

# УЧАСТИЕ АДВОКАТА В СОБИРАНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ И ПРОЦЕССЕ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ: ПОЛОЖЕНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ИХ ПРИМЕНЕНИЕ В ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ

Н. К. Панько

*Vоронежский государственный университет*

## PARTICIPATION OF A LAWYER IN THE COLLECTION OF EVIDENCE AND THE PROCESS OF PROOF IN A CRIMINAL CASE: PROVISIONS OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THEIR APPLICATION IN REALITY

N. K. Panko

*Voronezh State University*

**Аннотация:** рассматривается проблема законодательного положения о собирании доказательств защитником и обозначения этой формулировки как законодательной фикции; исследуется различие понятий «адвокат» и «защитник» и вопрос участия адвоката в процессе доказывания по уголовному делу; предлагается вариант разрешения обозначенной проблемы.

**Ключевые слова:** адвокат, защитник, доказательства, собирание доказательств по уголовному делу, фикция.

**Abstract:** the problem of the legislative provision on the collection of evidence by the defense attorney and the designation of this formulation as a legislative fiction is considered; the difference between the concepts of «advocate» and «defender» and the issue of the participation of the attorney in the process of proving in a criminal case are examined; a solution to the identified problem is proposed.

**Key words:** lawyer, defender, evidence, collection of evidence in a criminal case, fiction.

Для того чтобы разобраться в участии адвоката в собирании доказательств (декларируемом и реальном) в частности и в процессе доказывания по уголовному делу вообще, следует детально проанализировать положения ст. 86 УПК РФ. Согласно ч. 3 этой статьи «**Защитник вправе собирать доказательства** (зд. и далее выделено мной. – Н. П.) 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 предоставить запрашиваемые документы или их копии». Данное положение ст. 86 УПК РФ является, по сути, **фикцией**,

плодом творческого воображения законодателя и не соответствует другим статьям Уголовно-процессуального кодекса РФ. Основанием для такого вывода служит следующий анализ норм действующего УПК.

1. Понятие доказательств. В ст. 74 УПК РФ указано, что «**доказательствами** по уголовному делу являются **любые сведения**, на основе которых **суд, прокурор, следователь, дознаватель** в порядке, установленном настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела». Согласно ч. 2 ст. 74 УПК в качестве доказательств допускаются: 1) показания подозреваемого, обвиняемого; 2) показания потерпевшего, свидетеля; 3) заключение и показания эксперта.

перта; 4) заключение и показания специалиста; 5) вещественные доказательства; 6) протоколы следственных и судебных действий; 7) иные документы. Список источников доказательств по уголовному делу исчерпывающий, в нем отсутствуют «опрос лиц с их согласия защитником», «получение предметов, документов и иных сведений», «истребование справок, характеристик и пр.». Некоторые ученые и практические работники предлагают считать «доказательства», добытые защитником (например, опрос лиц с их согласия), иными документами. Но это предложение оказывается нежизнеспособным, так как только от волеизъявления должностных лиц, ведущих процесс, зависит, станет ли та или иная информация доказательством, поэтому автоматически опрос лиц с их согласия не может стать иным документом. Лица, ведущие уголовный процесс, не толкуют и не применяют расширительно ч. 2 ст. 74 УПК (и правильно делают), а изменений в действующей норме нет. Следовательно, «опрос лиц с их согласия» по действующему УПК РФ видом доказательств не является. Стоит обратить внимание и на то, что в круг лиц, которые взаимодействуют с любыми сведениями (ч. 1 ст. 74 УПК), преобразующимися в доказательства по уголовному делу, защитник (адвокат) не включен.

2. Субъектный состав. В ч. 1 ст. 86 УПК указано, что «собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства **дознавателем, следователем, прокурором и судом** путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ». То есть должностные лица стороны обвинения и суд, как арбитр – в широком смысле незаинтересованный посредник (лат. *arbiter*), полномочны собирать доказательства по уголовному делу. Полномочия «представляются государством как самостоятельный элемент специального правового статуса должностному лицу, чтобы оно могло эффективно исполнить свою юридическую обязанность в интересах общества, государства либо частного лица»<sup>1</sup>.

