

Проф. Н. Н. ПОЛЯНСКИЙ

Гаврилу Ивановичу Любимову-
автору.

ПРАВДА и
ЛОЖЬ

В

УГОЛОВНОЙ ЗАЩИТЕ

ИЗДАТЕЛЬСТВО
„ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА“
МОСКВА — 1927

Библиотека
Док. Беляев, Москва
по науч. преступлени
№18

32964 суд. пр

ВОЕННАЯ
ТИПОГРАФИЯ
УПРАВДЕЛАМИ
РВС СССР
Улица ФРУНЗЕ, 23

Главлит 75.206.

Заказ № 264.

Тираж 3.000.

К ВОПРОСУ
ОБ ОТКАЗЕ ОТ ЗАЩИТЫ

СІМОН

I.

Настоящая работа—отголосок на вопрос, поднятый на страницах „Ежен. Сов. Юстиции“¹⁾ и затем ставший предметом оживленных устных дебатов и печатной полемики, в которых приняли участие широкие круги юристов,—вопрос о возможной коллизии в профессиональной деятельности адвоката двух начал: защиты и правды. Вопрос этот не в первый раз занимает умы русских юристов. Как известно, ему особенно посчастливилось в 1886 г., когда после смерти проф. Лохвицкого,—можно сказать, над его могилой—скрестили свое словесное оружие самые выдающиеся представители московской адвокатуры: Джа-нишев и Невядомский. С той и другой стороны в блестящей форме было высказано так много содержательных аргументов, что, казалось бы, нельзя снова браться за тот же вопрос без риска повторить—и, может быть, хуже—то, что было уже сказано. В действительности, однако, постановка вопроса в наши дни настолько существенно отличается от той, которую она получила ровно

¹⁾ Ю. Элькинд и В. Кауфман—Может ли защитник в процессе судебного следствия отказаться от защиты? В „Еж. Сов. Юст.“ 1925 г., № 23.

сорок лет тому назад, что в дальнейшем изложении нам даже вовсе не придется возвращаться к брошюрам Джанишева и Невядомского.

Самый повод для постановки вопроса был тогда иной: Лохвицкого его противник по процессу, Ордынский, обвинял перед сословным дисциплинарным судом в том, что он сначала взял на себя защиту в уголовном суде лица, явно бесчестного, а потом в гражданском деле взял поддержку его явно несправедливых интересов, хотя и признанных потом судом в части законными. Поводом для статьи на страницах „Еж. Сов. Юст.“, напротив, послужило поведение защитника, отказавшегося, когда наступил момент судебных прений, от защиты обвиняемого в виду того, что все утверждения обвинения подтвердились на суде.

В зависимости от различия отправных пунктов и дебаты получили различное направление, соответствующее двум различным смыслам слова „правда“: участников полемического турнира 1886 г. занимал преимущественно вопрос о коллизии судебной защиты с требованиями правды—справедливости; участники дебатов в истекшем году сосредоточивали свое внимание преимущественно на коллизии долга защиты с долгом правды—истины. Авторов названной статьи в „Еж. Сов. Юст.“ интересовал вопрос, может ли адвокат в уголовном процессе так же „смотреть правде в глаза“, как прокурор. А в прениях, разгоревшихся в Москве в клубе ответственных работников юстиции по поводу докладов членов Коллегии Защитников А. С. Тагера и П. Н. Малянтовича, прокурор Б. Я. Арсеньев прямо квалифицировал

утверждение, что можно защищать при всяких обстоятельствах, как оправдание лжи в речах защитников.

Наконец, в полемике 1886 г. Г. А. Джаншиевым вопрос был поставлен так: „подлежит ли адвокат за ведение заведомо неправого дела (гражданского) какой-либо ответственности?“¹⁾ Поэтому, хотя его противник вскользь коснулся и уголовных дел²⁾, все же спор, главным образом, велся вокруг вопроса о судебной помощи в гражданских делах. Предметом современной нам полемики является вопрос о защите в уголовных делах.

II.

Мы отдаем себе отчет в том, что заголовок нашей работы и ее подзаголовок не покрывают друг друга—другими словами, что вопросы о правде и лжи в уголовной защите и об отказе от защиты только перекрещиваются друг с другом, но друг с другом не совпадают. Основанием для совместного рассмотрения их послужила не логическая их нераздельность, а практическая их связанность; в частности, как видно из предыдущего, конкретным поводом для настоящей работы послужил случай отказа защитника от защиты из опасения вступить в конфликт с требованием правды. Перед нами, следовательно, не один, а два вопроса: 1) о должном поведении защитника в случаях,

¹⁾ Гр. Джаншиев. Ведение неправых дел (Этюд по адвокатской этике). М. 1886 г., стр. 15.

²⁾ Д. Невядомский. Вечные вопросы адвокатуры. М. 1886 г., стр. 52—55.

когда течение процесса ставит его лицом к лицу перед той границей, за которой начинается неправда, и 2) об условиях отказа защитника от защиты.

Мы будем рассматривать эти два вопроса не отдельно друг от друга, а в их взаимной связи, заранее ограничивая рамки рассмотрения второго вопроса теми началами, которые придется установить при разрешении первого.

Наша работа будет делиться на две части: „общую“ и „особенную“. В первой мы установим общие положения, нужные для разрешения поставленных вопросов; вторая будет посвящена разрешению, при помощи этих положений, ряда казуистических вопросов. Мы намеренно придали нашей работе в ее второй части казуистический характер для того, чтобы в том просторе для рассуждений на общие темы, который открывает всякий вопрос с широким содержанием, не были утеряны из виду отдельные его частности, между тем как именно эти то частности и представляют собою порою настоящие камни преткновения, о которые разбивается единое решение, данное в ответ на общим образом поставленный вопрос. Мы хотели избежать того упрека, который в свое время вызвала со стороны „Журнала Гражданского и Уголовного Права“ брошюра Джаншиева, а именно, что автор ее, „вместо установления того, где кончается адвокатская свобода и служение правосудию и начинается недостойное кляузничество“, преподнес читателям ряд общих мест ¹⁾.

¹⁾ Журн. Гр. и Уг. Права, 1886 г., кн. 6, стр. 145.

Прежде чем приступить к установлению тех общих положений, которые, по нашему мнению, требуются для решения отдельных вопросов в пределах нашей темы, заметим, что выражение „отказ от защиты“ мы принимаем в самом широком смысле, имея в виду, что выражение это допускает не одно, а несколько его пониманий.

Так, прежде всего, это выражение может означать или отказ от приема защиты, или отказ от уже принятой или возложенной, по назначению от уполномоченных на то органов, защиты. — Далее, в этом втором смысле отказ от защиты может означать или заявление защитника о сложении с себя обязанности защиты, или заявление защитника о присоединении к мнению обвинителя в отношении виновности обвиняемого и следуемого наказания, или только в отношении того или другого. В этом смысле можно говорить о полном или частичном отказе от защиты. Частичным отказом от защиты будет и открыто выраженный отказ от оспаривания какого-либо обстоятельства, существенного для обвинения, и обход этого обстоятельства молчанием.

Заявление защитника о своей солидарности с обвинителем иногда отличают от отказа от защиты в собственном смысле. Так, Леве, применительно к § 145 германского устава уголовного судопроизводства, пишет: „в заявлении защитника, что он ничего не может привести в пользу обвиняемого, не содержится „отказа“ в смысле этого параграфа“¹⁾; на страницах Еж. Сов. Юст. М. Строев

¹⁾ Dr. E. Löwe, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 1913, стр. 507.

считает „обывательским“ название „отказом от защиты“ поступка защитника, признавшего обвиняемого виновным и не нашедшего никакого основания для смягчения ему наказания. Автор приравнивает, очевидно, к отказу от защиты только уход защитника из заседания ¹⁾).

В отличие от только-что названного автора мы не видим оснований, почему бы заявление защитника о его солидарности с обвинителем в вопросе о виновности и наказании обвиняемого не считать отказом от защиты. Если „отказ от обвинения“, в смысле 306 ст. УПК, вовсе не означает выхода обвинителя из процесса, и прокурор несомненно „отказывается от обвинения“, когда высказывается за оправдание обвиняемого, то совершенно точно так же защитник „отказывается от защиты“, когда высказывается в пользу обвинения.

III.

В установлении нужных нам общих положений приходится начать с критики.

Книга Е. В. Васьковского „Организация адвокатуры“ (1893 г.) пользуется у нас в круге вопросов, касающихся адвокатуры, такую же заслуженную популярность, как книга Фридмана „Handbuch der Verteidigung“ — в Германии. Вскоре после выхода книги „Организация адвокатуры“ автор, на основе изложенных в ней воззрений, занялся интересующим нас вопросом, посвятив ему

¹⁾ М. Стрѳев — Роль защиты в уголовном процессе, РСЮ, 1925 г., стр. 1135.

две статьи— „О разборчивости при принятии дел к защите“ ¹⁾ и „Отказ от защиты по назначению“ ²⁾.

В первой из этих статей Е. Васьковский пытается дать чуть не математически точное решение вопроса, когда адвокат вправе, и когда он не вправе взять на себя защиту судебного дела. В поисках такого решения он делит все дела „с юридической точки зрения“ на три категории: 1) безусловно верные, 2) безнадежные и 3) сомнительные, и также на три категории „с нравственной точки зрения“: 1) правые, 2) неправые и 3) сомнительные, а затем, комбинируя признаки, определяющие принадлежность дела к той или другой категории с юридической точки зрения, с одной стороны, и с нравственной точки зрения,—с другой, он насчитывает девять различных категорий дел и для каждой из них дает свое решение. Суммируя свои выводы, автор склоняется к теории, которую он называет „теорией нравственной разборчивости“.

Можно допустить, что все предлагаемые автором девять решений правильны, но во всяком случае доверие к „теории нравственной разборчивости“ в его построении с самого начала подрывается тем, что в основу ее он кладет одно общее—для нас, бесспорно, ошибочное—положение, а именно, что адвокаты играют на суде роль уполномоченных общества подобно тому, как прокуроры представляют собой уполномоченных государства ³⁾, а так как, рассуждает далее автор,

¹⁾ Журн. Юр. Общества, 1894 г., кн. 6.

²⁾ Журн. Юр. Общества, 1894, кн. 10.

³⁾ Стр. 42.

для общества, представителем которого в суде является адвокат, мораль важнее права, то адвокат и „обязан отдавать предпочтение морали, отказывая в своих услугах тем, кто стремится к достижению законным путем своих безнравственных целей“¹⁾.

Ставя перед собою вопрос, как должен поступить адвокат, если он уже в течение процесса убедится в неправоте принятого дела, Е. Васильковский отвечает: „так как для общества важно, чтобы блюститель его интересов на суде—адвокат не оказывал поддержки безнравственным требованиям и не содействовал торжеству неправды над правдой, то в тот момент, когда он убедится в неправоте принятого им процесса, он обязан отказаться от дальнейшего его ведения“.

Нам не кажется, что в своей более поздней статье „Отказ от защиты по назначению“²⁾ автор удачно согласовал с этими выводами новый вывод: „само собою следует, что, с точки зрения общественных интересов, участие адвоката желательно во всех тех уголовных делах, где обвинителем является прокурор, и что, значит, адвокат не смеет отказываться от уголовной защиты по назначению, так как подсудимый должен быть защищаем во всяком случае, хотя бы даже дело представлялось совершенно безнадежным и неправым“ (стр. 74).

Правда, в этой новой статье автор проводит грань между гражданским и уголовным процес-

¹⁾ Стр. 48.

²⁾ Журн. Юр. Общества, 1894 г., кн. 10.

сом, относя требование отказа от ведения неправых дел в общей форме уже только к гражданским делам, в которых противостоят друг другу не государство и член общества, а личность и личность, но это мало помогает делу, так как требование обязательного отказа от неправого дела автор, как мы видели, выводит в первой из этих статей именно из представления об адвокате, как об уполномоченном общества, для которого мораль важнее права, а это представление он относит преимущественно к уголовному процессу. Если для общества важно, чтобы адвокат „не содействовал торжеству неправды над правдой“, и если именно в уголовном процессе адвокат является представителем общества, то как отсюда может вытекать заключение, что „подсудимый должен быть защищаем во всяком случае, хотя бы даже дело представлялось совершенно безнадежным и неправым?“ И затем: почему из этого положения автор делает вывод, что „адвокат не смеет отказаться от уголовной защиты по назначению“ (стр. 74) и, напротив, оставляет в силе свое установленное в предыдущей статье требование отказа от защиты в „деле нравственно-правом“ для защиты по соглашению (стр. 71)? Ведь, если „подсудимый должен быть защищаем во всяком случае, хотя бы даже дело представлялось... неправым“, то что может быть предосудительного в том, что защитник не по назначению, а добровольно принимает на себя выполнение функции, которая автору представляется общественно необходимой? Или, может быть, автор придает решающее значение моменту возмездности защиты по соглашению?

Но, во-первых, он об этом не говорит, а во-вторых, и защита по соглашению может быть безвозмездной.

Но мы начали с изложения взглядов Васьковского не для того, разумеется, чтобы искать противоречий в его имеющих уже тридцатилетнюю давность статьях, а для того, чтобы установить первое чрезвычайно важное для наших дальнейших рассуждений основное положение о взаимоотношении в уголовном процессе задач государственной власти, представленной в уголовном процессе судом и обвинителем, с одной стороны, и защитой,—с другой.

Мы уже имели случай отметить, как происхождение точки зрения, противопоставляющей адвоката и прокурора друг другу, как представителей общества и государства, так и ее—в наши дни, особенно, очевидную—неправильность ¹⁾.

Долгое время в науке понятие общества не выделялось из понятия государства, которое признавалось единственной формой социальной жизни. Шлетцер, автор „Государствоведения“, впервые выдвинул мысль о возможности самостоятельной науки об обществе ²⁾, а Лоренц Штейн впервые в введении к „Истории социализма и коммунизма во Франции“ дал опыт, хотя и не увенчавшийся успехом, обработки понятия общества в отличие от государства и даже в противоположность государству: „личное, самоопределяющееся в челове-

¹⁾ „Защита и обвинение по делам о государственных преступлениях“, в „Праве“, 1910 г., №№ 36 и 37.

²⁾ Коркунов, Лекции по общей теории права. Спб., 1907, стр. 230.

ческом обществе есть государство, — личный строй (der persönliche Organismus) общей воли; безличное, покоящееся на основе естественной жизни, получающее свой строй, а вместе с тем и свою активность не от общей воли и не имеющее вида твердого порядка общения людей, есть общество¹⁾. В другом месте Лоренц Штейн замечает, что нельзя вместо понятия государства подставить понятие общества подобно тому, как нельзя из одной воли создать целого человека²⁾. Государство есть общность, возвысившаяся до личности. По воззрению Лоренца Штейна государство и общество постоянно борются между собою из-за господства подобно тому, как в человеке борются его сознательная и бессознательная природа.

Эта пущенная в оборот Лоренцем Штейном идея антагонизма, существующего будто бы между обществом и государством³⁾, была привнесена

¹⁾ Разумеется, эти определения не отличаются ясностью, но, как замечает Гумилович, „по свойству гегелевского способа выражения, усердно воспроизводимого Штейном, — о ясности мысли у него не может быть и речи“. Гумплович, *Общее учение о государстве*, Спб., 1910 г., стр. 189—190.

²⁾ Эта и другие формулы, представляющие собою попытки определить соотношение понятий общества и государства, приведены у Combothecra, *L'Etat en tant que société*, в *Revue générale du droit*, 1893, 5-ая кн.

³⁾ Впрочем, в „System der Staatswissenschaften“ государство фигурирует у Лоренца Штейна (на что обращает внимание Гумплович) уже в качестве спасителя общества от того расстройтва, которым угрожает ему развитие противоположных индивидуальных интересов. См Гумплович, *Общее учение о государстве*, Спб., 1910 г., стр. 188—189.

