

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ АДВОКАТА: ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНЫХ ПРОБЕЛОВ И ПРОТИВОРЕЧИЙ*

В.В. ПЕЧЕРСКИЙ, кандидат юридических наук, доцент Минского института управления

В статье исследуются противоречия и пробелы, возникающие при реализации отдельных процессуальных полномочий адвоката-защитника в уголовном процессе. Использование элементов диалектического метода позволяет проанализировать не только тенденции развития того или иного процессуального права и его современное содержание, но и механизмы реализации, особенно в контексте функций адвокатуры и принципов ее организации и деятельности. В ходе исследования обозначены системные противоречия и пробелы, которые не согласуются с действующим законодательством и требуют своего разрешения через внесение в него соответствующих изменений и дополнений.

Чем должна быть обеспечена деятельность адвоката, чтобы непосредственно происходила реализация основной функции адвокатуры – оказание юридической помощи подозреваемому и обвиняемому? Ответ кажется достаточно простым и естественным: совокупностью соответствующих прав адвоката и корреспондирующих им обязанностей других участников уголовного процесса и иных физических и юридических лиц. Причем данная совокупность должна носить системный характер, позволяющий охватить не только все этапы уголовного процесса, но и его соответствующих участников.

Тема анализа процессуальных прав и обязанностей адвоката в уголовном процессе актуальна на протяжении всей истории существования адвокатуры. К числу ее исследователей можно отнести Е.В. Васьковского [1], Л.Е. Владимирова [2], И.Я. Фойницкого [3], а из современных ученых – М.Ю. Барщевского [4], В.Н. Буробина [5], А.Д. Бойкова [6], С.Н. Гаврилова [7], А.П. Галоганова [8], И.А. Зайцеву [9], Е.Ю. Львову [10], А.М. Ларина [11], И.И. Мартинович [12], Л.А. Рогачевского [13], В.М. Савицкого [14], М.А. Строговича [15] и других.

Самым первым естественным правом, которое должно быть предоставлено адвокату является *право свидания с подзащитным*. Оно должно быть, безусловно, разрешено, поскольку прямой или косвенный запреты не позволят ни подзащитному, ни адвокату познать и понять друг друга (и, прежде всего интересы лица, призванного адвоката на помощь), определиться со сложившейся ситуацией, выработать и осуществить солидарную деятельность, направленную не только на ответ предъявленному обвинению, но также и на соблюдение прав обвиняемого лица в различных стадиях и этапах уголовного процесса.

Предоставляемое законодательством право на свидание распространяется на всех подозреваемых и обвиняемых, но главным образом касается лиц, имеющих данное качество и находящихся в условиях несвободы. Но при его реализации выявляются препятствующие обстоятельства, и, прежде всего, в обозначении момента предоставления подобного свидания, то есть конкретной стадии уголовного процесса, на которой адвокат и подзащитный могут реально воспользоваться данным правом.

Нежелание законодателя на протяжении длительного времени допускать адвокатов на предварительное следствие и многоступенчатые уступки, в итоге приведшие к логическому закреплению права на свидание с момента задержания лица, подозреваемого в совершении преступления – таков исторический путь, который прошло рассматриваемое право с момента зарождения к настоящему времени, когда действует новый уголовно-процессуальный кодекс. Основной причиной, длительное время сдерживавшей возможность осуществления допуска на свидание адвоката с подзащитным, служило предубеждение (оно до сих пор существует у представителей правоохранительных органов), что адвокат «научит подозреваемого (обвиняемого) как необходимо избежать уголовной ответственности». В процессе свидания адвокат действительно дает своему подзащитному элементарные юридические знания, разъясняет содержание основных материальных и процессуальных норм, прав. Специалисту-юристу (следователю, дознавателю, прокурору и даже судье) трудно понять, как и чем юридически неграмотный человек может защищаться от предъявленного обвинения. Кроме того, право свидания с обвиняемым (подсудимым – так в оригинале – *авт.*) обеспечивает возможность согласования позиции защиты, которая должна способствовать наилучшему

* Статья поступила в редакцию 1 февраля 2007 года.

выяснению обстоятельств, оправдывающих и смягчающих ответственность [16].