В данном случае никаких вопросов не возникает, это классический субъектный состав и их полномочий. Также не возникает сомнений

в положении ч. 2 данной статьи, где зафиксировано, что «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**». Здесь видна ясная позиция законодателя о субъектах, и, главное, о том, что именно они вправе собирать и представлять. И это не доказательства, а **информация, которая может стать доказательством по уголовному делу**. К сожалению, ясная позиция законодателя этой частью статьи и заканчивается, так как нормы УПК РФ изобилуют термином «доказательства» по отношению ко многим участникам уголовного процесса (например, п. 4 ч. 4 ст. 47 УПК РФ – «обвиняемый вправе представлять доказательства»; п. 2 ч. 4 ст. 44 УПК – «гражданский истец вправе представлять доказательства» и т. п.), что способствует путанице в теоретической и практической деятельности в области уголовно-процессуального права. Если бы законодатель потрудился изначально заложить тот смысл в термин «доказательство», который должен ему соответствовать, то не было бы непорядка в положениях действующего УПК РФ с логично вытекающим непорядком в правоприменительной деятельности.

Порядок следующий: а) определенный круг лиц являются субъектами доказывания в полном объеме этого понятия (дознаватель, следователь, прокурор, суд); б) доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию (ст. 85 УПК РФ); в) определяется круг субъектов частичного, неполного доказывания, соответственно, определяется, в какой части, элементе доказывания эти субъекты правомочны.

Собирание в процессе доказывания может иметь отношение не ко всем участникам уголовного процесса и происходит не на всех стадиях (например, прокурор не собирает доказательства в прямом смысле слова; судья кассационной инстанции не собирает доказательства, его функция – проверить состоявшееся решение суда на предмет законности, и только законности). Несмотря на это есть круг лиц и алгоритм доказывания, где эти лица занимаются **каждым из трех элементов процесса доказывания**, и только после этого **сведения**, устанавливающие наличие или отсутствие обстоятельств,

<sup>1</sup> Железняк Н. С., Тетерятников Н. Ю., Леонтьева Ю. В. Соотношение правомочий и полномочий в теории права и оперативно-розыскной деятельности // Общество и право. 2020. № 1 (71). С. 99–105.

подлежащих доказыванию по уголовному делу, приобретают статус **доказательств**.

Повторим, законодатель сам использует термин доказательства по отношению к участникам уголовного процесса, не имеющим никакого отношения к доказательствам в аутентичном их смысле в рамках уголовного процесса. И защитник не собирает доказательства, а наряду с другими участниками процесса (указанными в ч. 2 ст. 86 УПК) ходатайствует о приобщении к делу полученных им материалов, которые становятся доказательствами после принятия соответствующего решения должностным лицом, ведущим производство по делу. Нелепость конструкции ст. 86 УПК РФ заключается в том, что законодатель поместил защитника с термином «доказательства» рядом с лицами, указанными в ч. 1 статьи, но суть процессуального статуса защитника заключается в ч. 2 указанной статьи.

Возникает вопрос, почему использование термина «доказательства» по отношению к другим участникам уголовного процесса, условно говоря, «прощается» законодателю, а из-за конструкции ст. 86 УПК, именно ч. 3, возникают споры? Причем споры возникают и в теории, и практике уголовного процесса, активно обсуждается возможность «параллельного расследования защиты», «адвокатского расследования», не заканчиваются дискуссии на предмет глубокого изучения и понимания самой сути доказательственного права уголовного процесса.

В данном вопросе наблюдается, как минимум, три проблемы. **Первая. Между понятиями «защитник» и «адвокат» законодатель фактически стер границы.** Статья 5 УПК РФ не дает определения ни защитника, ни адвоката, но содержит понятия «прокурор», «следователь», «суд», и даже такое редкое в статьях УПК РФ понятие, как «следователь-криминалист». В ст. 49 УПК РФ сказано, что «защитник – лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и законных интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу». В ч. 2 ст. 49 УПК РФ сказано, что «в качестве защитников участвуют адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается

и вместо адвоката». То есть в ч. 1 дается общее положение, а из ч. 2 мы понимаем, что понятия «защитник» и «адвокат» не синонимы, это разные понятия и могут соотноситься друг с другом, как общее и частное. Но и здесь ожидает логический провал, потому что исходя из толкования нормы «защитник» – это что-то главное, ведь он «оказывает юридическую помощь», но это не так. Именно юридическую помощь, причем квалифицированную, оказывает адвокат, как лицо, в установленном законом порядке получившее статус адвоката.