в науку уголовного процесса, в частности, в учение об обвинении и защите. Уголовный процесс стал рисоваться, как арена борьбы между государством и обществом ¹⁾ в лице их представителей, государственного обвинителя и защитника. Согласно излагаемому воззрению, в основании процесса лежит антагонистическое отношение: „общая воля (т.-е. государство) всегда будет стремиться энергично ниспровергнуть выступающую против него обособленную волю (Sonderwille), чтобы сделать противоречие между нею и собою раз навсегда невозможным, между тем как общество, как совокупность индивидуумов, склонно верить в возможность приспособления индивидуальной воли (des Einzelwillens) к его стремлениям и естественно противодействует уничтожению личности“ (Frydmann). Отсюда следовало, что обвинитель — не только страж закона, не только сторона в деле, но, вопреки известному афоризму (die Staatsanwaltschaft ist zwar Partei, aber nicht parteisch), орган, односторонне (parteisch) блюдуший интересы государства; вместе с тем защитник, согласно тому же воззрению, — не столько представитель интересов обвиняемого, сколько адвокат общества (der Gesellschaftsanwalt): „защита, стараясь доказать, что отдельное, послужившее основанием к возбуждению обвинения, деяние входит в сферу свободных действий, на которые государственная карательная власть не должна бы распространяться, представляет общество, стремящееся к воз-

¹⁾ Frydmann, Syst. Handbuch der Verteidigung im Strafverfahren, Wien 1878, стр. 42.

можно большему освобождению от вмешательства государства“ ¹⁾).

Изложенный взгляд нашел себе в русской литературе в лице проф. Васьковского талантливого апологета. „Хотя государство, рассуждает Е. В. Васьковский, охраняя правовой порядок, действует в интересах общественного блага..., тем не менее, с другой стороны, оно преследует в лице обвиняемого одного из членов этого самого общества... В силу этого общество для собственного своего блага, для охраны своих прав, должно брать под свою защиту обвиняемых, как государство берет потерпевших и отряжает для участия в процессе особого уполномоченного, подобного уполномоченному государству—прокурора“ ²⁾).

32964 сур. 44

В действительности, взгляд на уголовный процесс, как на борьбу государства с обществом, так же ошибочен, как ошибочно и несвободно от противоречий лежащее в основании его учение Л. Штейна об отношении общества и государства. Заслуга Л. Штейна заключается в ширине и глубине постановки проблемы о взаимоотношении общественных и политических факторов ³⁾, но ему не удалось дать окончательного решения

¹⁾ Frydmann, назв. соч., стр. 65.

²⁾ Е. В. Васьковский. Организация адвокатуры, стр. 5—7.

³⁾ См. А. В. Горбунов. Методологические основы дисциплин, изучающих деятельность государства, вып. I, стр. 186—187.

этой проблемы ¹⁾. Идея антагонизма государства и общества и выводимое из нее представление об уголовном процессе, как о борьбе государства и общества, противоречит тем понятиям, которые современную теорию права считаются элементарными, и согласно которым государство есть лишь „наиболее всеобъемлющая (по задачам) форма человеческого общежития (или общества)“.

Если понятия общества и государства и не совпадают между собою (общество мыслимо и вне объединяющей его организации), то, с другой стороны, противопоставление этих понятий друг другу, как „совершенно противоположных полюсов“, было бы логическим понзепс'ом.

Как уже было справедливо указано в русской литературе при обсуждении взгляда на защиту, как на представительство общества ²⁾, идея антагонизма государства и общества получает смысл в том случае, если государство отождествляется с господствующим классом ³⁾, а общество с подвла-

¹⁾ Беглую, но меткую оценку утверждения Л. Штейна, что государство и общество суть „два совершенно противоположные полюсы, которые взаимно между собою отталкиваются и борются“, см. у А. Блока, „Государственная власть в европейском обществе. Взгляд на политическую теорию Лоренца Штейна“, Спб. 1880 г., стр. 6 и след.

²⁾ А. И. Елистратов. Идея государственного учреждения уголовной защиты, в „Вестнике Права“, 1906 г., № 6, стр. 39—40.

³⁾ Такого отождествления отнюдь не содержится в известной формуле: государство есть организация классового господства; в развернутом виде эта формула означает: государство есть организация общества, обеспечивающая господство одному классу. И в этом определении государство не утрачивает значения „формы человеческого общежития“.

стными социальными группами. Эта идея, при известных условиях, находит себе оправдание и в том случае, когда, как это делает Ортлоф, государство приравнивают к правительству, а общество к управляемым ¹⁾). Но и при таком слишком условном понимании терминов „государство“ и „общество“ нельзя, не вступая в противоречие с действительностью, утверждать, что на защиту, по общему правилу, возлагается отстаивание интересов общества от опасности, угрожающей им со стороны государства.

Гораздо ближе к истине та точка зрения, которая рассматривает адвоката, как „представителя индивидуального интереса против всемогущества государства“ ²⁾). Однако, если верно, что защитник в процессе нужен, в частности, для того, чтобы стоять на страже всех тех гарантий, которые установлены в интересах обвиняемого, то, с другой стороны, нельзя забывать того, что самые-то гарантии эти устанавливаются законодателем для того, чтобы в конечном результате в процессе восторжествовала искомая в нем истина: без процессуальных гарантий, без представительства индивидуальных интересов обвиняемого отправление правосудия рискует превратиться в произ-

¹⁾ Ortloff, Staat und Gesellschaft in der Strafrechtspflege (в Der Gerichtssaal, 1892, B. XLV]I, стр. 232).

²⁾ „Der Advocat ist Vertreter des individuellen Interesses gegen die Allmacht des Staates“, писал совсем недавно Dr. Bachrach в „Neue Freie Presse“ (цит. в Deutsche Juristenzeitung, 1925, H. 31, стр. 1770).

Также М. Андреев в статье: „Имеет ли право защитник отказаться от защиты во время суд. заседания?“ („Рабочий Суд“, 1926 г. № 1, стр. 34 и 35).

вол, нисколько не обеспечивающий правильного разрешения дела. Отсюда: „всякий обвиняемый имеет право на защиту“ и „всякая защита (т.-е. защита по всякому делу) нравственна“¹⁾.

Процесс строится, если можно так выразиться, по методу диалектическому: утверждению виновности обвиняемого со стороны обвинителя противопоставляются доводы защиты в его пользу для того, чтобы в конечном итоге суд, синтезируя те и другие, вынес свое об'ективное заключение. Из такого метода построения процесса вытекают присущие защите свойства односторонности и субъективизма. Однако, это не только не противоречит цели процесса, но в конечном итоге ей служит, — или, если не всегда служит, то, по замыслу законодателя, должно служить. „Именно занимая односторонне определенную точку зрения, защита наилучшим образом служит исследованию истины“²⁾. Проф. Шу Дона даже пишет: „Защитник к об'ективности не обязан“³⁾. С нашей точки зрения, это верно постольку, поскольку защитник в каждом отдельном процессе, при наличии данных за и против обвиняемого, призван к тому, чтобы осветить данные, видные ему с той точки зрения,

¹⁾ Таковы тезисы, выставляемые, как основные тезисы профессиональной адвокатской этики J. des Cressonières в его „Entretiens sur la Profession d'avocat et les règles professionnelles“ (Bruxelles, 1925), стр. 28—29. Первая часть книги представляет собой чрезвычайно детально разработанную программу в форме тезисов, вопросов и просто заголовков для бесед со стажерами по вопросам профессиональной этики.

²⁾ Lilienthal, Die Wahrheitspflicht des Verteidigers im Strafprozess в „Deutsche Juristen-Zeitung“, 1914, № 1, стр. 29.

³⁾ Zu Dohna, Das Strafverfahren, 1913, стр. 67.

которую он, в силу самой конструкции процесса, защищает, как один из его суб'ектов (суд и две стороны); такое освещение, по сути дела, естественно представляется суб'ективным. Позволим себе, быть может, несколько смелое сравнение: каждое дело вначале представляется некоторою „туманностью“; небесные „туманности“ наблюдаются астрономами с разных пунктов земного шара; каждый наблюдатель, пользующийся самыми точными приборами для наблюдения, запечатления и измерения небесного явления, все же в результате запечатлевает лишь суб'ективное представление о нем; только путем сопоставления результатов наблюдений, сделанных с разных точек зрения, удастся в той или другой мере „рассеять“ туманность.

Безупречно нам представляется формула д-ра Мамрота: „защита должна правдиво реферировать факты, но суб'ективно их группировать—так, как это для интересов обвиняемого представляется наиболее благоприятным“¹⁾.

Предыдущим изложением определяется цель защиты. Цель защиты и есть защита, т.е. представление доказательств в пользу обвиняемого и истолкование имеющихся по делу доказательств также в пользу обвиняемого; защита для адвоката, если только он не выступает в процессе в качестве обвинителя или гражданского истца, это, как говорит знаменитый Пикар в диалоге о четырех главных правилах профессии адвоката, есть его

¹⁾ Dr. Mamroth, Verteidigungsaufgaben und Verteidigerpflichten—в „Deutsche Juristen Zeitung“, 1914, Н. 118, стр. 83.

„обязанность из обязанностей“¹⁾). На компасе адвоката, пользуясь образом, применительно к которому построен весь только что названный диалог, эта обязанность занимает место „Севера“: как магнитная стрелка компаса всегда указывает на север, так основная норма поведения адвоката-защитника в процессе должна всегда напоминать ему об его обязанности защищать²⁾).

Иногда думают, что учение о защите, как о функции, которая должна быть односторонней, легко опровергается ссылкой на то, что защитник есть также *орган правосудия*, как и прокурор и сам суд, упуская при этом из виду, что именно этой „органической точкой зрения“ как нельзя лучше подкрепляется доктрина, которую хотят опровергнуть³⁾: ведь, органы живого организма тоже выполняют каждый свою функцию, а между тем жизнедеятельность организма тем полнее и организм занимает тем высшую ступень на лестнице

¹⁾ Диалог воспроизведен в чрезвычайно изящном, полубеллетристическом этюде старшины адвокатской корпорации в Брюсселе Энбика „Диалог на Шельде“ (Léon Hennebicq, Le Dialogue sur l'Escaut. Les Quatre Points Cardinaux de la Profession d'Avocat, 1925; диалог издан в количестве всего 300 нумерованных экземпляров).

²⁾ Нам, однако, вовсе не кажется удачным уподобление в диалоге Пикара четырем точкам на компасе всех четырех, по его мнению, основных правил профессии адвоката (долг защиты, независимость, корпоративное братство, чувство жизни): когда мореплаватель держит свой путь к северному полюсу, он одновременно удаляется от южного, между тем как адвокат должен подчинять свое поведение не одному, а сразу нескольким обязательным для него требованиям.

³⁾ „Ср. Wolfgang Heine, Vom Wesen der Verteidigung, в Die Justiz“, 1925, Н. 1, стр. 44.

природы, чем более дифференцированы его органы и их функции.

Защитник обязан защищать своего клиента даже с большей энергией, чем он защищал бы себя самого: своими интересами он может поступиться, если ему почему-либо претит использование какого-либо доказательства в деле; интересы клиента принести в жертву своим симпатиям и антипатиям, даже своему правовому чувству он не вправе ¹⁾.

Мы вовсе не склонны отрицать, что односторонность функции защиты таит в себе опасность больших искушений для защитника и делает его путь „скользким“, как выражается В. Д. Спасович ²⁾, но именно это-то и вызывает необходимость строгого и принципиального разграничения дозволенного и не дозволенного в речах и заявлениях защитника перед судом. „Скользкий“ путь значит только путь, на котором легко поскользнуться, но вовсе не значит, как часто думают, говоря об адвокатуре: путь, по которому скатываются вниз. Слишком много примеров того, что по тому же пути лучшие представители адвокатуры, опираясь на твердые, корпоративным мнением и ими самими отточенные, принципы профессиональной этики, умели подняться в общественном мнении к тем вершинам, на которых они

¹⁾ Там же, стр. 43.

²⁾ В речи, которая, однако, не вошла в собрание его речей, и которую приводит И. Г. Гессен, в его „Адвокатура, общество и государство“ (т. I, „История Русской Адвокатуры“, 1914), стр. 222—224. Не следует только забывать, что столь распространенное непонимание положительного значения односторонности функции защиты делает „скользкий“ путь адвокатуры еще и тернистым.

встречались лицом к лицу с лучшими же только представителями магистратуры и прокуратуры.

Закончим наши соображения о лежащей на защитнике основной обязанности ее легальным определением в § 159 германского проекта устава уголовного судопроизводства 1919 г. ¹⁾). Названный § гласит: „На защитнике лежит обязанность содействовать обвиняемому в ограждении его прав и заботиться со всею возможною добросовестностью (*nach bestem Wissen und Gewissen*) о том, чтобы он не был признан виновным, если он не уличен в приписываемом ему уголовном деянии“.

Однако, как замечает Гольдшмидт, которому по преимуществу принадлежит авторство проекта, § 159 возлагает на защитника обязанность отвращать осуждение неуличенного обвиняемого, но не обязанность отвращать (*abwenden*) уличение виновного обвиняемого ²⁾).

Это замечание послужит для нас переходом к дальнейшим соображениям об обязанностях защиты.

Если задача участия защитника в процессе состоит в том, чтобы добиться наиболее благоприятного исхода процесса для обвиняемого, то, оцениваемая с точки зрения цели всего процесса, — той цели, которой процесс служит, как государственный институт, указанная задача защитника все же является подчиненной по отношению к задаче

¹⁾ Entwurf eines Gesetzes zur Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen. Berlin, 1920.

²⁾ James Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, 1925, стр. 343, прим. 1746.

объективного установления в каждом деле виновности или невиновности обвиняемого и эвентуально (если он виновен) вида и размера наказания, которому он подлежит. По отношению к этой задаче защитник, как и прокурор,—пособник правосудия¹⁾, а защита с ее специальной целью, как и обвинение,—только служебное средство, которое не может быть используемо так, чтобы им затруднялось достижение конечной цели, которую ставит производству уголовного дела государственная власть. Чтобы еще раз воспользоваться „органической концепцией“ защиты, можно сказать: хорошо, что у человека левый глаз видит

¹⁾ Защитник—пособник правосудия, но вопреки взгляду, который все же иногда повторяется (см., напр., в статье М. Андреева, в журн. „Рабочий Суд“, 1926 г., № 1, стр. 34), отнюдь не помощник судьи. Совершенно правильно член кол. заш. Л. А. Меранвилль в докладе, который был прочитан в общем собрании консультации при Московском Губ. Суде, подчеркнул то противоестественное положение, в которое защитник ставится представлением о нем, как о помощнике судьи: этим представлением защитник превращается в подсобного в процессе судью над своим собственным клиентом. Идея адвоката—помощника судьи безнадежно осуждена историческим опытом, проделанным в Пруссии „Corpus juris Fridericianum“ 1781 г. (чтобы не приводить более поздних примеров). Этот процессуальный кодекс заменил адвокатов ассистентами суда, о которых в объяснительной записке (Vorbericht к кодексу сказано: „они никоим образом не наемники и не простые управляющие делами, но пособники и помощники судьи; существо их обязанности состоит в том, чтобы содействовать суду в его стремлениях к отысканию истины, соединиться с ним для этой цели и честно и откровенно указывать суду на все, что они при этом обнаружат, без малейших изъятий и не считаясь с тем, какой стороне их сообщения могут принести пользу или вред“ (Ad. Weessler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905, стр. 352) Уже указ. 20 сент. 1783 г. должен был констатировать, как последствие, к которому

предмет с одной точки зрения, а правый с другой, но плохо, когда один глаз болеет и мешает составить правильное представление о предмете¹⁾.

