

УДК 343.14

А.С. Закотянский\*

**УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ:  
ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ**

В статье анализируются подходы к участию защитника в доказывании по уголовным делам, содержащиеся в УПК Германии и Франции. Также рассматривается их взаимосвязь с практикой Европейского суда по правам человека, сложившейся относительно концепции «процессуального равенства сторон».

**Ключевые слова:** защитник, доказывание по уголовным делам, асимметрия доказательств, Европейский суд по правам человека, процессуальное равенство сторон.

Вопрос об участии защитника в доказывании по уголовным делам является дискуссионным и во многом решающим для определения вектора развития отечественного уголовного процесса. Воплощение на практике целого ряда мнений, высказываемых в науке по этому вопросу, приведет к изменению отечественного уголовного процесса, приблизив его к существующему в странах «общего права». Среди таких мнений можно назвать концепцию о неприменимости к познавательной деятельности стороны защиты требований процессуальной формы, предъявляемых к доказыванию, осуществляемому официальными участниками процесса [1, с. 134–136, 180–181], либо предложения о введении параллельного адвокатского расследования [2, с. 32], а также обоснование правил асимметрии допустимости доказательств в пользу стороны защиты [3, с. 180–195].

Но, как отмечает С.А. Шейфер, заимствование в российском уголовном процессе процессуальных форм, свойственных странам системы общего права, которые провозглашают познавательное равенство сторон защиты и обвинения, возможно «до определенных пределов, пока такое заимствование не равнозначно изменению типа процесса» [4, с. 230].

Для определения упомянутых «пределов заимствования» одного лишь национального опыта, по нашему мнению, недостаточно — необходимо также обратиться к опыту зарубежных государств, правовая система которых исторически близка к российской. Поскольку среди таких государств можно назвать Германию и Францию, являющихся членами Европейского Союза, то разумно также проанализировать практику Европейского суда по правам человека (далее — Европейский суд).

Если обратиться к УПК Франции [5], то видно что, как и в России, хозяином досудебного производства является лицо, производящее расследование. Согласно ст. 82-1 УПК Франции, стороны вправе лишь ходатайствовать о производстве следственных действий, а их ходатайства рассматриваются в течение месяца следственным судьей, который обязан лишь вынести мотивированное решение по ходатайству.

Таким образом, самостоятельное доказывание сторона защиты во Франции не осуществляет — познаваемая ею информация зависит исключительно от усмотрения

---

\* © Закотянский А.С., 2015

Закотянский Алексей Сергеевич (zakotyanskyas@mail.ru), кафедра уголовного процесса и криминалистики, Самарский государственный университет, 443011, Российская Федерация, г. Самара, ул. Акад. Павлова, 1.

официальных участников процесса со стороны обвинения и проводимых ими следственных действий.

Однако если в России эти участники прямо причислены к стороне обвинения, то во Франции следственный судья обязан «устанавливать истину» и искать доказательства невиновности столь же тщательно, как и доказательства вины (§ 1 ст. 81 УПК Франции).

Вместе с тем французский законодатель отдавал себе отчет, что требование абсолютной беспристрастности лица, производящего предварительное расследование при совмещении им двух процессуальных функций (обвинения и защиты), является чрезмерно идеалистичным. Поэтому, лишая адвокатов стороны защиты и потерпевшего права на производство самостоятельных познавательных действий, УПК Франции дает им полный доступ к результатам процессуального познания, осуществляемого стороной обвинения.

Согласно ст. 114 УПК Франции, не менее чем за пять дней перед первым допросом стороны защиты или потерпевшего, а также в любой момент после него их адвокаты вправе ознакомиться со всеми материалами дела и запросить получение копии любого из содержащихся в них процессуальных документов.