Понятие «адвокат» нам дает Федеральный закон от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»<sup>2</sup> в ст. 2: «Адвокатом является лицо, получившее в установленном настоящим Федеральным законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам». Статус адвоката в Российской Федерации вправе приобрести лицо, получившее высшее юридическое образование по специальности «Юриспруденция» или «Правоведение», либо лицо, имеющее учennуую степень по юридической специальности. Лицо, претендующее на приобретение статуса адвоката, должно сдать квалификационный экзамен (тестирование и устное собеседование), иметь стаж работы по юридической специальности и после успешной сдачи экзамена в течение трех месяцев должен принести присягу адвоката (ст. 9–13 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» продолжает смешивать понятия «защитник» и «адвокат», но в п. 10 всё же раскрывает разницу категорий. «Судам необходимо иметь в виду, что предусмотренное ч. 1 ст. 50 УПК РФ право на приглашение защитника не означает право обвиняемого выбирать в качестве защитника любое лицо по своему усмотрению и не предполагает возможность участия в деле любого лица в качестве защитника. По смыслу положений ч. 2 ст. 49 УПК РФ за-

<sup>2</sup> Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации : федер. закон от 31 мая 2002 г. № 63 (ред. от 22.04.2024). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

щиту обвиняемого в досудебном производстве вправе осуществлять **только адвокат**». По мнению Верховного Суда РФ, на стадиях, где действительно формируется позиция обвиняемого по уголовному делу, есть допуск исключительно профессиональному участнику со стороны защиты – адвокату. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве»<sup>3</sup> в п. 7 указано: «...представителями потерпевшего... могут выступать не только адвокаты, но и иные лица, способные, по мнению этих участников судопроизводства, оказать им квалифицированную юридическую помощь. Полномочия таких лиц подтверждаются доверенностью, оформленной надлежащим образом, либо заявлением потерпевшего, гражданского истца, частного обвинителя в судебном заседании».

Полной ясности это положение не добавляет, но фиксирует то, что есть адвокаты в качестве представителей, а есть иные лица. От этой разницы, которая только на первый взгляд может выглядеть незначительной, но на самом деле она существенна, многое зависит. **Защитник – это общее понятие**, обвиняемый может защищать себя сам, с помощью законного представителя и вообще любого лица, которое допустит суд. **Адвокат – это профессиональный участник уголовного процесса**, полноценная сторона на правовом поле. Для того чтобы получить статус адвоката, требуются высшее юридическое образование, сдача квалификационного экзамена и пр., не меньше усилий и профессионализма, чем у других участников уголовного судопроизводства, таких как прокуроры, следователи, дознаватели.

Споры по поводу ч. 3 ст. 86 УПК РФ заключаются в том, что если исходить из понятия «защитник» – не очень понятно кто это; но если исходить из понятия «адвокат» – то понятно, что это квалифицированный представитель серьезного направления юриспруденции. И тогда уже звучание идеи «о собирании доказательств» приобретает иную смысловую нагрузку, тем более что в УПК РФ это положение зафиксировано.

<sup>3</sup> О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 июня 2010 г. № 17 (ред. от 16.05.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Здесь следует обозначить **вторую проблему**. Она состоит в **безропотном принятии сентентций законодателя**, которые лишены логики и сеют «смуту», недопонимание в рядах участников уголовного судопроизводства. Но это недопонимание имеет явный обвинительный уклон, что не соотносится с идеей построения правового государства и демократического общества.

Всех «спорщиков» в данном вопросе условно можно разделить на две группы. Первая – это представители классической школы уголовно-процессуального права, которые смотрят вглубь вопроса и обязательно учитывают континентальную систему, романо-германскую правовую семью российского уголовного процесса. Представители данной группы считают, что «эффективное собирание доказательств почти неизбежно сопряжено с ограничением конституционных прав личности, особенно в современных условиях (обыски в жилище, контроль телефонных переговоров и электронных коммуникаций и т. п.), которое совершенно исключено в рамках «параллельного расследования», так как ограничение конституционных прав личности остается и должно оставаться прерогативой официальных (публичных) властей, если мы не хотим скатиться к анархии. Поэтому нет ни теоретических, ни практических оснований рассчитывать на то, что доказательственная активность частных лиц в плане собирания доказательств может когда-нибудь занять в современных условиях равное по значимости место с производством следственных действий лицом, ведущим производство по делу. В этом проявляется **объективная закономерность уголовно-процессуального доказывания**»<sup>4</sup>.