Из начала подчиненности задачи защиты цели уголовного процесса вытекает ограничение средств, которыми защита в стремлении к осуществлению своей задачи может пользоваться. Выраженное самым общим образом это ограничение сводится к требованию, чтобы защита ни в каком случае не служила помехою для достижения конечной цели процесса. Из этого общего ограничительного требования в свою очередь вытекает ряд частных, из которых—важней-

привела реформа, развитие подпольной адвокатуры, так как клиенты естественно не доверяли тем ассистентам, которым поручалось их дело. Поэтому, сторонам было разрешено „только для их успокоения (bloss zu ihrer Beruhigung)“ обращаться к „комисарам юстиции“, в образе которых в суд вернулась ранее существовавшая адвокатура (там же, стр 357) Надо думать, что этого исторического прецедента не знал А. Молочков, когда писал свою статью: „Адвокаты—правозаступники—судьи—ассистенты“. (Пролетарская революция и право, 1918 г., № 7). Что касается авторов, писавших после него, то им казалось бы, для проверки практической пригодности представления об адвокате, как о помощнике судьи, не надо было бы и обращаться к столь старым историческим примерам.

¹⁾ Неизбежная и даже обязательная односторонность функции защиты и вместе с тем ее подчиненность основной задаче правосудия точно выражены германским имперским судом в определении его уголовного департамента (Strafsenat) от 1 мая 1888 г., где говорится о „праве и обязанности защитника содействовать объективному исследованию истины, хотя только специально в направлении установления невиновности обвиняемого или его меньшей наказуемости“. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, 17 B, 1888, стр. 315.

шее: если цель процесса—истина и справедливость (истина о том, виновен или невиновен обвиняемый, и справедливость в определении подлежащего наказания), то защита обязана быть правдивой. Адвокат не был бы miles juris, если бы право он приносил в жертву неправде, нужной для целей защиты.

Одновременное пред'явление не всегда легко, как увидим ниже, друг с другом совместимых требований служения интересам клиента и служения правде проходит красной нитью почти через все выдающиеся акты об адвокатуре. В Англии уже „Зерцало Правосудия“, изданное при Эдуарде II, на первом месте поставило требования от адвоката посвящать все свои заботы интересам клиентов, не искажать истины, поддерживать только правые дела, воздерживаться от лжи¹⁾.

Самая строгая щепетильность во всяком утверждении, что такой-то факт имел или не имел место, составляет долг защитника. Мы теперь не без удивления читаем в книге Фридмана тот ее passus, где он обсуждает, как „die vielfach ventilirte Frage“, вопрос, не должен ли адвокат при известных условиях предлагать своему клиенту лгать (стр. 166). Обязанность быть правдивым (Wahrheitspflicht), если не для всякого защитника, то для члена адвокатской корпорации представляется или должна быть обязанностью, относящеюся к области „добрых нравов“ корпорации,

¹⁾ Douxchamps, De la profession d'Avocat et d'Avoué, 1904, стр. 430.

частью даже обязанностью юридической, поскольку, с нашей точки зрения, все нормы профессиональной адвокатской этики, вопреки своему наименованию, становятся юридическими нормами, как только они ставятся под санкцию угрозы наложением дисциплинарного взыскания¹⁾.

Две выше установленные максимы—одна, определяющая цель защиты,—другая, ограничивающая средства к ее осуществлению,—могут оказаться в коллизии друг с другом. Эта коллизия разрешается или путем подчинения одной максимы другой, или путем их компромисса, поскольку компромисс не противоречит все-таки признанию одной из них высшею по отношению к другой. Такой компромисс достигается тем, что в предъявляемое к защитнику требование правдивости вкладывается отрицательный смысл: защитник никогда не может говорить неправды, но он не обязан раскрывать всю правду перед судом; мало того, он действует вопреки своему призванию, когда устанавливает обстоятельства, уличающие его подзащитного. Он впадает в противоречие с долгом защиты, когда раскрывает перед судом доверенные ему подсудимым сведения, могущие вредно отразиться на его участи. Отсюда институт профессиональной тайны защитника. Начало, что „всякое сооб-

¹⁾ Иначе James Goldschmidt (Der Prozess als Rechtslage, 1925, стр 127), который считает, что для стороны в процессе „Wahrheitspflicht“—всегда только нравственная обязанность, за исключением обвинителя в уголовном процессе, отвечающего, однако, за нарушение этой обязанности не в качестве стороны, а в качестве promotor justitiae.

щение, сделанное клиентом адвокату с глазу на глаз,—конфиденциально и потому должно оставаться тайным“, начало это имеет за себя уже очень старую традицию. В знаменитой книге Молло, первое издание которой вышло еще в 1842 г., оно приводится как не вызывающее сомнений. Его не поколебало и наше революционное законодательство, по крайней мере, в отношении того, что обвиняемый сообщает своему защитнику¹⁾.

Институт профессиональной тайны адвоката не был бы достаточно оправдан, если бы в основу его полагались только индивидуальные интересы обвиняемого. Он, как и сама защита, оправдывается соображением общественного порядка, именно, соображением о необходимости его для успешного выполнения адвокатурой функции защиты не по конкретному только делу, а как государственно-необходимой профессии.

¹⁾ Наш процессуальный закон о тайне защитника категоричнее германского: ст 61 п. 1 УПК запрещает допрашивать, как свидетеля, лицо, которое приняло участие в деле в качестве защитника, тогда как § 52 п. 2 германского „Strafprozessordnung“ только уполномачивает защитника обвиняемого отказаться от показания о том, что обвиняемым было доверено ему именно, как защитнику. Формула п. 2 § 52 („защитник уполномочен.“) дает даже основание рассматривать его, как исключение из § 300 герм. угол. улож., запрещающего адвокату раскрывать тайны, вверенные им в силу их профессии. См Finger, Der Geheimnisbruch, в Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes T. VIII, 190 стр. 366. С другой стороны, п 3 § 52 германского „Strafprozessordnung“ уполномачивает адвоката (не всякого защитника, а Rechtsanwalt) отказаться от дачи свидетельского показания о чем бы то ни было (а не только по делу, по которому он—защитник), доверенном ему при осуществлении его профессии.

Подчеркивая именно общественное значение начала профессиональной тайны, тот же Молло цитирует слова адвоката Жильберта Девуазена: „Не подлежит сомнению, что вера в святость тайны составляет одно из существенных условий адвокатуры. Адвокат, юрисконсульт нужны согражданам для охранения и защиты их имущества, чести и жизни. Закон и государство утверждают их в этом высоком назначении. Но чтобы достойно его выполнить, им прежде всего необходимо доверие клиента; его не может быть там, где нет уверенности в сохранении тайны ¹⁾).

Из общественного значения начала профессиональной тайны адвоката вытекает необходимость отнесения к возможно более раннему моменту связанности адвоката тайною относительно того, что ему было доверено,—по общему правилу, уже к моменту обращения клиента к адвокату с делом. Из этого правила должно быть сделано исключение—не лишенное, как увидим ниже, значения для нашей темы,—только для случая, когда адвокат вызывается в качестве свидетеля по делу его клиента. Для этого случая момент, с которого адвокат должен считаться связанным профессиональной тайной, должен быть, повидимому, отодвинут к моменту документально устанавливаемого принятия адвокатом дела, напр., к моменту получения адвокатом доверенности на ведение дела. Сохранение и для этого случая общего правила могло бы стать источником злоупотреблений, так

¹⁾ А. Молло. Правила адвокатской профессии во Франции. М. 1894 г., стр. 68.

как может быть использовано обвиняемым для устранения нежелательного ему свидетеля—адвоката¹⁾.

Применительно к ст. 61 ч. 1 нашего Угол. Проц. Код. Верховный Суд РСФСР отодвигает момент возникновения связанности адвоката профессиональной тайной еще дальше, а именно Верховный Суд считает моментом, с которого для адвоката возникают обязанность соблюдения профессиональной тайны и право отказа от дачи свидетельского показания, момент допущения защитника судом, как, повидимому, надо заключить из следующего: по делу чл. кол. защ. Осипова, осужденного Верховным Судом в г. Ташкенте по 104-а ст. УК (в ред. 10/VII 23 г.) за отказ от дачи свидетельского показания по делу, по коему им в стадии предварительного следствия было подано заявление об изменении обвиняемому меры пресечения, Кассационная Коллегия I Туркестанского Отделения Верховсуда в судебном заседании 26 февр. 1924 г. определила: „I п. ст. 61 УПК... относится только к случаям допроса защитника обвиняемого по данному делу, из дела же явствует, что Осипов никаких обязанностей защитника по делу, в качестве свидетеля, не выполнял и в качестве защитника допущен не был“. Верховный Суд РСФСР, в который то-же дело (пол № 26585) поступило в порядке ст. 440 УПК, в заседании 26/VII—24 г. с своей стороны определил: „Считая правильным

¹⁾ Пример такого именно злоупотребления можно почерпнуть из решений германского „Ehrengerichtshofs“-а; см. „Die Entscheidungen des Ehrengerichtshofs für deutsche Rechtsanwälte“, 1912, стр. 142.

постановление отделения Верховного Суда Туркестана, приговор Народного Суда по делу Осипова оставить в силе ¹⁾).

Если институт профессиональной тайны вводится, как следствие некоторого компромисса между требованиями, предъявляемыми к адвокату его двусторонним положением в процессе (адвокат-защитник обвиняемого, адвокат-пособник правосудия), то, напротив, никакой компромисс невозможен там, где от адвоката требуется ложь. Такое требование к защитнику может быть предъявлено

¹⁾ Для целей настоящей работы сказанного в тексте о профессиональной тайне защитника достаточно; здесь приведем известную нам литературу вопроса (кроме уже названных работ Молло, Фингера): Mittermayer, Gutachten über § 300 Strafgesetzbuchs, в Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. B. 2, H. 2; Jummel, Inauguraldissertation „Der § 300 Strafgesetzbuchs“, Leipzig, 1903, Jäger, Der Berufsgeheimniss der Aerzte und Rechtsanwälte в „Deutsche Jur. Zeitung“, 1906, B. II. Dr. Früh, Die strafbaren Pflichtverletzungen des Rechtsanwalts 1910; Hartmann, Inauguraldissertation: „Die Verletzung des Berufsgeheimnisses“, 1909; Werner, Le secret professionnel, Thèse. Genève, 1907; Secret professionnel в Revue pénit. et de droit pén., Juin, 1924, № 6, стр. 523 и сл., 710 и след., Garraud, Traite théorique et pratique d'inst. criminelle. т. II (библиографические указания, не приведенные здесь, по вопросу о тайне защитника и профессиональной тайне адвоката даны Гарро в примеч. на стр. 58 J. des Cressonières, Entretiens sur la profession d'avocat, 1925 (гл. VIII); Объяснительная записка к проекту новой редакции уст. угол. судопр., т. II, 1900, стр. 391—392. Отчет Сов. Прис. Пов. Окр. Моск. Суд. Пал. за 1899—1900 г.г., стр. 121—141; А. С. Зарудный, О тайне совещания подсудимого с защитником, в „Трудах Петерб. Юрид. Общества“, за 1912 г., П. Фишман, Об адвокатской этике в журн. „Рабочий Суд“, 1924 г., № 9/10. См. также библиографические указания (не совпадающие с приведенными здесь в Систематическом указателе русской литературы по судоустройству и судопроизводству“ А. Ф. Поваринского, т. II, под №№ 1285—1288.

подсудимым. Со стороны подсудимого действительно виновного в преступлении только естественно (хотя вовсе не всегда для него выгодно), если он мешает раскрытию истины в деле; со стороны защитника, это — грубое нарушение долга. В отличие от законодательств эпохи инквизиционного процесса, которые, наряду с пытками, устанавливали, как средство получения признания обвиняемого, особые наказания за ложь („Lügenstrafen“), современные законодательства, не признавая, разумеется, права обвиняемого на ложь, не возлагают, однако, на него и обязанности говорить правду ¹⁾. Отсюда, легкая возможность коллизии воли обвиняемого (даже совпадающей с интересами защиты) с требованием решительного воздержания от всякого искажения истины, которое пред‘являет к защитнику признание государственного значения его профессии. Коллизия эта может быть разрешена только признанием независимости защитника от клиента.

Пикар квалифицирует независимость защитника, как его долг по отношению к себе самому ²⁾. При такой квалификации независимость защитника по отношению к клиенту имела бы только моральное значение; в действительности, она составляет правовое положение, вытекающее из той функции, которую в процессе, регламентируемом нормами публичного права и построенном на начале разделения функций, выполняет защитник. Защитник в уголовном процессе, в отличие от

¹⁾ Lilienthal, назв. соч.

²⁾ Hennebicq, назв. соч., стр. 15.

поверенного в гражданском процессе, — не мандатарий обвиняемого, а самостоятельный процессуальный субъект, не орган своего клиента, а орган правосудия. Защитник, как выражается проф. Фойницкий, в уголовном процессе „не заменяет а только дополняет обвиняемого“ ¹⁾. Это различие поверенного в гражданском процессе и защитника в уголовном вытекает уже из того, что, в то время как в гражданском процессе поверенный (представитель) заменяет сторону ²⁾, защитник в уголовном процессе, по общему правилу, выступает рядом с обвиняемым, а не вместо него ³⁾. Защитник всегда, независимо от того, назначен ли он судом, или выбран обвиняемым, — столько же представитель интересов обвиняемого, сколько помощник правосудия, хотя, как сказано, оказывающий правосудию помощь непременно в одном только направлении — в отыскании и установлении данных в пользу обвиняемого. Отсюда необходимость признания за защитником известной „процессуальной свободы движений“ — свободы от обязанности непременно следовать указаниям своего клиента. Связанный волею своего клиента, защитник не всегда в состоянии был бы выполнять те обязанности, которые возлагают на него его положение в процессе, и которые отличаются от обязанностей обвиняемого ⁴⁾.

¹⁾ Проф. И. Я. Фойницкий. Курс уголовного судопроизводства, ч. II, 1915 г., стр. 76.

²⁾ Ст. 12 нашего Гражд. Проц. Код. гласит: „Стороны могут вести дела лично и ли через своих представителей.“

³⁾ Lilienthal, назв. соч.

⁴⁾ Иначе — Haggis, автор самого популярного английского руководства по уголовному праву и процессу. Из того, что

Как справедливо замечает И. Я. Фойницкий, „если бы воля подсудимого была признана безусловно обязательной для защитника, то *общественное значение защиты* было бы тем самым уничтожено, и защитник явился бы простым доводчиком обвиняемого, его частным поверенным“¹⁾.

Германский имперский суд в вышеприведенном определении от 1 мая 1888 г. (см. стр. 28 примеч.) из принципа независимости адвоката от клиента и из того, что корни этого принципа восходят к публичному праву (*wurzelt im öffentlichen Rechte*), выводит, что даже возражения обвиняемого против ходатайств, которые в его интересах заявляет защитник, равно как и проявленная обвиняемым неосведомленность о тех фактических обстоятельствах, на которых настаивает его защитник, ни в какой мере не ограничивают защитника в его праве поддерживать свои заявления, не освобождают суд от обязанности взвесить эти заявления и не дают ему права отказать в удовлетворении ходатайства защитника только в виду его противоречия с объяснениями подсудимого.

Только защита обвиняемого и ни в каком случае не обличение его, правдивость, профессиональная тайна и независи-

обязанность защитника—быть адвокатом обвиняемого, но ни в какой мере—не его судьей, Harris делает вывод что „адвокат должен ставить себя на место обвиняемого, и не несет никаких обязанностей, которые не лежали бы на обвиняемом“. Harris. *Principles of the Criminal Law*, 1904, стр. 430. Думаем, что этот вывод не может быть признан общим для английской доктрины.

