

УДК 343.1

**РИСК В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЗАЩИТНИКА
В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**

М. О. Баев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 7 октября 2019 г.

Аннотация: *в рамках осуществления защиты по конкретным уголовным делам защитник системно сталкивается с насущной необходимостью принятия рискованных решений процессуально-тактического плана. Принятие таких решений, как следствие, реализация (либо, напротив, отказ от реализации) оказывали существенное влияние на достижение защитных целей. В статье обосновываются различные виды рисков в защитной деятельности.*

Ключевые слова: *защитник, тактический риск, деятельность защитника, цели защиты.*

Abstract: *in the framework of the defense of specific criminal cases, the lawyer-defender is systematically faced with the urgent need to make risky decisions procedural and tactical plan. The adoption of such decisions, as a consequence, the implementation (or, conversely, the refusal to implement) had a significant impact on the achievement of defense goals. The article substantiates various types of risks in lawyer-defender activities.*

Key words: *lawyer-defender, tactical risk, the activities of the lawyer-defender, the goal of defense.*

Решение стать членом корпорации – решение рискованное, влекущее добровольное принятие дополнительных обязательств и перед собой, и перед доверителями, и перед обществом, и перед государством, и перед корпорацией. Лишь честный ответ на вопрос «зачем я иду в адвокатуру» для себя (способ заработка, престиж, гарантии независимости и т. д.) либо ради чего-то большего, позволит минимизировать риск принятия данного судьбоносного решения. Печальный опыт последних лет, имеются в виду факты привлечения адвокатов-криминалистов к уголовной ответственности, позволяет сделать неутешительный вывод, что в абсолютном большинстве случаев это люди случайные, стаж в профессии от нескольких месяцев до нескольких лет, как правило, выходцы из опшонирующих структур. В связи с этим невольно напрашивается неутешительный вывод: 1) ошибка в целеполагании; 2) недооценка рисков, в то время как вся адвокатура не просто под пристальным вниманием системы правоохраны, а когда профессиональная деятельность каждого конкретного адвоката рассматривается чуть ли не через лупу.

2019. № 4

212

Чем осознаннее принимается данное решение, чем больше и глубже претендент разобрался и в идеологических, и профессиональных основах деятельности, и существования корпорации, и конкретного адвоката внутри сословия, тем меньше риск и четче понимание специфики принятия решений при обсуждении конкретных профессиональных задач.

Следующим видом риска выступает риск принятия решения поручения на ведение конкретной уголовной защиты:

а) потенциальный либо реальный (либо могущий быть расцененный как таковой) конфликт интересов, а следовательно:

– невозможность (в рамках требований) осуществить эффективную защиту;

– риск отвода от участия в деле;

б) идеологическая составляющая конкретного уголовного дела:

– дело Кулаева (Бесланский теракт) – адвокат Альберт Плиев после рассмотрения дела вынужден был не только оставить адвокатуру, но и покинуть республику;

– памятуя запрет на отказ от принятой на себя защиты, риск попадания в ситуации субъективной невозможности ее продолжения: разбой, который вылился в защиту серийного маньяка..;

в) чрезмерная занятость по иным делам, не позволяющая осуществить эффективную защиту;

г) осведомленность адвоката о реальных обстоятельствах инкриминируемых деяний при обозначенной при заключении соглашения позиции доверителя, отрицающего их. Законодательный запрет отсутствует, более того, адвокат – не субъект оценки доказательств по внутреннему убеждению, но когнитивный диссонанс при потенциальной защите очевиден.

Рисковых факторов при принятии решения о защите по конкретному делу, касающихся как самого адвоката, так и эффективности потенциальной защиты множество, но они могут быть выявлены (определены) и учтены при принятии соответствующего решения.

Но если все-таки было принято решение взяться за осуществление конкретной защиты, необходимо, на наш взгляд, учитывать следующее.

Деятельность защитника по уголовному делу должна гарантировать не привлечение к уголовной ответственности невиновного подзащитного, выявление всех оправдывающих и исключаяющих или смягчающих ответственность подзащитного обстоятельств и назначение последнему при признании его виновным справедливого наказания, независимо от деятельности лиц, осуществляющих уголовное преследование. Именно такой обеспеченный защитником исход судопроизводства позволяет считать, что защитник с честью выполнил свою процессуальную функцию, даже если не достиг оптимальной цели своего участия.

Данный принцип можно обозначить как принцип «минимакса».

