

И.В. Тишутина

ЗАЩИТНИК В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

В статье рассматривается деятельность профессионального защитника – адвоката по уголовным делам в двух аспектах: как одного из субъектов формирования доказательственной информации по делу и как субъекта противодействия расследованию.

Ключевые слова: защитник, противодействие расследованию, преодоление противодействия расследованию, состязательность, доказывание.

I.V. Tishutina

ON THE ESTIMATE OF THE DEFENDER'S ACTIVITIES IN THE CRIMINAL CASE

The article examines the activities of the professional defense lawyer for criminal cases in two aspects: as one of subjects of formation of evidentiary information on the case and as a subject of counteraction to investigation.

Keywords: defense lawyer, confrontation during the investigation of crimes, overcoming confrontation during the investigation of crimes, organized criminal activity, theory, organized crime, description.

Деятельность защитника в рамках уголовного судопроизводства, пожалуй, один из наглядных примеров двусторонности проблемы, поскольку не всегда при осуществлении защиты его стремления совпадают с конечной целью расследования, а методы и средства, которые он использует, являются законными.

1. В ситуациях, когда деятельность защитника по своей сути не вполне соответствует тем задачам, которые на него возложены законом, он выступает как субъект противодействия расследованию. Практические работники органов следствия и дознания в основной своей массе (83 %) склонны относить адвокатов – защитников по уголовным делам к субъектам противодействия расследованию.

В научной литературе по данному вопросу высказывались противоположные точки зрения, начиная от характеристики адвоката – защитника как особого, ведущего субъекта противодействия во всех случаях, [8] поскольку только он участвует в уничтожении, перекодировке информации о преступлении [5], до обоснования принципиальной правомерности и необходимости противодействия расследованию со стороны защитника [1]. Соответственно, сформировалось несколько позиций. Первая предполагает разработку тактико-криминалистических средств, методов и приемов преодоления противодействия расследованию со стороны адвокатов [3, 9, 10]. Вторая ориентирует на разработку тактики профессиональной защиты по уголовным делам с включением ее в систему криминалистики [6, 7].

Не углубляясь в критику позиций отдельных авторов, заметим лишь, что, поскольку противодействие расследованию есть однозначно противоправная деятельность, значит любое лицо, преследующее такую цель, совершая противоправные действия, автоматически приобретает статус субъекта противодействия независимо от своего процессуального, должностного положения и отношения к процессу расследования. И адвокат в этом отношении не исключение. А оценочные критерии ведущего или не ведущего субъекта противодействия, по всей видимости, базируются на результатах обобщения практики, которая, как известно, является, если не единственным, то одним из критериев истины.

По сути защитник выступает субъектом противодействия расследованию в силу осуществления в интересах своего подзащитного конкретных действий, выходящих за рамки полномочий, предоставленных ему законом (имеются в виду УПК РФ, Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»; Кодекс профессиональной этики адвоката), или злоупотребляя ими, например, затягивание защитником и его подзащитным процесса ознакомления с материалами уголовного дела. В целях противодействия расследованию защитник, как показывает практика, может:

- осуществлять связь между соучастниками преступной деятельности;
- распространять информацию, составляющую тайну следствия;
- нарушать процесс производства следственного действия: прерывать его ход, задавать вопросы без разрешения следователя, отвечать вместо обвиняемого на вопросы и т.п.;
- помогать обвиняемому в выработке позиции противодействия расследованию, корректировать его поведение, показания;
- выступать «промежуточным звеном» при оказании воздействия на участников уголовного процесса и т.д.