¹⁾ И. Я. Фойницкий. Курс уголовного судопроизводства, 1916 г., т. II, стр. 77.

мость от подзащитного—таковы, на наш взгляд, четыре начала, определяющие поведение адвоката-защитника на суде.

В предвидении, что ему придется сообразовать свое поведение с этими началами, адвокат, к которому обращаются за защитой по соглашению, и должен решить для себя вопрос, принять или не принять на себя защиту обратившегося к нему за судебную помощью лица. Однако, не принять защиту адвокат может и по всяким иным соображениям. Это—еще одно положение, относящееся к интересующему нас вопросу. Мы, однако, ставим его особняком от четырех предыдущих. От них оно отличается двумя чертами: во-первых, указанные четыре положения относятся к поведению адвоката после того, как защита им принята, и лишь косвенно влияют на решение вопроса, должна ли быть защита принята; напротив, начало свободы выбора дел при защите по соглашению относится именно к вопросу о принятии защиты; во-вторых, первые четыре положения пред'являют к поведению адвоката определенные требования, пятое никаких требований к нему не пред'являет; наоборот, смысл его в том и заключается, что за исключением ограничений, которые могут проистечь из прямо пред'являемых к его поведению требований, адвокат в выборе дел для защиты совершенно свободен.

Можно было бы и не останавливаться на этом последнем положении, если бы в литературе не встречалось противоположное утверждение. Так в „Диалоге на Шельде“ Пикар провозглашает, как „спасительный закон“, правило: „нужно при-

нимать все дела"; иначе под предлогом нравственной разборчивости адвокат будет отказывать в защите тех клиентов, которых защищать ему невыгодно, мало заботясь о том, что он при этом сам превращается в клиента сильных и богатых; „как врач и как священник“, адвокат никому не может отказывать в своих профессиональных услугах—за исключением тех случаев, когда налицо имеются явные препятствия физического или морального порядка, как состояние здоровья, родство или дружба с противником, или ранее высказанное убеждение, противоположное тому, какое предстоит защищать (стр. 11—13).

Известно, что такое же точно сопоставление адвоката с врачом было сделано у нас еще составителями Судебных уставов. В соображениях к ст. 394 Учр. Суд. Уст. читаем: „Медики имеют исключительное право лечить больных; вместе с этим правом лежит на них и обязанность непременно лечить тех, кто к ним обращается. Соответствующее ему правило должно бы быть постановлено и относительно присяжных поверенных: они получают исключительное право вести тяжёбые дела, на них же должна быть возложена и обязанность непременно вести эти дела, ибо в противном случае они пользовались бы только правами без соответствующих оным обязанностям *). Любопытно, что составителями Судебных Уставов 1864 г. было выражено и то самое опасение, которое в „Диалоге на Шельде“, изд. в 1924 г.

*) Судебные уставы 1864 г. с изложением рассуждений, на коих они основаны, ч. III, 1866 г., стр. 226.

высказывается Пикаром: „Если, писали они, предоставить присяжным поверенным право отказываться от ведения дел, об'явив только, что поручаемое дело несогласно с их убеждениями, то они всегда могут пользоваться этим правом, когда тяжущиеся не согласятся заплатить им столько, сколько они запросят“.

Мы полагаем, что начало обязательности для адвоката защиты каждого обращающегося к нему клиента уже потому должно быть отвергнуто, что его провозглашение на деле неизбежно превратится в декларацию, бессильную подчинить себе действительность так же, как на практике оказывается неосуществимым и обязательное оказание врачебной помощи врачом каждому больному, обращающемуся к нему (когда врач устанавливает таксу для своих консультаций, он уже нарушает это начало). Провозглашение обязательности для адвоката судебной помощи, а для врача медицинской помощи каждому обращающемуся к ним, это — дешевая дань сознанию несправедливости того порядка, при котором только состоятельная часть общества может пользоваться квалифицированной юридической и медицинской помощью. Когда хотят бороться с несправедливостью такого порядка, то прибегают к государственной или общественной организации общедоступной, и притом вполне авторитетной, юридической и медицинской помощи, а не к бессильным и нереальным по своему значению декларациям.

С другой стороны, лишение адвоката права свободного выбора дел, как и врача — права свободного выбора пациентов, целиком превращая их

профессию в повинность, приводило бы к подавлению очень реальных стимулов, побуждающих того и другого расширять свои знания и повышать качество своей работы.

Начало свободного выбора адвокатом дел не раз находило себе выражение в практике дореволюционных советов присяжных поверенных¹⁾.

Приведенные общие начала нам остается для целей нашей работы дополнить еще одним: с точки зрения требований, которые могут быть предъявлены к поведению адвоката, не должно быть проводимо никаких различий между защитой по соглашению и защитой по назначению, за исключением того, которое обуславливается тем, что отказ от защиты по соглашению, если он своевременен (если клиент еще имеет возможность обратиться к другому защитнику), свободен, тогда как отказ от защиты по назначению требует сообщения суду об уважительных причинах отказа.

Должен быть решительно отвергнут взгляд, согласно которому защитник по назначению является помощником суда, а защитник по соглашению — помощником обвиняемого²⁾.

Не делает никакого различия между этими двумя видами защиты и признак платности или бесплатности: во-первых, этот признак вовсе не совпадает с признаком добровольности (по соглашению)

¹⁾ См. А. Н. Марков. Правила адвокатской профессии в России. М. 1913 г., стр. 90, 104.

²⁾ Так же, т. е. против этого взгляда, высказывается Lillenthal, Die Wahrheitspflicht des Verteidigers im Strafprozess, в „Deutsche Juristen-Zeitung“, 1914 г. № 1.

и обязательности (по назначению) защиты, так как и защита по соглашению может быть бесплатной, а во-вторых, платность защиты ни в какой мере не изменяет существа ее и, следовательно, ни в какой мере не может повлиять на характер обязанностей защитника. Противоположный взгляд составляет следствие еще не изжитого предрассудка, будто в платности есть что-то принижающее услуги адвоката ¹⁾).

IV.

Вооружившись выше намеченными общими началами, мы можем перейти к рассмотрению интересующих нас казуистических вопросов и к установлению столь же казуистических положений. При этом мы, разумеется, не думаем, что нам удалось исчерпать все возможные казусы, относящиеся к нашей теме. Настоящая часть нашего изложения—не более, как *опыт* приложения установленных нами общих начал к разнородным, по возможности, условиям с целью проверки, на-

¹⁾ В прениях по докладу члена кол. защ. Л. А. Меравиля о типе защитника в советском суде, прочитанному в общем собрании консультации при Московском Губ. Суде (8 февр. 1926 г.), П. Н. Малянтович напомнил, что и литературный гонорар когда то унижал в глазах общества того, кто пишет ради гонорара. В отчетном докладе В. И. Вегера Общему Собранию Московской Адвокатуры говорится: „Не к чему возрождать барские замашки. Только владелец доходного имения или приличной ренты имеет возможность не интересоваться гонораром. Только интеллигентный барич стесняется обуславливать плату за свой труд. Тот, кто живет своим трудом, не боится о нем договариваться“. В. И. Вегер—Дисциплина и этика защитника. 1925 г., стр. 9.

сколько эти начала дают действительно выход из затруднений и коллизий в тех пределах, какие очерчены самой темой работы.

Первые частные положения (из которых каждое подразумевает соответствующий казуистический вопрос) вытекающие из установленных нами общих начал, диктуются прежде всего как ограничения свободы адвоката в выборе дел при их приеме.

1) ¹⁾ Адвокат не должен принимать на себя защиты, если клиент ставит условием поручения защиты использование средств, искажающих действительность.

2) Адвокат не должен принимать на себя защиту, если защита потребует от него злоупотребления тайной, доверенной ему другим клиентом.

Если, напр., к адвокату обращался за защитой один из двух подсудимых, признавшийся, что именно он, а не его соподсудимый совершил преступление, то адвокат, не принявший на себя его защиту, не вправе затем принять на себя защиту и другого подсудимого, если для успеха защиты необходимо установить такие обстоятельства, о наличии которых он узнал от первого доверившегося ему клиента.

¹⁾ В дальнейшем мы отмечаем разрядкой и нумерацией каждое положение, отвечающее на подразумеваемый казуистический вопрос, и каждый такой вопрос, если он прямо формулирован; в тех случаях, когда положение и вопрос относятся к одному и тому же казусу, они отмечены одной и той же цифрой. Нумерация облегчает нам ссылки, которые местами мы делаем при рассмотрении одного вопроса на сказанное по другому вопросу.

3) Адвокат, знающий, что он может быть вызван в качестве свидетеля против обвиняемого, не должен принимать на себя защиту, так как, если бы он при указанном условии принял на себя защиту, тем самым он сознательно создал бы для суда затруднение в исследовании дела ¹⁾).

От этих положений, отвечающих на отдельные частные вопросы, какие может оказаться вынужденным поставить перед собою адвокат, прежде чем согласиться принять на себя защиту, переходим к более общему вопросу, который одинаково может встать перед адвокатом и в его приемной при обращении к нему клиента и уже в зале судебного заседания после судебной проверки доказательств.

4) ²⁾ Обязан ли адвокат отказаться от защиты обвиняемого, если он действительно виновен?

При этом, если вопрос ставится в применении к защите по соглашению, то спрашивается, не обязан ли защитник при указанном, *общим образом* формулированном, условии отказаться от принятия на себя и поддержания защиты, а если вопрос ставится в применении к защите по назначению, то спрашивается, не обязан ли защитник заявить суду, что он не имеет ничего сказать в пользу подсудимого?

В такой постановке вопрос, быть может, очень занимателен для широких кругов общества, но

¹⁾ Lilienthal, назв. статья в „Deutsche Juristen-Zeitung“.

²⁾ См. примеч. на стр. 43.

мало интересен для юристов. Это потому, что, говоря словами лорда Эльдона ¹⁾, „публика“ рассуждает так, „как будто каждое дело тяжущегося или совсем бело, или совсем черно; между тем в громадном числе случаев дела серы“, и потому рассуждения юристов, когда они настаивают на невозможности отказа в защите обвиняемого по любому делу, сводятся к вынужденно банальной разрисовке „светотеней“, свойственных каждому делу, и к почти аксиоматическому утверждению, что нет дела, в котором защитник не имел бы ничего сказать в пользу подсудимого.

Благодарным поводом для рассуждений на эту тему послужили и тот казус, который впервые вызвал постановку в русской литературе вопроса о праве защитника на отказ от защиты, и тот, который вызвал недавнюю оживленную полемику в печати (в Ежен. Сов. Юстиции) и устную по тому же вопросу.

Вот эти казусы. В 1874 г. в Московском Окружном Суде слушалось дело по обвинению русского мещанина Лебедева и крестьянина Прокофьева по обвинению в убийстве 4-х человек с целью ограбления. Защищавший Лебедева прис. поверенный Куперник просил отложить дело для испытания умственных способностей обвиняемого. Ему в этом было отказано. Когда дело дошло до защитительной речи, прис. пов. Куперник сказал: „Если бы можно было говорить здесь о наказании (т.-е., очевидно, должно ли быть наказание применено.

¹⁾ Цит. у Васьковского. О разборчивости при принятии дел к защите. „Журн. Юр. Общ.“, 1894 г. № 6“.

Н. П.), защита, может быть, нашла бы что сказать. Но раз вменение признано, раз известная система наказаний отсутствует, я могу только сказать: да свершится правосудие". Эта речь вызвала резкую отповедь со стороны автора передовой в № „Судебного Вестника“ в котором был помещен отчет о деле Лебедева и Прокофьева (№ 202 за 1874 г.). Настаивая на том, что защитник „не вправе отказаться от защиты, ибо правом защиты пользуются и самые несомненные, и самые злые преступники“ автор, кроме общих соображений, привел и одно соображение формального характера, которое мы воспроизведем потому, что оно исходит из процессуальной нормы, хотя и не выраженной в действующем праве, но и им подразумеваемой. „Если, пишет автор, закон позволяет лицам прокурорского надзора отказываться от обвинения тех, в виновности которых он не убежден, и воспрещает высшему прокурорскому надзору (ст. 539) требовать от подчиненных ему агентов, чтобы они обвиняли вопреки своему убеждению ¹⁾, то это никогда не может поставить обвинительную власть вне возможности поддерживать обвинение на суде; ибо, если бы даже все подчиненные органы прокурорского надзора отказались от обвинения, то обвинение это может взять на себя начальник местного прокурорского надзора, признавший обви-

¹⁾ В ныне действующем Уг. Пр. Код. нет статьи, которая воспроизводила бы норму, содержащуюся в ст. 539 Уг. Суд., но эта норма выводится путем толкования. См. наш комментарий к ст. 208 УПК в книге: П. И. Люблинский и Н. Н. Полянский. Уголовно-Процессуальный Кодекс Р.С.Ф.С.Р., 1924 г., стр. 198, зам. 4.

нение в данном случае основательным. Но если предоставить лицам, на коих лежит обязанность защиты обвиняемых по поручению председателей окружных судов, отказываться от таковой по убеждению в виновности обвиняемых, то, не говоря уже о возможности здесь злоупотреблений, нельзя не (?) упустить из вида, что при таком праве этих лиц могут оказаться случаи, в которых обвиняемые вовсе не могли бы находить себе защитников“.

Современный казус, который собственно и послужил поводом для широкого обсуждения вопроса в кругах юристов, сводится в газетном о нем сообщении к следующему: при рассмотрении дела об истязании селькора Григорьева, „защита в лице т. Львова, признавая тяжкую вину Семена Павлова, отказалась от его защиты. Для остальных обвиняемых защитник просил снисхождения в виду их невежества“¹⁾. Прав ли был защитник в этом случае? Мы целиком на стороне тех из числа высказавшихся по этому вопросу, кто находил, что защитник в деле селькора Григорьева (если только корреспонденция точно передает происшедшее) не выполнил своего долга, ибо, конечно, как писал А. М. Левин в Еж. Сов. Юст. (1925 г. № 35) после того, как факт преступления и наличие условий для вменения его подсудимому доказаны, остается еще обширная область для вдумчивой защиты; это—„область карательного воздействия: род и мера репрессии“. Мы вполне разделяем мнение, что советское право оставляет для за-

¹⁾ Известия ЦИК СССР № 77 от 4/IV-25 г.

²⁾ А. С. Тагера в докладе, прочитанном в Клубе ответственных работников юстиции в Москве.

щиты, при доказанности виновности обвиняемого, еще больший простор, чем право дореволюционное, так как ставит выбор наказания в гораздо большую зависимость, чем дореволюционное право, от характеристики личности обвиняемого и условий, вызвавших его преступление. Ко всем делам, а не только к большей части их относится замечание Миттермайера, что „только вследствие незнания или лени защитник может решиться об'явить, что он не находит средств к защите“ ¹⁾, и что потому в таких именно случаях, в которых защита кажется особенно затруднительною, защитник преимущественно обязан употреблять все возможные старания для отыскания оснований защиты ²⁾.

Положение (4), что доказанность обвинения не лишает защитника права принять на себя и поддерживать защиту по соглашению и не освобождает от обязанности защиты защитника по назначению, составляет, можно сказать, общее место в литературе о защите.

¹⁾ Миттермайер, Руководство к судебной защите по уголовным делам. 1863 г., стр. 48.

²⁾ Там же, стр. 48. Миттермайеру вторит — быть может, не зная того. — современный автор в Еж. Сов. Юст. (25 г. № 34) М. Строев: „Чем серьезнее преступление, чем больше улик против обвиняемого, чем серьезнее наказание грозит подзащитному, тем больше внимания защитник должен уделить делу и тем ответственнее его роль“. Станным на ряду с этим представляется одобрение автора тому защитнику, который заявил суду, что в деле никаких смягчающих вину подсудимого обстоятельств нет, после того, как обвинитель пытался найти эти смягчающие вину обстоятельства“. Ф. М. Андреев, назв. соч. (Раб. Суд, 1926 г. № 1, стр. 35: „Таких дел, где бы не было смягчающих вину обстоятельств, не существует“.

