

**РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ
ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК**

**НАУЧНЫЕ
ТРУДЫ**

Выпуск 9

Том 3

**МОСКВА
2009 г.**

УДК 34(061.2)

ББК 67

Н 34

**Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 9.
В 3 томах. Том 3.**

М. : Издательская группа «Юрист», 2009. — 1202 с.

Редакционная коллегия:

Голиченков А.К., Григорьев Ф.А., Капустин А.Я., Кропачев Н.М., Первалов В.Д.,
Суханов Е.А., Сальников В.П., Шерстобитов А.Е.

Ответственный редактор:

Гриб В.В.

В Сборнике представлены труды членов Российской академии юридических наук (РАЮН) и материалы IX Международной научно-практической конференции «Право на защите прав и свобод человека и гражданина (к 15-летию Конституции Российской Федерации и 60-летию принятия Всеобщей декларации прав человека)».

Статьи публикуются в авторской редакции.

Сборник предназначен для преподавателей, научных сотрудников, аспирантов, студентов юридических вузов.

© Российская академия юридических наук, 2009

© ИГ «Юрист», 2009

ISBN 978-5-94103-362-1

ISBN 978-5-94103-368-3 (т. 3)

Авторское видение проблемы адвокатского расследования

Концептуальным¹ и отправным для автора является тезис о том, что защита — это всегда позиция. Находясь в строго определенной позиции (а точнее в оппозиции) к существующей власти, защищая нарушенные властью права какого-либо индивида, защитник прошлого, настоящего или будущего (как бы его ни называли в обществе), должен находиться в положении, противостоящем власти, из-за несогласия с ограничением прав или обвинением в совершении преступления, заинтересованности в оспаривании обвинения (в широком смысле слова). Таким образом, защита — это позиция. А адвокатура как институт гражданского общества, основной задачей которой в уголовном судопроизводстве является защитительная деятельность, должна находиться в регламентированной законом позиции (оппозиции), не имея при этом властных полномочий.

Поскольку в роли защитников по уголовному делу могут выступать разные лица, то при необязательной форме защиты, субъектов ее осуществляющих можно классифицировать в зависимости от того, кто и от чьего имени выступает защитником. Поэтому признаку следует различать защиту профессиональную и частную. Но истории отечественного уголовного судопроизводства известен еще один вид защиты — общегражданская защита, когда в качестве ее субъекта по своему усмотрению могли выступать любые граждане, присутствующие в судебном заседании.

Профессиональная защита ведется адвокатами, т.е. лицами, для которых по закону защита при предварительном расследовании по делу и на суде является выполнением профессионального долга (ст. 49 УПК). Частная защита ведется близкими родственниками и законными представителями обвиняемого и другими частными лицами. Такое деление защиты имеет значение при уяснении момента появления защитника в уголовном деле.

В последние десятилетия XX в. и особенно после принятия и вступления в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации² 2001 г. и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»³ 2002 г. наиболее актуальными, по нашему мнению, стали проблемы защиты, проблемы адвокатской деятельности. Наряду с другими исследованиями⁴ в наших публикациях⁵ также обосновывается необходимость комплексного рассмотрения вопросов правового статуса адвоката и различных аспектов уголовно-процессуальной деятельности адвоката по реализации предоставленных ему прав, вопросы о пределах проникновения частного интереса в публичный по своей сути уголовный процесс, а также необходимость совершенствования механизма реализации адвокатом предоставленных ему законом полномочий. Все эти проблемы, как мне представляется, вполне могут рассматриваться в рамках института частного

(адвокатского) расследования преступлений, элементом которого является проблема адвокатского расследования с позиции защиты.

Автор полагает не вполне оправданным существующие сомнения по поводу объективности частного адвокатского расследования и предоставления прав следователя лицам, заинтересованным в исходе уголовного (да и не только уголовного) дела, в том числе право на применение некоторых принудительных мер. Производство частного (адвокатского) расследования защиты, по мнению автора, не повлечет за собой обвинительный уклон основного, государственного расследования, не породит нездоровую конкуренцию между обвинением и защитой. А возможность производства частного расследования обвинения не способна полностью переложить на плечи потерпевшего и его представителя или частного детектива всю ответственность за исполнение и соблюдение назначения уголовного судопроизводства России.