Наиболее очевидной проблема оказания противодействия расследованию со стороны защитника стала в связи с распространением организованной преступной деятельности, в том числе в сфере экономики, и повсеместной практикой оказания адвокатами услуг ОПГ и ОПС на постоянной основе. Нередко защитник выступает одним из наиболее активных создателей системы криминализированных связей, например, участвуя в формировании прямых или опосредованных коррумпированных связей руководства организованной преступной группы с руководителями правоохранительного подразделения; в подкупе участников уголовного процесса. Поэтому при угрозе разоблачения группы он готов немедленно включиться в работу и сделать все для обеспечения безопасности ее членов и особенно ее лидера, а в известной мере и своей. Вопреки конституционным принципам и положениям уголовно-процессуального законодательства такие защитники позволяют себе до суда, используя средства массовой информации, оправдывать обвиняемого, дискредитировать следователя и прокурора, игнорировать требование о тайне следствия.

Адвокатов – субъектов противодействия расследованию по делам об ОПД Ю.П. Гармаев предложил классифицировать на так называемых вовлеченных адвокатов – членов ОПГ (ОПС), выступающих не только в качестве защитников по уголовным делам, но и как соучастников преступлений, совершаемых преступным формированием; и «коррупцированных» адвокатов – состоящих в коррупционных связях с должностными лицами суда и (или) правоохранительных органов – представителей стороны обвинения [3]. На наш взгляд, можно выделить еще третью группу. Это так называемые универсалы, что подразумевает объединение в одном лице возможностей первого и второго.

Свою негативную роль играет и то, что значительная часть сегодняшних защитников по уголовным делам это бывшие сотрудники правоохранительных органов (следователи, дознаватели, оперативные работники), обладающие комплексом знаний не только в области соответствующего законодательства, но и о средствах и методах деятельности правоохранительных органов, в том числе и негласной, ее возможностях, особенностях и иерархии внутренних отношений в конкретных подразделениях. Они имеют возможности по использованию связей с бывшими коллегами в интересах противодействия [15; 17].

В этой связи проявляется проблема «обслуживания» адвокатами определенного следственного подразделения, когда защитники, получают работу за определенный процент от гонорара. Возможность такого адвоката в плане защиты по делу зависит от возможности клиента по оплате его услуг. В этой ситуации следователь советует конкретного адвоката, с которым у него заранее согласованы противоправные цели и средства их достижения, и который подсказывает клиенту соответствующую избранной цели линию поведения. При этом очевидно, что сотрудники правоохранительного органа, приглашающие для участия в деле таких адвокатов, сами по сути провоцируют последующее противодействие с их стороны, оказываясь при этом нередко соучастниками в его реализации.

Следует обратить внимание на законодательное усиление позиции защитника. Имеются в виду прежде всего отдельные нормы уголовно-процессуального законодательства, предоставляющие защитнику ряд прав, противоречащих тактико-криминалистическим рекомендациям, например, о тайне следствия, о внезапности производства следственных действий, о возможности собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, но без четко определенных гарантий достоверности таких доказательств. Так, Б.Я. Гаврилов отмечает, что «из сопоставления норм УПК РФ и Конституции РФ усматривается, что основания допуска защитника к участию в деле для отстаивания интересов подозреваемого и обвиняемого на ранних этапах предварительного расследования по УПК РФ существенно шире, чем это закреплено в Конституции РФ» [2]. Все это выражается порой в откровенно парадоксальных ситуациях. Например, право «в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному давать ему в присутствии

следователя *консультации*» (ч. 2 ст. 53 УПК РФ) реализуется на практике в форме изложения адвокатом – защитником самолично обстоятельств, о которых допрашивается его подзащитный. Такой факт отмечают 73 % респондентов.

Многие исследователи проблем раскрытия и расследования преступлений неоднократно обращали внимание на очевидный дисбаланс в регламентации прав и обязанностей сторон уголовного процесса. В стремлении обеспечить права и свободы отдельной личности – подозреваемого (обвиняемого), законодатель в ряде случаев не придает должного значения правам и интересам потерпевшего и в целом общества, не уделяя должного внимания четкой правовой регламентации как возможных, так и запрещенных действий защитников. А последние, в свою очередь, забывают о том, что их задача – не допустить со стороны следствия и суда нарушения законных интересов и прав подзащитного, но не игнорировать и не попираť права и интересы других лиц и в целом общества.