При этом французский законодатель наделяет таким правом лишь профессионального защитника, обуславливая возможность передачи адвокатом полученных копий материалов дела стороне-доверителю решением следственного судьи. Получение такого решения обставлено рядом гарантий, позволяющих исключить возможные злоупотребления следственного судьи либо сторон:

— отсутствие решения следственного судьи по указанному ходатайству адвоката в установленный законом срок приравнивается к автоматическому одобрению передачи копий материалов дела доверителю адвоката (§ 8, 9 ст. 114 УПК Франции),

— единственная категория материалов дела, которые могут быть разглашены на предварительном расследовании третьим лицам — заключения экспертов, причем только тогда, когда их передача третьим лицам обусловлена интересами стороны защиты (§ 6 ст. 114 УПК Франции).

Однако доступ к информации еще не означает возможности ее эффективного использования для защиты своей позиции — ведь формирование доказательств, как отмечалось выше, полностью зависит от усмотрения следственного судьи.

Существенно ограничены возможности стороны защиты для активного заявления ходатайств о получении новых доказательств и на судебном этапе процесса. Если дело подлежит рассмотрению судом присяжных (суд ассизов), французский законодатель, наделяя в ст. 310 УПК сторону защиты правом ходатайствовать перед судом о вызове новых свидетелей, устанавливает, что показания таких лиц рассматриваются «только в качестве источника информации». Такая информация может быть признана доказательством только по усмотрению суда.

В более благоприятной позиции находится сторона защиты, если дело рассматривается коррекционным судом (уголовные дела о преступлениях небольшой степени тяжести), где суд производит допрос свидетелей, с правом повторного или перекрестного допроса по ходатайству любой из сторон (ст. 454 УПК Франции). Однако допрос свидетелей не всегда может компенсировать отсутствие прав стороны защиты по активному участию в доказывании на стадии предварительного расследования, ведь коррекционный суд вправе производить по ходатайству стороны защиты, кроме допросов, только одно следственное действие — осмотр помещения (ст. 456 УПК Франции).

Существующий в УПК Франции механизм участия защитника в доказывании, предусматривающий широкий доступ защиты к доказательствам обвинения без права

самостоятельной активной познавательной деятельности для их опровержения, по существу, дает стороне защиты лишь один действенный способ участия в доказывании — исключение доказательств обвинения по причине нарушения требований процессуальной формы. При этом исключение доказательств во французском уголовном процессе носит не формальный (как в России), а фактический характер — они физически изымаются из дела и передаются на хранение в суд апелляционной инстанции, а сторонам и их представителям запрещается ссылаться на исключенные доказательства под угрозой дисциплинарного наказания (§ 3 ст. 174 УПК Франции).

Статьи УПК Франции, регулирующие порядок производства следственных действий, содержат прямые указания на формальности, несоблюдение которых ведет к недопустимости сформированных доказательств. В качестве примера можно привести ст. 59, 96 УПК Франции, согласно которым к недопустимости протокола обыска в жилище лица ведет его осуществление в отсутствие этого лица либо его представителя или двух незаинтересованных лиц, равно как и неподписание протокола на каждой странице участвующими лицами.

Однако это не означает, что в УПК Франции сформирован четкий и однозначный перечень случаев, когда доказательства являются недопустимыми. Статья 171 УПК Франции устанавливает дополнительное правило, согласно которому доказательство может быть признано ничтожным в случае, если нарушение предусмотренной УПК формальности наносит вред интересам стороны обвинения или защиты. При этом ст. 172 УПК Франции устанавливает право стороны, интересы которой нарушаются недопустимым доказательством, в присутствии адвоката признать возможность использования такой информации в доказывании.

Иными словами, во французском уголовном процессе закреплён принцип «асимметрии допустимости доказательств» — сторона защиты обладает широкими правами требовать как признания доказательств недопустимыми, так и использования недопустимых доказательств, позволяющих опровергнуть обвинение.

