

FAVOR DEFENSIONIS (ЛАТ.) — БЛАГОПРИЯТСТВОВАНИЕ ЗАЩИТЕ



Сергей СОЛОВЬЕВ,

управляющий партнер
Адвокатского бюро г. Москвы «СОСЛОВИЕ»,
член Совета Адвокатской палаты г. Москвы,
кандидат юридических наук

Применительно к уголовному судопроизводству терминология и правовая сущность процессуального режима благоприятствования стали формироваться в концепцию в период XVI–XVIII вв. и применялись исключительно для характеристики средств действия защищающейся стороны в уголовно-правовом споре.

«Благоприятствование защите» в категории правило¹ или, как его называют некоторые

процессуалисты, принцип² стало приобретать самостоятельное значение вместе с началом развития уголовного права³ в среде юристов саксонской (германской) юридической школы (Матвей Берлих, Б. Карпцов мл. и др.)⁴.

ственной деятельности, осуществляемой защитником по уголовному делу // Библиотека криминалиста. Научный журнал. № 1 (30). М.: Юрлитинформ, 2017. С. 55–64; «Благоприятствование защите — прежде всего возложение обязанностей доказывания обвинения на обвинителя, а также правило о толковании сомнений в пользу подсудимого». Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. М.: Юридическая литература, 1982. С. 87; «В целях возможного смягчения этого неравенства (*между стороной защиты и стороной обвинения* (курсив наш. — С.С.)) закон предоставляет защите ряд процессуальных преимуществ («favor defensionis»), которые в общем виде можно обозначить как правило благоприятствования защите». Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 138; Она же: Правило «благоприятствования» защите и его влияние на процесс доказывания // Государство и право. 2007. № 9. С. 41; «Общее правило: презумпция невмешательства в дела адвоката, благоприятствование защите». Колоколов Н.А. Вызов адвоката на допрос в качестве свидетеля: критерии законности // Адвокатская практика. № 5. 2016. С. 3–7.

² «Не приведет ли это к умалению прав адвокатов и их подзащитных, особенно с учетом принципа «favor defensionis»?» Калиновский К.Б. Злоупотребление правом на защиту // Уголовный процесс. 2015. № 7 (127). М.: Акцион, 2015. С. 9; «Здесь требуется терпение и некоторый перегиб в сторону защиты, ибо в уголовном процессе должен действовать принцип благоприятствования защите, гарантирующий равенство сторон и состязательность». Смирнов А.Б. Злоупотребление правом на защиту (Головки Л.В., Резник Т.М., Смирнов А.В., Колоколов Н.А., Львова Е.Ю., Кипнис Н.М.). Аналитический портал «Отрасли права». URL: <http://отрасли-права.pf/article/15307> (дата обращения: 11.07.2017). См. также: Хайдаров А.А. Принцип благоприятствования защите и его проявление в ходе рассмотрения уголовного дела в суде первой инстанции // Вестник Казанского юридического института МВД России, 2013. С. 88–91. И.Л. Петрухин в своих работах благоприятствование защите характеризовал и как принцип: «Здесь принцип равенства сторон конкурирует с другим не менее важным принципом благоприятствования защите («favor defensionis») и правом обвиняемого на защиту». Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: монография. М.: Проспект, 2014. С. 14.

³ До начала XVIII в. уголовное право читалось в университетах как приложение к гражданскому праву. Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Часть 1. По изданию 1902 г. Тула: АВТОГРАФ, 2001. С. 30–31.

⁴ В то же время имелась серьезная критика работ указанных немецких криминалистов, обусловленная их экзегетическим характером, в которых, по словам немецкого криминалиста К. Гейбе, «недостаток всякого научного духа и вообще низкая степень образования

¹ См., например: «Существует правило, сложившееся еще в Древнем Риме, — это благоприятствование защите (favor defensionis)». Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и уголовная политика // Адвокат. 2007. № 5 (137). С. 18; «Со времен римского права известно правило «favor defensionis», означающее благоприятствование защите». Карякин Е.А. Проблемы судебной доказатель-

Понимая это обстоятельство и формируя общие концептуальные основы феномена «благоприятствование защите» (в то время этот феномен обозначался латинской формулой «*favor defensionis*»), знаменитый немецкий юрист Самуэль фон Пуфендорф (1632–1694) писал, что «в порядке защиты можно прибегать к самым несправедливым средствам, так как защите оказывается благоприятствование, ей предоставлено больше прав»⁵. Этот постулат Пуфендорфа является аккумуляцией толкований всех писанных преимуществ стороны защиты перед стороной обвинения, так или иначе обозначенных в истории римского права, начиная от возможности дольше по времени выступать в судебных прениях⁶ до права получить назначенного защитника в случае отсутствия такового⁷.

