

Брестер Александр Александрович, старший преподаватель кафедры уголовного процесса Сибирского федерального университета, 8 (391)206-23-32, e-mail: russ28@yandex.ru

Aleksandr A. Brester, Assistant Professor at the Siberian Federal University, 8 (391)206-23-32, e-mail: russ28@yandex.ru

Панченко Владислав Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Сибирского федерального университета, 8-908-221-22-95, e-mail: panchenkovlad@mail.ru

Vladislav Yu. Panchenko, PhD in Law, Associate Professor at the Siberian Federal University, 8-908-221-22-95, e-mail: panchenkovlad@mail.ru

Публичное начало современного российского уголовного процесса и юридическая помощь¹

Аннотация: Статья посвящена установлению места и роли юридической помощи в современном российском уголовном процессе.

Авторы приходят к выводам о том, что в условиях публичного начала уголовного процесса функция юридической помощи шире деятельности защитника, о достаточности процессуальных правовых средств для надлежащей реализации права на юридическую помощь в уголовном процессе и необходимости существенной корректировки понимания состязательности.

Ключевые слова: уголовный процесс, право на защиту, юридическая помощь, публичное начало состязательности, правовые средства.

Public origin of modern Russian criminal procedure and legal aid

The article covers the place and the role of legal aid in modern Russian criminal procedure. The author concludes that with public origin of criminal procedure the legal aid's function is broader than counsel's for the defense, that the procedural legal instruments are sufficient for the proper implementation of the right to legal aid in criminal procedure and that the understanding of adversarial nature needs considerable adjustment.

Keywords: criminal procedure, right to defense, legal aid, competitiveness public origin, legal means.

Роль юридической помощи как гарантии прав и законных интересов участников современного российского уголовного процесса определяется, на наш взгляд, как минимум

¹ Статья подготовлена при поддержке Краевого государственного автономного учреждения «Красноярский краевой фонд поддержки научной и научно-технической деятельности».

двумя факторами, выполняющими роль исходных условий, в которых функционирует юридическая помощь как особая правовая деятельность в уголовном процессе.

Первое обстоятельство – это *публичное начало российского уголовного процесса*. Для формирования и реализации уголовно–процессуальной политики в сфере юридической помощи существенным вопросом, от которого зависит реальная функция юридической помощи во всем механизме уголовного судопроизводства, является вопрос о том, какое начало лежит в основании современного российского уголовного процесса – состязательное или публичное.

В уголовно–процессуальной науке выделились два центральных понятия, характеризующих сущность уголовного судопроизводства – «публичность» и «состязательность», с позиций которых трактуется содержание уголовного процесса и роль в нем юридической помощи. Эти интерпретации во многом зависят от того, что вкладывается в эти понятия, чем и как определяется их удельный вес в исследуемом процессе.

Состязательность подразумевает процесс с наличием равных сторон: они имеют равный или приблизительно равный объем прав на протяжении всего уголовного судопроизводства. Цель каждой из сторон – донесение своей позиции до независимого органа – суда и обеспечение принятия судом решения по уголовному делу, соответствующего её позиции. Наличие позиции подразумевает доступ обеих сторон к собиранию, проверке и оценке доказательств. Решение в рамках состязательного процесса принимается судом исключительно на основе данных, предоставленных противоборствующими сторонами.

Такие характеристики состязательному процессу даются нами с учетом того, что в современности он в классическом своем виде не существует в силу общемировой тенденции к «опубличиванию» уголовного процесса, которая была подмечена еще в середине XIX века В.А. Линовским², позже описана И.Я. Фойницким³ и утверждается некоторыми современными авторами⁴, в том числе и зарубежными⁵.

На первый взгляд, согласно положению уголовно–процессуального закона, процесс является состязательным – в соответствии со ст. 15 УПК РФ, уголовное судопроизводство

² Линовский В.А. Опыт исторических разысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России. Одесса, 1849. С.7–13.

³ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.1. СПб. 1902. С. 14, 62.

⁴ См. напр.: Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб., 2009 С. 139; Есть и иная точка зрения по этому поводу, что процесс стремится к расширению частного, нежели публичного. Так, Е.В. Кронов пишет: «... не вызывает сомнения тот факт, что уголовный процесс, являясь изначально отраслью сугубо публичной, государственной, все больше приобретает элементы частного характера... Подобная тенденция характерна для уголовного процесса во всем мире». См.: Кронов Е. В. О реализации принципов состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России // Журнал российского права. 2008. № 2. С.141–149.

⁵ See: Ashworth A., Redmayne M. The Criminal Process. Oxford, 2010. P. 69.

осуществляется на основе состязательности сторон, функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо, суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты и создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав, стороны обвинения и защиты равноправны перед судом.

В юридической науке появилось значительное количество работ, обосновывающих состязательность как ведущее начало российского уголовного процесса⁶. Однако по мере наработки практики применения нового Уголовно–процессуального кодекса РФ, все больше возникает аргументов, обосновывающих противоположное, публичное начало уголовного процесса.

Публичная же форма (форма, основанная на публичном начале) уголовного судопроизводства характеризуется отсутствием в процессе противоборствующих сторон. В рамках процесса публичного типа ведущей центральной деятельностью является деятельность компетентных органов публичной власти (субъектов уголовного процесса, субъектов доказывания), целью которой является установление подлежащих доказыванию обстоятельств, а методом достижения данной цели – объективность, всесторонность и полнота⁷ (формальное исключение принципа всесторонности, полноты, объективности из нового УПК РФ не дает оснований отказа от него как от требования к деятельности субъектов – праву известны и принципы, прямо не закрепленные в законе, но выводимые из него⁸). При этом цель компетентных органов – не обвинение лица, а установление всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, среди которых есть и обстоятельства «в пользу

⁶ См.: Божьев, В.К. К вопросу о состязательности в российском уголовном процессе / В.К. Божьев // Уголовное право. 2000. № 1. С. 47–55; Алиев Т.Т., Громов Н.А., Зейналова Л.М., Лукичев Н.А. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве: учеб. пособие. М., 2003; Гусаков С.Г. Предварительное расследование и принцип состязательности в уголовном процессе РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002; Комарова Н.А., Лукашевич В.З. Принцип состязательности и равноправия сторон должен быть эффективным средством установления объективной истины в судебном разбирательстве // Правоведение. 2001. № 4. С. 156–162; Кузнецова О.Д. Проблемы реализации принципа состязательности при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Калининград, 2004.; Шестакова, С.Д. Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001; Лазарева В.А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. и др.

⁷ Подробней об объективности, всесторонности и полноте как методе уголовного процесса см. Брестер А.А. Цель уголовного процесса и ее значение для определения метода уголовно–процессуальной деятельности // Вестн. С.–Петерб. ун–та. Сер. 14. 2012. Вып. 1. С. 74–82; Брестер А.А. Метод российского уголовного процесса, его значение для определения системы принципов // Правовая модернизация как фактор развития общества и государства: сборник статей студентов, аспирантов и молодых ученых / отв. ред. Э.А. Павельева, Т.Ю. Сидорова, Сибирский федеральный университет, Юридический институт. Красноярск: ИПК СФУ, 2010. – С.440–445.

⁸ Показательно, что действующий УПК РФ, не смотря на провозглашенную состязательность, все же оперирует понятиями «всесторонность», «полнота», «объективность» (ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 154, ч.2 ст. 325, ч. 1 ст. 330, ч. 6 ст. 340 УПК РФ).

обвиняемого». Все эти обстоятельства устанавливаются не в рамках спора противоборствующих сторон, а самостоятельно тем органом, который определяет виновность или невиновность лица в совершении преступления, а также принимает иные ключевые решения в производстве по уголовному делу, от которых зависит судьба каждого конкретного процесса.