Другая группа исследователей считает иначе. Начиная с явного заблуждения: «Официально защитник наделен полномочиями по сбору доказательств, это закреплено в ч. 1 ст. 74 УПК РФ. Направления данной деятельности определены и в п. 1–3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Хотя доказательства, представляемые адвокатом следователю (дознавателю), изначально вызывают сомнения в их достоверности и допустимости, ... вместе с тем форма фиксации собирания доказательств защитником в законе не прописана. Целесообразно данный пробел ликвидировать, предусмотрев, что по результатам собирания до-

<sup>4</sup> Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головко. М. : Статут, 2016. С. 465.

казательств защитник составляет заключение, которое следователь (дознаватель) обязан приобщить к материалам уголовного дела ... оценку таким доказательствам должен давать только суд при разрешении уголовного дела по существу»<sup>5</sup>. Кроме того, высказывается мысль о том, что «для придания сведениям, полученным в ходе опроса защитником статуса доказательства, они проверяются следователем или дознавателем в ходе производства следственного действия – допроса, и результат порой существенно отличается от первоначального, что перечеркивает смысл проведения объективного адвокатского опроса, а соответственно, и попытки участия в процессе доказывания путем собирания личных доказательств.... Анализ правового положения защитника позволил выявить, что профессиональная деятельность адвоката не имеет законодательно урегулированной процессуальной формы, т. е. обладает непроцессуальным характером и подчиняется воле властного субъекта, в чьем производстве находится дело»<sup>6</sup>. Встречается и крайне оптимистичная позиция, согласно которой, «“параллельное расследование адвоката” – это право, которым наделен адвокат для сбора доказательств по делу и которое не могут ограничить, если адвокат в процессе его реализации не нарушает закон. Подобный феномен может усиливать состязательность сторон – каждая из сторон в процессе судебного разбирательства может ссылаться на собранные ею доказательства и выдвигать свои версии»<sup>7</sup>. В судебном разбирательстве каждая из сторон в любом случае ссылается на свою версию произошедшего, только, по сути, на истинную состязательность сторон это не оказывает особого влияния.

Несмотря на то, что позиция второй группы исследователей представляется очень спорной по ряду выводов и толкованию действующего УПК РФ, необходимо отметить сильные сторо-

ны представленного мнения. Следует признать, что здесь обнаруживается **третья проблема**, которая весьма влияет на эффективное и целесообразное применение норм уголовно-процессуального права. Она заключается в том, что **не все принципы, закрепленные в УПК РФ, являются основами создания и направленности уголовно-процессуальной деятельности, обеспечивающими достижение цели уголовного судопроизводства. Некоторые, важнейшие из них, носят декларативный характер.**

Возвращаясь к анализируемому мнению, необходимо подчеркнуть, что, во-первых, импонирует позиция требования от законодателя (как следствие, от правоприменителя) отвечать за написанное в законе. Юридическая наука и практика должны отражать суть фразы: «*Littera scripta manet*» (лат. «Что написано первом, того не вырубишь топором»), – и они ее отражают, но, как правило, не в пользу стороны защиты. Если представители первой группы исследователей данного вопроса примирились с тем, что положение ч. 3 ст. 86 УПК РФ является неудачным, недоработкой законодателя, и логично, владея академическими знаниями о доктринальной сути природы уголовного процесса, доказывают ошибочность этой части статьи; то вторая группа ученых не желают признавать провозглашенное равенство сторон, состязательность – всего лишь иллюзией. Их требования в данном случае абсолютно справедливы. Если внесли положение в закон, то необходимо вносить механизм реализации и гарантии правового и процессуального обеспечения.