Данный тезис автор выводит и аргументировано отстаивает через целый ряд соображений, свидетельствующих в пользу адвокатского расследования. Так, например, необходимо учитывать, что очевидная неспособность государственной правоохранительной системы эффективно выполнять свою функцию по защите граждан (каждого) от преступных посягательств породило неизбежное падение престижа власти, рост правового и нравственного нигилизма, чувства безысходности и сомнения в правильности выбранного курса на строительство демократического, правового государства. Автор выступает категорически против предлагаемых возможных путей выхода из современной сложившейся ситуации, таких как: ужесточение уголовной репрессии; дальнейшее расширение полномочий и усиление организационной обеспеченности правоохранительных органов и т.п. Полагаю, следует отстаивать положение о том, что ввиду сложности данной проблемы ее решение возможно только на основе комплексного подхода, включая использование нетрадиционных для отечественной правовой системы методов решения, каким, например, является привлечение частной (адвокатской) инициативы в современный уголовный процесс. Аргументами в пользу изложенного можно привести следующее: проявление частной (адвокатской) инициативы ограничено рамками закона, что, в свою очередь предотвращает не процессуальный или попросту говоря, криминальный способ разрешения уголовно-правовых споров (конфликтов); кроме того, служит решению задач (назначению) отечественного уголовного судопроизводства, предоставляя заинтересованным лицам (не только адвокату) максимально возможный объем прав для реализации своих интересов.

Автор поддерживает, высказанную ранее точку зрения (В. Воскресенский, Ю. Корневский) о том, что на стадии предварительного расследования принцип состязательности действует, но проявляется он лишь в отдельных элементах и прежде всего в судебном контроле и санкционировании некоторых актов следователя, связанных с применением принудительных актов и в участии защитника на этой досудебной части процесса в пределах, установленных законом. Полагаем и отстаиваем свою позицию о том, что совершенно не основательны утверждения, будто адвокатское расследование неизбежно породит обвинительный уклон дознания и предварительного следствия, поскольку никто не снимает обязанности со

следователя по полному и объективному исследованию обстоятельств дела, в том числе свидетельствующих в пользу обвиняемого. Невыполнение этой обязанности влечет за собой применение к нему процессуальных санкций.

Автор оспаривает позицию тех ученых, которые полагают будто неотъемлемым признаком состязательности на предварительном следствии в частности и в уголовном процессе в целом является отсутствие у органов, осуществляющих функцию уголовного преследования, обязанности выявлять обстоятельства в пользу обвиняемого, и что выполнение этой обязанности свидетельствует о совмещении в деятельности одного органа функций уголовного преследования и защиты. Автор полагает, государственные органы, осуществляющие производство по уголовному делу, имеют безусловно большие полномочия по установлению обстоятельств совершенного преступления, чем другие участники процесса, в частности адвокат. Государственные органы в настоящее время по действующему порядку могут использовать сведения оперативно-розыскной деятельности, проводить обыски, вызывать людей на допрос, изымать документы и принимать другие меры принудительного характера, которые не может (пока не может) осуществлять адвокат-защитник. Отсюда следует, что возложение на защитника, не имеющего пока необходимых процессуальных средств, обязанности выявлять в ходе адвокатского расследования обстоятельства предмета доказывания или какие-либо сведения (доказательственные факты), свидетельствующие в пользу обвиняемого, противоречит не только принципу состязательности, но и просто здравому смыслу. Кроме того, как мы полагаем, следователь на предварительном следствии выполняет не только и не столько функцию уголовного преследования, но и функцию расследования уголовного дела, в соответствии с которой он обязан установить все юридически значимые обстоятельства уголовного дела в целях принятия по нему объективного и справедливого решения. Проявлением именно этой функции служит необходимость установления обстоятельств, свидетельствующих в пользу обвиняемого.

В результате исследования основных возражений против введения и существования адвокатского расследования автор пришел к выводу о том, что они сводятся к возможной недобросовестности отдельных адвокатов, которая может быть проявлена при собирании доказательств. Не оспаривая того, что исключать подобную возможность нельзя, и в каждом конкретном случае нарушения адвокатом действующего законодательства правоохранительные органы вправе применить весь арсенал средств, находящихся в их распоряжении для пресечения противозаконной деятельности, вплоть до привлечения адвоката к уголовной ответственности (гл. 31 УК). Но заранее презюмировать заведомую недобросовестность необходимого участника уголовного процесса (адвоката), отстаивающего личный или представляемый интерес, было бы неверно. Возможные злоупотребления отдельных адвокатов, как, впрочем, и злоупотребления отдельных следователей (оперативных работников) отнюдь не должны исключать права добросовестных участников (субъектов) процесса производить расследование преступления.