Если сущность состязательности можно обозначить термином «*спор*», то сущность публичности – «*познание*».

В этом смысле российский уголовный процесс и есть по своей сути публичный, или следственный (от понятий «исследовать», «исследование»).

Ориентация же на состязательность создает видимость ситуации противоборства между прокурором и защитником.

Публичное начало на сегодняшний день имеет полноценное научное обоснование,⁹ остается только присоединиться к высказанным историческим, философским и юридическим аргументам.

Второе обстоятельство, «задающее формат» уголовно процессуальной политики в сфере юридической помощи, заключается *в противоречии между идеальной моделью познавательной деятельности органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс и ее воплощении на практике.*

При идеальной ситуации, когда познавательная деятельность субъектов уголовного процесса полностью реализуется на практике – объективном, всестороннем и полном расследовании, защита и юридическая помощь как таковые могут и не понадобиться. В рамках познавательной деятельности по установлению фактических обстоятельств должна реализовываться и деятельность, направленная на установление фактических обстоятельств дела, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого, свидетельствующих об его непричастности к совершению преступления, отсутствии вины, смягчающих ответственность и иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения уголовного дела, т. е., по сути, функция защиты, которая имманентно присуща объективному, всестороннему, полному, рассмотрению дела.

⁹ В качестве исторических аргументов указывается на формирование следственного процесса в Московском государстве и дальнейшую преемственность и развитие этой формы, философская аргументация основана на понимании процесса познания и невозможности его организовать в соответствии с требованиями гносеологии в рамках состязательного процесса. Специальные аргументы касаются правоприменительной практики, практики Конституционного суда и анализа закона из которого следует, что именно следственность, публичность лежат в основе российского процесса. (См. подр: Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно–процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005; Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб, 2009; Брестер А.А., Пономарева В.В. Становление следственного процесса в России // Вестник Омского государственного университета, Серия: Право № 3 (32) 2012 С.250-257).

Однако тот факт, что «человеку свойственно ошибаться», т. е. в любой человеческой деятельности, в том числе в уголовно–процессуальной познавательной деятельности, в силу различных объективных и субъективных причин могут встречаться ошибки, неточности, упущения, обуславливает острую потребность в юридической помощи, защите по уголовному делу в публичном процессе как деятельности иных участников производства¹⁰.

Публичное предназначение деятельности защитника, пишет А.С. Барабаш, состоит в том, «чтобы препятствовать односторонности в деятельности органов государства в тех случаях, когда подобное может угрожать правам и законным интересам его подзащитного»¹¹. Защитнику следует включаться в деятельность в тех случаях, когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. В этом смысле он не противостоит органам государства, а при квалифицированной их работе – взаимодействует с ними и помогает им тем, что вовремя указывает на ошибки и запускает механизмы их исправления в интересах своего подзащитного.

Несовпадение идеала публичного уголовного процесса и реальной правовой жизни, в котором имеют место обвинительный уклон, следственные и судебные ошибки, тенденциозность и прочие негативные явления (существующие в практике во все времена и во всех государствах мира), обуславливает особое внимание законодателей всех цивилизованных государств, принципов и норм международного права к гарантированию участникам процесса, чьи интересы затрагиваются им права на юридическую помощь и такую форму его проявления как право на защиту – защиту как «сознательную, целеустремленную деятельность как самого обвиняемого, подозреваемого, так и защитника, законного представителя <...> гражданского ответчика и его представителя, направленная на выявление обстоятельств, оправдывающих обвиняемого, исключających или смягчающих его ответственность, а также на охрану его личных и имущественных прав»¹².