Во-вторых, продолжая мысль о состязательности сторон, необходимо вспомнить, что действующий УПК РФ не упоминает об объективной (материальной) истине и средствах ее достижения. УПК РФ отказался от установления материальной истины, предлагая состязательность сторон и установление формальной истины по уголовному делу. Но объективность расследования уголовного дела и объективное рассмотрение его в суде должны достигаться через предоставление стороне защиты возможности собирать доказательства (в некотором роде и проверять, сопоставляя одни доказательства с другими) и опровергать доказательства стороны обвинения («золотое правило состязательности – любому профессиональному обвинению должна противостоять профессиональная защита»). Профессиональная защита не долж-

<sup>5</sup> Узгорская И. А. Актуальные вопросы участия защитника в досудебном производстве // Вестник Калининград. филиала С.-Петерб. ун-та МВД России. 2023. № 4 (74). С. 45–46.

<sup>6</sup> Авдонин В. А. Проблемы собирания и представления доказательств адвокатом-защитником на стадии предварительного расследования // Вестник Ин-та права Башкир. гос. ун-та. 2024. № 2. С. 20–28.

<sup>7</sup> Ляхова А. И., Винникова Д. С. Полномочия адвоката-защитника по участию в собирании доказательств // Вызовы современности и стратегии развития общества в условиях новой реальности : материалы XVI Междунар. науч.-практ. конф. М., 2023. С. 73–79.

на быть немощной, на грани вымирания в плане отсутствия реальных инструментов осуществления своей деятельности. Это и есть состязательность в чистом виде, а не тот суррогат концепции материальной истины, характерной для романо-германской системы уголовно-процессуального права, вперемешку с концепцией формальной истины ангlosаксонской системы, предложенной нам в качестве принципа уголовного процесса РФ – состязательности сторон и равноправия перед судом. Об этой странной совокупности понятий и полумер активно говорят процессуалисты.

3. Процессуальные решения. В соответствии со ст. 159 УПК РФ защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела. Также не может быть отказано в участии в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо по ходатайству подозреваемого или обвиняемого, за исключением случая, предусмотренного ч. 3 ст. 11 УПК РФ (меры безопасности в отношении потерпевшего, свидетеля или иных участников уголовного судопроизводства, их близких родственников, родственников или близких лиц). Этим лицам не может быть отказано в приобщении к материалам уголовного дела доказательств, в том числе заключений специалистов, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела и подтверждаются этими доказательствами.

В ч. 3 данной статьи указано, что «в случае полного или частичного отказа в удовлетворении ходатайства следователь, дознаватель выносит постановление». Установление, имеют ли обстоятельства значение по делу, находится в руках следователя/дознавателя – они определяют, быть той или иной информации доказательством или нет. Несмотря на то что УПК РФ требует в ч. 4 ст. 7 от следователей и дознавателей выносить постановления законные, обоснованные и мотивированные, в практической деятельности формулировка должностных лиц удивляет своей незамысловатостью: «в удовлетворении ходатайства отказать, так как обстоятельства, об установлении которых ходатайствует адвокат, не имеют значение для данного уголовного дела». И всё. Без объяснений, которые в УПК РФ называются обоснованностью и мотивированностью

вынесенных постановлений по уголовному делу.

Бывают, к сожалению, вопиющие отвратительные случаи, когда ходатайство адвоката удовлетворено о допросе свидетеля и приобщении к материалам уголовного дела заключения специалиста, а при выполнении требований ст. 217 УПК РФ адвокат обнаруживает, что в материалах уголовного дела и обвинительном заключении отсутствуют протокол допроса свидетеля и заключение специалиста. Как такое может быть в уголовном процессе, где итогом расследования и рассмотрения уголовного дела является вынесение решения (зачастую это обвинительный приговор с назначением наказания) **именем Российской Федерации?** То есть даже та малая состязательность уничтожается конкретными правоприменителями, потому что у них отсутствует законодательно закрепленная обязанность приобщать к материалам уголовного дела заявленное адвокатом и нести установленную законом ответственность за неисполнение этого. В соответствии с ч. 4 ст. 159 УПК РФ постановление об отказе в удовлетворении ходатайства, может быть обжаловано в порядке главы 16 УПК РФ. В определенном смысле это замкнутый круг. Законодатель не обязывает сторону обвинения проверять версии, выдвинутые стороной защиты. Точнее, как сказано выше, не имеют права отказать в удовлетворении ходатайства (о вызове свидетелей, производстве экспертизы и т. д.), но если это, по их мнению, не имеет отношения к данному уголовному делу, то отказывают фактически без объяснения причин. Данный механизм никак не может способствовать осуществлению принципа состязательности сторон. Конечно, этот принцип более направлен в сторону судебного разбирательства. Но на до-судебных стадиях формируется позиция по уголовному делу, исследуются различные версии совершенного преступления, идет интенсивная работа по доказыванию (собирание – проверка – оценка сведений по делу). Если все процессуальные права перекладывать на стадию судебного разбирательства (как оценивают принцип состязательности сторон – равноправие сторон обвинения и защиты перед судом – ч. 4 ст. 15 УПК), то и дальше будем наблюдать (и участвовать в ней) ригидную картину, в которой уже очень сложно (фактически невозможно) представить иные обстоятельства совершенного деяния.