Целеполагание процессуального режима благоприятствования всегда направлено на выравнивание положения сторон, являющихся участниками конкретных правоотношений. Достижение этой цели обеспечивается через дополнительные гарантии, изъятия и облегчения из общего порядка, предоставляемые законом наиболее слабой стороне. К особенностям правовой реализации этого феномена в российском уголовно-процессуальном законодательстве относится утверждение, что понятие «благоприятствование» допустимо использовать исключительно в отношении тех нормативно закрепленных процессуальных преимуществ, которые адресуются стороне, выполняющей функцию защиты от обвинения.

специалистов-криминалистов выражалась, прежде всего, в своем пристрастии к чужому праву, и именно к римскому и в полном невнимании к элементам национального уголовного права; к этому присоединялась рабская зависимость первоначально от итальянских, а позднее от голландских писателей. В действительности во всей совокупности сочинений этого периода не сохранился и зародыша истинно научной обработки предмета; вместо того чтобы научно переработать материал и сделать его действительно пригодным и плодотворным для практики, писатели довольствовались чисто внешним сопоставлением этого материала». Цит. по: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 31.

⁵ Samuel Pufendorf. De jure naturae et gentium. London : Adam Junghans, 1672. P. 1003.

⁶ «В уголовных процессах время для словесных прений обыкновенно делилось пропорционально Помпееву постановлению. Так, если обвинителю давалось шесть часов, то обвиненному девять и т.д.». «Указом Валентианиана и Валента, изданного в 368 г. по Р.Х. адвокатам дозволено было говорить сколько им угодно, с тем только условием, чтобы они не злоупотребляли этою свободою с целью увеличения своего гонорара». Цит. по: Маккензи. Римское право сравнительно съ законами Франції, Англии и Шотландии. Соч. Лорда Маккензи. Перевод с английского. Москва в Типографии Л.И. Степановой, 1854. С. 407.

⁷ Там же. С. 408.

Процессуальный механизм благоприятствования защите всегда имел конкретное нормативное наполнение, неравномерно распределенное практически по всем стадиям уголовного судопроизводства. Система этих норм, как верно отмечено М.А. Михеенковой, создавала общее требование к уголовному процессу дополнительно усилить права защиты как стороны с заведомо меньшими средствами действия⁸.

Для определения объема влияния *favor defensionis* на регулирование уголовно-процессуальных правоотношений надлежит определить весь перечень нормативных положений, которые, по нашему мнению, обеспечивают своим действием преодоление дефицита равенства сторон в уголовном судопроизводстве.

Анализ действующего уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации показал, что оно содержит 74 уголовно-процессуальные нормы, где либо вся норма, либо отдельные ее положения в случае их применения обеспечивают путем благоприятствования защите выравнивание положения сторон.

К их числу относятся нормативные положения, закрепленные в части 3 ст. 7, части 3 ст. 8, частях 2–4 ст. 14, частях 3–4 ст. 16, пункте 4 части 1 ст. 24, части 2 ст. 27, пунктах 2, 11 части 4 ст. 46, пунктах 3, 21 части 4 ст. 47, части 2 ст. 50, части 3 ст. 51, части 2 ст. 52, пункте 11 части 1 ст. 53, пунктах 2, 3 части 2 ст. 56, части 2 ст. 77, ст. 75, ст. 90, части 1¹ ст. 108, части 9 ст. 108, части 2¹ ст. 159, частях 1–2 ст. 160, части 1¹ ст. 214, части 3 ст. 217 (в части запрета на ограничение во времени ознакомления обвиняемого и его защитника), части 5 ст. 217, части 4 ст. 226⁹ (в части нормативного закрепления полномочия суда при обнаружении признаков самоговора подсудимого перейти для рассмотрения дела в общий порядок), пункте 3 части 2 ст. 231, части 7 ст. 234, части 4 ст. 235, частях 7–8 ст. 246, части 6 ст. 247 (в части обязанности суда в установленных законом случаях обеспечить участие защитника), части 7 ст. 247, части 2 ст. 248 (в части наличия у суда права повторить допросы свидетелей и экспертов или повторно провести судебные действия по ходатайству вновь вступившего в дело защитника), части 3 ст. 249, ст. 252, пункте 2 части 1 ст. 254, части 2¹ ст. 281, части 3 ст. 292 (в части

