

Процессуальные проблемы доказывания в деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве

Аннотация: На защитника возлагаются конкретные обязанности, для реализации которых он наделен определенными правами. Осуществление обязанностей и пользование правами осуществляется по усмотрению защитника, под которым понимается инициатива в выборе средств и способов, не запрещенных законом.

Рассматривается проблема «асимметрии правил допустимости доказательств», использования недостоверных доказательств.

Ключевые слова: доказывание; адвокат; защитник; уголовное судопроизводство; допустимость доказательств; досудебное производство; судебное разбирательство.

Согласно ст. 85 УПК РФ доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 Кодекса. Субъектами этой деятельности являются дознаватель, следователь, прокурор и суд. Защитник же, участвуя в процессе доказывания, не наделен необходимыми на то властными полномочиями в отличие от вышеуказанных должностных лиц (25, с. 156-158; 35, с. 298; 5, с. 12; 13, с. 605). Не случайно вопрос о наделении адвоката-защитника правом самостоятельно собирать доказательства наравне со стороной обвинения (проводить свое, «параллельное расследование») поднимался еще в проекте Общей части УПК РФ 1994 г., подготовленном Государственно-правовым управлением Администрации Президента РФ.

♦Кудрявцев Владислав Леонидович – доктор юридических наук, ведущий сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права (Россия).
E-mail: eurAsian-advocacy@mail.ru

Участие адвоката-защитника в доказывании определяется тем, что, во-первых, он оценивает доказательства в целях защиты прав и законных интересов подзащитного, а его деятельность носит односторонний характер; во-вторых, результаты деятельности по оценке доказательств выражаются в ходатайствах, заявлениях и т.п., имеющих целью убедить следователя, прокурора и суд в правильности своей позиции, а результаты такой деятельности облекаются в процессуальные документы (постановления, определения и пр.), определяющие дальнейшее движение уголовного дела и подлежащие исполнению (31, с. 117; 35, с. 442-443; 2, с. 110; 32, с. 251-255; 6, с. 51-57); в-третьих, он не назван в ст. 17 и 88 УПК в качестве субъекта оценки доказательств.

Одним из дискуссионных вопросов теории уголовного процесса является следующий: вправе или обязан адвокат-защитник участвовать в доказывании в уголовном судопроизводстве?

Одни авторы считают, что защитник вправе принимать участие в доказывании (14, с. 127; 1, с. 18; 34, с. 252-253; 15, с. 198-206), другие полагают, что он обязан участвовать в доказывании (37, с. 10-26; 20, с. 104; 12, с. 52; 16, с. 95-96, 207-208).

Часть 3 ст. 15 УПК гласит: «...Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав». Одним из субъектов стороны защиты является защитник (п. 46 ч. 1 ст. 5 УПК). Следовательно, он также должен иметь процессуальные права и обязанности. Согласно ч. 1 ст. 49 УПК, защитник - лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В статье в общем виде представлены полномочия защитника правообязывающего характера. Их суть в том, что необходимо одновременно по отношению к одним и тем же действиям указать как на то, что защитнику разрешено, так и на то, что он обязан делать. Вместе с тем при регулировании конкретных ситуаций сделать это одновременно

невозможно и нецелесообразно. Поэтому законодатель в данном случае не употребил термины «вправе» или «обязан», а использовал описательный способ регулирования. Законодатель таким способом определяет необходимую общую линию поведения защитника - его обязанность действовать в направлении защиты прав и законных интересов подзащитного. Возложение общей обязанности позволяет законодателю использовать также и такое средство, как предоставление защитнику средств и способов защиты, не запрещенных УПК (ст. 53). Кстати, в ч. 3 ст. 15 УПК указывается на то, что суд создает необходимые условия для осуществления сторонами предоставленных им прав, в том числе и защитником.

