

Е.А. Верхова, адвокат Палаты адвокатов Самарской области, старший преподаватель кафедры «Уголовный процесс и криминалистика»

Тольяттинский государственный университет, Тольятти (Россия)

Ключевые слова: права адвоката-защитника; допустимость доказательств; опрос лиц.

Аннотация: В статье исследуются проблемы применения прав адвоката-защитника, закрепленные в Федеральном законе № 63 от 26.04.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Федеральный закон от 26.04.2002 г. № 63-ФЗ (ред. от 02.06.2016 г.) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в части 3 ст. 6 закрепил права адвоката, согласно чего последний имеет право:

1) собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и иных организаций. Указанные органы и организации в установленном порядке обязаны выдать адвокату запрошенные им документы или их копии;

2) опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь;

3) собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации;

4) привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи;

5) беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине, в условиях, обеспечивающих конфиденциальность (в том числе в период его содержания под стражей), без ограничения числа свиданий и их продолжительности;

6) фиксировать (в том числе с помощью технических средств) информацию, содержащуюся в материалах дела, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, соблюдая при этом государственную и иную охраняемую законом тайну;

7) совершать иные действия, не противоречащие законодательству Российской Федерации.

Построение уголовного судопроизводства на принципе состязательности сторон (ч. 1 ст. 15 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ) определяет особое место адвоката в доказывании, которое включает выявление, собирание, закрепление и представление доказательств. Все доводы, обосновывающие невиновность подзащитного или смягчающие ответственность, должен выявлять, собирать, закреплять и представлять дознавателю, следователю, прокурору, суду именно адвокат. Собранные и представленные адвокатом доказательства составляют основание для выдвижения и проверки имеющихся и новых версий по делу, производства различных процессуальных действий.

Согласно ч. 3 ст. 123 Конституции РФ уголовное судопроизводство, в том числе и на досудебной стадии, должно быть состязательным. Право адвоката самостоятельно собирать доказательства есть самое важное проявление состязательности процесса.

Российское уголовно-процессуальное законодательство впервые закрепило положение о том, что защитник вправе собирать доказательства в п. 2 ч. 3 ст. 53 УПК РФ, а в ч. 3 ст. 86 УПК РФ обозначены и способы такой деятельности. Данная новелла представляет собой значительный шаг в направлении формирования и развития института адвокатского расследования.

Законодательное закрепление права защитника со-

бирать доказательства, безусловно, относится к числу положительных моментов, поскольку направлено на обеспечение принципа состязательности судопроизводства, гарантированного ст. 123 Конституции РФ, хотя и порождает ряд недоумений.

В связи с этим, интересно сравнить положения ст. 86 УПК РФ с соответствующими положениями Федерального закона РФ от 26.04.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

В двух Федеральных законах одна и та же по существу норма сформулирована в отношении прав адвоката-защитника различно: по Уголовно-процессуальному кодексу защитник может собирать доказательства, а по Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат-защитник может собирать сведения, опрашивать лиц, собирать и предъявлять предметы и документы, которые могут быть признаны в дальнейшем доказательствами.

Казалось бы, в тех и других нормах речь идет об одном и том же – о передаче следователю или суду письменных документов и предметов, которыми располагает то или иное лицо, но доказательствами они становятся только после того, как следователь или суд их примет и решит приобщить к делу.

Ключевой нормой здесь выступает перечень доказательств, закрепленных в ч. 2 ст. 74 УПК РФ. В качестве доказательств в соответствии с данной статьей, допускаются: показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта; заключение и показания специалиста; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; иные документы.

Как видно, формулировка четкая и однозначная – только эти семь разновидностей процессуальной информации являются доказательствами по уголовному делу. Среди них нет ни опросов лиц, ни предметов, документов, «собранных» адвокатом – защитником на основании ст. 86 УПК РФ. Показания лиц, как известно, появляются в деле только посредством допросов, очных ставок, т. е. следственных действий, исключительное право на проведение которых имеют только специально уполномоченные органы уголовного преследования (ст. 21 УПК РФ). Вещественными доказательствами признаются предметы только в том случае, если они исследовались следователем и приобщены к делу его специальным постановлением (ст. 81 УПК РФ). Есть «иные документы», которые приобщаются к делу опять же по усмотрению следователя (ст. 84 УПК РФ).