Одно только соображение из числа приводимых в обоснование обязанности защитника защищать и при доказанности обвинения безусловно должно быть отведено: это—соображение о том, что всякий процесс несколько похож на лотерейную игру, и что никогда не исключены шансы на выигрыш. Правда, можно выиграть и неправое дело, но едва ли при этом можно утешать себя так, как это делает Вольфганг Гейне, говоря, что с той точки зрения, которая рассматривает наказание, как средство защиты общества, „не будет совершено неправды ни против бога, ни против общества, если и действительно виновный избежит наказания; ведь, корней вины наказание не достигает“ ¹⁾. Такое соображение равнозначуще следующему: правосудие все равно не достигает надлежащих результатов, а поэтому, нужно всеми силами стремиться вырвать из рук правосудия его жертву. Такой взгляд на защиту превращает ее в борьбу с правосудием и логически последовательно должен привести к отрицанию самого правосудия. С другой стороны, если исходить из того, что в каждом процессе есть доля случайности, присущей лотерейной игре, то столь же последовательно будет прийти к отрицанию и самой защиты. Эдмонд Пикар прав, когда в „Диалоге на Шельде“, приведя старинное четверостишие:

Pour gagner son procès, il faut
Bon Avocat, Bon Juge et Bonne Cause,
Mais tout cela ne sert, qu'à peu de chose,
Quand bonne chance fait défaut,

¹⁾ W. Heine, назв. соч., стр. 45.

спрашивает: „не должны ли мы положить на весы право защиты и счастливый жребий?“¹⁾ Другими словами, не целесообразнее ли иной раз предоставить подсудимого его собственной участи, не обременяя себя защитой, которая все равно, при отсутствии „bonne chance“, не будет иметь успеха? При таком скептицизме проблема защиты чрезвычайно упрощается или, лучше сказать, *вовсе снимается*.

Из признания, что обязанность защитника в процессе заключается в том, чтобы защищать и только защищать, вытекает, что защитник грубо изменяет своему долгу, повелительному, как категорический императив, если, занимая позицию обвинителя, он ищет доказательств виновности и обстоятельств, отягчающих вину. Мамрот в статье „Verteidigerufgaben und Verteidigerpflichten“ называет не только бесспорным, но и стоящим вне дискуссии положение (5): „защитник не должен сознательно вредить своему клиенту, даже во имя справедливости“²⁾. Таково *opinio communis*, и мы рисковали бы переобременить нашу статью ссылками, если бы стали приводить цитаты, в которых оно нашло себе выражение. Поэтому, никак нельзя согласиться с автором статьи в журнале „Рабочий Суд“³⁾, с одобрением отозвавшимся о случае, в котором „по делу старика, обвиняемого в растлении 9—12 летних девочек, после речи проку-

¹⁾ L. Hennebicq, назв. соч., стр. 10.

²⁾ Deutsche Strafrechtszeitung, 1914, 1/3, стр. 80.

³⁾ С. Ройзман. О защитниках, в „Раб. Суде“, 1925 г. № 25—26.

рора, требовавшего 10-летней изоляции, защита заявила, что она не видит никаких оснований для смягчения наказания и присоединяется к требованию безусловной изоляции действительно опасного преступника". Совершенно аналогичный случай, но не с одобрением, а с решительным осуждением, приводит Мамрот в названной статье: по делу об изнасиловании после речи прокурора, не возражавшего против признания наличия смягчающих вину обстоятельств, защитник по назначению заявил: „Вина бесспорна. Прокурор представил на усмотрение суда вопрос о смягчающих вину обстоятельствах. Я не знаю, в чем эти обстоятельства можно было бы усмотреть“.

Из последнего положения следующее вытекает, как конкретизирующий его вывод: (6) защитник не вправе предоставлять суду доказательства, или сообщать обстоятельства, которые увеличивают шансы обвинительного приговора или могут повлиять в неблагоприятную для подсудимого сторону.

Однако, защитник не вправе это делать так же, как он (7) не вправе сознательно злоупотреблять тем, что суду те или другие доказательства или обстоятельства неизвестны. Если, напр., суду неизвестно, а защитнику известно, что преступление, в котором обвиняется подсудимый, является для него рецидивом, то он не вправе сообщить об этом суду, но он равным образом в этом случае не

в праве ссылаться в своих объяснениях перед судом на безупречное прошлое подсудимого ¹⁾).

Вопрос о должном поведении защиты приобретает острый интерес и становится щекотливым, когда он сужен (а сузить и значит заострить) применением его к нечастым, но все же в практике бывающим случаям, в которых защита невозможна без расхождения защитника с его собственным убеждением, относящимся к фактическим или юридическим обстоятельствам дела, или без прямого расхождения с волею подзащитного, или косвенной лжи или без сознательного искажения смысла закона.

8) Следствие не дало доказательств, окончательно, изобличающих обвиняемого; нет таких доказательств и в распоряжении защитника, но он убежден в виновности своего клиента; может ли тем не менее защитник доказывать его невиновность?

Здесь в полной мере имеет силу так часто повторяемое соображение о том, что в процессе дело идет вовсе не об убеждении защитника, а об убеждении суда ²⁾. По справедливому замечанию Лилиенталя, когда, при всем своем убеждении в виновности обвиняемого (подчеркиваем: наш казус предполагает убеждение защитника в виновности обвиняемого, а не знание винов-

¹⁾ Mamroth, назв. соч.

²⁾ Lilienthal, назв. соч.; Фойницкий, назв. соч., стр. 77.

ности), защитник настаивает на доводах, говорящих в пользу его невиновности, он не говорит неправды—он лишь выполняет лежащую на нем обязанность до конца отстаивать законное притязание (Rechtsanspruch) обвиняемого не быть осужденным без совершенного изобличения его виновности. К тому же, чем опытнее адвокат, тем более он приучается не доверять даже „собственному убеждению“ в виновности обвиняемого, потому что всякий раз, когда он уже готов остановиться на этом убеждении, опыт приводит ему на память случаи, в которых суд также по внутреннему и добросовестно продуманному убеждению признавал доказанными такие факты, относительно которых он, защитник, точно знал, что они не имели места ¹⁾.

Понятно, что если у адвоката все же сложилось убеждение в виновности обвиняемого, чувство собственного достоинства и достоинства той профессии, которую он выполняет, не должно позволить ему говорить, что он убежден в обратном; он выполнит свой долг, если обратит внимание суда на сомнительные моменты в деле и на все те данные в пользу подсудимого, какие только могут быть почерпнуты из дела ²⁾.

Иногда недоумевающе спрашивают: почему обвинитель „вправе отказаться от обвинения, если придет к убеждению, что данные судебного следствия не подтверждают пред‘явленного обвинения“

¹⁾ Mamroth, Verteidigeraufgaben und Verteidigerpflichten в „Deutsche Strafrechts-Zeitung“, 1914, 1/3, стр. 81.

²⁾ Там же.

(ст. 306 УПК), а защитник не в праве отказаться от защиты, если придет к убеждению, что данные судебного следствия подтверждают обвинение?

Вопрос звучит почти так же, как если бы спросили, почему нападающему благоразумие диктует отступление, когда он убеждается в превосходстве своего противника, а обороняющегося инстинкт самосохранения заставляет защищаться и от более сильного противника.

Этим сравнением, разумеется, не решается вопрос, но все же оно должно, казалось бы, навести на мысль, что нельзя с одним и тем же критерием подходить к обвинению и к защите, как нельзя одной меркой оценивать условия нападения и обороны.

Различие между обвинением и защитой, с точки зрения условий отказа от обвинения или защиты, заключается прежде всего в том, что отсутствие доказательств обвинения исключает возможность обвинения, тогда как не только наличие доказательств обвинения, но и самая доказанность обвинения не исключает возможности защиты в пределах вовсе не узкого вопроса о размерах ответственности.

Другое различие находится в зависимости от самого существа уголовного процесса, который есть не что иное, как обставленная рядом формальных гарантий критическая проверка предъявленного обвинения; из этого существа процесса вытекает, что он с такою же необходимостью кончается защитой—непременно защитой, с какою начинается обвинением, и то, что в нем защита ставится в более благоприятные условия, в

обвинение: на обвинителя, а не на защитника и не на обвиняемого возлагается *onus probandi*. Поэтому, естественно, что обвинитель уступает необходимости сдать свою позицию тогда, когда—при аналогичных условиях—для защитника такой необходимости не наступает.

Убеждение защитника в виновности обвиняемого не имеет для защитника такого же значения, как убеждение обвинителя в невиновности обвиняемого по тому же самому основанию, по какому для оправдательного приговора достаточно недоказанности виновности обвиняемого (хотя бы и не была доказана его невиновность), тогда как обвинительный приговор возможен лишь при полной доказанности виновности ¹⁾.

Рядом должен быть поставлен вопрос о значении для поведения защитника на суде его убеждения, относящегося не к фактическим обстоятельствам дела, а к правовой стороне последнего.

(9). Вправе ли адвокат аргументировать перед судом в пользу таких юридических выводов, в правильности которых он не убежден?

И в этом случае ответ должен быть утвердительным. Дело суда взвесить все возможные доводы за и против того или другого понимания правовой нормы, и это дело для него будет только облегчено, если обе стороны исчерпают всю возможную аргументацию в пользу того и другого

¹⁾ Презумпция невиновности признается и практикой Верховного Угол. Суда РСФСР; см. наши заметки: „Принципиальные вопросы в кассационной практике Верхов. Суда РСФСР“ в журн. „Право и Жизнь“, 1925 г., кн. 2—3.

понимания нормы. „Адвокат на суде не для того, чтобы излагать юридическое исповедание веры, а для того, чтобы представить все, что говорит в пользу обвиняемого, а к данным в пользу обвиняемого может относиться и то обстоятельство, что вина обвиняемого с правовой точки зрения может быть рассматриваема иначе, чем это делает обвинение“ ¹⁾.

Однако, (10) может ли адвокат приводить перед судом доводы, говорящие против той юридической доктрины или того толкования закона, которые им же печатно или также перед судом по другому делу были высказаны?

Логически последовательным был бы, пожалуй, утвердительный ответ на этот вопрос: если защитник должен не столько защищать перед судом свое собственное понимание закона, а то, которое благоприятнее для подсудимого, то в полном соответствии с тою ролью, которая выпадает на долю защитника в схеме процесса, можно было бы признать, что адвокат остается только верным себе—своему профессиональному долгу, если выступая сегодня защитником, он отстаивает иное понимание закона, чем то, которое он отстаивал вчера, выступая обвинителем по аналогичному делу.

Однако, вопросы профессиональной этики не могут быть до конца рационализированы и схематизированы—не могут потому, что нормы профессиональной этики обращаются к живому человеку; если процесс может быть сведен к схеме,

¹⁾ Lilienthal, назв. соч., Mamroth, назв. соч.

то каждый из живых участников процесса, с помощью которого вычерчивается схема—не циркуль, который может складываться в тупой или острый угол смотря по надобностям чертежа. Человеческая мысль неотделима от человеческой личности, а закон тождества не только закон логики, но и норма, имеющая нравственное значение: никто не может утверждать сегодня одно, а завтра—другое мнение, если только внутренне и искренне он не был переубежден. Нормы профессиональной этики не выводятся только путем силлогизмов, они не могут не учитывать и того впечатления, которое производит то или другое поведение на окружающих—и прежде всего на ту среду, отношением которой в значительной мере определяется авторитет лиц, работающих в области данной профессии: без ущерба для своего авторитета адвокат не мог бы переходить с одной точки зрения на другую, хотя бы такой переход и диктовался переходом с одной процессуальной позиции в одном процессе на другую позицию в другом. Всякий уголовный процесс—драма, иногда граничащая с комедией, иногда переходящая в тяжелую трагедию, но драма не на сцене разыгрывающаяся, а на общественной арене. Только на сцене актеры могут, без ущерба для своей репутации, меняться ролями даже в одной и той же пьесе; зрителя живой человеческой драмы „игра“ мнениями отталкивает. Суд и публику одинаково шокирует, если защитник „играет роль“ защиты, а между тем впечатление „игры с переодеванием“ неизбежно, если адвокат так же легко убеждает суд в одном, как и в другом.

Поэтому, если защита требует от адвоката выражения иного мнения, чем то, которое им ранее было высказано, ему ничего другого не остается, как отказаться от защиты или принять все меры к сложению с себя обязанности защиты ¹⁾.

Все сказанное не означает, конечно, что адвокат всегда должен отстаивать одно и то же раз высказанное понимание закона или иной нормы права. В двух случаях, как нам представляется, адвокат может вместо мнения, которое он ранее отстаивал, обосновывать занятую им в процессе позицию другим мнением. Первый случай, это—когда адвокат убедился, что его собственное мнение не разделяется судебной практикой; в этом случае он в праве сослаться на взгляд, усвоенный судебной практикой, и именно как на таковой. Второй случай подразумевается сам собой: адвокат, конечно, в праве отказаться от одного мнения и отстаивать новое, когда он убедится в ошибочности первого и в правильности последнего. Новый процесс может заставить адвоката увидеть и новые следствия того или другого правового положения. В особенности же часто случается автору теоретически сформулированного положения убеждаться или в его неправильности или в его преувеличенной категоричности, когда жизнь перед ним ставит „казус“, им вовсе не предвиденный, или, хотя бы и предвиденный, но с тою яркостью красок, которая свой-

¹⁾ J. des Cressonières в его „Entretiens sur la profession d'avocat“ (1925, стр. 23) называет „процесс, требующий защиты такого мнения, которое адвокат раньше оспаривал“, в числе обстоятельств, которые должны быть учтены адвокатом при решении вопроса, принимать ли дело.

ственно только живой действительности и которая заставляет увидеть в казусе то, что раньше осталось незамеченным.

Как говорит Иеринг, „совсем не одно и то же — с одной стороны, при чисто теоретическом обсуждении вопроса удовлетвориться правовым положением, которое вычитывается из источников или кажется логически последовательным выводом, не заботясь о последствиях и о вреде, которые это положение вызывают в жизнь, а с другой — испробовать это положение на практике. Такой пробы не выдерживает здоровое правоубеждение, если только сам его субъект здоров“. Этим замечанием Иеринг предваряет признание в душевной тревоге, пережитой им, когда на его рассмотрение был передан через посредство юридического факультета казус большого практического значения, сразу вызвавший в нем протест правового чувства против того мнения, которое задолго перед тем им самим было высказано в теоретической работе, и на которое ссылалась одна из сторон, заинтересованных в решении казуса ¹⁾.

От случаев расхождения защитника с собственным, сохраняемым им или ранее высказанным, убеждением переходим к случаям расхождения его с волею подзащитного.

¹⁾ Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt, в Jahrbücher für Dogmatik des heut. römischen und deutschen Privatrechts, B. III, стр. 449 и след. Автор настоящей работы обязан проф. А. М. Винаверу указанием на этот интересный момент в научной деятельности Иеринга, связанный с действием позднее отмененного закона, коим судам в затруднительных случаях предоставлялось испрашивать заключение юридических факультетов.

(11). Виновность обвиняемого в совершенном преступлении представляется в результате судебного следствия не только обвинителю, но и защитнику доказанною с полною очевидностью; однако, обвиняемый продолжает упорно отрицать ее и притом не только перед судом, но и перед своим защитником. Как должен в этом случае поступить защитник?