Принцип состязательности оказывается, по сути, фикцией. Он провозглашен, но учёные (и практические работники), которые действитель-

но ориентируются в уголовно-процессуальном праве, понимают, что досудебные стадии не могут быть состязательны «в чистом виде» в связи со спецификой функций сторон обвинения (плюс органы оперативно-розыскной деятельности), перед которыми стоят государственные задачи – раскрытие совершенных преступлений и предотвращение готовящихся деяний. Эти задачи поистине серьезны и масштабны. Но кроме серьезных и масштабных государственных задач (макроуровень), есть конкретные люди, которые по разным причинам и обстоятельствам попадают на скамью подсудимых (микроуровень). В правовом государстве не должно быть так, что за обеспечением задач макроуровня практически полностью ликвидируется микроуровень. Слаженность совокупности малого обеспечивает реальное, должное функционирование большего. Представители «классической уголовно-процессуальной школы» с пониманием относятся к громким эскаладам законодателя (состязательность сторон, собирание доказательств защитником и пр.), а представители, условно говоря, «новой уголовно-процессуальной школы» не желают понимать, почему в законе указано, а реализовать невозможно. Представители первого направления снисходительно призывают представителей второго направления внимательно ознакомиться с учением о фикциях, но вторые отказываются понимать «афинейское плетение» законодателя, так как юриспруденция – наука точная.

Решить проблему можно только одним способом – внесением изменений в законодательство. Необходимо признать адвоката профессиональным участником уголовного процесса со всеми вытекающими последствиями. Последствия – легализовать собирание доказательств с корреспондирующими обязанностью стороны обвинения приобщать эти доказательства к материалам уголовного дела и ответственность за неисполнение этого.

4. В соответствии с ч. 4 ст. 271 УПК РФ суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании *лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон*. Данное положение говорит о том, что свидетель или специалист должны уже явиться в суд (фактически находиться у двери в зал судебных заседаний). Адвокат обращается к специалисту, тот высказывает свое мнение по профессиональному вопросу (предположим, мнение авторитетного практикующего нейро-

хирурга по механизму образования травмы головы в противовес заключению судебно-медицинской экспертизы по уголовному делу), и он (адвокат) обеспечивает его (специалиста) явку в суд. Фактически, последний проходит установленную триаду доказательственной деятельности (в непрессульном смысле, так как в соответствии с действующим УПК РФ он не является участником доказательственной деятельности): собирание – проверка – оценка доказательств. В связи с обеспеченной его явкой суд не может отказать в допросе этого лица. В то же время если адвокат заявит ходатайство о *вызове данного специалиста в суд* для дачи показаний (а этот специалист не находится пока у двери зала судебных заседаний), то у суда исходя из толкования нормы есть полное право отказать в удовлетворении данного ходатайства. Как это положение соотносится с положением ч. 3 ст. 15 УПК РФ, на основании которого «суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав»? В соответствии с ч. 7 ст. 292 УПК РФ защитник вправе по окончании прений сторон, но до удаления суда в совещательную комнату представить суду в письменном виде предлагаемые им формулировки решений по вопросам, указанным в п. 1–6 ч. 1 ст. 299 УПК РФ. Вопросы следующие: доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; доказано ли, что деяние совершил подсудимый; является ли это деяние преступлением и каким пунктом, частью, статьей УК РФ оно предусмотрено; виновен ли подсудимый в совершении этого преступления; подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление; имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание. Предлагаемые формулировки не имеют для суда обязательной силы. Защитник (подразумеваем адвокат) имеет право составить свое заключение по вопросам, разрешаемым судом при постановлении приговора. Это положительный момент, но является малой крохой в доказательственной деятельности адвоката.

