с необходимостью проведения следственных действий, предусмотренных настоящим Кодексом».

Устанавливаемая таким образом дополнительная гарантия прав именно стороны защиты будет безусловным проявлением процессуальной конструкции благоприятствования ей, более широкая реализация которой именно на досудебных стадиях уголовного судопроизводства в Российской Федерации позволит защите достичь реальной, а не декларативной возможности в осуществлении своих полномочий по собиранию и представлению предметов и документов, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Возврат же дела прокурору для устранения допущенных нарушений будет именно той уголовно-процессуальной санкцией, установленной законом за нарушение органом расследования своей обязанности, предусмотренной ч. 2 ст. 159 УПК РФ.

Именно через механизм усиления уголовно-процессуальной ответственности органа расследования, действующего на принципах публичности с элементами диспозитивности и в обязанности которого входит полное, объективное и всестороннее расследование уголовно-правового конфликта при сохранении разыскного характера досудебной стадии уголовного судопроизводства, только и возможно реальное достижение целей и задач защитительной деятельности в уголовном процессе России.

Реализация же предложений, направленных на наделение защитника реальным, а не декларативным правом на собирание доказательств, имеет под собой фундаментальное изменение не только доктринальной модели действующего в России уголовного процесса, но и реформирование иных его частей, с переводом его с рельс континентальной формы судопроизводства на

рельсы ангlosаксонской модели. Улучшит ли такой переворот ситуацию в реализации прав защитника в уголовном процессе, не берутся предсказать даже сами сторонники таких реформ¹⁸.

Несравненно проще переформатировать свое понимание сути защитительной деятельности через призму гносеологического определения познания применительно непосредственно к интересам и нуждам защитника в уголовном процессе. Если, конечно, целью является реальная защитительная деятельность, а не демагогическая и антинаучная посылка добиться знака равенства между полномочиями защитника в уголовном процессе и полномочиями органа, ведущего расследование. Ведь при такой конфигурации в деле может одновременно оказаться сразу два следователя и ни одного защитника или наоборот.

А что мы будем тогда делать с требованиями ст. 6 УПК РФ?

Литература

1. Конституция РФ. М.: ИНФРА-М, 2012.
2. Уголовно-процессуальный кодекс РФ. По сост. на 30.03.2015. М.: Проспект, 2015.
3. Федеральный Закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». СПб.: ПИТЕР, 2002. С. 9.
4. Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска // Государство и право. 2006. № 2. С. 41.
5. Багатурия В. Как вернуть состязательность в уголовный процесс // Новая Адвокатская Газета. 2015. № 13 (198).
6. Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность. М., 1987. С. 49–77.
7. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. М., 1910.
8. Калиновский К.Б. Распределение бремени доказывания в уголовном процессе: всегда ли в пользу обвиняемого? // Матер. междунар. науч. конф. Уголовная юстиция:

¹⁸ Исключение составляет разве что проф. Александров А.С., который настаивает, «что деятельность по собиранию доказательств не должна носить процессуального характера. Судопроизводство начинается с момента предъявления уголовного иска — предания суду». См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска // Государство и право. 2006. № 2. С. 41.

- связь времен. СПб. 6-8.10.2010. М., 2012. С. 40–43.
9. Лупинская П.А. Уголовно-процессуальное право. Учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. 2 изд. М.: НОРМА, 2010. С. 359.
10. Михайловская И.Б. Правило «благоприятствования» защите и его влияние на процесс доказывания // Государство и право. 2007. № 9. С. 41.
11. Михеенкова М.А. Благоприятствование защите (*favor defensionis*) и его проявление в современном уголовном процессе: монография. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 38.
12. Орлов А.А. Особенности познавательной деятельности адвоката по уголовному делу // Адвокатская практика. 2015. № 2.
13. Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. М., 2004. Ч. 1. С. 114.
14. Победкин А.В. Субъекты собирания доказательств по УПК РФ // Материалы Междунар. науч-практич. конф. С. 93.
15. Сибирцев Г.И. Развитие представлений о защитительной деятельности в уголовном процессе // Адвокатская практика. 2015. № 3. С. 33–38.
16. Стrogович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 302.
17. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. 2 изд. М.: НОРМА. ИНФРА-М, 2014.

К вопросу об оформлении полномочий адвоката в гражданском процессе*

Бардин Лев Николаевич,
адвокат, член Совета Адвокатской палаты г. Москвы,
доцент факультета права Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ),
кандидат юридических наук
lbardif@mail.ru

В статье автор, исследуя некоторые проблемы оформления полномочий адвоката в гражданском судопроизводстве, подчеркивает обязательность предоставления ордера в соответствии с п. 5 ст. 53 ГПК РФ. Перечислены последствия непредоставления ордера. Обосновывается недостаточная корректность формулировки п. 5 ст. 53 ГПК РФ.

Ключевые слова: гражданский процесс, представитель, адвокат, ордер, доверенность.

On Empowerment of Attorneys in Civil Procedures

Bardin, Lev N.,
Attorney, Member of the Council of the Chamber of Lawyers of the City of Moscow,
Associate Professor at the Law Department
of National Research University "Higher School of Economics",
Candidate of Juridical Sciences

In this article, the author examines certain problems of empowerment of attorneys in civil proceedings and emphasizes the necessity to provide a warrant pursuant to clause 5, Art. 53 of the Code of Civil Procedure. He describes consequences of failure to provide a warrant and substantiates the lack of correct wording of clause 5, Art. 53 of the Code of Civil Procedure.

Keywords: Civil Procedure, Representative, Attorney, Warrant, Power of Attorney

* Статья подготовлена с использованием материалов СПС КонсультантПлюс.