Адвокатское расследование в наших исследованиях и публикациях⁶ трактуется как одно из средств защиты обвиняемого, при котором положительно устанавли-

ваются факты, несовместимые с обвинением. В том случае, когда предварительное расследование следователем проведено полно и объективно, проверены все версии, с помощью доказательств установлено и изобличено лицо, действительно виновное в совершении преступления, то даже в этом случае производство адвокатского расследования не лишено смысла и действительно не должно привести к каким-либо злоупотреблениям и фальсификациям. Линия защиты даже в такой ситуации может строиться с использованием различных других средств, имеющихся в распоряжении адвоката. Таковыми, например, могут быть: выявление процессуальных нарушений при производстве предварительного расследования; обнаружение существенных противоречий в материалах расследования; критике доказательств, лежащих в основе обвинения, и оспаривании фактов, ими установленных, указании на обстоятельства, смягчающие наказание и положительно характеризующие личность обвиняемого (подсудимого, подзащитного).

Автором отстаивается точка зрения, согласно которой вынесение оправдательного приговора, постановленного в результате проведенного адвокатского расследования, пусть даже на средства подсудимого или государства не противоречит интересам правосудия и всему назначению отечественного уголовного судопроизводства. И при этом оспаривается существующая точка зрения о невозможности допущения производства адвокатского расследования из-за того, что оно якобы осуществлялось бы вне процессуальной формы, присущей предварительному следствию и дознанию и, следовательно, не способно гарантировать достоверность полученных результатов.

В целом ряде наших публикаций⁷ обосновывается положение, согласно которому, по мнению автора, адвокатское расследование является достаточно эффективным инструментом, способным выявить некомпетентность и различного рода злоупотребления в сфере уголовного правосудия. Аргументами в пользу данного утверждения служат следующие обстоятельства: фактическое неравенство в уголовном судопроизводстве между обвиняемыми с различным уровнем доходов уже существует, что сказывается на качестве оказываемой ему юридической помощи. Бессмысленно оспаривать тот факт, что более обеспеченный гражданин воспользуется помощью наиболее квалифицированного адвоката, а неимущему обвиняемому будет назначен адвокат за счет государства. Отстаивая право на производство адвокатского расследования, по мнению автора, не представляется какая-либо льгота или дополнительные права (полномочия) адвокату-защитнику более обеспеченного обвиняемого. Правовой статус адвоката-защитника по соглашению и по назначению совершенно одинаков, впрочем, как и права их подзащитных. Адвокаты в равной мере несут ответственность за осуществление защиты по уголовному делу, и, если адвокату по назначению в интересах защиты необходимо провести свое адвокатское расследование, по мнению автора, он вправе и даже обязан это сделать в соответствии со ст. 51 и 53 УПК. В таком случае его расходы должно оплатить государство. Невыполнение этой обязанности должно приравниваться к отказу от защиты и повлечь за собой применение дисциплинарных санкций. При этом мы сознаем, что все равно сохранится прежняя разница в качестве адвокатского расследования, и защиты в целом, основанной на различной мотивации и квалификации

отдельных адвокатов, но не на разнице их полномочий (прав и обязанностей). Отсюда следует, что юридическое равенство прав и обязанностей обвиняемых, в том числе их право на защиту и квалификационную юридическую помощь, всегда будет сопровождаться фактическим имущественным неравенством при реализации этого права. Но при этом мы считаем, что обязанность государства в рамках уголовного судопроизводства эту разницу нивелировать, например, путем повышения оплаты труда адвокатов по назначению во избежание социальной напряженности.

По мнению автора, в отечественное законодательство ввести нормы об отмене приговора суда по основаниям пассивности защитника было бы преждевременным, поскольку при определенных обстоятельствах это может использоваться адвокатами, в качестве одного из средств защиты с целью добиться отмены неблагоприятного приговора. А введение ответственности адвоката в виде лишения его статуса адвоката за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей перед доверителем, а также за неисполнение решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции представляется оправданным.