⁸ Михеенкова М.А. Благоприятствование защите (*favor defensionis*) и его проявление в современном уголовном процессе : монография. М. : Юрлитинформ, 2014. С. 36.

закрепления права защитника и подсудимого последними выступать в прениях), части 6 ст. 292 (в части закрепления права на последнюю реплику именно за защитником и подсудимым), ст. 293, частях 3–4 ст. 301, части 4 ст. 302, части 2 ст. 305, части 3 ст. 314, части 1 ст. 315 (в части возложения обязанности на суд обеспечить участие защитника), части 6 ст. 316 (в части наделения суда самостоятельным правом выйти в общий порядок рассмотрения дела), части 1 ст. 317¹ (в части возложения обязанности на следователя обеспечить участие защитника), части 3 ст. 317⁶, части 8 ст. 328 (в части предоставления стороне защиты права первой начать опрос кандидатов в присяжные заседатели), частях 5–6 ст. 343, части 1 ст. 348, частях 1, 4–5 ст. 348, части 2 ст. 349, части 4 ст. 389⁷ (в части недопустимости расширения доводов, направленных на ухудшение положения осужденного (оправданного) в дополнительных апелляционных жалобах потерпевших и представлениях прокурора, поданных после установленного законом срока на подачу соответствующих жалоб и представлений), пункте 2 части 1 ст. 389²⁰, пункте 4 части 1 ст. 389²⁰ (в части отсутствия в полномочиях суда апелляционной инстанции возможности отменить оправдательный приговор и вынести обвинительный), части 1 ст. 389²⁴ (в части недопустимости ухудшения положения осужденного, если решение суда апелляционной инстанции об отмене состоявшихся судебных решений вынесено на основании апелляционных жалоб стороны защиты и недопустимости отмены оправдательного приговора с одномоментным вынесением обвинительного), ст. 401⁶, части 2 ст. 412⁹, части 3 ст. 414 (в части установления ограничительного срока в один год со дня открытия вновь открывшихся обстоятельств для пересмотра состоявшихся судебных решений в сторону ухудшения), части 2 ст. 423, частях 1, 3–4 ст. 425, частях 1–2 ст. 450¹, части 4 ст. 456, части 1 ст. 461 УПК РФ.

Из представленного перечня с очевидностью усматривается единство целеполагания всех элементов процессуального механизма благоприятствования защите, направленного на формирование нормативно-правовой системы исключительных средств, позволяющей

компенсировать дефицит равенства сторон в сфере уголовного судопроизводства и тем самым в большей степени гарантировать возможность защиты прав и законных интересов стороны, защищающейся от обвинения.

«Сквозной» характер действия процессуального механизма благоприятствования защите, в свою очередь, представляет собой общее правило для организации и отправления уголовного судопроизводства в России⁹.

Так, в частности, в п. 19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» Верховный Суд РФ обратил внимание судов апелляционной инстанции, что по

смыслу ч. 2 ст. 389²⁴ УПК РФ отмена оправдательного приговора по мотивам нарушения права обвиняемого на защиту недопустима, а п. 20 этого же Постановления Пленума Верховного Суда РФ разъяснено, что действующее уголовно-процессуальное законодательство в случае отмены обвинительного приговора по основаниям нарушения права на защиту обвиняемого не допускает применение закона о более тяжком преступлении и назначении обвиняемому более строгого наказания или любое иное усиление его уголовной ответственности¹⁰.

Стоит отметить, что отсутствие в уголовно-процессуальном законе нормативно закрепленного понятия «благоприятствование защите» влечет за собой и синтаксическую нестройность правоприменительных разъяснений со стороны Пленума Верховного Суда РФ. В настоящий момент даже в тех случаях, когда суд в своем решении фактически обосновывает принятое им решение через концепцию действия

⁹ К аналогичному выводу пришла и М.А. Михеенкова, указывавшая на то, что благоприятствование защите объективно существует и действует в современном уголовном процессе, оказывает влияние на самые разные его институты, несмотря на отсутствие четкого закрепления. См.: Михеенкова М.А. Указ. соч. С. 84.