Таким образом, деятельность отдельных представителей адвокатского сообщества диктует необходимость разработки правовых оснований, организации и тактики преодоления противодействия расследованию с их стороны. На первый план в таком случае выдвигается диагностика действий адвоката – защитника в целях противодействия. Своевременное выявление таких псевдозащитников служит залогом успеха в деятельности по преодолению оказываемого ими противодействия.

В вопросе правового регулирования необходимо: во-первых, обеспечить адекватность правовой регламентации действий защитника и его ответственности; во-вторых, обеспечить действенный механизм реализации тех норм, которые существуют в законодательстве по этому вопросу.

2. В то же время уголовно-процессуальный закон предоставляет защитнику права по собиранию доказательств (п. 2 ч. 1 ст. 53 и ч. 3 ст. 86 УПК РФ), т.е. формально защитник обладает полномочиями, в том числе и по собиранию доказательств, предусмотренных ч. 1 ст. 74 УПК РФ. Однако анализ указанной статьи, рассматриваемой в совокупности с другими статьями Уголовно-процессуального кодекса РФ, позволяет утверждать, что процедурный порядок для совершения действий по собиранию доказательств адвокатом не предусмотрен.

Так, право на самостоятельное собирание доказательств участник уголовно-процессуальной деятельности имеет в том случае, если: а) УПК позволяет ему те или иные процессуальные действия, направленные на обнаружение и закрепление информации, сведений о фактах; б) УПК признает результаты данных действий доказательствами по уголовному делу. Если же субъект не имеет таких полномочий, а вынужден обращаться к иному, уполномоченному лицу с просьбой интерпретировать имеющуюся у него информацию в полноценные доказательства, то такой субъект не собирает доказательства, а лишь содействует в их собирании.

В связи с этим, прямо скажем, некорректно рассматривать защитника в качестве субъекта собирания доказательств. Реализация права защитника

собирает доказательства в досудебных стадиях опосредована через соответствующих участников уголовного судопроизводства, а именно через дознавателя, следователя и прокурора, поскольку ч. 1 ст. 86 УПК РФ именно на данных лиц возлагает обязанность собирать доказательства путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ. Таким образом, оформление протоколов всех следственных и иных процессуальных действий на стадии предварительного расследования, которые допускаются УПК в качестве доказательств по уголовному делу, предоставлено исключительно участникам уголовного судопроизводства со стороны обвинения, указанным в ч. 1 ст. 86 УПК РФ.

Как следствие, закон, с одной стороны, в ч. 3 ст. 86 УПК РФ перечисляет, что именно признается доказательствами, право собирать и представлять которые предусмотрено и для защитника, а в ч. 2 ст. 74 УПК РФ в перечне доказательств по уголовному делу не содержит пункта, определяющего порядок признания представленных защитником материалов в качестве доказательств.

Некоторые ученые весь перечень ч. 3 ст. 86 УПК относят к разряду иных документов, которые на основании п. б ч. 2 ст. 74 УПК РФ рассматриваются также в качестве доказательств по делу [12]. Однако для того, чтобы полученные защитником на стадии досудебного производства предметы, документы, сведения и пр. приобрели статус доказательств по делу, он должен обратиться к участникам процесса, осуществляющим уголовное преследование, с ходатайством о приобщении собранных материалов к уголовному делу в качестве иных документов.

Разрешение заявленного ходатайства предусмотрено ст. ст. 119–122 УПК РФ, согласно которым лица, производящие расследование, могут удовлетворить, а могут и отказать в удовлетворении заявленного защитником ходатайства. В итоге защитник по усмотрению вышеуказанных лиц может лишиться возможности использовать в материалах уголовного дела оправдывающие его подзащитного доказательства.