Отсюда, в рамках уголовного процесса публичного типа¹³, стоит сложная задача – не разрушая целостности, внутренней логики развития публичного уголовного процесса, – корректировать, исправлять те отклонения от нормативно заданной модели деятельности, которые имеют место на практике и крайне отрицательно сказываются на состоянии правовой защищенности лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства. Это

¹⁰ Именно поэтому участие защитника в уголовном деле, по большому счету, обязательно. Подозреваемый, обвиняемый могут отказаться от защитника и защищать себя самостоятельно, но согласно ч. 2 ст. 52 УПК РФ такой отказ не обязателен для дознавателя, следователя и суда.

¹¹ См.: Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. С. 320–321.

¹² Стецовский Ю.И. Уголовно–процессуальная деятельность защитника. М., 1982. С. 27.

¹³ При наличии соответствующей политической воли, безусловно, можно изменить тип процесса на классически состязательный, однако необходимость такой перестройки с учетом исторических, политических и иных предпосылок, общемировых тенденций развития уголовно–процессуальной формы – предмет другого самостоятельного исследования.

требует нахождение разумного компромисса в использовании правовых средств противоположной направленности, той меры, такого их сочетания, которые, не подрывая основ уголовного процесса, будут способствовать осуществлению конституционного положения о высшей ценности человека, его прав и свобод в уголовном процессе.

Защита в уголовном процессе может пониматься в широком и узком смыслах. В узком смысле защита – это форма осуществления юридической помощи, которая проявляется, прежде всего, в деятельности защитника подозреваемого, обвиняемого, осужденного (в данном контексте мы абстрагируемся от защиты, которую могут осуществлять сам подозреваемый, обвиняемый и другие лица, поскольку ведем речь о профессиональном юридическом содействии – юридической помощи), а также в юридической помощи иным участникам уголовного процесса (свидетель, потерпевший и др.). При этом защита охватывает не только защиту прав и интересов в ее распространенном общетеоретическом значении – когда эти права и интересы уже нарушены или нарушаются, но и их охрану, направленную на недопущение таких нарушений.

В широком смысле понятием защита охватывается, помимо обозначенных выше видов деятельности и деятельность субъектов, наделенных в процессе публично–властными полномочиями – всесторонне, полное, объективное установление обстоятельств дела, меры прокурорского реагирования, деятельность компетентных органов по отмене незаконных решений и т.п. – все это можно в полной мере отнести к понятию защита в уголовном процессе в широком смысле.

С учетом того, что защита в широком смысле должна с необходимостью реализовываться при осуществлении нормативно запрограммированной модели уголовного процесса прежде всего в самой деятельности компетентных органов, деятельность защитника и иных лиц, осуществляющих профессиональное юридическое содействие в уголовном процессе правильнее именовать оказанием юридической помощи как понятием, наиболее адекватно отражающим суть такой деятельности.

При этом юридическая помощь реализуется в уголовном процессе как в форме профессионального юридического представительства интересов лиц, так и в иных формах – юридическая помощь защитника в уголовном судопроизводстве не ограничивается процессуальными и временными рамками его участия в деле при производстве расследования и судебного разбирательства, она включает и возможные предварительные

юридические консультации <...> устные и письменные справки по законодательству, составление заявлений жалоб и других документов правового характера¹⁴.

Юридическая помощь в уголовном процессе в полной мере реализует свою базовую функцию – *компенсаторную (компенсирующую) функцию*, которая заключается в восполнении у получателя недостатков юридических знаний, умений и навыков правовой деятельности, использовании тех или иных средств юридического характера для удовлетворения своих индивидуальных интересов¹⁵.

С точки зрения же внешнего проявления активности в уголовно–процессуальном взаимодействии юридическая помощь в уголовном процессе выполняет *функцию профессиональной юридической критики конкретной правоприменительной деятельности* дознавателя, следователя, прокурора, суда, иных компетентных органов и должностных лиц. Защитник не противодействует, а содействует правоприменительной деятельности субъектов доказывания, как критика содействует познанию – делает его результаты более надежными и достоверными¹⁶, предохраняет уголовно–процессуальное познание от ошибок.