¹⁰ См. п. 19, 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве». URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/8439/> (дата обращения: 11.12.2017).



процессуального механизма благоприятствования защите, синтаксически он не использует данный термин¹¹.

Так, например, разъясняя в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре»¹² законодательный смысл и процессуальные возможности суда использовать для обоснования своих выводов показания, данные участниками уголовного судопроизводства на стадии предварительного расследования и оглашенные в судебном заседании, Пленум, описывая исключительное право подсудимого на запрет оглашения показаний не явившегося потерпевшего, свидетеля при условии непредоставления ему в предыдущих стадиях производства по делу возможности оспорить показания указанных лиц предусмотренным законом способом, в самом тексте постановления все равно делает ссылку, что это является общим правилом для каждой из сторон, что вступает в противоречие с сутью и побудительными мотивами дачи этих разъяснений Пленумом Верховного Суда РФ.

Это становится тем более очевидным, если учесть, что для обоснования этого правотолковательного тезиса Пленум Верховного Суда РФ ссылается на подп. «е» п. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах и подп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которые в этой части регламентируют исключительно права обвиняемого, а следовательно, стороны защиты, но никак не стороны обвинения. Наличие в системе общих

основополагающих положений уголовного судопроизводства дефиниции «благоприятствования защите» позволило бы создать безупречную по нормативной мотивации конструкцию доводов, объясняющих со ссылкой на норму права наличие такого исключения-запрета, одновременно создающего режим уравнивающего преимущества для стороны защиты.

Правотолковательные разъяснения, характеризующиеся через реализацию элементов процессуального механизма благоприятствования защите, содержатся и в п. 5 этого же Постановления Пленума ВС РФ, где допустимость оглашения и использования показаний подсудимого и его близких родственников увязана с обязательным наличием ранее сделанного указанным лицам разъяснения соответствующих положений п. 3 ч. 2 ст. 42, п. 2 ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 4 ст. 47, п. 1 ч. 4 ст. 56 УПК РФ во взаимосвязи с п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ.

Аналогичный по способу регулирования запрет имеется и в п. 10 этого же Постановления Пленума относительно возможности использования стороной обвинения явки с повинной подсудимого.

Устанавливает Пленум Верховного Суда РФ и иные элементы, обеспечивающие процессуальный режим благоприятствования защите. Так, в частности:

- п. 9 устанавливает запрет на восполнение допустимости доказательств в отношении материалов оперативно-розыскной деятельности путем допроса сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскные мероприятия;

- п. 11 устанавливает запрет на использование неподтвержденных показаний подсудимого, данных им в отсутствие защитника, включая случаи отказа от такового вне зависимости от причин, по которым подсудимый их не подтвердил;

- п. 14 устанавливает запрет на оценку отказа подсудимого от дачи показаний в качестве доказательства его виновности, а равно в виде обстоятельства, отрицательно характеризующего его личность.

Такой подход Верховного Суда РФ полностью коррелируется с ранее высказанной позицией Конституционного Суда РФ, который в п. 4 своего Постановления от 29 июня 2004 г. № 13-П указал, что «отсутствие у обвиняемого обязанности доказывать свою невиновность не означает, что в случае отказа обвиняемого от участия в доказывании или неспособности по каким-либо причинам осуществлять его доказательства

¹¹ Так, в Апелляционном определении Верховного Суда РФ по делу № 4-АП/У-17-38СП от 25 октября 2017 г. по делу М. отказ государственному обвинению в удовлетворении апелляционного представления о необходимости отмены оправдательного приговора в отношении М., вынесенного на основании соответствующего вердикта присяжных заседателей, был фактически мотивирован через призму процессуального механизма благоприятствования защите, не допускающего отмену положительного для подсудимого решения суда только на основании формальных несоответствий оформления вердикта, не образующих никаких сомнений относительно содержания принятого решения и достижения целей, установленных ст. 343 УПК РФ, однако при этом дословного и терминологического упоминания феномена благоприятствования защите в решении суда не имелось. См.: Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по делу № 4-АП/У-17-38СП от 25 октября 2017 г. в отношении М. Из адвокатской практики автора. См. об этом же: Соловьев С.А. Принцип благоприятствования защите в действии. URL: <http://www.advgazeta.ru/mneniya/printsip-blagopriyatstvovaniya-zashchite-v-deystvii/> (дата обращения: 07.12.2017).