Однако «есть подзащитные, которым нельзя либо очень трудно помочь, но нет подзащитных, которым нельзя было бы не навредить», – так издавна формулировалась проблема, которую мы обозначили бы как

проблему допустимого тактического риска в деятельности защитника. В литературе, да и на практике, мнения о праве защитника на профессиональный риск варьируются в самом широком диапазоне: от безусловно признания такого права (со ссылкой на несколько циничные заповеди английских адвокатов XV в., одна из которых гласит: в любом случае «веревка всегда достается клиенту») – до категорического его отрицания, основанного на этической аксиоме о недопустимости рисковать чьей-либо судьбой, кроме своей собственной. На наш взгляд, обоснованное решение этой проблемы, как и всегда в подобных дискуссиях, лежит где-то посередине.

Напомним, что деятельность любого представителя состязającychся в уголовном судопроизводстве сторон связана с необходимостью принятия решения в условиях риска, обусловленного неполнотой и (или) противоречивостью информации, на основе которой оно принимается. Обычно в таких ситуациях решение принимается лицом на основе собственных криминалистических знаний и профессионального опыта, т. е. в определенной степени интуитивно. И, вероятно, в большинстве случаев этого вполне достаточно. Но рискованные ситуации принятия решений носят не только тактический характер, как обычно их определяют в криминалистике, но и нередко характер стратегический, влияя на исход уголовного судопроизводства в целом (разумеется, с позиции лица, принимающего решение). В этих случаях от выбора соответствующим субъектом той или иной защитной позиции зависит как само признание его виновным в совершении вменяемого ему преступления, так и (или) вид и тяжесть определяемого ему судом наказания.

Очевидно, что с момента вступления в уголовное дело (а иногда и ранее – с момента обращения доверителя) адвокат действует в условиях информационной неопределенности, постоянно сталкивается с необходимостью принятия решений и совершения действий в ситуациях, когда планируемый результат не только не предопределен однозначно, но порой и вообще трудно предсказуем.

В такой ситуации следует обратиться к нескольким принципиальным положениям теории игр, в силу своей специфики и направленности уделяющей повышенное внимание принятию решений в условиях риска. В соответствии с ее основными постулатами условия риска имеют место, когда лицо, принимающее решение, не может быть уверено в конкретном результате его реализации, поэтому должно быть готово, что осуществится худший из возможных прогнозируемых вариантов (например, привлечение к уголовной ответственности без достаточных на то доказательств либо за деяние, не содержащее в себе состава преступления). Однако совершенно очевидно, что избежать риска возможно, если ничего не предпринимать для достижения целей защиты, даже в ситуациях, когда принятие решения и, как следствие, совершение определенных целеполагающих действий объективно необходимо. Поэтому в современных условиях, когда законодатель предусмотрел использование

всех не запрещенных Уголовно-процессуальным кодексом средств и способов защиты в виде права защитника, а не в качестве его непреложной профессиональной обязанности, как было предусмотрено УПК РСФСР (и что, по нашему категорическому убеждению, в значительно большей степени соответствовало основополагающим принципам защитной деятельности), подобная «позиция» защитника была бы фактически равна отказу от защиты, абсолютно недопустимому ни в нормативном, ни в этическом плане.

В теории игр выделяются два классических случая:

1) собственно условия риска: когда возможно узнать или хотя бы оценить вероятность наступления тех или иных событий, в связи с чем можно планировать некоторую «среднюю выгоду»;

2) условия неопределенности: информация о вероятности наступления событий отсутствует или неизвестна лицу, принимающему решение; приходится строить предположения об оптимальности ходов соперника и стремиться обеспечить себе некоторую «максимальную гарантированную выгоду» (стратегия максимина).

Из этих исходных наиболее распространенными являются попытки определить риск как:

1) ситуацию (условия) принятия решения, последствия которого могут быть отрицательными по отношению к позиции защиты;

2) психологический компонент решения о выполнении действий в условиях вероятности наступления неблагоприятных последствий;

3) характеристику деятельности, подразумевающую неопределенность ее исхода и возможность неблагоприятных последствий в случае успеха.

Исходя из этого, по нашему мнению, определить понятие риска, возникающего при осуществлении профессиональной защиты от уголовного преследования, возможно лишь путем анализа причин и оснований его возникновения, общих условий и конкретных ситуаций его существования и путей преодоления либо оптимальной минимизации.