Вместе с тем временной промежуток, в течение которого сторона защиты вправе исключать доказательства из материалов дела как недопустимые, во Франции ограничен только предварительным расследованием. Такой вывод следует из ст. 178–181 УПК Франции, согласно которым распоряжение следственного судьи о направлении завершённого расследованием дела для его рассмотрения судом по подведомственности имеет силу документа, признающего отсутствующими любые имевшие место процессуальные нарушения, не исключённые как недопустимые доказательства. Если обратиться к ст. 323–346 и 427–457 УПК Франции, регулирующим производство в суде присяжных (суд ассизов) и коррекционном суде (рассматривающем преступления небольшой степени тяжести), то положения о возможности и порядке признания доказательств недопустимыми в них отсутствуют.

С учётом изложенного активная познавательная деятельность стороны защиты, по французскому уголовно-процессуальному законодательству, невозможна. Устанавливая доступ стороны защиты на досудебной стадии процесса к любым доказательствам, собранным стороной обвинения, французский законодатель значительно ограничивает возможности стороны защиты по оспариванию этих доказательств, признавая единственным способом такого оспаривания заявление ходатайств о признании доказательств обвинения недопустимыми на досудебных стадиях процесса.

Обратимся теперь к уголовно-процессуальному законодательству Германии [6]. В данном случае процессуальный закон не содержит каких-либо положений о допустимости доказательств, равно как и критериев, при наличии которых доказательства признаются недопустимыми.

Давая следственному судье на досудебных стадиях значительные познавательные процессуальные возможности, включающие в себя помимо классических допроса,

обыска и выемки также скрытое прослушивание и видеонаблюдение за лицом, его жилищем и иными помещениями, перехват сотовых переговоров и сообщений, перехват и расшифровку сообщений в сети Интернет, использование «агентов под прикрытием» (ст. 98a–110c УПК Германии), германский закон устанавливает право защитника знакомиться на досудебной стадии лишь с протоколами допроса обвиняемого, с протоколами тех действий, в которых защитник участвовал или должен был участвовать, а также с заключениями экспертов (ч. 3 ст. 147 УПК Германии). Аналогичное ограничение прав защитника на досудебных стадиях уголовного процесса существует и в отечественном уголовном процессе (ч. 5, 6 ст. 53 УПК РФ).

В остальной части ознакомление защитника и обвиняемого с доказательствами стороны обвинения на досудебной стадии зависит от усмотрения следственного судьи, который вправе отказать им в ознакомлении с доказательствами, «если это может поставить под угрозу цель расследования» (ч. 2, 7 ст. 147 УПК Германии). Процессуальное неравенство прав стороны обвинения и стороны защиты на досудебных стадиях усугубляется тем, что судебный акт, вынесенный в результате оспаривания стороной защиты отказа стороны обвинения в предоставлении доказательств, может быть немотивированным, «если указание мотивов может поставить под угрозу достижение целей расследования» (ч. 5 ст. 147 УПК Германии).

Формирование доказательств на досудебной стадии по ходатайству стороны защиты также поставлено УПК Германии в зависимость от усмотрения официального участника процесса — когда такие доказательства «представляются ему имеющими значение для дела» (ч. 2 ст. 163a, ч. 1 ст. 166).

Подобное неравенство сторон в доступе к доказательствам на досудебных стадиях в некоторой степени устраняется на судебной стадии рассмотрения дела. Так, согласно ч. 1 ст. 239 УПК Германии, судья обязан обеспечить перекрестный допрос свидетелей и экспертов в случае подачи о том соответствующих ходатайств стороной защиты и обвинения. Исходя из ч. 2 ст. 168d УПК Германии, приглашенные обвиняемым в заседание суда эксперты, несмотря на предшествующий отказ суда в их вызове по ходатайству обвиняемого, должны быть допущены судом к исследованию доказательств «в той мере, в которой они не препятствуют деятельности экспертов, назначенных судом».

Однако уже из последней формулировки закона следует, что реализация прав защиты по участию в проверке доказательств стороны обвинения на судебных стадиях поставлена в зависимость от усмотрения суда. Суд вправе отказать в удовлетворении ходатайств сторон о формировании (представлении) дополнительных доказательств либо о допросе приглашенных стороной свидетелей и экспертов, если сочтет, что «принятие таких доказательств является излишним, потому что доказываемый ими факт является общеизвестным, либо не имеет отношения к делу, или же представляется суду уже доказанным, доказательство совершенно неуместно или недоступно, либо ходатайство заявлено с целью затянуть судебное разбирательство» (ч. 3 ст. 244, ч. 2 ст. 245 УПК Германии).