Таким образом, на защитника возлагаются конкретные обязанности, для реализации которых ему даны определенные полномочия (права). Использование этих полномочий одновременно является и его юридической обязанностью, уклониться от выполнения которой он не вправе. У защитника нет свободы в выборе способа поведения, имеющейся, скажем, у обвиняемого, который может осуществлять свои права, а может и не осуществлять. Но у него есть то, что обычно квалифицируется как усмотрение. Под ним понимается проявление защитником инициативы при выборе средств и способов защиты, не запрещенных УПК, в пределах осуществления им защиты прав и законных интересов доверителя.

Таким образом, на адвоката возлагается общая обязанность использовать все не запрещенные УПК (ст. 53) средства и способы защиты в целях защиты прав и законных интересов подзащитного (13, с. 605).

Подобная позиция подтверждается также в Федеральном законе от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее - Закон об адвокатской деятельности), который обязывает адвоката честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством РФ средствами (п. 1 ч. 1 ст. 7). Такой же точки зрения придерживается и адвокатское сообщество России, которое на Первом Всероссийском съезде

адвокатов 31 января 2003 г. приняло Кодекс профессиональной этики адвокатов, где в п. 1 ч. 1 ст. 8 указано, что «при осуществлении профессиональной деятельности адвокат честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполняет обязанности, активно защищает права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и настоящим Кодексом». Тем более что согласно ч. 2 ст. 7 Закона об адвокатской деятельности за неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную этим Федеральным законом.

Если на адвоката-защитника возлагается общая обязанность использовать все не запрещенные УПК средства и способы защиты, то есть права (ст. 53 УПК РФ) в целях защиты прав и законных интересов подзащитного, то тогда возникает вопрос, каким же образом применима презумпция невиновности в данном случае?

Если у защитника отсутствуют оправдательные доказательства, свидетельствующие о невиновности или меньшей виновности подзащитного в предъявленном ему обвинении, то это не означает, что виновность его подзащитного в данном случае будет доказана и адвокат-защитник не выполнил своей обязанности по участию в доказывании. В подобном случае защитник просто обязан использовать презумпцию невиновности, когда «тезис не виновен доказывается путем указания на необоснованность тезиса виновен, выдвинутого обвинением, в частности, путем критики лежащих в основе обвинения доказательств, указанием на версии, опровергающие версию обвинения полностью или частично, или указанием на недостаточность доказательств, лежащих в основе обвинения» (19, с. 553). Не случайно из презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ и ст. 14 УПК) вытекает, что: а) обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда; б)

обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность; в) бремя доказывания обвинения и опровержения доводов обвиняемого лежит на стороне обвинения; г) все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном настоящим Кодексом, толкуются в пользу обвиняемого; д) обвинительный приговор не может быть основан на предположениях.

Еще одной проблемой является «асимметрия правил допустимости доказательств», когда правила о недопустимости доказательств относятся только к обвинительным доказательствам, оправдательные же доказательства, полученные с нарушением закона, может использовать сторона защиты (26, с. 184; 27, с. 75-76; 3, с. 523, с. 43). Впервые этот термин в юридический лексикон ввел А.М. Ларин (33, с. 303).

Безусловно, «асимметрия правил допустимости доказательств» в уголовном судопроизводстве выгодна адвокату-защитнику. Вместе с тем не следует забывать, что адвокат действует в правовой действительности и поэтому не может не учитывать соответствие этого правила законодательству РФ. В связи с этим П. Сергеич справедливо замечал: «Лучшая защита - это защита законом, ее преимущества в том, что, если защита нашла юридически верное положение, оно обязательно для судей» (29, с. 38). Каковы же аргументы сторонников «асимметрии правил допустимости доказательств» и соответствуют ли они законодательству РФ?

Положение ч. 1 ст. 75 УПК должно толковаться только в том смысле, что недопустимыми признаются лишь доказательства, полученные с нарушением требований закона, и поэтому не могут быть положены в основу обвинения (28, с. 105-106). Причем важно уяснить содержание всей правовой нормы, а не ее фрагмента: недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК (ч. 1 ст. 75), то есть в том числе и тех обстоятельств, которые: а) исключают преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73); б) смягчают наказание (п.