Юридическая помощь не может противопоставляться деятельности по установлению фактических обстоятельств, так как является его составной частью и ориентирована, по существу, на те же цели. Другое дело, что юридическая помощь может и должна противостоять деятельности конкретного правоприменителя (следователя, прокурора, судьи и т.д.), которая отклоняется от нормативно заданной модели, противодействовать всеми возможными законными способами нарушению прав и интересов субъектов получения юридической помощи. По меткому замечанию Ю.Ф. Лубшева, «Адвокат действительно «помогает». Но не следователю, а следствию»¹⁷.

Юридическая помощь в форме профессиональной защиты в уголовном процессе призвана удерживать деятельность субъектов, наделенных государственно–властными

¹⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2000 № 128–О «По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом 1 части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ См. подр.: Панченко В.Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории). Красноярск, 2011. С. 160–176.

¹⁶ См. об этом подробнее: Подольный Н.А. Законное противодействие расследованию со стороны защитника: понятие–фантом или отражение действительности? // Адвокатская практика. 2003. № 5. С. 24–28. Автор приходит к обоснованному выводу о том, что законное противодействие предварительному расследованию со стороны защитника – понятие, не несущее в себе никакого юридически значимого содержания, а причина его появления – эмоциональное неприятие отдельными следователями деятельности защитников, отстаивающих права и законные интересы своих подзащитных.

¹⁷ В оригинале мысль звучит так: (См.: Лубшев Ю.Ф. Адвокат в уголовном деле. М., 1997. С. 95.) Этому соответствует и другая верная мысль: «адвокату приходится спорить с процессуальными противниками <...>, у него нет иного пути отстаивать права своего доверителя. Адвокат спорит только по форме, по сути же пытается удержать карающую руку государства в рамках им же установленного закона». (См.: Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. М., 2002. С. 141–142.)

полномочиями в правовых рамках, рамках «юридичности»¹⁸ – постоянно напоминая следователю, прокурору, суду о том, что их познавательная деятельность по установлению фактических обстоятельств дела происходит не в свободных условиях научного познания (когда исследователь не ограничен в познавательных средствах), а в условиях соответствия правовой форме собирания, проверки и оценки доказательств, когда даже достоверная информация о фактах, полученная с нарушением правовых норм представляет собой юридически негодное познавательное средство, не может и не должна использоваться для установления фактических обстоятельств. Для судебной правоприменительной деятельности, справедливо отмечает А.В. Аверин, «аксиоматичным должно быть следующее требование: *легализация судом незаконных процессуальных действий органов предварительного следствия запрещена*. Методологический смысл данного правила заключается в том, что если суд, принимая то или иное решение по конкретному правовому спору, не может не опираться (вынужден опираться) на ущербные, с правовой точки зрения, действия органов предварительного следствия, то данное решение он принимать не имеет права»¹⁹. Следуя этому правилу, нередко придется официально признавать низкое качество проделанной органами и должностными лицами досудебной работы по уголовному делу, а часто и непрофессионализм конкретных лиц, однако отклонение от этого правила – основа и одна из причин «обвинительного уклона» предварительного расследования и судебного разбирательства. Использование же защитником ошибок, пробелов, промахов в равной мере отвечает интересам правосудия в силу указания той же ст. 6 УПК РФ, в которой защита личности от *незаконного и необоснованного* (выделено нами, при этом подчеркиваем – *юридически* незаконного и необоснованного – А.Б., В.П.) обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод – приоритет уголовно–процессуальной деятельности и уголовно–процессуальной политики равнозначный защите прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений.