Данное право в соответствии с нормами законодательства Республики Беларусь и нормами международного права должно реализоваться в условиях конфиденциальности. Однако в рамках оперативно-розыскной деятельности конфиденциальность может нарушаться, для оправдания чего существует аргумент: подобное необходимо в целях предупреждения возможных правонарушений как со стороны подозреваемого (обвиняемого), так и оказывающего ему юридическую помощь адвоката. Несмотря на то, что получаемая подобным образом оперативная информация не может быть использована в качестве доказательства, она в то же время обладает ориентирующим характером. Это позволяет использовать ее при разработке тактики проведения отдельных следственных действий, оперативно-розыскных мероприятий (например, по установлению лиц, обозначенных в ходе такой беседы подозреваемым, обвиняемым, вещественных и письменных доказательств), выработке тактической и стратегической линии уголовного преследования и государственного обвинения. Данное внешнее по отношению к рассматриваемому полномочию адвоката противоречие существенным образом влияет на естественный механизм реализации предоставленного права. Для его преодоления необходимо полное запрещение слухового и видеоконтроля в местах проведения свиданий адвоката со своим подзащитным, находящимся в условиях несвободы.

Следующим препятствием, возникающим при реализации данного права, является определение времени проведения и длительности подобных свиданий. В свое время в законодательстве не содержалось никаких ограничений времени и длительности свиданий, что, однако, не означало реальной возможности проведения свиданий в любое время суток и неограниченной их продолжительности. В действующем УПК законодатель специально указывает, что адвокат вправе беспрепятственно общаться со своим подзащитным наедине и конфиденциально без ограничения количества и продолжительности бесед. В то же время реализация данного права в провозглашенном объеме по-прежнему затруднена, ибо сталкивается с существующими правилами внутреннего распорядка работы специального учреждения, в котором под стражей содержится подозреваемый (обвиняемый). Данные локальные нормы косвенно содержат ограничения времени и длительности проведения свиданий адвоката и подзащитного. К таковым могут быть отнесены периоды, предназначенные для различных функциональных мероприятий, проводимых в специальных учреждениях (прием пищи, ночное время и т.д.). Адвокаты, проводя свидание с подзащитным, вынуждены подстраиваться под существующий распорядок, существенно ограничивающий объем данного права. Преодоление этого противоречия, также имеющего внешний

по отношению самого рассматриваемого права адвоката характер, возможно через снятие зависимости времени и длительности проведения свиданий адвоката от времени работы спецчастей мест содержания подозреваемых и обвиняемых.

Следующее процессуальное право адвоката – предоставлять доказательства дополнено еще полномочиями по собиранию сведений, относящихся к обстоятельствам совершенного преступления, и представлению их органу уголовного преследования и суду, а также сведений, необходимых для защиты прав подозреваемого, обвиняемого и оказания им юридической помощи. Подобное положение, вытекающее из анализа содержания пункта 10 части 1 статьи 48 и части 3 статьи 103 УПК, содержит в себе существенные противоречия. Первое противоречие состоит в том, что по логике законодателя адвокат собирает два вида сведений: относящихся к обстоятельствам совершенного преступления, и сведений, необходимых для защиты прав и оказания юридической помощи своему подзащитному. Сравнивая по объему эти две разновидности сведений можно без труда обнаружить, что первая из них является подчиненное положение по отношению ко второй. Для оказания юридической помощи (в т.ч. защита прав и интересов подзащитного) с необходимостью требуются сведения, относящиеся к совершенному преступлению, точнее к деянию, в котором обвиняют подзащитного. Деятельность адвоката, оказывающего юридическую помощь, не может быть представлена разделенной по таким основаниям, ибо она представляет собой систему, а не нечто произвольно разделяемое на части образование.

Противоречие заключается в том, что адвокат собирает сведения, а представляет уже доказательства. Где, как, по какой причине эти сведения трансформируются в доказательства и почему они изначально не получают наименование таковых? Кроме того, адвокат как субъект уголовного процесса не обозначен среди лиц, которые могут производить проверку и оценку доказательств. Следуя логике законодателя, трудно реально представить этот процесс реализации полномочий адвоката. Если адвокат не производит собирания и оценку доказательств, то каким образом будет происходить представление их органу уголовного преследования? Ведь и в соответствии с законодательством, и с правилами профессии он может и должен представлять только доказательства, оправдывающие своего подзащитного или смягчающие его ответственность. Как в отсутствии полномочий на их оценку он сможет определить их необходимую качественную характеристику?