¹² См.: п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре». URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/8528/> (дата обращения: 12.12.2017).

невинности могут не устанавливаться и не исследоваться»¹³, обратив далее в своем решении внимание на запрет в наступлении для подсудимого каких-либо неблагоприятных последствий при реализации им своего права «на молчание».

Ценность сведений, составляющих адвокатскую тайну во взаимосвязи с обязательствами государства по обеспечению сохранения этой тайны, стала поводом к введению в действующее уголовно-процессуальное законодательство ст. 450¹ УПК РФ, устанавливающей особенности производства обыска, осмотра и выемки в отношении адвоката¹⁴. Предусмотренные данной нормой гарантии сохранности адвокатской тайны, установление сверх общего порядка дополнительных процедур контроля, включая присутствие при производстве обозначенных в статье следственных действий члена совета адвокатской палаты субъекта Федерации, обеспечивающего неприкосновенность предметов и сведений, составляющих адвокатскую тайну (ч. 1 ст. 450¹ УПК РФ), также допустимо отнести к элементам процессуального механизма благоприятствования защите. Причем здесь можно говорить о концептуальном характере этого положения как устанавливающим нормативное исключение-запрет на получения сведений, документов или предметов, охраняемых адвокатской тайной по другим поручениям этого адвоката или адвокатов адвокатского образования, в помещении которого осуществляются следственные действия, не охватываемые законным поводом для обыска, осмотра или выемки в отношении адвоката.

Весьма показательным примером право-толковательной реализации в уголовном судопроизводстве процессуального механизма благоприятствования защите является также позиция Верховного Суда РФ, изложенная в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 2 от 28 января 2014 г., где в абз. 4 п. 21 указывается на вненормативный запрет вынесения судом кассационной инстанции постановления (определения), влекущего ухудшение

положения осужденного, оправданного или лица, дело в отношении которого прекращено по основанию, которое не указано в кассационном представлении прокурора, кассационной жалобе потерпевшего, его законного представителя или представителя¹⁵. Такой подход фактически свидетельствует об установленной в режиме ad hoc асимметрии в ревизионном начале¹⁶ в экстраординарной стадии уголовного судопроизводства, так как в отношении стороны защиты действует режим благоприятствования в виде исключения-преимущества, позволяющего суду кассационной инстанции выйти за пределы кассационного обращения в пользу стороны защиты, и при обнаружении ошибки, допущенной в отношении лица, подвергнутого уголовной репрессии, исправить эту ошибку независимо от наличия указания на нее в соответствующих жалобах осужденного или его защитника или представлении прокурора, направленного на улучшение позиции осужденного.

Надо отметить, что формирование элементов процессуального механизма есть деятельность постоянная, а указанный выше нормативный перечень не является статичным.

Так, в частности, п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 июня 2019 г. № 19 «О применении норм главы 47¹ УПК РФ, регулирующих производство в суде кассационной инстанции», сформулирован дополнительный элемент процессуального механизма благоприятствования защите в виде права суда кассационной инстанции даже в случае отзыва кассационной жалобы продолжить судебное разбирательство и исправить судебную ошибку, направленную на улучшение положения осужденного.

Предлагаемое правоприменительное толкование было объяснено именно через необходимость обеспечения реального равенства участников процесса, чем полностью подтверждается наш тезис о необходимости постоянной и целенаправленной деятельности государства по развитию нормативного регулирования и совершенствованию правоприменения процессуального механизма благоприятствования защите.

¹³ См.: п. 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы». URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30306.pdf> (дата обращения: 12.12.2017).

¹⁴ Федеральный закон от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации». URL: <https://rg.ru/2017/04/19/izm-upk-dok.html> (дата обращения: 15.02.2018).

¹⁵ См.: абз. 4 п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47¹ Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции». URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/8422/> (дата обращения: 13.12.2017).

¹⁶ Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головки. М.: Статут, 2016. С. 1127–1128.