На определенном этапе производства по уголовному делу, если это в интересах подзащитного, юридическая помощь может поддерживать ошибочную уголовно–процессуальную деятельность следователя, прокурора, суда, выгодную для подзащитного, но свое предназначение – функцию профессионально юридической критики

¹⁸ Юридическое познание правоприменителя как разновидность человеческого познания отличается от других его видов тем, что находится в юридическом мире, познает его и подчиняется его внутренним «законам». В связи с этим предметом юридического познания в области правоприменения всегда будут юридические явления; выводы этого юридического познания всегда будут касаться юридических явлений; форма и содержание юридического познания правоприменителя всегда будет юридической; субъект юридического познания в области правоприменения (человек) будет не иначе, как юридическим субъектом (См.: Аверин А. В. Судебное правоприменение и формирование научно–правового сознания судей (проблемы теории и практики). Автореф. ... д–ра юрид. наук. Саратов, 2004. С. 32).

¹⁹ Там же. С 17.

правоприменительной деятельности указанных субъектов она не теряет (иначе вряд ли это можно назвать помощью), откладываются лишь временные рамки ее реализации (затем она, например, осуществляется путем указания на ошибки, пробелы, сомнения при рассмотрении дела в другой инстанции²⁰).

Если же расследование уголовного дела, его судебное рассмотрение проводится безусловно с позиций нормативно заданной объективности, всесторонности, полноты, то пропадает и функция профессиональной юридической критики, так как отсутствует ее предмет.

При установлении гарантирующей роли юридической помощи в уголовном процессе требуется оценить:

- достаточность нормативного закрепления в уголовно–процессуальном законе и связанных с ним иных законах и правовых актах правовых средств и механизмов для эффективной юридической помощи, защиты по уголовным делам;

- реальное полноценное и эффективное использование правовых средств–установлений лицами, оказывающими юридическую помощь – речь идет о качестве юридической помощи по уголовным делам и средствах ее обеспечения.

Арсенал правовых средств, которыми располагает защитник в уголовном процессе, раскрывается через его процессуальный статус, т. е. процессуальные права (и юридические последствия их реализации) и обязанности, гарантии.

Защитник в уголовном процессе является самостоятельным участником уголовного процесса, т. е. имеет самостоятельные процессуальные права, осуществляет защиту наряду с обвиняемым, а не вместо него. Наличие этих прав связано не со специальным указанием подзащитного об этом (как в гражданском процессе относительно доверителя), а с самим статусом («отобрать» эти полномочия практически невозможно – за исключением случаев отказа от защитника, противоречия интересов лиц, защищаемых одновременно).

В самом общем виде набор правовых средств юридической помощи в уголовном процессе определен в ст. ст. 46, 47, 53 УПК РФ, определяющих права подозреваемого, обвиняемого и защитника.

Правовые средства юридической помощи в уголовном процессе можно условно разбить на группы: а) правовые средства, обеспечивающие доступ к информации (например, право

²⁰ В этой связи, необходимо искоренять сохраняющееся как в массовом, так и в профессиональном правосознании следователей, прокуроров, судей, других правоприменителей представление об адвокате, ином лице, оказывающем юридическую помощь, как о выгораживающем преступника, препятствующем борьбе с преступностью, расследованию преступлений, справедливому наказанию и т.п., поскольку ничего общего с подлинным правосудием (в этом смысле подлинным мы называем такую деятельность суда, которая решает задачу принятия правозаконного и обоснованного судебного акта, несмотря на все усилия защитника по смягчению участи подзащитного) противопоставление деятельности защитника интересам правосудия не имеет (См.: Савицкий В.М. Организация судебной власти в Российской Федерации. М., 1996. С. 71–73).

присутствовать при предъявлении обвинения, ознакомление с документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому и т. д.); б) правовые средства, обеспечивающие конфиденциальное взаимодействие защитника с подзащитным; в) правовые средства воздействия на уголовно–процессуальную деятельность органов, ведущих процесс (право на ходатайства, отводы, участие в отдельных следственных действиях, обжалование и т. д.).

Отдельного рассмотрения заслуживает вопрос о правовых средствах юридической помощи в уголовном процессе «познавательного характера» – тех, которые направлены на самостоятельное установление фактических обстоятельств дела, которые в самом общем виде получили наименование «адвокатское расследование».