В дополнении к этим противоречиям необходимо обозначить два существующих системных пробела. Во-первых, законодательство до сих пор не содержит процедуры собирания адвокатом-защитником, проверки, оценки и использования сведений и доказательств. Уголовно-процессуальное законодательство достаточно подробно регулирует процессуальный порядок собирания дока-

зательств в ходе предварительной проверки и предварительного расследования. Для этого разработаны соответствующие процессуальные правила, организационные мероприятия, технические средства фиксации. Но данное регулирование касается только представителей органа уголовного преследования (дознателя, следователя). Адвокат как активный участник уголовного процесса, выступающий не на стороне обвинения, а на стороне защиты, в своей деятельности по сбору сведений и доказательств лишен подобных процессуальных процедур. Подобная неурегулированность, квалифицированная нами как системный пробел, по сути дела являет собой пример профессионального полномочия адвоката, необеспеченного гарантиями и механизмом реализации.

В силу закрепленного принципа о том, что никакие доказательства, полученные в ходе предварительного следствия (соответственно, как органом уголовного преследования, так и стороной защиты) не имеют заранее установленной силы, суд должен рассматривать представленные доказательства и стороны обвинения, и стороны защиты одни вместе с другими (совместно). Но поскольку сложившееся законодательство и практика идут по пути преимущественного исследования доказательств, находящихся в материалах уголовного дела, то для включения в уголовное дело доказательств, собранных стороной защиты, должна существовать не только процедура их собирания, проверки и оценки. Крайне необходима и процедура приобщения стороной защиты нужных доказательств к этим самым материалам уголовного дела. А для этого необходимо ввести корреспондирующую рассматриваемому праву обязанность органа уголовного преследования. Она должна состоять в том, чтобы приобщать к материалам дела все доказательства (а также сведения, которые законодатель все-таки предпочел наличествовать отдельно), представленные стороной защиты в лице как подозреваемого (обвиняемого), так и его адвоката, а не отдавать на субъективное решение представителю одной стороны реализацию процессуального права, принадлежащего другой стороне. Это второй системный пробел, который также должен получить свое законодательное разрешение.

Сложившаяся практика подмены понятий приводит к тому, что вместо того, чтобы безусловно приобщить доказательства, представленные стороной защиты, представитель органа уголовного преследования принимает на себя право принятия решения о том, удовлетворить или отказать в таком ходатайстве стороне защиты. Поэтому в подобных случаях соответствующий дознаватель, следователь, прокурор не только ознакомляются с их содержанием, но и оценивают его с точки зрения относимости, допустимости, достоверности и достаточности, так, как будто приобщают свое собственное доказательство.

Но ведь сторона защиты, обладающая непосредственным правом представлять доказательства, прежде чем его реализовать, предварительно про-

веряет собранные фактические данные, оценивает и самостоятельно признает в их качестве доказательства. Затем адвокат вместе со своим доверителем или самостоятельно принимает решение о необходимости их приобщения к материалам уголовного дела в качестве доказательства защиты (посредством представления их в орган уголовного преследования). Они уже являются доказательствами стороны защиты, и законодатель в этом плане не делает никаких ограничений, не обуславливает качество предоставляемых доказательств какими-то особыми условиями, которым они должны соответствовать. Именно в качественной определенности доказательства они должны быть приобщены к материалам дела, и никто на этом этапе не может этому воспрепятствовать. В дальнейшем, в ходе судебного заседания, в процессе их исследования сторона обвинения может ставить вопросы об их относимости, достаточности, достоверности и даже о признании их не имеющими юридической силы. И в случае наличия существенных аргументов, подтверждающих их ущербные признаки, только в компетенции суда принимать подобное процессуальное решение.

Существующее в настоящее время нормативное урегулирование подобного процесса представления доказательств адвокатом образует еще одно существенное противоречие. Принимая одно из решений (о частичном или полном удовлетворении ходатайства или об отказе в его удовлетворении), представитель органа уголовного преследования начинает исполнять полномочия, не относящиеся к его компетенции. Он начинает судить о том, обладает ли представленное стороной защиты доказательство необходимыми ему признаками и о праве нахождения данного доказательства в материалах уголовного дела. Даже в этой, небольшой степени принятие решения о праве есть проявление функции правосудия, которая принадлежит строго определенному субъекту уголовного процесса – суду, которой он не может и не должен делиться ни с одним участником этого процесса.

Рассматриваемое процессуальное полномочие адвоката по представлению доказательств и порядок его реализации тесно связан с полномочием заявлять в письменной форме ходатайства, направленные на защиту интересов подозреваемого, обвиняемого. Действительно, адвокат как во время участия в производстве отдельных следственных действий, так и при принятии процессуальных решений заявляет многочисленные ходатайства. Они касаются различных сторон деятельности как собственно адвоката, так и его подзащитного, а также содержания деятельности представителя органа, ведущего уголовный процесс, и иных лиц. Это могут быть ходатайства о производстве отдельных следственных действий, о принятии определенных процессуальных решений и так далее. Но в отношении правомочия на заявление этих ходатайств действует обязанность органа уголовного преследования их принять, изучить и вынести соответствующее процессуальное решение (об удовлетворении в полном

объеме или частично; об отказе в удовлетворении заявленного ходатайства).