Первый вывод, к которому приводит вышеизложенный краткий анализ, заключается в том, что риск есть неизбежный элемент защитной деятельности. Избежать необходимости принятия рискованных решений при осуществлении профессиональной защиты невозможно. Учитывая, что профессиональная защитная деятельность (суть которой заключается в системе целенаправленных действий адвоката-защитника по собиранию, исследованию, предоставлению и использованию доказательственной информации, направленной на оправдание подзащитного или смягчение его ответственности, полноценной реализации его прав и соблюдении интересов) практически всегда осуществляется в условиях потенциального или реального, непосредственного или опосредованного противодействия со стороны лиц и организаций, противостоящих защитнику при реализации им своей профессиональной функции, можно сделать следующий вывод.

Риск тем выше, чем острее конфликтность интересов процессуальных противников.

Поскольку средством оптимизации путей достижения процессуальных целей в условиях противодействия служит тактика, то именно при принятии тактически значимых решений и реализации защитой конкретных тактических приемов ситуация риска наиболее типична и наиболее опасна, ибо может стать причиной отрицательных последствий. Однако степень риска возникновения вышеуказанных последствий не одинакова.

Как деятельностный фактор она поддается оценке, а следовательно, и корректировке. Основная задача защитника заключается в том, чтобы «избрать стратегию наименьшего тактического риска, предвидеть возможные отрицательные последствия своего решения и заранее продумать меры по ликвидации или ослаблению этих последствий, минимизировать риск».

Объективно на эффективность любых прогностических действий влияют три важнейших фактора:

- 1) процессуальная оснащенность;
- 2) информационная обеспеченность;
- 3) субъективные особенности лица, принимающего решение в условиях неочевидности его последствий (знания, опыт, интуиция, способности к прогнозированию и т. п.).

Относительно первого из названных факторов необходимо сказать, что ни Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ни уголовно-процессуальное законодательство формально не ограничивают круг прав адвоката-защитника при осуществлении им профессиональной деятельности, ставя их в зависимость исключительно от целей деятельности и законности путей их достижения. Однако если следственная и судебная деятельность соответствующих профессиональных участников стороны обвинения либо суда достаточно строго формализована, что позволяет им в определенной степени избежать неоправданного риска, то практически полное отсутствие подобной регламентации защитной деятельности достаточно часто ставит адвоката перед необходимостью решать рискованные задачи при выборе формы реагирования.

Особенно остро с данной проблемой защитник сталкивается в процессе реализации положений ч. 3 ст. 86 УПК РФ, посвященных собиранию им доказательств. Очевидное отсутствие реального механизма реализации указанных прав (за исключением возможности направления соответствующих запросов и получения заключений специалистов) и отсутствие механизма объективизации и самостоятельного процессуального закрепления полученных результатов позволяет в очередной раз с сожалением обозначить декларативность законодательного принципа состязательности нашего уголовного процесса и невозможность отнесения защитника к полноправным субъектам собирания доказательств. В связи с этим необходимо отметить: точная, детальная и всеобъемлю-

щая процессуальная регламентация профессиональной деятельности защитника (то, что мы условно обозначили процессуальной оснащенностью) существенно снижает степень риска.

В отношении второго фактора необходимо отметить, что недостаточная и неполная информационная обеспеченность, сомнения в достоверности информации, находящейся в распоряжении защитника, а также в объеме информации (особенно доказательной), находящейся в распоряжении процессуального оппонента, совершенно очевидно влияет на степень риска при принятии решения. Поэтому, по нашему мнению, первая задача защитника, принявшего поручение по уголовному делу, путем использования всех процессуальных и непроцессуальных (но, безусловно, законных) средств собрать и оценить всю возможную доказательственную и иную информацию, имеющую значение для формирования правовой позиции по делу, стратегии и тактики предстоящей и осуществляемой защиты.

В этих целях возможны и целесообразны не только беседы с подзащитным и доверителем, не являющимися подзащитными, и ознакомления с материалами дела в рамках прав, предусмотренных ст. 53 УПК РФ, но и беседы с процессуальными оппонентами (следователем, оперативными работниками и др.). Причем, оценивая полученную из этих источников информацию, нельзя не учитывать и возможную недобросовестность подзащитного либо его искреннее заблуждение и возможную неискренность, а порой, напротив, искреннее желание со стороны процессуальных оппонентов ввести защитника в заблуждение. Обязательным является и использование всего наличного, пусть и справедливо критикуемого, арсенала возможностей, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК РФ. На практике иногда оказывается целесообразным (несмотря на парадоксальность), даже бесперспективное в результативном плане, обжалование решений следователя (дознавателя), прокурора либо руководителя следственного органа, так как при судебной проверке их законности в порядке ст. 125 УПК РФ не исключена (а порой высока) вероятность получения доступа к ранее недоступной (либо непроверенной) информации.