В рамках подготовки к защите своего клиента, защитник имеет полномочия собирать доказательства: «Подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Защитник вправе собирать доказательства путем: 1) получения предметов, документов и иных сведений; 2) опроса лиц с их согласия; 3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии (ч. 2, 3 ст. 86 УПК РФ).

Однако особенность уголовно–процессуальных отношений в рамках публичного типа уголовного процесса такова, что они всегда осуществляются опосредовано, через субъекта деятельности – дознавателя, следователя, суд. «Собиранием доказательств это можно назвать очень условно, понимая под этим возможность адвоката представить информацию органу расследования и в суд. У него есть права по сбору информации, но без производства следственных действий. Доказательством представленная информация станет только после того, как следователь примет ее и оформит в соответствии с законом»²¹. Эта позиция подтверждается и Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», п. 1 ч. 3 ст. 6 которого не предусматривает права адвоката самостоятельно собирать доказательства, в нем говорится лишь о праве его собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи. Специально в п. 3 ч. 3 ст. 6 указанного федерального закона делается акцент на праве «собирать и представлять предметы и документы, *которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами* (курсив наш – А.Б., В.П.), в порядке, установленном законодательством Российской Федерации»

²¹ Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб., 2009. С. 94.

Все, что собирает адвокат в рамках оказания юридической помощи, в рамках подготовки к защите для дознавателя, следователя и суда лишь информация. Субъект процесса должен оценить эту информацию на этапе её представления только с одной позиции – позиции относимости. Защитник должен продемонстрировать, а должностное лицо или суд убедиться, что есть связь между представляемыми материалами и материалами уголовного дела и при наличии такой связи отказать в приобщении таких сведений к материалам дела будет нельзя. В противном случае, при игнорировании материалов, предположительно имеющих необходимую связь с уже собранными доказательствами, игнорируется объективность, всесторонность и полнота исследования. Такую позицию занял и Конституционный Суд РФ в 2004 году²².

Аналогичным образом это вопрос регулировался и до принятия ныне действующего уголовно–процессуального закона. В ч. 2 ст. 70 УПК РСФСР говорилось о том, что доказательства могут быть представлены защитником, но в первой части данной статьи указывалось на тех, кто и как эти доказательства формирует, и защитника среди субъектов формирования доказательств не было.

Но адвокатское сообщество по–прежнему видит в состязательности и одном из ее элементов – адвокатском расследовании некоторое спасение от обвинительного уклона²³. И на то есть субъективные основания – защитника в современном процессе часто просто не слышат, он сегодня больше помеха, нежели тот, кто помогает достичь цели уголовного судопроизводства.

Но в состязательности ли тут дело? На наш взгляд, не отсутствие состязательности не позволяет следователю приобщить относимые к делу материалы, а его некачественная (непрофессиональная или вызванная иными самыми различными причинами) работа.

²² «Уголовно–процессуальный закон исключает возможность произвольного отказа должностным лицом или органом, осуществляющим предварительное расследование, как в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении представленных ею доказательств к материалам уголовного дела. По смыслу содержащихся в Уголовно–процессуальном кодексе Российской Федерации нормативных предписаний в их взаимосвязи с положениями статей 45, 46 (часть 1), 50 (часть 2) и 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации, такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельства, которые призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства с позиций принципа разумности оказывается избыточным. Принимаемое при этом решение во всяком случае должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты». (См. п. 2.2 Определения Конституционного Суда РФ от 21 дек. 2004 г. № 467–О «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно–процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»).

²³ Защита приглашает сыщиков: Интервью с Е.В. Семеняко //URL: <http://www.rg.ru/2005/03/29/advokat.html> (дата обращения 15.10.2012).