С помощью ходатайств происходит и представление доказательств, поскольку иной механизм их приобщения к уголовному делу еще не разработан. Таким образом, представление доказательств посредством заявления об этом ходатайства сочетается еще с другим полномочием, что само по себе не образует противоречия. Но на практике противоречие все-таки образуется, поскольку в отношении полномочия по заявлению ходатайств существует совсем иное содержание обязанности правоохранительного органа. Заявленное ходатайство как уже реализованное право, полномочие адвоката корреспондирует с обязанностью соответствующего органа, которому оно адресовано, его принять. Но никто, как правило, не рассматривает данную обязанность по его принятию с дальнейшей обязанностью по его обязательному удовлетворению. И практика показывает, что при наличии обязанности принять доказательство и безусловно приобщить к материалам уголовного дела, через существующий механизм его представления, данная обязанность произвольно истолковывается, трансформируясь просто в обязанность принять. Вопрос о его приобщении к материалам уголовного дела зависит от усмотрения представителя правоохранительного органа, для которого разница между данными полномочиями адвоката в силу существующего толкования этих прав размыта, и даже больше, раздельно не существует, как бы сливаясь в единую.

Вот почему представленное доказательство рассматривается в качестве приложения к ходатайству, которое может быть удовлетворено полностью, частично, или может быть вообще оставлено без удовлетворения. Подобное смешение полномочий и подмена их содержания безусловно приводит к ограничению, а значит, и к нарушению прав адвоката в уголовном процессе.

И сторона обвинения, и сторона защиты, исходя из различия целей, задач, средств, методов, используемых в процессе доказывания, формируют свою совокупность фактических данных, субъективно оцениваемых как доказательства. Именно каждая из сторон может признавать то или иное фактическое данное как свое доказательство, которое в дальнейшем будет использовать на той или иной стадии уголовного процесса. Только она, эта сторона вправе самостоятельно исключить из наработанной совокупности то или иное доказательство, которое в результате собственной проверки и оценки окажется недопустимым. Исключение такого доказательства происходит по ее решению (принимаемому как по собственной инициативе, так и по инициативе другой стороны, например, стороны защиты).

В то же время, обнаружив подобное качество недопустимости у доказательства, представленного другой стороной, первая не может признать его таковым самостоятельно. Она в подобном случае может (или должна) предложить другой стороне принять решение об исключении из состава дока-

зательств. В случае отказа между сторонами возникает спор о том, обладает ли данное доказательство всеми необходимыми качественными признаками и свойствами или эти характеристики к доказательству не применимы (ввиду, например, недостижения требуемых количественных и (или) качественных границ). Полномочия на разрешение этого спора, возникшего между равноправными сторонами уголовного процесса невозможно возложить ни на одну из них. Спор должен быть разрешен с учетом представленных сторонами аргументов третьей, самостоятельной стороной, которой может и должен являться только суд.

В силу этого необходимо разделение доказательств на три группы. К первой группе относится *совокупность доказательств, собранных, проверенных и оцененных стороной обвинения, которые могут получить наименование «доказательства стороны обвинения»*. В их совокупность могут быть включены доказательства, имеющие и обвинительный, и оправдательный характер, но они собраны и представлены в суд только одной стороной – обвинением. И ее представитель в рамках предварительного расследования может в любой момент как добавить, так и исключить из этой совокупности любое из доказательств, с условием, что об этом необходимо принять отдельное процессуальное решение (о признании доказательством или о его исключении из состава доказательств). С собранными доказательствами представитель стороны обвинения приходит в суд и использует их в процессе доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания конкретного уголовного дела. Вместе с ним в исследовании представленных доказательств принимают участие другие представители стороны обвинения – сторона защиты, и, безусловно, сам суд. Только после того, как доказательство прошло подобную процедуру исследования, и в отношении его не было принято процессуальное решение об исключении, оно получает статус судебного доказательства.