Фридман в своем „Handbuch der Verteidigung“ иронизирует над следующим ответом на этот вопрос старого юриста Цакке: „Если вы—защитник совершенно изобличенного вора, скажете откровенно, что вы считаете вину доказанной, и что применение уголовного закона стоит вне сомнения,—укажите на это первым“. Фридман и этот случай пытается свести к „серым“. Он иронически замечает: „Когда преступник может считаться совершенно изобличенным? Если в обладании г-на Цакке, быть может, имеется усовершенствованный термометр бентамовской конструкции для измерения доказательств, при помощи которого вина может быть вычислена с математической точностью, то пусть он лучше не скрывает секрета.“

Совершенно исключительный случай имел место в практике Иркутского Совета Присяжных Поверенных, которому пришлось дать оценку поведения присяжного поверенного, бывшего мирового судьи, оспаривавшего свое же решение, постановленное им же в качестве судьи (А. Н. Марков. Правила адвокатской профессии в России. 1913 г., стр. 100—101). Нельзя не согласиться со строгой оценкой Иркутского Совета Присяжных Поверенных, исключившего адвоката из сословия присяжных поверенных.

Может быть тогда все современное уголовное производство с его гарантиями окажется ненужным для исследования истины". И дальше, меняя тон, автор прибавляет: „Цакке, как вместе с ним и многие другие писатели - криминалисты, упускает из виду, что заявление адвоката—такое, какое он рекомендует—было бы явным нарушением его публичной обязанности, так как на него законом возложена миссия действовать в противовес обвинению (als Gegengewicht gegen die Anklage zu wirken), но ни в коем случае не содействовать осуждению в соответствии с предъявленным обвинением. Защитник не призван выражать свои субъективные взгляды“¹⁾.

Нам эти замечания Фридмана представляются противоречащими фактам, принципиально неправильными, практически не ведущими к цели.

Они противоречат фактам, потому что бесспорно, что бывают случаи, когда обвиняемый продолжает упорно заператься, несмотря на то, что доказательства в процессе изобличают его с совершенной очевидностью, когда спорить против этой очевидности значит идти против здравого смысла, и когда, несмотря на заперательство обвиняемого, убеждение всех участников процесса в его виновности достигает степени объективной достоверности,—другими словами, превращается в осведомленность о его виновности.—Ирония Фридмана легко может быть обращена против него самого, так как сам же он в другом месте (стр. 167)

¹⁾ Frvdmann, Systematisches Handbuch der Verteidigung im Strafverfahren, 1878, стр. 373—374.

допускает возможность „очень точного“ учета и взвешивания (abzählen und abwägen) меры доказательств.

Далее, принципиально ни на чем не основано утверждение, что защитник не призван выражать свои суб'ективные взгляды. Как мы видели выше, известная суб'ективная односторонность даже свойственна защите и вытекает из самой природы состязательного процесса, строящегося на основе положения: „du choc des opinions jaillit la verité“.

Правда, суб'ективизму защиты присущ, если можно так выразиться, „защитный цвет“: он не может переходить в суб'ективизм обвинителя, но — и в этом заключается практическое возражение против аргументации Фридмана — именно, с практической точки зрения, интересы защиты требуют не отрицания, а признания виновности обвиняемого, раз она с очевидностью доказана, — признания, дающего возможность с тем большею убедительностью настаивать на обстоятельствах, которые могут повлечь смягчение наказания.

В огромном большинстве случаев интересы защиты от этого только выиграют. В статье П. С. Пороховщикова „Ложь и правда на суде“ приведено большое количество примеров, наглядно показывающих, как часто защита проигрывает от того, что она берет на себя неблагоприятную задачу отстаивать позицию, занятую обвиняемым ¹⁾.

Поэтому, в случаях, когда виновность обвиняемого следствием совершенно доказана, а обвиняемый продолжает

¹⁾ Журн. Мин. Юст., 1911 г. № 8.

отрицать ее, защитнику ничего другого не остается делать, как или сложить с себя защиту с согласия подзащитного (если защита не представляется необходимою), или воспользоваться своею независимостью от клиента и, не оспаривая виновности обвиняемого, представить соображения, относящиеся к назначению наказания ¹⁾.

(12). Может ли адвокат использовать для защиты доказательства: а) заведомо для него недостоверные и б) достоверность которых для него сомнительна?

Не может быть, разумеется, сомнения в том, что адвокат должен самым решительным образом отказать своему клиенту в защите его при помощи заведомо для защитника недостоверных доказательств. Если бы защитник заявил перед судом ходатайство о вызове свидетеля, о котором ему известно, что он будет давать ложные показания в пользу подсудимого, то он тем самым содействовал бы совершению преступления лжесвидетельства и, следовательно, не только вступил бы в противоречие с профессиональной этикой, но

¹⁾ Настоящее положение входит в содержание профессиональной этики, поскольку в нем содержится утверждение, что адвокат-защитник в праве в известных случаях, расходясь со своим клиентом, не оспаривать обвинения; что касается конкретного определения условий, при которых для адвоката это право возникает, это уже, разумеется, вопрос тактики, а не этики. То же положение (изложенное в тексте) см. у Э. С. Ривлина, Советская адвокатура, 1926 г., стр. 75.

и оказался бы сам виновным в пособничестве лжесвидетельству ¹⁾). Равным образом, если защитник представляет суду заведомо подложный документ, то он совершает преступление использования подложного документа, если закон общим образом предусматривает, как преступление, использование подложного документа ²⁾).

В других случаях использование защитником заведомо недостоверного доказательства может дать повод для постановки вопроса об укрывательстве—напр., с точки зрения § 25 Германского Угол. Улож., который угрожает ответственностью за „Begünstigung“ каждому, кто „по совершении преступления или проступка сознательно оказывает виновнику или соучастнику содействие к тому, чтобы они могли избежать наказания ³⁾).

Другое дело, если доказательство представляется защитнику только сомнительным. Он не только

¹⁾ С точки зрения ст. 17 УК, дающей точный перечень способов пособничества, наше утверждение в тексте представляется не вполне бесспорным. Определение § 49 германского Strafgesetzbuch шире: „как пособник карается тот, кто сознательно оказал советом или действием (durch Rath oder That) помощь непосредственному виновнику в совершении преступления или проступка“.

²⁾ Ст. 418 Угол. Улож. 1903 г. угрожала наказанием „виновному в употреблении за настоящий документ заведомо подделанного, переделанного или содержащего ложное удостоверение“. — С точки зрения нашего права квалификация и этого случая может вызывать сомнения в случае, когда защитник представляет суду подложный документ, не принадлежащий к тем, которые названы в ст. 72 УК.

³⁾ Хорошо известно, что в нашем праве определение укрывательства, рассматриваемого как вид пособничества (за исключением ст. 58¹²⁾ и 59¹⁾), представляется чрезмерно узким.

может, он обязан его выдвинуть, если только против этого не говорят соображения, относящиеся уже не к этике, а к тактике защиты. Если судья обязан оправдать подсудимого, как бы ни были серьезны основания для предположения его виновности, то защитник обязан выдвинуть в пользу подсудимого весь арсенал доказательств, включая (если только это соответствует интересам защиты) и те, которые дают повод *предполагать*, что они недостоверны, и исключая только те, относительно которых он *знает*, что они недостоверны, при чем—при этой классификации доказательств—он должен помнить, как мало определена граница между „знать“ и „предполагать“.

Этого мало, представлением всего арсенала доказательств в пользу подсудимого обязанность защитника не исчерпывается: он обязан представить суду те доводы, которые говорят в пользу достоверности доказательства, как бы сам он ни сомневался в его достоверности, ибо суд в праве ожидать от сторон, что они совокупными силами представят ему все данные и изложат ему все соображения, нужные для всесторонней оценки доказательств.

(13). Может ли адвокат использовать для защиты те или другие средства несмотря на нежелание клиента, чтобы они были использованы?

Вот вопрос, который, с нашей точки зрения, не всегда решается в применении к защите по приглашению так же, как к защите по назначению, в зависимости от указанного признака различия

этих двух видов защиты: возможности или невозможности немотивированного отказа от защиты.

Когда клиент оказывает доверие адвокату, предлагая ему взять на себя защиту, под условием неиспользования того или другого доказательства, защитник грубо злоупотребил бы оказанным ему доверием, если бы, взяв на себя защиту, нарушил условие. Он может отказаться от защиты, но, раз взяв ее на себя, он уже не может изменить своему согласию не прибегать к тому или другому средству защиты.

В ином положении защитник по назначению и защитник по соглашению в тот момент, когда выход из процесса уже затруднен.

Защитник по назначению, не желая брать на себя ответственность за дело, в котором он был бы ограничен в средствах защиты волею своего клиента, не может, однако, предложить последнему обратиться к другому защитнику. Он может обратить внимание клиента на принадлежащее ему (вытекающее из п. 1 ст. 55 УПК) право вовсе отказаться от защиты. Он может просить суд о замене его другим защитником¹⁾. Но если суд не уважит его ходатайства, что ему делать? Или, если вновь назначенный защитник встанет перед тем же затруднением, что и предыдущий, — что ему делать? Нельзя не считать, что защитник по назначению —

¹⁾ Проф. В. Н. Ширяев применительно к ст. 568 Уст. Уг. Суд полагал, что суд обязан удовлетворить ходатайства защитника по назначению о замене его другим, даже если защитник не укажет, в чем именно он разошелся со своим клиентом. См. Уст. Угол. Судопр Системат. Комментарий под ред. проф. Гернета, 1914 г., вып. III, стр. 920.

в большей мере *dominus litis* ¹⁾, чем защитник по соглашению, принявший на себя защиту под известным условием относительно приемов защиты, оговоренных его клиентом. Конечно, и защитник по назначению обязан прислушиваться к желаниям своего клиента и, по возможности, щадить те благородные побуждения (если таковыми именно они являются), которые мешают подзащитному прибегнуть к тому или другому доказательству, но когда защитник по назначению стоит перед неизбежностью обвинения невиновного или перед угрозой назначения наказания, явно не соответствующего тому, которого заслуживает обвиняемый, и только потому, что последний не хочет защищаться или противится использованию необходимого средства защиты, адвокат, помня, что он введен в процесс, как необходимый участник в работе, направленной на раскрытие истины в деле, должен отказаться от подчинения желанию обвиняемого и сделать все для его спасения от не заслуженного наказания.

К защитнику по соглашению сказанное о защитнике по назначению относится лишь в том случае, если расхождение относительно приемов защиты между ним и его клиентом возникает уже

¹⁾ О положении адвоката в процессе с точки зрения принципа *dominium litis* см. Молло—Правила адвокатской профессии во Франции (правило 85-ое). Однако тезис Молло: „во всяком деле — как гражданском, так и уголовном — адвокат обязан ознакомить клиента с системой своей защиты или обвинения письменно или устно и, в случае недовольства клиента, отказаться от защиты“ не применим к защите по назначению.

в момент, когда, по обстоятельствам дела, перемена защитника представляется уже невозможной¹⁾.

Переходим к вопросу, который из всех поставленных нами на разрешение вопросов представляется наиболее затруднительным.

(14) Как должен поступить защитник, когда в деле нет достаточных доказательств, изобличающих обвиняемого, а между тем защитнику виновность его точно известна²⁾.

В этом случае речь идет уже не об убеждении защитника в виновности обвиняемого, а о его осведомленности о виновности обвиняемого (ср. с вопросом 8-м).

Мамрот, отмечая, что случаи такого рода встречаются чрезвычайно редко, не без некоторой иронии говорит, что именно они больше всего

¹⁾ Совсем никакого различия между защитой по соглашению и защитой по назначению в отношении к клиенту не делает Vargha, Die Verteidigung in Strafsachen, 1819, § 215.

²⁾ Этот вопрос был поставлен перед автором настоящей работы четверть века тому назад—на первых же шагах его адвокатской деятельности—следующим казусом: при свидании в тюрьме подзащитный признался своему „казенному защитнику“ в совершенной им краже, но решительно отказался признать ее также на суде. не умудренный еще опытом защитник решительно не знал, как выйти из положения, казавшегося ему безвыходно затруднительным; его вывел из затруднения прокурор (покойный тов. прокур. Моск. Окр. Суда В. А. Цубербиллер), который, в виду недостаточности улики, отказался от обвинения; защитник поспешил заявить, что он не будет обременять внимания суда защитительной речью. Подсудимый был оправдан.

занимают фантазию не-юристов ¹⁾. Мы думаем, что они должны занимать не только фантазию „профанов“ (Laien), но и мысль юриста, желающего подвергнуть испытанию свои общие представления о руководящих принципах защиты: если эти принципы окажутся бессильными разрешить затруднения защитника хотя бы и в редких случаях из числа тех, на которые они рассчитаны, их можно уподобить такому режущему орудию, добротность которого сомнительна, если оно легко режет только рыхлые и мягкие материалы.

Вопрос, который стоит перед нами сейчас, обычно или замалчивается, или на него дается невнятный, уклончивый ответ.

Таким уклончивым ответом нужно признать и тот, который находим в уже цитированной статье популярного германского адвоката Вольфганга Гейне. — Вопрос, по его мнению, не решается простым сведением его к формуле: „поддержка истины или лжи“ (другими словами, как мы понимаем, не решается прямолинейным утверждением, что истину защитник поддерживать может и должен, а ложь — никогда). Указывая, что в конкретном случае может записаться в совершении преступления как раз такой обвиняемый (действительно совершивший преступление), который вызывает к себе естественное сочувствие, и запирательство может вытекать не из эгоистических побуждений (страх за честь и существование близких людей), Гейне пишет: „Защитник, который в таком случае (курсив наш) добивается оправда-

¹⁾ Deutsche Strafrechtszeitung, 1914, Н. 1/2, стр. 81.

ния, хотя бы он предполагал или даже знал виновность своего клиента, все же действует, как орган правосудия в пределах возложенных на него законом полномочий“¹⁾. Подчеркнутая нами оговорка (*в таком случае!*) рождает естественный вопрос: как же должен поступить защитник, если случай не такой—если обвиняемый не вызывает к себе сочувствия и руководится в своем заpiresательстве только эгоистическими побуждениями? Ведь, если относительно предполагаемого им случая Гейне утверждает, что защитник „действует, как орган правосудия в пределах возложенных на него законом полномочий“, то, ведь, не потому же, что обвиняемый в этом случае, по его убеждению, заслуживает сочувствия—в суде, ведь, дело идет не об убеждении защитника,—а потому, что полномочие защитника заключается в том, чтобы защищать. Если, таким образом, вопрос, который, по мнению автора, не сводится к допустимости или недопустимости лжи в защите, сводится им в конце концов к вопросу, служат или не служат заявления и утверждения защитника осуществлению возложенного на него полномочия защищать, то, оставаясь последовательным, автор должен был бы признать, что защитник вправе отрицать вместе с подсудимым совершение им преступления, не стесняясь несоответствием заpiresательства подсудимого известной защитнику истине во всех тех случаях, когда это заpiresательство не противоречит интересам защиты.

¹⁾ W. Heine, назв. соч., стр. 46.

Нам вопрос казался настолько интересным, что мы не остановились перед тем, чтобы произвести „анкету“ для того, чтобы осведомиться, как он решается мнением западно-европейской адвокатуры.

Наши письма, в которых мы сообщали адресатам, как живо интересуется Московскую адвокатуру вопрос о „неправой защите“, не остались без ответа.

Позволим себе подробно ознакомить читателей с тем, что дала нам наша анкета.