Чем выше информационная неопределенность при принятии решения, тем выше риск его отрицательных последствий, поэтому с самого начала защиты адвокат должен объективно проанализировать всю доступную информацию по делу, выдвинуть все возможные предположения о развитии ситуации, а в дальнейшем – постоянно воспринимать информацию о текущем состоянии защиты и анализировать ее на предмет значимости для защиты.

Обращаясь к третьему – субъективному – фактору эффективности прогностических действий, отметим: безусловно, каждый участник уголовного судопроизводства обладает различными возможностями и способностями к прогнозированию, т. е. предвидению возможных последствий планируемых и (или) совершаемых действий (в зависимости от личных способностей, знаний, опыта и т. д.), поэтому, принимая решение в условиях риска, защитник должен исходить из реальной самооценки,

«оценки его собственных возможностей и определения оптимальных путей использования своих резервов». Вот почему одной из основных задач каждого адвоката является постоянное и разностороннее повышение своего профессионального уровня. Чем выше прогностические способности защитника, тем меньше риск принятия решения либо совершения действия, влекущего отрицательные для позиции защиты последствия. Чем реальнее оценка собственных прогностических возможностей, тем меньше риск принятия такого решения.

К факторам, влекущим необходимость принятия рискованного решения, необходимо, по нашему мнению, отнести следующие:

– «Штатный цейтнот» – регулярная необходимость принятия решения в режиме ограниченного времени. Это могут быть процессуальные сроки, связанные с обжалованием тех или иных решений следователя, прокурора, суда; процессуальные сроки, с которыми законодатель связывает явку для участия в процессуальных или следственных действиях; моменты заявления определенных ходатайств – о вызове и допросе свидетелей, подтверждающих алиби, заявление отводов и др., – поскольку несвоевременное их заявление лишает возможности совершить данные действия в дальнейшем. Порой дефицит времени не позволяет восполнить информационную неопределенность и в достаточной мере оценить и проанализировать имеющуюся информацию на предмет ее объективности и полноты, что также влияет на степень риска.

– Достаточно жесткая связанность действий защитника позицией подзащитного. Несмотря на свою процессуальную самостоятельность, в том числе в выборе тактики защиты, адвокат объективно связан позицией и волеизъявлением подзащитного, в том числе и в вопросах принятия решений и совершения действий, сопряженных с потенциальным риском наступления неблагоприятных последствий.

Подзащитный может настаивать на проведении определенных следственных и процессуальных действий, о чем самостоятельно заявлять соответствующие ходатайства и настаивать на участии в них защитника, может настаивать на истребовании и приобщении каких-либо материалов и т. д. Каким бы рискованным ни казался защитнику предлагаемый шаг, в случае, если ему не удастся разубедить своего подзащитного в нецелесообразности его совершения, и последний, несмотря ни на что, будет настаивать на своем, защитник, по нашему мнению, обязан, несмотря на риск, совершить либо принять участие в соответствующем действии. В этой ситуации его основной задачей будет минимизировать возможные неблагоприятные последствия.

Вышеприведенный анализ факторов риска, возникающих при принятии решений и совершении действий в рамках осуществления профессиональной защиты по уголовным делам, не претендует на абсолютный характер, но, как представляется, является достаточным, чтобы предложить следующее определение:

Риск, возникающий при осуществлении профессиональной защиты от уголовного преследования, есть неизбежный (закономерный), под-

дающийся прогнозированию, количественной и качественной оценке, системообразующий фактор, характеризующий как защитную деятельность в целом, так и ситуативную деятельность защитника по принятию решений и совершению действий в условиях неопределенности и потенциальной возможности наступления негативных для защиты последствий, наличие и степень которого находится в зависимости от конкретной защитной ситуации (в том числе от отношения к ней подзащитного), уровня конфликтности интересов процессуальных противников, информационной обеспеченности, процессуальной оснащенности и субъективных прогностических особенностей принимающего решения лица.

Проанализированные положения целесообразно сформулировать в виде принципа тактики профессиональной защиты, условно обозначив его как принцип максимина: минимизация тактического риска при принятии тактически значимых решений и совершении соответствующих действий в целях обеспечения максимально гарантированного объективно и (или) субъективно выгодного результата защитной деятельности.

Воронежский государственный университет

Баев М. О., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики

E-mail: baev_co@mail.ru

Voronezh State University

Baev M. O., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Criminalistics Department

E-mail: baev_co@mail.ru