б ч. 1 ст. 73); в) влекут за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания (п. 7 ч. 1 ст. 73). Это означает, что доказательства, полученные с нарушением закона, не могут быть положены не только в основу обвинения, но и в основу защиты. Следовательно, этот аргумент несостоятелен.

По мнению ряда адвокатов, «...доказательства, полученные с нарушением установленного порядка или прав обвиняемого и признанные на этом основании недопустимыми, могут (за некоторыми исключениями...) использоваться в интересах защиты. Если лишить сторону защиты такого права, получится, что негативные последствия нарушений закона, допущенных при получении доказательств, несет обвиняемый, что на обвиняемого и на его защитника, по существу, возлагается ответственность за такие нарушения» (11, с. 39). Для обоснования своей позиции они приводят следующий пример: «По ходатайству обвиняемого следователь допросил свидетеля, который подтвердил ссылку обвиняемого на алиби. По небрежности следователя свидетель не был предупрежден об ответственности за дачу ложных показаний. Если почему-либо повторный допрос данного свидетеля окажется невозможным, можно ли исключить его показания из числа доказательств, не учитывать их при оценке доказанности виновности обвиняемого? Мы считаем, что нельзя. Во всяком случае защитник вправе использовать такие показания в обоснование своей позиции (это не исключает, разумеется, необходимости проверки достоверности указанных показаний наравне со всеми другими доказательствами)» (11, с. 40).

Указанное обоснование «асимметрии правил допустимости доказательств» является самым распространенным в адвокатской среде. Полагаю, что с точки зрения закона, презумпции невиновности признание оправдательного доказательства недопустимым или его отсутствие не должно и не может влечь каких-либо негативных последствий для защиты. Поэтому, как уже отмечалось, в случае, когда у защиты нет оправдательных доказательств, это не означает, что виновность подзащитного будет доказана, поскольку тезис «не виновен» также доказывается путем указания на необоснованность тезиса «виновен»,

выдвинутого обвинением, в частности путем указания на версии, опровергающие версию обвинения полностью или частично, или указания на недостаточность доказательств, лежащих в основе обвинения.

Другой вопрос - вопрос предвзятого отношения к подзащитному со стороны обвинения и часто со стороны суда, выражающегося в том, что версии обвиняемого и защитника не принимаются во внимание, игнорируются. Поэтому понятно желание адвокатов иметь в деле как можно больше оправдательных доказательств, позволяющих «нейтрализовать» обвинение. Вместе с тем это уже проблема соответствующих государственных органов и их должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование и правосудие. Следовательно, вопрос не в положениях уголовно-процессуального закона, а в его правильном применении и, безусловно, в желании защитников, кроме презумпции невиновности, иметь в арсенале защиты еще и оправдательные доказательства, в том числе и для большей убедительности и наглядности отстаиваемой ими позиции.

В юридической литературе существует также мнение, что «асимметрия правил допустимости доказательств» возможна, ведь обвиняемый не может нести ответственность за ошибки следователя, «погубившего» оправдательное доказательство (17, с. 371-372), поскольку иное решение будет означать отступление от уже сложившейся в современном состязательном процессе судебной практики (18, с. 99-100). Наиболее ярким представителем современного состязательного процесса являются США. Статья 105 Федеральных правил использования доказательств в судах США и судьями и магистратами США гласит: «Если доказательство, допустимое для одной стороны или для одной цели и недопустимое для другой стороны или для другой цели, принимается в качестве допустимого, то суд по соответствующему ходатайству должен ограничить исследование этого доказательства до надлежащих пределов и дать соответствующее указание присяжным» (8, с. 101-102). Таким образом, американские Правила устанавливают одинаковый правовой режим допустимости доказательств как

для стороны обвинения, так и для стороны защиты, что, несомненно, находит отражение в судебной практике. И это не случайно, поскольку любой современный состязательный процесс предполагает равноправие сторон (4, с. 22-24), в нашем случае - одинаковый правовой режим допустимости доказательств для сторон. Таким образом, «асимметрия правил допустимости доказательств» не соответствует законодательству РФ, а потому ее применение в уголовном судопроизводстве неприемлемо (22, с. 148-149; 30, с. 24).