5. В теории права под фикцией понимают закрепленное в законодательстве несуществующее положение, признаваемое существующим и поэтому общеобязательным. Фиктивный характер нормативного предписания определяется не формой, а содержанием нормы права. Фиктивность, т. е. ложность этих норм, определяется наличием предположения о факте или со-

бытии, которое не доказано, а лишь предполагается, но его закрепление на нормативном уровне переводит ложность в статус общеобязательности, тем самым создавая такое средство юридической техники, как фикция.

По мнению К. К. Панько, «применение этого средства юридической техники обеспечивает стабильность правового регулирования в случаях установления невосполнимой неизвестности»<sup>8</sup>.

В. В. Тарасенко приходит к выводу, что «в теории права бесспорным является суждение о том, что генезисом фикции является стремление тем или иным способом урегулировать общественное отношение, находящееся в ситуации невосполнимой неизвестности. Способ, с помощью которого достигается урегулированность, является фиктивным, ибо закрепляет несуществующее положение существующим в действительности. Само же стремление законодателя обусловлено материальными факторами и имеет сугубо объективный характер»<sup>9</sup>.

Учитывая сложность и многогранность такого средства юридической техники, как фикции, следует отметить, что они могут быть как общественно полезными, так и общественно вредными. Законодатель, зная о вымышенности закрепляемых в законе положений, всё же придает им свойства юридического факта<sup>10</sup>.

Е. И. Грузинская и М. П. Пронина сформулировали определение, согласно которому «фикция в уголовном праве – это закрепленный в УК РФ регулятор общественных отношений, находящихся в состоянии невосполнимой неизвестности, носящий сугубо императивный характер, направленный на гармонизацию уголовного законодательства и дифференциацию уголовной ответственности»<sup>11</sup>.

В вопросе собирания доказательств адвокатом и реализацией принципа состязательности сторон нет «невосполнимой неизвестности», на

<sup>8</sup> Панько К. К. Основы законодательной техники в уголовном праве России (теория и законодательная практика) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2006. С. 40–41.

<sup>9</sup> Тарасенко В. В. Ложное предположение в правовом аспекте (на примере уголовного права России) // Право : современные тенденции : материалы II междунар. науч. конф. Уфа, 2014.

<sup>10</sup> См.: Грузинская Е. И., Пронина М. П. Презумпции и фикции как средства юридической техники в уголовном законодательстве // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2019. № 3 (38). С. 320–321.

<sup>11</sup> Грузинская Е. И., Пронина М. П. Указ. соч. С. 323.

наш взгляд. Всё равно оценка собранных по уголовному делу материалов осуществляется должностными лицами, принимающими решения по уголовному делу.

Исходя из изложенного (современного учения о фикциях в праве) может быть три варианта развития событий.

Первый – несуществующее положение (собирание доказательств защитником) признается существующим и поэтому **общеобязательным**. Тогда следует согласиться с теми процессуалистами, которые считают, что если в законе есть такое положение, то его нужно использовать, не вдаваясь в подробности законодательных положений, соответствующих (или несоответствующих) глубине уголовно-процессуальной науки, – ошибся ли законодатель в формулировке ч. 3 ст. 86 УПК РФ или допустил филологическую стилистическую оплошность на грани простой помарки. В этом случае будет продолжаться «вечный бой», причем не на уровне борьбы за качество доказательственной базы, а на уровне понятийного аппарата. Так как одни участники уголовного процесса будут считать, что они имеют право, а другие будут стоять на своем, что прав таких нет, т. е. происходит напрасная траты интеллектуального ресурса сторон.

Второй вариант – признать это положение общественно вредной фикцией, ломающей определенную правовую структуру, вносящей разногласие, недоразумение. Но этот путь тупиковый, потому что не отвечает запросу общества, требованиям времени и положению дел в следственно-судебной практике.