Ко второй группе *доказательств относятся доказательства, собранные, проверенные и представленные стороной защиты, в силу чего они являются «доказательствами стороны защиты»*. По своему характеру, в силу односторонности функции защиты, они должны быть оправдывающими и (или) смягчающими ответственность. Их некоторая совокупность, необходимая для принятия соответствующих процессуальных решений органом уголовного преследования, может быть приобщена к материалам уголовного дела в рамках предварительного расследования (например, доказательства, подтверждающие алиби подзащитного и т.д.). Иные доказательства могут быть представлены непосредственно в суд и подвергнуться исследованию как представителями стороны защиты, так и обвинения, и, конечно же, суда. Доказательства стороны защиты, исследованные в суде и не отвергнутые им как недопустимые, также получают статус судебных доказательств.

К третьей группе, именуемой «судебными доказательствами», относятся *доказательства, представленные сторонами, прошедшие исследование в суде*, которые не исключены как незаконные, или недопустимые, которые используются судом при принятии процессуальных решений в ходе судебного разбирательства (промежуточных и итоговых).

Высказанное предложение по классификации доказательств не только позволяет, но и с необходимостью требует от сторон уголов-

ного процесса активности как в представлении доказательств, так и в проверке, оценке и соответствующему использованию в процессе доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания конкретного уголовного дела.

Обозначенные нами пробелы и противоречия в основных полномочиях адвоката с необходимостью требуют их разрешения через внесение в действующее законодательство соответствующих изменений и дополнений.

ЛИТЕРАТУРА

1. Васьковский, Е.В. Организация адвокатуры / Адвокат в уголовном процессе / Под ред. и с предисл. П.А. Лупинской / Е.В. Васьковский. М.: Новый юрист, 1997.
2. Владимиров, Л.Е. Учение об уголовных доказательствах / Л.Е. Владимиров. Тула: Автограф, 2000.
3. Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. / И.Я. Фойницкий. СПб.: Альфа, 1996.
4. Барщевский, М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры в России: Научно-практическое пособие / М.Ю. Барщевский. М., 2000.
5. Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / Под общ. ред. В.Н. Буробина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2005.
6. Бойков, А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам / А.Д. Бойков. М., 1978.
7. Гаврилов, С.Н. Адвокатура в Российской Федерации: Учебное пособие / С.Н. Гаврилов. М.: Юриспруденция, 2000.
8. Галоганов, А.П. Российская адвокатура: история и современность / Под ред. А.Д. Бойкова / А.П. Галоганов. М.: Юрлитинформ, 2003.
9. Зайцева, И.А. Адвокат-защитник на предварительном следствии / Под ред. Н.А. Марочкина / И.А. Зайцева. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 2001.
10. Защита по уголовному делу: Пособие для адвокатов / Под ред. Е.Ю. Львовой. М.: Юристь, 2000.
11. Ларин, А.М. Доказывание и процессуальная деятельность защитника / А.М. Ларин // Адвокатура и современность. М., 1987.
12. Мартинович, И.И. Адвокатура в БССР / И.И. Мартинович. Минск, 1973; Мартинович, И.И. Адвокатура Беларуси: История и современность / И.И. Мартинович. Минск: Тесей, 2002.
13. Рогачевский, Л.А. О понятии «адвокат» в новом законодательстве об адвокатуре (комментарий к ч. 1 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации») / Л.А. Рогачевский // Юридическая мысль: Научно-практический журнал. СПб.: Изд-во С.-Пет. юр. института. 2002, №7; Рогачевский, Л.А., Ревнова, М.Б. О правах адвоката в свете Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (об утратах и «приобретениях») // Юридическая мысль: Научно-практический журнал: Приложение. СПб.: Изд-во С.-Пет. юр. института. 2002, №4.
14. Савицкий, В.М. Право обвиняемого на защиту в социалистическом уголовном процессе / В.М. Савицкий. М.: Наука, 1983.
15. Строгович, М.С. Процессуальное положение и процессуальные функции защитника. Защита по уголовным делам / М.С. Строгович. М., 1948; Строгович, М.С. Деятельность адвоката в качестве защитника обвиняемых / М.С. Строгович. Сов. государство и право. 1981. №8.
16. Шафир, Г.М. Роль защиты в установлении материальной истины в советском уголовном судопроизводстве / Г.М. Шафир // Материалы научно-практической конференции «Об эффективности судебной защиты».

SUMMARY

Some flaws and contradictions that arise during the realization of separate procedural privileges of a defense council in the procedural process are examined in the article. The use of didactic method elements allows us to analyze development tendencies for various types of procedural law as well as its modern content and the mechanisms of its realization especially in the context of advocacy functions and its organization principles as well as its activity. System contradictions and flaws that do not agree with modern legislation and need to be resolved through appropriate adjustments and additions were mentioned while the research was carried out.