В рамках встречи Совета по развитию гражданского общества и правам человека с Президентом Российской Федерации Владимиром Путиным, которая состоялась 1 октября 2015 г., член Совета Т.Г. Морщакова – судья Конституционного Суда РФ в отставке, советник Конституционного Суда РФ, рассматривая вопрос о несоразмерности прав сторон уголовного процесса, обратила внимание на то, что процессуальные гарантии равноправия адвоката в уголовном судопроизводстве требуют существенного укрепления, что сегодня ущемляются многие права (процессуальные и социальные), которыми может и должен пользоваться адвокат.

На практике адвокатов пытаются отстранить от осуществляемой ими защиты, если они кажутся мешающими; стараются иметь их в «карманном» статусе; подвергают необоснованно, вопреки существующему иммунитету таким принудительным процессуальным мерам, как проведение у них обыска, изъятие документов, что прямо нарушает предполагаемую конфиденциальность всего того, что они делают по поручению своих

клиентов в конкретном уголовном деле. Более того, адвокатов пытаются допрашивать как свидетелей по делам их клиентов и даже привлекать к уголовной ответственности [13].

Возвращаясь к проблеме собирания доказательств, отметим, что в числе путей решения указанной проблемы ученые и практики предлагают следующие: 1) дать защите возможность вести собственное «параллельное расследование» с оформлением юридически значимых результатов в виде «заключения», которое наряду с другими представленными адвокатом документами должно направляться в суд вместе с уголовным делом и обвинительным заключением, составляемым следователем [14]; 2) передать право собирать доказательства независимому от сторон органу юстиции – участковому судье (как в Германии) или судебному следователю (как во Франции). При этом органы уголовного преследования, лишаясь этих процессуальных полномочий, уравниваются со стороной защиты. Стороны лишь принимают участие в доказывании [4, 16].

Рассматривается и другой вариант решения проблемы – внести в ст. 74 УПК РФ дополнения о том, что предусмотренные в ч. 3 ст. 86 УПК РФ сведения, собранные адвокатом, должны приобщаться к материалам уголовного дела путем письменного уведомления о предоставлении в распоряжение уполномоченных должностных лиц перечня собранных сведений по делу [18, 19, 20]. Помимо этого, дознаватель, следователь и прокурор должны обладать не правом приобщать, представленные защитником сведения, а наделяться законом обязанностью приобщать последние к материалам уголовного дела, и только уже после этого производить проверку и оценку собранных защитником сведений.

Изложенное дает основания для вывода о том, что в рамках стадии предварительного расследования стороне защиты (в том числе и защитнику) реализовать в полной мере присущие ей процессуальные функции, связанные с формированием доказательственной базы, затруднительно.

В то же время в судебном производстве, особенно при производстве в суде первой инстанции, наблюдается максимальное проявление принципа состязательности сторон. Так, инициатива о приобщении к делу нового доказательства может в равной степени исходить как от представителей стороны обвинения (в том числе государственного обвинителя), так и от представителей стороны защиты (прежде всего, защитника). Заявляя данное ходатайство, сторона обвинения или защиты должна его обосновать. В результате суд может удовлетворить такое ходатайство, либо отказать в его удовлетворении. В соответствии с ч. 4 ст. 271 УПК РФ суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства в допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, уже явившегося в суд.

При этом защитник в судебном следствии может предъявить в качестве доказательств и ту информацию, которая не была исследована (по различным причинам) в процессе досудебного производства. В частности, в судебное заседание могут быть вызваны новые свидетели, эксперты или специалисты, истребованы вещественные доказательства или документы (ч. 1 ст. 271 УПК

РФ). Получается, что положения ст. ст. 74 и 86 УПК РФ, сформулированные универсально для всех стадий уголовного процесса, на этапе судебного следствия в суде первой инстанции получают более широкую интерпретацию.