Системный анализ норм Уголовно–процессуального кодекса РФ показывает, что он не задает ситуацию спора (когда сторона, противостоящая лицу, оказывающему юридическую помощь, настроена только на «победу», на обвинение и нужно именно защищаться, по крайней мере на стадии предварительного расследования), она создана в результате порочной практики и ошибочного представления о том, что прокурор должен обвинять в любой момент и во что бы то ни стало. Иными словами – это «обвинительный уклон» современного российского уголовного процесса, к сожалению, распространенный на практике²⁴.

Все обстоятельства, в том числе и «оправдательные», в уголовном процессе устанавливают уполномоченные органы и задача защитника в рамках рассмотренной выше функции юридической помощи в уголовном процессе – профессиональной юридической критики не допустить односторонности (когда это в интересах подзащитного) в их действиях, он не должен сам устанавливать, доказывать обстоятельства, оправдывающие или смягчающие положение его подзащитного как того требует состязательность в классическом ее понимании. И действующий закон, реализуя публичное начало, таких правовых механизмов для этого защитнику не предоставляет.

Состязательность понимается и в другом смысле – не как построение процесса с двумя сторонами, каждая из которых сама формирует доказательственную базу, а как *равенство прав участников процесса в суде, перед судом, на стадии судебного разбирательства*. Именно *равенство перед судом* считают одним из основных условий для состязательности²⁵ и, по сути, самой состязательностью.

Равенство прав участников судебного разбирательства – не уникальный элемент состязательной формы, а необходимое правовое средство для достижения целей публичного уголовного процесса, обеспечение этого равенства есть принцип такого процесса.

Именно так понимается состязательность сегодня и Европейским Судом по правам человека. «Европейский суд по правам человека называет активное участие в процессе как обвинителя, так и обвиняемого, *«состязательным»* (по–французски – *contradictoire*) процессом, право на который имеет каждый в связи с принципом равных возможностей сторон в процессе. В этом смысле гарантия состязательного процесса необязательно

²⁴ В реальной ситуации спора, при реальной состязательности стороны должны иметь равные права не только в суде, когда большая часть доказательственного материала уже собрана, но и в тот момент, когда этот материал формируется – на стадии предварительного расследования. И в этой ситуации необходимо было бы вводить элементы адвокатского расследования, так как «не будет подлинно состязательного судебного процесса, если не предоставить адвокату права самостоятельно собирать и представлять суду доказательства» (См.: Петрухин И.Л. Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. № 10 С. 137).

²⁵ Комментарий к Уголовно–процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. С.94; Громов Н.А., Лисоволенко В.В., Гришин А.И. Состязательность и равноправие сторон как принцип уголовного процесса // Следователь. 1999. № 5. С. 35 – 36.

предполагает заимствование классической англосаксонской модели уголовного судопроизводства, т. е. системы, в которой обвинение и защита действуют на одном уровне под контролем относительно пассивного судьи»²⁶. Понимание состязательности в первую очередь как равенства прав участников судебного разбирательства можно найти во многих решениях ЕСПЧ: Постановление Европейского суда от 27 октября 1993 г. по делу «Домбо Бехер Б.В. против Нидерландов»; Постановлении Европейского суда от 3 марта 2000 г. по делу «Крчмарж и другие против Чехии»; Постановлении Европейского суда от 21.12.2010 по делу «Гладкий против РФ» и др.

Обеспечение равенства участников судебного разбирательства – одна из основных гарантий оказания квалифицированной юридической помощи в уголовном процессе и ее последовательное воплощение на практике – один приоритетов уголовно–процессуальной правовой политики. Введение же параллельного адвокатского расследования, его элементов, на наш взгляд, чуждо природе российского уголовного процесса, и может еще больше сбросить ответственность с органов власти за объективное установление всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, и принимать в этом направлении нормативные решения, как представляется, не следует.

²⁶ Российский бюллетень по правам человека. Вып. 13. М., 2000. С. 102.