На прямо поставленный вопрос, как, с точки зрения бельгийской адвокатуры, должен поступить защитник, который не хочет стать соучастником лжи клиента, в случае, если он осведомится (напр., из собственного признания обвиняемого), что его клиент, отрицающий свою вину перед судом, в действительности виновен в совершении преступления, и если притом виновность его следствием не установлена, — старшина адвокатуры (bâtonnier) в Брюсселе Энбик ответил нам: „Вопрос о приеме дела или об отказе от дела со стороны адвоката на основании того заключения, которое он вынесет о нем в своей душе и совести, представляется очень спорным в отношении дел гражданских, но не заключает в себе ничего неясного, поскольку он ставится применительно к уголовным делам. Здесь нет сомнения, что на адвокате, зачищающем по назначению, лежит *абсолютный долг* (курсив наш) испытать в пределах закона все, что возможно, для защиты обвиняемого... Если адвокат думает, что его клиент не сказал ему правды, он обязан потребовать от него всей правды; если в его душе останется сомнение, он должен его

прогнать от себя; если это ему не удастся и если сомнение становится таким, что защита для него невозможна, он может в гражданском деле отказаться от дела. Если же дело уголовное, он может по соглашению со своим клиентом получить разрешение для последнего на перемену защитника, за исключением, однако, случая защиты по назначению. В этом последнем случае он должен сделать героическое усилие над собою и подчинить своему профессиональному долгу свое личное чувство истины⁴.

Мы не удержались от искушения присоединить к нашему из'явлению благодарности автору за письмо новый—на этот раз риторический—вопрос: а что же должен делать адвокат в случаях, когда насилие над собою, требуемое для успеха защиты, будет вместе с тем и насилием над самою совестью?

В отличие от старшины брюссельской адвокатуры старшина парижской адвокатуры, нашел, что предложенный ему вопрос представляется „особо затруднительным“ (*est particulièrement délicate*). Не пытаясь предложить собственное решение вопроса, старшина парижской адвокатуры приложил к своему письму выдержку из вышедшего уже из продажи сочинения одного из своих предшественников—Крессона („Обычаи и правила адвокатской профессии“¹⁾). Выдержка состоит из двух частей и предусматривает два различных казуса. В ее первой части читаем: „Когда обвиняемый

¹⁾ Cresson, Usages et règles de la Profession d'avocat.

прибегает к системе запирательства наперекор истине и собственному интересу, адвокат, вне заседания, исчерпывает все средства, чтобы переубедить его; во время же публичных прений, защитник, отметив в своей речи твердое решение его клиента ничего не изменять в своем поведении и выдвинув то, что можно сказать в оправдание такого поведения, затем свободно выбирает средства защиты, какие ему подсказывает его совесть, как наиболее благоприятствующие интересам несчастного“.

Это не есть ответ на наш вопрос; по существу ответ совпадает с тем, который был дан нами выше на вопрос одиннадцатый.

„Адвокат, читаем мы далее, который получил тайное признание обвиняемого, что, впрочем, бывает очень редко, не может обмануть оказанного ему доверия; в своей совести он должен найти решение относительно поведения, которого ему следует придерживаться. Если он согласился вести дело, несмотря на отказ обвиняемого последовать его совету—дать показание с признанием своей вины, он во всяком случае не должен ставить себя в такое положение, при котором ему пришлось бы краснеть перед своим клиентом за поддержку его лжи“. С последним мы совершенно согласны, но в сказанном мы все же не нашли ответа на вопрос, как же должен поступить защитник—при условии, что он не может выйти из процесса, не мотивировав своего отказа от защиты,—когда, с одной стороны, следовать в защите за утверждениями подзащитного значит соучаствовать в его лжи, и когда, с другой

стороны, разойтись с этими утверждениями значит выдать профессиональную тайну защитника?

Президиум берлинской адвокатуры (Vorstand der Anwaltskammer zu Berlin) в своем ответе сослался на два решения высшего суда чести (Ehrengerichtshof), который рассматривает жалобы на решения отдельных судов чести (Ehrengerichte), как дисциплинарных судов адвокатуры¹⁾.

Первое из этих решений—от 13 января 1892 г.—состоялось по вопросу, не имеющему прямого отношения к обсуждаемому нами вопросу, но президиум берлинской адвокатуры отмечает в нем то место, где говорится, что адвокат не должен отождествлять себя в отношении средств защиты с обвиняемым. „Такое отождествление, говорится в решении, недопустимо; напр., обвиняемому не возбраняется для целей своей защиты заведомо говорить неправду, между тем как, если бы адвокат с своей стороны, в качестве защитника, прибег к этому средству, то он, без сомнения, навлек бы на себя обвинение в нарушении профессионального долга“. И далее: „Права и обязанности защитника в обсуждаемом здесь направлении не определяются специальными постановлениями, а выводятся из общего положения защитника, как правозаступника своего клиента. Это положение характеризуется тем, что защита представляет собою относящийся к области публичного права институт, который обязывает защитника содействовать с своей стороны объективному исканию истины, хотя только... в направлении

¹⁾ Die deutsche Rechtsanwaltsordnung, § 90.

установления невинности обвиняемого или его меньшей наказуемости“.

Это возвращает нас к установленному в общей части нашей работы общему началу ¹⁾, несколько не облегчая конкретного вывода из этого начала применительно к специально занимающему нас казуистическому вопросу.

Не больше для нашей цели могли мы извлечь и из решения Ehrengerichtshof'a от 28 мая 1910 г. И здесь устанавливается лишь общее начало: „Адвокат должен служить правосудию и не должен, поэтому, позволять себе ставить препятствия уголовному преследованию обвиняемого“.

Напротив, вплотную к нашему вопросу подошел лондонский генеральный совет адвокатуры.

В ответ на наш запрос секретарь Генерального Совета сообщил нам, что тот же вопрос уже обсуждался Генеральным Советом в 1915 г. Действительно, из приложенного к письму отчета Генерального Совета за 1915 г. мы убедились, что интересующий нас вопрос в 1915 г. был поставлен перед Генеральным Советом Адвокатуры в Лондоне шанхайским адвокатом Маклеодом по поручению совета адвокатуры (the Bar Committee) при английском высшем суде в Китае,—и притом также казуистически, как это было сделано нами, а именно Маклеод спрашивал, в чем заключается обязанность адвоката, защищающего обвиняемого, который перед судом настаивает на своей невинности, если этот обвиняемый признался защит-

¹⁾ См. выше стр. 23 и след. Ehrengerichtshof воспроизводит слова того решения имперского суда, которое нами в указанном месте уже приведено (см. стр. 28, примеч.).

нику, что он совершил преступление,—может ли, по современным взглядам, адвокат в этом случае защищать и, если да, то должен ли он это делать? И затем, применим ли тот же ответ в случае, если адвокат уже предстал перед судом в качестве защитника обвиняемого?

Генеральный Совет лондонской адвокатуры, обсудив вопрос, вынес по нему весьма обстоятельное заключение. Генеральный Совет прежде всего установил различие между тем случаем, когда признание было сделано обвиняемым адвокатом раньше, чем адвокат что-либо предпринял для защиты, и тем, когда признание было сделано уже в процессе защиты. В первом случае, по мнению Генерального Совета, „представляется в высшей степени нежелательным, чтобы адвокат, которому признание было сделано, взял на себя защиту, так как с одной стороны, вполне вероятно, что сам он был бы затруднен в ведении дела, а с другой, он не поставит в затруднительное положение обвиняемого, предложив ему обратиться к другому защитнику“.

Что касается второго случая, то для разрешения его важно иметь в виду, что, вообще говоря, защита, поскольку она касается фактических обстоятельств дела (*with regard to the facts of a case*), может заключаться: а) в доказывании, что обвиняемый был невменяем в момент совершения преступления вследствие болезненного состояния или ненаступления уголовного совершеннолетия, в) в представлении суду соображений о том, что доказательства обвинения не внушают доверия, или что они недостаточны для обвинения, с) или в

противопоставлении фактам, на которые ссылается обвинение, других фактов, опровергающих обвинение. Уже отсюда следует, что, само по себе признание, сделанное обвиняемым защитнику, еще не исключает возможности защиты; однако признание ставит защиту в ограниченные рамки: он „не должен утверждать того, ложность чего он знает; он не должен потворствовать обману; тем не менее он может пытаться содействовать подсудимому“.

Однако, из дальнейших соображений Генерального Совета следует, что рамки, в которые он ставит защиту при наличии признания обвиняемого защитнику, вовсе не так уж узки: в этом случае защитник может „возражать против подсудности дела данному суду, против формы обвинительного акта, против допустимости того или другого доказательства, или против достаточности допущенных доказательств“; но „было бы абсолютно недопустимо высказывать предположение, что преступление совершил кто-либо другой, или ссылаться на доказательство, ложность которого, после сделанного ему признания, ему известна (напр., на доказательство alibi), и которое имело бы своею целью убедить, что обвиняемый не мог совершить, или что он фактически не совершил преступления:—другими словами, адвокат не может (по просьбе обвиняемого или независимо от этого) доказывать обстоятельство, противоречащие сделанному ему признанию“.

Таким образом, Генеральный Совет адвокатуры в Лондоне рекомендует для рассматриваемого случая преимущественно так наз. отрицательный

или критический метод защиты, дающий защитнику шансы на успех „уже тогда, когда он доказал ненадежность доказательств обвинения“¹⁾, но исключает положительный метод защиты, при котором защитник перенимает на себя *onus proi andi*. Еще яснее Генеральный совет выражает свою мысль когда, обобщая сказанное о приемах защиты при наличии признания, сделанного обвиняемым защитнику, говорит: „он (т.-е. защитник) в праве подвергать критической оценке показание, данное каждым отдельным свидетелем, может настаивать, что доказательства, взятые в целом, недостаточны для заключения о виновности обвиняемого. Но итти далее этого он не должен“.

Нам представляется, что английская доктрина и есть в этом случае та, на которой следует остановиться, как на правильно разрешающей поставленный вопрос. Правда, вводимое ею ограничение средств защиты для рассматриваемого случая противоречит обязанности защитника исчерпать все средства для защиты обвиняемого, отклоняет его от того направления, которое, по общему правилу, указывает ему стрелка его компаса. Но это отклонение неизбежно; оно есть, если угодно, своего рода „магнитная аномалия“, обусловленная большею силою морального притяжения, которою обладает обязанность не говорить неправды, по сравнению с обязанностью защиты—во что бы то ни стало.

¹⁾ Л. Владимиров, Учение об уголовных доказательствах. Общая часть. Кн. 1-я, 1882 г., стр. 190.

Против английской доктрины выдвигаются два возражения ¹⁾, которые нам не кажутся достаточными для того, чтобы ее отвергнуть.

Во-первых, ей противопоставляется взгляд, согласно которому признание обвиняемого, запирающегося перед судом, сделанное им своему защитнику, вообще никакого влияния на приемы защиты оказывать не должно. Взгляд этот пытаются обосновать следующим теоретическим построением: метод защиты и обвинения не может не зависеть от усвоенной законодателем теории доказательств; если это—так наз. теория формальных доказательств, то роль защиты и обвинения не может не свестись к простому подсчету прошедших перед судом полных и неполных, совершенных и несовершенных доказательств; если законодателем усвоена система оценки доказательств по „внутреннему убеждению“, которая означает оценку имеющегося в деле доказательственного материала по его внутренней ценности, то на прокуратуре не лежит никакой иной обязанности, кроме извлечения из этого доказательственного материала всего того, что говорит в пользу обвинения, точно так же, как суд, вынося свое заключение по „внутреннему убеждению“, ничем другим, как только прошедшим перед судом доказательственным материалом, пользоваться не может; почему защита должна поступать иначе? почему защитник не должен также извлечь из того же доказатель-

¹⁾ Приводим возражения, которые были сделаны при обсуждении настоящего доклада в „Доме Ученых“ 23 февр. 1926 г.

ственного материала все, что говорит в пользу обвинения, независимо от тех внесудебных сведений, которыми он располагает, и почему он не может пополнять этот материал новыми доказательствами, доказывающими хотя бы и вопреки истине невиновность обвиняемого?¹⁾ Вопрос был бы тогда законным, если бы верна была предпосылка, которая утверждает, что внесудебные сведения не должны влиять на поведение обвинителя. Ниже мы подробнее останавливаемся на вопросе: может ли адвокат, пред'явивший от имени своего клиента обвинение в клевете, поддерживать обвинение, если данные дела дают для этого основания, но сам он знает, что в действительности его клиент виновен в поступке, приписанном ему обвиняемым, и что последнему угрожает быть признанным виновным в клевете без достаточных к тому оснований. Полагаем, что в отрицательном ответе на этот вопрос едва ли с чьей-либо стороны может быть сомнение. А между тем, если стоять на той точке зрения, что доказательства, не прошедшие перед судом, должны быть вовсе игнорируемы сторонами, то ответ на последний вопрос должен быть бы иным: обвинитель должен обвинять заведомо для него невиновного подсудимого, если

¹⁾ Приведенное возражение могло бы, пожалуй, быть подкреплено ссылкой на авторитет Миттермайера, который находит, что обязанность защитника несколько не изменяется... даже если бы подсудимый, по особому доверию к нему, признался ему сам", ибо убеждение защитника, на основании которого он должен действовать при защите, должно зависеть только от судебного производства". („Руководство к судебной защите по уголовным делам". Изд. А. Унковский. М. 1963 г., стр. 48).

доказательственный материал дает для этого возможность ¹⁾).

Другое возражение, которое делается против английской доктрины, направлено против рекомендуемого ею отказа от защиты по соглашению обвиняемого, признавшего защитнику, но не желающего признаваться перед судом, если отказ не требует мотивировки перед судом и подсудимый может обратиться к другому защитнику или просить о назначении ему защитника. В этом случае, настаивая, что не может быть никакой разницы в отношении адвоката к защите по соглашению и к защите по назначению, говорят: адвокат, отказываясь, при указанном условии, от защиты, ставит другого защитника в такое положение, которое для себя он считает неприемлемым. Возражение, с которым трудно согласиться: если

¹⁾ Наш оппонент в „Доме Ученых“ тем более должен был бы почувствовать шаткость своей позиции, что, как сам он указал, прокурор, если бы обвиняемый ему признался во время судебного разбирательства вне суда, должен был бы покинуть прокурорскую трибуну для того, чтобы предстать перед судом в качестве свидетеля. Значит, определяют же внесудебные сведения поведение прокурора на суде. Предвидя это замечание, наш оппонент парировал его возражением: но, ведь, защитник не может быть свидетелем в отношении того, что он узнал от своего клиента. Совершенно верно, но ведь, из обязанности сохранять тайну клиента ничего большего для защитника не вытекает, как обязанность не делать ничего такого, чем эту тайну он мог бы выдать, — не больше того. Но как эта обязанность может оправдать, напр, представление суду в подтверждение мнимой невиновности обвиняемого доказательства, — допустим даже, удостоверяющего обстоятельство, действительно имевшее место, но вместе с тем такого, которое способно ввести суд в заблуждение при решении вопроса о виновности обвиняемого?

обвиняемый обратился к новому защитнику и он окажется в том же положении, что и предыдущий, то он должен будет поступить так же, как и предыдущий, если же обвиняемый не повторит ему своего признания, то он уже будет в другом положении ¹⁾. Если обвиняемому защитник будет назначен и он ограничится „отрицательным методом“ защиты, то, разумеется, это уже внесет в его поведение компромисс, но компромисс невольный, неизбежный, вынужденный, с одной стороны, необходимостью выполнить возложенный на него долг защиты, а с другой,—обязанностью сохранить доверенную ему тайну, между тем как этой вынужденности компромисса—при начале свободы выбора дел—для защитника по соглашению не существует.

В заключение заметим, что английская доктрина сложилась не сразу. Той формулировке, которую она получила в постановлении Лондонского Совета адвокатуры, предшествовали споры и разногласия, впервые вызванные в 1840 г. так наз. „делом Курвуазье“. Курвуазье обвинялся в убийстве своего хозяина лорда Рэсселя. Его защищал адвокат Филиппс. На второй день судебного разбирательства обвиняемый признался своему защитнику в том,

¹⁾ Скажут: но, ведь, дело правосудия несколько не выиграет от того, что обвиняемый, наученный опытом, не поставит нового защитника в затруднительное положение своим признанием. Дело правосудия, конечно, от этого ничего не выиграет, но адвокатура выиграет и в своих собственных глазах, и в глазах общественного мнения, если правилом ее профессиональной этики будет, что ее представители не могут, по соглашению с обвиняемым, даже косвенно притиводействовать правосудию.