По существу, германский уголовно-процессуальный закон, позволяя по усмотрению официальных участников процесса ограничивать право стороны защиты на доступ к доказательствам стороны обвинения на досудебных стадиях и к проверке доказательств стороны обвинения на судебных стадиях, в качестве единственной гарантии процессуального равенства сторон ставит обязанность публичных участников процесса беспристрастно и всесторонне исследовать обстоятельства дела. Данные гарантии закреплены в ч. 2 ст. 160 УПК Германии, устанавливающей обязанность стороны обвинения установить не только уличающие, но и оправдывающие обстоятельства, а также в ст. 202, 221, ч. 2 ст. 244, устанавливающих право суда по собственной

инициативе требовать представления дополнительных доказательств как на предварительном слушании, так и при судебном разбирательстве.

С учетом вышеизложенного уголовно-процессуальное законодательство исторически близких к российской правовой системе европейских стран довольно осторожно подходит к попыткам формального закрепления каких-либо гарантий, обеспечивающих возможность активного участия стороны защиты в доказывании по уголовным делам. Акцент делается скорее на беспристрастности и объективности познания обстоятельств дела, осуществляемого официальными участниками процесса.

Рассмотрим теперь, насколько подход германского и французского законодателей к решению вопроса участия защитника в доказывании по уголовным делам соответствует правовым позициям, выработанным в практике Европейского Суда.

Этот вопрос рассматривается Судом в виде составной части требования о процессуальном равенстве сторон (*equality of arms*), которое включает в себя такие затрагивающие познавательную деятельность защитника элементы, как:

1) необходимость обеспечения процессуального равенства сторон при проверке доказательств стороны обвинения на досудебной стадии [7];

2) обязанность публичных участников процесса по обеспечению доступа стороны защиты к информации (включая доказательства), которая реально способна улучшить ее положение независимо от стадии процесса [8].

Первый из названных элементов процессуального равенства сторон не означает необходимость равенства прав сторон по формированию доказательств, а требует только равенства их прав по участию в проверке и оценке доказательств другой стороны. Наиболее четко данное толкование видно из Постановления Европейского суда от 11.12.2008 г. по делу «Мирилашвили против Российской Федерации» [9]. В данном постановлении Суд указывает, что неравенство стороны защиты по сравнению со стороной обвинения выразилось в том, что последняя имела возможность непосредственного допроса ключевых свидетелей, чего сторона защиты была лишена на всех стадиях процесса (§ 226), а представленные стороной защиты письменные опросы данных свидетелей являлись не столько оправдательными доказательствами, сколько позволяли оспорить достоверность обвинительных доказательств (§ 227).

Иными словами, Европейский суд указывает на то, что при проверке и оценке доказательств стороны обвинения национальным судам не следует отказываться от информации, представленной стороной защиты, исключительно по формальным основаниям. В некоторой степени подобному пониманию соответствует заложенное во французском УПК широкое применение недопустимости доказательств и возможность «асимметрии допустимости доказательств».

Второй из вышеуказанных элементов процессуального равенства сторон также не означает право стороны защиты знакомиться с любыми результатами познавательной деятельности официальных участников процесса как на судебной, так и на досудебной стадии. Европейский суд делает акцент на том, что официальный участник процесса на всех стадиях уголовного процесса не может лишать сторону защиты доступа к информации, которая реально способна улучшить ее положение, или скрывать от нее наличие такой информации. Подобному пониманию не вполне соответствует концепция тайны предварительного расследования, традиционная как для российского, так и для германского законодателя, что видно из изложенных выше положений УПК ФРГ. Вместе с тем воплощение во французском УПК данного требования к обеспечению процессуального равенства сторон, сформированного Европейским судом, требует существования в государстве правовых и культурных традиций, сложившихся в результате длительного исторического развития органов адвокатуры.