Третий вариант – внести изменения в действующее уголовно-процессуальное законодательство: 1) разделить понятия «защитник» и «адвокат»; 2) определить, что такое «доказательства», что такое «информация, которая может стать доказательством»; 3) признать адвоката полновесным субъектом собирания доказательств, с обязанностью дознавателя, следователя, прокурора, суда приобщать собранную информацию к материалам уголовного дела с последующей проверкой и оценкой сведений. В ч. 2 ст. 74 УПК РФ внести изменения следующего содержания:

**«7) любые сведения, собранные адвокатом, имеющие значение для уголовного дела, обязательны для приобщения к материалам уголовного дела для последующей проверки и оценки дознавателем, следователем, прокурором, судом.»**

### Библиографический список

Аевдонин В. А. Проблемы собирания и представления доказательств адвокатом-защитником на стадии предварительного расследования // Вестник Ин-та права Башкир. гос. ун-та. 2024. № 2. С. 20–28.

Грузинская Е. И., Пронина М. П. Презумпции и фикции как средства юридической техники в уголовном законодательстве // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2019. № 3 (38). С. 320–321.

Железняк Н. С., Тетерятников Н. Ю., Леонтьева Ю. В. Соотношение правомочий и полномочий в теории права и оперативно-розыскной деятельности // Общество и право. 2020. № 1 (71). С. 99–105.

Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головко. М. : Статут, 2016. 1278 с.

Ляхова А. И., Винникова Д. С. Полномочия адвоката-защитника по участию в собирании доказательств // Вызовы современности и стратегии развития общества в условиях новой реальности : материалы XVI Междунар. науч.-практ. конф. М., 2023. С. 73–79.

Панько К. К. Основы законодательной техники в уголовном праве России (теория и законодательная практика) : автореф. дис. д-ра юрид. наук. Саратов, 2006. 52 с.

Тарасенко В. В. Ложное предположение в правовом аспекте (на примере уголовного права России) // Право : современные тенденции : материалы II междунар. науч. конф. Уфа, 2014. С. 115–120.

Узгорская И. А. Актуальные вопросы участия защитника в досудебном производстве // Вестник Калининград. филиала С.-Петербур. ун-та МВД России. 2023. № 4 (74). С. 45–46.

### References

Avdonin V. A. Problems of collecting and presenting evidence by a defense lawyer at the stage of preliminary investigation // Bulletin of the Bashkir State University Institute of Law. 2024. No. 2. P. 20–28.

Gruzinskaya E. I., Pronina M. P. Presumptions and fictions as a means of legal technique in criminal legislation // Bulletin of the VSU. Series: Pravo. 2019. No. 3 (38). P. 320–321.

Zheleznyak N. S., Teteryatnikov N. Yu., Leontieva Yu. V. The correlation of powers and powers in the theory of law and operational investigative activities // Society and Law. 2020. No. 1 (71) P. 99–105.

The course of the criminal process / ed. by L. V. Golovko. Moscow : Statute, 2016. 1278 p.

Lyakhova A. I., Vinnikova D. S. The powers of a defense lawyer to participate in the collection of evidence // Challenges of our time and strategies for the development of society in a new reality : XVI International Scientific and Practical Conference. Moscow, 2023. P. 73–79.

Panko K. K. Fundamentals of Legislative technique in Russian Criminal law (theory and legislative practice) : dr. legal sci. dis. abstr. Saratov, 2006. 52 p.

Tarasenko V. V. False assumption in the legal aspect (on the example of Russian criminal law) // Law : current trends : proceedings of the II International Scientific Conference. Ufa, 2014. P. 115–120.

Uzgorskaya I. A. Actual issues of the defender's participation in pre-trial proceedings // Bulletin of the Kaliningrad Branch of the St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2023. No. 4 (74). P. 45–46.

Воронежский государственный университет  
Панько Н. К., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса  
E-mail: nkpanko@mail.ru

Поступила в редакцию: 23.02.2025

#### Для цитирования:

Панько Н. К. Участие адвоката в собирании доказательств и процессе доказывания по уголовному делу: положения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и их применение в действительности // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2025. № 2 (61). С. 221–229. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2025/2/221-229>

Voronezh State University

Panko N. K., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Process Department  
E-mail: nkpanko@mail.ru

Received: 23.02.2025

#### For citation:

Panko N. K. Participation of a lawyer in the collection of evidence and the process of proof in a criminal case: provisions of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and their application in reality // Proceedings of Voronezh State University. Series: Law. 2025. No 2 (61). P. 221–229. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2025/2/221-229>