что именно он совершил убийство, но в ответ на вопрос: „Вы, конечно, признаете себя виновным и перед судом?“ ответил: „Нет, я надеюсь, что вы будете защищать меня до последней возможности“. „Мое положение в этот момент,— писал адвокат, поведение которого вызвало затем страстную полемику в прессе, было, кажется, беспримерным в истории адвокатской профессии“. Кончилось тем, что, после колебаний, Филиппс решил последовать указанию не участвовавшего в процессе, пользовавшегося большим авторитетом, судьи барона Парке, к которому он обратился за советом. Судья Парке посоветовал ему добросовестно использовать все аргументы, вытекающие из доказательственного материала. Филиппс последовал совету; однако, своею речью дал повод для справедливых упреков, что, хотя, он использовал в интересах подсудимого доказательственный материал, согласно совету судьи Парке, но сделал это не так, как советовал ему Парке, т.-е. едва ли добросовестно: сначала заявивший было своему товарищу по защите о своем решении отказаться от защиты, Филиппс затем так увлекся защитою, что позволил себе намекать, что действительными убийцами могли быть другие слуги того же хозяина, и даже закончил свою речь к присяжным заседателям напоминанием о тех угрызениях совести, которые будут преследовать их до конца дней, если они вынесут ошибочный обвинительный приговор. Уервель, из „Этюдов“ которого, посвященных адвокатской этике, мы заимствуем этот казус, заканчивает его рассмотрение следующими выводами о надлежащем поведении адвоката при об-

стоятельствах, подобных тем, какие имели место в деле Курвуазье:

„Адвокат обязан оставаться в деле и продолжать защиту; тем менее он может позволить себе во время разбирательства дела утверждение, что его клиент виновен“.

„Его обязанность даже при таких обстоятельствах заключается в защите клиента от обвинения без достаточных доказательств“.

„Он не имеет права даже тогда, когда факты допускают возможность виновности других лиц, высказывать полозрение в отношении невиновного или вредное для репутации свидетелей“.

„Совершенно недопустимо, чтобы он настаивал на своем убеждении в невиновности обвиняемого, когда ему известно, что он виновен“¹⁾.

Предыдущие вопросы все относились к судебной защите в судебной инстанции, рассматривающей дело по существу. Следующий вопрос относится к кассационной инстанции.

15) Может ли защитник, допущенный к поддержанию кассационной жалобы, отказаться от принятой на себя защиты в кассационной инстанции на том основании, что, ознакомившись с делом, он не нашел в нем недостаточных кассационных поводов?

Именно такой казус послужил поводом для дисциплинарного производства о члене Московской Коллегии Защитников Л., подавшем, как

¹⁾ F. Warvelle, Essays in legal ethics. Chicago, 1902, стр. 211—216.

сказано в отчете о его дисциплинарном деле, заявление „в Кассационное отделение Верховного Суда с отказом от выступления за отсутствием кассационных поводов“¹⁾). Мы не имеем оснований оспаривать самый вывод Президиума Коллегии Защитников, пришедшего к заключению о виновности члена кол. Л., который, не найдя кассационных поводов в деле, прекращенном затем Кассационной Коллегией, заявил об этом Кассационной Коллегии, но соображения, высказанные по этому поводу Президиумом Коллегии Защитников, по нашему мнению, были бы правильны только в том случае, если бы дело шло об отказе от защиты в первой инстанции. Президиум Коллегии Защитников пишет: „Подобный довод (т.-е. довод об отсутствии кассационных поводов) вообще не может быть основанием для отказа от защиты. Ссылка на свое суб'ективное убеждение не изменяет дела... Знакомясь с делом, анализируя факты и доказательства, рассматривая материал с точки зрения кассационной проверки, защитник не должен поддаваться суб'ективным впечатлениям, он должен выполнять свои обязанности, он обязан оказывать юридическую помощь подзащитному“.

Соображения эти безусловно неприменимы к чисто кассационному процессу, т.-е. к такому, в котором отмену приговора влечет за собою лишь нарушение закона формального или материального, ибо вопрос о том, есть или нет на

¹⁾ Президиум Московской Губернской Коллегии Защитников. Организационная работа и вопросы этики. 1924 г., стр. 26.

лицо нарушение закона, решается без участия „впечатлений“ (конечно, бывают исключения) путем формального сопоставления актов дела с нормами закона и нередко не допускает иного решения, кроме отрицательного, и притом обязательного для всякого сведущего юриста.

В некоторой мере приведенное Президиумом Кол. Защитников соображение может быть оправдано в применении к существующему у нас в настоящее время кассационному производству, оставляющему место и для рассмотрения дела по существу; однако, и при нашем кассационном (строго же говоря, ревизионном или даже ревизионно-апелляционном ¹⁾) производстве все же можно представить себе случаи, в которых, при отсутствии в деле нарушений законов процессуального или материального права, следствие по делу настолько полно, что требование восполнения его несуществующих пробелов было бы явно искусственно придумано, а назначенное наказание не превосходит возможного по закону *minimum*'а. Требовать, чтобы и в этом случае защитник во что бы то ни стало поддерживал кассационную жалобу, не значило ли бы это рисковать перейти ту границу, „где кончается адвокатская свобода (убеждение) и служение правосудию, и начинается недостойное кляузничество?“ ²⁾.

¹⁾ См. нашу статью „Юридическая природа кассации по УПК“, в журн. „Право и Жизнь“, 1924 г., кн. I; по тому же вопросу см. проф. П. И. Люблинский, Границы кассационного обжалования и кассационного рассмотрения по УПК, в том же журн., 1924 г., кн. 7—8, стр. 82—85 и кн. 9, стр. 51—53.

²⁾ См. выше стр. 10.

Обращаясь к конкретному казусу, бывшему на рассмотрении Президиума Московской Коллегии Защитников, мы полагаем, что неправильность образа действий члена кол. Л. заключалась не в том, что он отказался от поддержания кассационной жалобы, если предположить, что он это сделал своевременно, т.-е. когда подсудимый мог еще обратиться к другому защитнику, и не в том, что он не нашел в деле достаточных кассационных поводов, а в том, что он заявил об этом, т.-е. об отсутствии в деле, по его мнению, кассационных поводов суду; тем самым он занял позицию, совершенно несвойственную защите, и явно нарушил оказанное ему подсудимым доверие: слагая с себя защиту, выходя из процесса, он, однако, через плечо бросил свой камень в обвиняемого, от которого удалялся, положил свое мнение на ту чашу весов правосудия, которая своим падением вниз должна была перетянуть стрелку весов в сторону уже состоявшегося обвинительного приговора и тем придать ему непоколебимую крепость „закона по данному делу“.

Нет такого требования закона, которое обязывало бы защитника, слагающего с себя защиту, принятую по соглашению, мотивировать перед судом отказ от защиты, если только этот отказ своевременен.

Справедливость, однако, заставляет указать, что при существовании особого института допущения к защите, выход из процесса допущенного уже к защите адвоката может быть в некоторой мере затруднен соображениями тактического порядка. Немотивированный отказ адвоката от защиты мо-

жет вызвать у суда представление о недостаточной серьезности и взвешенности его же ходатайства о допущении к защите.

Это опасение, однако, отсутствует там, где для ознакомления с делом защитнику достаточно предъявить заявление подсудимого о желании иметь данное лицо своим защитником или общую доверенность на ведение дел подсудимого, и где для перемены избранного защитника достаточно простого заявления подсудимого (так было по ст. 568 нашего уст. угол. судопр.).

Из сказанного следует, что в кассационной инстанции нежелательна защита по специальному — именно для кассационной инстанции — назначению от суда. Она возможна лишь по назначению от корпоративного органа самой адвокатуры с правом мотивированного и подлежащего контролю отказа от защиты, заявляемого органу, от которого исходит назначение.

Ко всем предыдущим вопросам мы позволим себе присоединить — конечно, несколько искусственно — еще один вопрос. Бывают случаи, когда защита от обвинения выливается в форму обвинения; это — в делах о клевете, в которых защитник оклеветанного выступает, как обвинитель клеветника. Спрашивается:

(16) Может ли адвокат принять на себя обвинение, зная, что правда на стороне обвиняемого?

Поводом для постановки такого вопроса в статье германского прокурора Кржечинского ¹⁾ послу-

¹⁾ Chrzeschinsky, Grenzen und Pflichten des Staatsanwalts und Verteidigung, в „Deutsche Juristen-Zeitung“, 1925, Н. 23. 1770.

жила недавно пользовавшаяся большим успехом в Германии пьеса английского автора Galsworthy „Общество“.

Коротко фабула пьесы заключается в следующем. Офицер Денси, отличившийся во время войны, совершает кражу; потерпевший бросает ему в лицо обвинение в краже. Офицер поручает адвокату возбудить против того, кто назвал его вором, обвинение в клевете. Адвокат берется за дело в полном убеждении в правоте своего клиента. В конце первого дня слушания дела адвокат получает сообщение со стороны, что кража действительно совершена офицером; сообщение подкрепляется не оставляющими сомнений доказательствами. Перед лицом очевидности офицер признается адвокату в своем преступлении. На следующий день адвокат заявляет суду, что он отказывается от поддержания обвинения. В результате—распоряжение суда об аресте Денси, который избегает ареста, произнося сам себе смертный приговор: он застреливается.

Несмотря на трагический финал процесса, вызванный образом действий адвоката, нельзя не присоединиться к мнению автора статьи в „Deutsche Juristen—Zeitung“, что поступить иначе адвокат не мог. Не может быть правила профессиональной этики, позволяющей адвокату лгать для защиты обвиняемого, но легко себе представить смягчающие в этом случае вину адвоката обстоятельства. Напротив, с самого начала отталкивает от себя всякая попытка оправдать ложь обвинения. Между тем адвокат в обсуждаемом казусе не мог избежать лжи перед судом, встав на чисто

формальную точку зрения и заявив суду: „обвинитель отрицает факт и требует представления доказательств обвиняемым“. Такой прием не только опасен, так как могло случиться, что обстоятельства, ставшие известными адвокату, взявшему на себя поддерживать обвинение в клевете, стали известными противной стороне, но он был бы, как выражается автор статьи, из которой мы заимствовали казус, и „нечестной игрой“. Не мог адвокат передать поддержание обвинения и другому лицу, неосведомленному о действительном положении дела, потому что это „значило бы лгать чужими устами“.

V.

В только что названной английской пьесе адвокат отклоняет попытку убедить его не отказываться от представительства обвинения в суде заявлением: „Мы выполняем высокое призвание“.

Поддержать адвокатуру на высоком уровне можно только постоянным напоминанием о ее „высоком призвании“. Поэтому, заслуживает самого энергичного осуждения такое отношение к адвокату, которое деградирует ее в ее собственных глазах, которое низводит ее на уровень простого ремесла, и которое ставит адвоката рядом со всяким другим лицом, продающим свои услуги. Как говорил в свое время—при обсуждении проекта германского устава уголовного судопроизводства 1877 г.—Руд. Гнейст, „законодатель должен пойти навстречу защите с тем доверием, которое в наибольшей мере способно противодействовать наклонности к злоупотреблениям, ибо

недоверие подстрекает к злоупотреблениям, доверие же обеспечивает достойное пользование (предоставленными средствами)“¹⁾.

На ряду с таким отношением к адвокату, которое соответствовало бы ее „высокому призванию“, есть и другое общее условие, необходимое для того, чтобы правило „не лги“, как норма поведения адвоката на суде, находило себе действительную санкцию в осуждении за нарушение его как со стороны широких кругов общества, так и со стороны той профессиональной среды, к которой он принадлежит, а не только со стороны органов, осуществляющих над членами этой среды дисциплинарную власть. Это второе условие—популярность правосудия, которая в свою очередь предполагает, что суд и закон являются действительно выразителями общественного правосознания. Всякий раз, когда между законом и общественным правосознанием образуется пропасть,—так было у нас в предреволюционную эпоху,—всякий раз, когда суд начинает служить интересам меньшинства, а не большинства, подсудимый в глазах этого большинства превращается в жертву правосудия, и тогда трудно ожидать, что норма „не лги“, обязательная для адвоката, как и свидетеля, будет действительно в большинстве случаев руководить поведением того и другого.

Вопреки прямо, а еще чаще непрямо высказываемому мнению, мы старались доказать, что требование правды от всех заявлений адвоката

¹⁾ Цит. в статье Mamrtoh'a в „Deutsche Strafrechts-Zeitung“ 1914, II.

есть не знающее исключений требование профессиональной этики. Но, ведь, над профессиональной этикой стоят более широкие, но и—в общем сознании—более высокие нормы общеобязательной этики ¹⁾. И вот в нормах этой-то более высокой этики, знающей „ложь во спасение“, адвокат, сколько бы ни напоминали ему о его профессиональном долге, найдет для себя оправдание перед судом своей совестью, прибегая к неправде для спасения того, кто—в глазах не его только, а в глазах большинства сознательно относящегося к правосудию общества—является „жертвой правосудия“. К каким опасным выводам в понимании долга защиты приводит такое отношение к суду и подсудимому, мы отметили выше, когда останавливались на взглядах на защиту германского адвоката Вольфганга Гейне. Не случайно, однако, именно Гейне должен был усвоить взгляд на защиту в сущности, как на борьбу с правосудием. Вольфганг Гейне—старый испытанный защитник представителей рабочего класса перед классовым буржуазным германским судом ²⁾. Немудрено, что долгие годы состязания на судебной арене учили его видеть противника не только в прокуратуре, но и в суде. А ведь, в борьбе с против-

¹⁾ Мы не говорим: общечеловеческой этики. Такой не существует. Другого рода дело общеобязательная этика; ведь, и классовая этика не может не представлять требования из нее вытекающие не только к лицам класса, в сознании которого она складывается, но и к противникам этого класса.

²⁾ О классовой юстиции в Германии см. в нашей книге „Коалиции рабочих и предпринимателей с точки зрения уголовного права“, 1909 г., гл. III.

ником, да еще с противником сильным и беспощадным, каким является германская буржуазия, трудно требовать большой разборчивости в средствах от более слабой стороны.

Если лучшей гарантией правдивости в словах защиты перед судом является дух доверия, которым должно быть проникнуто правосудие, то это доверие должно быть взаимным: если доверие суда к защите приобретает только безукоризненную корректностью приемов защиты, то, с другой стороны, и суд должен быть безукоризненно объективен в своем отношении к защите. Суд не меньше нуждается в доверии защиты, чем защита в доверии суда, ибо защитник, отнюдь не будучи представителем общества в суде против государства, является, однако, одним из весьма заметных факторов того общественного настроения, которое создается вокруг суда. Поэтому, завоевание судом доверия защиты—возможное только при положительной оценке ее односторонней роли в процессе, это—долг судей перед правосудием своей страны, долг, тем более обязательный, что от авторитета правосудия зависит авторитет и самого права.

ОГЛАВЛЕНИЕ

| | <i>Стр.</i> |
|---|-------------|
| I. Постановка вопроса прежде и теперь | 7 |
| II. План исследования вопроса | 9 |
| III. Общие начала | 12 |
| а) Долг защиты | 28 |
| б) Долг правдивости | 28 |
| в) Профессиональная тайна | 30 |
| г) Независимость от подзащитного | 34 |
| д) Свобода выбора дела при защите по соглашению | 38 |
| е) Общность требований, предъявляемых к защите по соглашению и к защите по назначению | 41 |
| IV. Казуистика (применение общих начал к отдельным случаям) | 42 |
| V. Общие условия, обеспечивающие правдивость защиты | 90 |