Изложенное позволяет заключить, что проблема законной и незаконной деятельности защитника, его рассмотрения в качестве возможного субъекта противодействия расследованию или исключительно субъекта формирования доказательственной информации, использующего только легитимные средства и методы, – вопрос гораздо более глубокий, чем кажется на первый взгляд, зависящий от множества объективных и субъективных факторов, и индивидуальный в каждом отдельном случае.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Баев М.О., Баев О.Я. Противодействие адвоката уголовному преследованию подзащитного // Расследование и противодействие ему в состязательном уголовном судопроизводстве. М.: Академия управления МВД РФ, 2007. С. 32.

2. Гаврилов Б.Я. Институт предъявления обвинения: современное состояние и пути развития // Уголовная юстиция: связь времен: материалы междунар. науч. конф. 6–8 окт. 2010 г. СПб., 2010. С. 76.

3. Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве: учебник. М.: Экзамен, 2005. С. 71.

4. Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар. Вып. 3. / отв. ред. В.В. Новик. СПб.: Санкт-Петербург. юрид. ин-т Генеральной прокуратуры РФ, 2000. С. 92–96.

5. Карагодин В.Н. Криминалистические исследования профессиональной деятельности адвокатов // Профессиональная деятельность адвоката как объект криминалистического исследования. Екатеринбург, 2002. С. 89.

6. Краснова Н.В. Тактические особенности производства следственных действий с участием защитника: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2002. С. 23.

7. Макаров Л.В. Участие обвиняемого и его защитника в уголовно-процессуальном доказывании: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 19.

8. Новик В.В. Состязательность сторон и противодействие адвоката уголовному преследованию: процессуальные и криминалистические аспекты // Вестник криминалистики. М.: Спарк, 2007. Вып. 2 (22). С. 17.

9. Противодействие расследованию преступлений и меры по его преодолению: сб. материалов 51-х криминалистических чтений: В 2 ч. М.: Академия управления МВД России, 2010.

10. Расследование и противодействие ему в состязательном уголовном судопроизводстве. М.: Академия управления МВД РФ, 2007.

11. Резник В.Ю. Теоретические основы и практика деятельности адвоката на предварительном следствии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 1998. С. 8.
12. Рыжаков А.П. Комментарий к УПК РФ. М.: Норма, 2002. С. 180.
13. Стенограмма встречи Совета по развитию гражданского общества и правам человека с Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 1 окт. 2015 г. URL: <http://www.prezident-sovet.ru>. (дата обращения 23.03.2016).
14. Трунов И.Л. Совершенствование права на защиту в новом УПК // Рос. следователь. 2002. № 6. С. 3.
15. Никонович С.Л. Противодействие расследованию со стороны организованных преступных группировок, действующих в сфере незаконного оборота драгоценных металлов и камней, и способы его преодоления // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2012. № 4–2. С. 141–144.
16. Правоохранительные органы: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. И.И. Сыдорука, А.В. Ендольцевой; 9-е изд. перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2013. 447 с.
17. Волынский А.Ф., Тишутина Т.В., Никонович С.Л. Криминалистика: учебное пособие / под ред. А.Ф. Волынского. Тамбов: Изд-во Першина Р.В., 2016. 170 с.
18. Абрамов В.А., Никонович С.Л., Могутин Р.И., Бирюков С.Ю. Уголовно-процессуальное право в вопросах и ответах: учебное пособие. Тамбов: Изд-во Першина Р.В., 2014. С. 261.
19. Криминалистика: учебно-методическое пособие / Никонович С.Л., Могутин Р.И., Бирюков С.Ю., Галузо В.Н., Брусенцева В.А.; под ред. М.В. Кардашевской. Тамбов – Липецк: Изд-во Першина Р.В., 2014. С. 318.
20. Уголовно-правовые и криминалистические проблемы расследования отдельных видов преступлений: монография. В 2 т. / под ред. А.Ф. Волынского, С.Л. Никоновича. Тамбов – Липецк: Изд-во Першина Р.В., 2011. Т.1: Преступления в сфере экономики. С. 256.