### Библиографический список

1. Лазарева В.А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. Самара, 2007. 303 с.
2. Карякин Е.А. К вопросу о судебных доказательствах в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2006. № 4.
3. Кипнис Н.М. Спорные вопросы теории и практики допустимости доказательств // Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность. М., 2000.
4. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2009. 126 с.
5. Уголовно-процессуальный кодекс Франции. URL: [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/13719/version/3/file/Code\\_34.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/13719/version/3/file/Code_34.pdf) (дата обращения: 25.12.2014).
6. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. URL: [http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3238/file/Germany\\_CPC\\_1950\\_amended\\_2008\\_en.pdf](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3238/file/Germany_CPC_1950_amended_2008_en.pdf) (дата обращения: 25.12.2014).
7. § 33 Постановления Европейского Суда от 27.10.1993 г. по делу «Домбо Бехер Б.В. против Нидерландов» (Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands). Жалоба № 14448/88. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57850> (дата обращения: 25.12.2014).
8. § 56, 58 Постановления Европейского Суда от 14.12.1981 по делу «Ясперс против Бельгии» (Jespers v. Belgium). Жалоба № 8403/78. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-95751?TID=defpkvhmop>. (дата обращения: 25.12.2014).
9. Постановление ЕСПЧ от 11.12.2008 г. по делу Мирилашвили против Российской Федерации (Mirilashvili v. Russia). Жалоба № 6293/04. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90099>(дата обращения: 25.12.2014).

### References

1. Lazareva V.A. Problems of proof in contemporary criminal procedure of Russia. Samara, 2007, 303 p. [in Russian].
2. Karyakin E.A. To the question of forensic evidence in criminal proceedings. *Rossiiskaia iustitsiia* [Russian justice], 2006, no. 4 [in Russian].
3. Kipnis N.M. Controversial issues of theory and practice of admissibility of evidence. *Evidence in criminal proceedings: tradition and modernity*. M., 2000 [in Russian].
4. Sheifer S.A. Evidence and proof in criminal cases: problems of theory and legal regulation. M., 2009, 126 p. [in Russian].
5. Criminal procedure code of France. Retrieved from: [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/13719/version/3/file/Code\\_34.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/13719/version/3/file/Code_34.pdf). (accessed 25.12.2014).
6. Criminal procedure code of the Federal Republic of Germany. Retrieved from: [http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3238/file/Germany\\_CPC\\_1950\\_amended\\_2008\\_en.pdf](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3238/file/Germany_CPC_1950_amended_2008_en.pdf). (accessed 25.12.2014).
7. § 33 of the judgment of the European Court dated 27.10.1993 with regard to the case «Dombo Becher, B.V. vs. the Netherlands» (Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands). Complaint № 14448/88. Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57850> (accessed 25.12.2014).
8. § 56, 58 of the judgment of the European Court dated 14.12.1981 with regard to the case «Jaspers vs. Belgium» (Jespers v. Belgium). Complaint № 8403/78. Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-95751?TID=defpkvhmop> (accessed 25.12.2014).
9. Judgment of the European Courts of Human Rights dated 11.12.2008 with regard to case Mirilashvili vs. Russian Federation (Mirilashvili V. Russia). Complaint № 6293/04. Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90099> (accessed 25.12.2014).

*A.S. Zakotyansky\****PARTICIPATION OF THE DEFENDER IN PROOF ON CRIMINAL CASES:  
FOREIGN EXPERIENCE**

The article analyzes approaches to the participation of the defender in proving on criminal cases contained in the Code of Criminal Procedure of Germany and France. It also analyzes their relationship with the practice of the European Court of Human Rights, established on the concept of «equality of arms».

**Key words:** defender, proving in criminal cases, asymmetry of evidence, European Court of Human Rights, «equality of arms».

---

\* *Zakotyansky Alexey Sergeevich* (zakotyanskyas@mail.ru), Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Samara State University, Samara, 443011, Russian Federation.