Автор изложил тезисно свое видение проблемы адвокатского расследования, а также пути ее разрешения и надеется, что она вновь привлечет внимание как исследователей-теоретиков, так и юристов-практиков, а особенно адвокатов.

Игнатов С.Д.,
доцент, кандидат юридических наук,
заведующий научно-учебно-практической
лаборатории «Юридическая клиника»,
Удмуртский государственный университет,
адвокат, член РАЮН

- ¹ Концепция — (книжное) система взглядов на что-нибудь; основная мысль. См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. Около 57 000 слов. 9-е изд., испр. и доп. / под. ред. д-ра филолог. наук, проф. Н.Ю. Шведовой. М.: Сов. Энциклопедия, 1972. С. 269.
- ² Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации 2001 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921; 2002. № 22. Ст. 2027; № 30. Ст. 3015, Ст. 3020, Ст. 3029; № 44. Ст. 4298; 2003. № 27. Ст. 2700, Ст. 2706, Ст. 2708; № 28. Ст. 2880; № 34. Ст. 8511; № 50. Ст. 4847; 2004. № 11. Ст. 914; № 17. Ст. 1585; № 27. Ст. 2711; № 49. Ст. 4853; 2005. № 1. Ст. 13; № 23. Ст. 2200; 2006. № 3. Ст. 277; № 10. Ст. 1070; № 23. Ст. 2379; № 28. Ст. 2975; № 31. Ст. 3452; 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 46; № 16. Ст. 1827; № 18. Ст. 2118; № 24. Ст. 2833; № 31. Ст. 4008; № 41. Ст. 4845; № 49. Ст. 6033; № 50. Ст. 6248; 2008. № 12. Ст. 1074.
- ³ Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (с измен. и доп.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 23. Ст. 2102; 2003. № 44. Ст. 4262; 2004. № 35. Ст. 3607; № 52 (ч. 1). Ст. 5267; 2007. № 31. Ст. 4011; № 50. Ст. 6233.
- ⁴ См.: Адвокат в уголовном процессе: учеб. пособие для вузов / под ред. проф. В.И. Сергеева. М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004; Адвокатская деятельность: учеб. прак. пособие / под. общ. ред. В.Н. Буробина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ИКФ «ЭКМОС», 2003; и др.
- ⁵ См.: Игнатов С.Д. Адвокат и его деятельность в уголовном судопроизводстве России: монография. Ижевск: изд. дом «Удмуртский университет», 2005. С. 12–15 и далее; он же. Концептуальные основы организации адвокатуры в России (вопросы теории и практики): монография. Ижевск: изд. дом «Удмуртский университет», 2006. С. 152–198 и далее.

- ⁶ См.: Игнатов С.Д. Адвокат и его деятельность в уголовном судопроизводстве России. С. 87–89 и далее.
- ⁷ См.: Игнатов С.Д. Стратегия и тактика деятельности адвоката-защитника по уголовному делу // Уголовное право. 2003. № 1. С. 88–89; он же. Тактика допроса адвокатом-защитником свидетеля в суде по уголовному делу // Уголовное право. 2004. № 1. С. 70–72. Исаков А.В., Игнатов С.Д. Некоторые проблемы надлежащего выполнения обязанностей и уголовно-процессуальная ответственность адвоката-защитника в отечественном уголовном процессе // Адвокатская практика. 2004. № 2. С. 27–29; он же. К вопросу о праве адвоката-защитника собирать и представлять доказательства по уголовно-процессуальному законодательству России // Адвокатская практика. 2004. № 3. С. 21–23; он же. К вопросу о механизме осуществления групповой (коллегиальной) защиты обвиняемого по уголовному делу (постановка проблемы) // Российская юстиция. 2008. № 1. С. 61–63; он же. Групповая защита обвиняемого // эж-Юрист. 2008. № 3. С. 7; он же. Коллективная защита — кто есть кто // эж-Юрист. Адвокатура. Тематическое приложение к газете «эж-Юрист». 2008. № 8(513). С. 4; Игнатов С.Д., Цигвинцева К.А. Участие адвоката-защитника в стадии возбуждения уголовного дела // Адвокатская практика. 2008. № 2. С. 5–10.