В литературе идут споры о праве адвоката использовать или предоставлять оправдательное доказательство, в достоверности которого он сомневается. Так, Н.Н. Полянский считал, что адвокат не может использовать для защиты доказательства, заведомо для него недостоверные. Что же касается доказательств, достоверность которых для него сомнительна, то их адвокат может использовать, поскольку он «обязан представить суду доводы, говорящие в пользу достоверности доказательств, как бы он сам не сомневался в их достоверности, ибо суд вправе ожидать от участников процесса, что они представят ему доказательства, изложат свои соображения, нужные для всесторонней оценки обстоятельств дела» (21, с. 69-71). Я.С. Киселев же полагал, что при отчетливом сознании несостоятельности, при противоречии довода жизненной правде его использование недопустимо; в тех случаях, когда в отношении достоверности и при соответствии довода жизненной правде у адвоката возникают лишь некоторые сомнения, использование такого довода допустимо (9, с. 80-93). По мнению Ю.И. Стецовского, «защитник не может ссылаться на доказательства, в заведомой ложности которых он убежден. Но нельзя требовать от защитника, чтобы он приводил лишь истинные факты, так как в отличие от участвующих в процессе государственных органов защитник обычно не может предварительно проверить свои утверждения» (32, с. 252). То есть если адвокат всего лишь сомневается в достоверности оправдательного доказательства (довода), то он вправе его использовать.

Все эти точки зрения имеют общие черты: а) заведомо ложное (недостоверное) оправдательное доказательство или противоречие довода

жизненной правде защитнику использовать недопустимо; б) когда достоверность оправдательного доказательства или соответствие довода жизненной правде сомнительны, то адвокат вправе его использовать. Есть и отличие: при сомнительности оправдательного доказательства Н.Н. Полянский требует от защитника предоставить суду доводы в его достоверности; Я.С. Киселев и Ю.И. Стецовский - просто использовать такие доказательства, поскольку адвокат не может их предварительно проверить.

Совершенно противоположную позицию занимал по этому вопросу Н.П. Кан: если защитник приходит к выводу о сомнительности достоверности доказательства, то, пользуясь им, он рискует превратиться из адвоката подсудимого в борца против правосудия (7, с. 196-197). Отсюда вывод: защитнику нельзя пользоваться оправдательным доказательством, достоверность которого для него сомнительна. Адвокат-защитник может превратиться в «борца против правосудия» только тогда, когда совершит преступление против правосудия, предусмотренное гл. 31 УК, когда он фальсифицирует доказательство (ч. 2 ст. 303 УК), то есть заявит, например, на судебном следствии ходатайство о приобщении к делу документа, вещественного доказательства, заранее зная, что доказательства, предоставляемые им, недостоверны (36, с. 399), а не в случае, как считает Н.П. Кан, когда защитник пользуется оправдательным доказательством, в достоверности которого он только сомневается.

Безусловно, адвокат-защитник не вправе использовать или предоставлять заведомо для него ложные, недостоверные доказательства, поскольку это уголовно наказуемое деяние (ч. 2 ст. 303 УК). Что же касается использования оправдательных доказательств, в достоверности которых защитник сомневается, то их использование допустимо потому, что в законе нет такого запрета. Тем более что в отношении полномочий защитника уголовно-процессуальный закон устанавливает общедозволенный тип регулирования, когда дозволено все, что прямо не запрещено. Единственное, что должен учитывать адвокат при исследовании таких доказательств, так это то, не

скажется ли их использование неблагоприятно на положении доверителя. Ведь в процессе проверки в ходе досудебного или судебного разбирательства они могут изменить свой статус, став обвинительными. Поэтому для принятия решения об их использовании в условиях, когда не всегда есть возможность их проверить до предоставления, в условиях риска необходима особая осмотрительность.

Библиография

1. Гольдинер В.Д. Процесс доказывания и обязанности защиты // Советская юстиция. 1968. № 11. с. 16-23
2. Гофштейн М.А. К вопросу о самостоятельности позиции адвоката // Адвокатура и современность. М., 1987
3. Григорьева Н. Исключение из разбирательства дела недопустимых доказательств // Российская юстиция. 1995. № 11. с. 4-9
4. Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2001
5. Зинатуллин З.З. Общие проблемы обвинения и защиты по уголовным делам: Учебное пособие. Ижевск, 1989
6. Игнатов С.Д. Адвокатская деятельность и проблемы ее совершенствования в условиях судебно-правовой реформы: Учебное пособие. Ижевск: Детективинформ, 2000
7. Кан Н.П. Некоторые вопросы адвокатской этики // Вопросы защиты по уголовным делам / Под ред. П.С. Элькин. Л., 1967
8. Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 1995.
9. Киселев Я.С. Этика адвоката. Л.: ЛГУ, 1974
10. Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 1994
11. Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практическое пособие. М., 2004
12. Кручинин Ю.С. Участие адвоката-защитника в уголовно-процессуальном

- доказывании: Дисс. канд. юрид. наук. Ижевск, 1997
13. Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карпеца. М.: Юридическая литература, 1989
 14. Ларин А.М. О недопустимости перенесения обязанности доказывания на обвиняемого // Советское государство и право. 1965. № 3. с. 124-131
 15. Ларин А.М. Защита от обвинения и подозрения // Общая теория прав человека. М.: Норма, 1996
 16. Лубшев Ю.Ф. Адвокат в уголовном деле: Учебно-практическое пособие / Под ред. И.Б. Мартковича. М., 1997
 17. Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие. Труды научно-практических лабораторий. Ч. II. М., 1996
 18. Пашин С.А. Реформа российского уголовно-процессуального законодательства // Судебная реформа: итоги, приоритеты, перспективы. М., 1997
 19. Петрухин И.Л. Обвиняемый, защитник и законный представитель обвиняемого как субъекты доказывания // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М.: Юристъ, 2002
 20. Побегайло Г.Д. Участие адвоката (защитника) в стадии судебного разбирательства: Дисс. канд. юрид. наук. Куйбышев, 1974
 21. Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. М., 1927
 22. Радутная Н.В. Коллизии норм уголовно-процессуального законодательства и возможности их преодоления в судебной практике // Комментарий российского законодательства. М., 1997
 23. Резник Г.М. О допустимости доказательств, тактике защиты и обвинения // Российская юстиция. 1996. № 4. с. 41-47
 24. Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник. М.: Юридическая литература, 1993
 25. Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. М., 1971
 26. Савицкий В.М. Последние изменения в УПК: продолжение демократизации

- судопроизводства (вступительная статья к УПК) // УК РФ, УПК РФ. М., 1994
27. Савицкий В.М. Перед судом присяжных виновен или невиновен? М., 1995
28. Савицкий В.М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации // Государство и право. 1994. № 6. с. 103-109
29. Сергеич П. Уголовная защита. Практические заметки. СПб., 1913
30. Смородинова А., Зайцева С., Громов Н. Соотношение доказательств и фактов в уголовном процессе // Российская юстиция. 1998. № 11. с. 22-27
31. Стецовский Ю.И. Адвокат в уголовном судопроизводстве. М., 1972
32. Стецовский Ю.И. Советская адвокатура: Учебное пособие. М., 1989
33. Стецовский Ю.И., Ларин А.М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М.: Юридическая литература, 1988
34. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968
35. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. 2-е изд., испр. и доп. М., 1973
36. Уголовное право. Особенная часть: Учебник / Под ред. А.И. Рарога. М., 1996
37. Шафир Г.М. Защитник - активный участник процесса доказывания в уголовном судопроизводстве // Вопросы экспертизы в работе защитника / Под ред. И.Ф. Крылова. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1970