Поэтому до признания представленных сведений, документов и предметов доказательствами они не имеют такого статуса. С этих позиций представляется спорной позиция законодателя о том, что защитник вправе собирать доказательства.

Как представляется, верную позицию в этом вопросе занимает С.А. Шейфер, который указывает: «Признать представленный объект доказательством, ввести его в дело, т. е. включить в систему уже собранных доказательств – это исключительная прерогатива органа расследования, прокурора и суда. Принятие решения о приобщении предмета или документа к делу, в сущ-

ности, представляет собой акт закрепления доказательств, завершающий момент собирания (формирования) доказательств. Пока такое решение не принято – доказательства еще не существуют. Оно еще «не собрано, не сформулировано» [1, с. 26].

Справедливо отметил судья Верховного Суда РФ Колоколов: «Часть 3 статьи 86 УПК РФ подвигла некоторых теоретиков к спешной разработке стратегии, тактики и методики сбора доказательств защитой. Это и неудивительно, поскольку законодатель, признав за адвокатом такое право, забыл урегулировать порядок его реализации» [2, с. 67]. Действительно, пробел в этом отношении очевиден и порождает значительные проблемы в практической деятельности.

В настоящее время поток объяснений от граждан, отобранных адвокатами, в суды не прекращается. Однако практика идет по такому пути, что судьи и следователи игнорируют такую форму информации. В связи с этим проблема опроса лиц как способа собирания доказательств со стороны защиты становится весьма актуальной. Этот путь собирания доказательств защитником применяется только с согласия опрашиваемых лиц и представляет собой на первый взгляд непроцедурный, ничем не регламентированный диалог защитника с лицом, предположительно располагающим сведениями, которые относятся к предмету доказывания по уголовному делу. Практика в этом отношении разобщена: сложились различные формы фиксации сведений, полученных при опросе, начиная от обычной записи в блокнот адвоката, заканчивая формальными объяснениями, заявлениями, сообщениями, то есть составлением документа.

Анализируя полномочия адвоката, указанные в ст. 2 закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», можно отметить, что, оказывая юридическую помощь, защитник имеет право составлять заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера, которые в ряде случаев можно отнести к иным документам по смыслу п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ.

По мнению В. Фалилеева, Ю. Гармаева, сведения, полученные защитником при опросе, станут допустимыми доказательствами лишь тогда, когда компетентные субъекты допросят это лицо [3, с. 91].

Подобная точка зрения, по мнению И. Маслова, обоснована, поскольку законодатель в ч. 3 ст. 86 УПК РФ недвусмысленно говорит о том, что защитник вправе собирать доказательства, то есть собранные адвокатом сведения являются доказательствами по делу, но оценивать их допустимость у защиты права нет. Одной из наиболее приемлемых форм фиксации результатов опроса является протокол опроса [4, с. 36].

На наш взгляд, теоретическое решение изучаемой проблемы – удел науки уголовно-процессуального права. Между тем в доктрине на сей счет ограничиваются воспроизведением предписаний закона либо весьма категорическими суждениями, а не аргументированными выводами, предложениями, основанными на обстоятельном анализе всех норм современного российского законодательства, регламентирующего рассматриваемый вопрос.

И.Б. Михайловская считает, что «несмотря на указанное в ч. 3 ст. 86 УПК РФ право защитника собирать доказательства, его содержательное раскрытие свидетельствует о том, что сведения, собранные им, не имеют надлежащей процессуальной формы и в силу этого не могут иметь статуса доказательств» [5, с. 149]. «Указанные документы», – завершает свою мысль И.Б. Михайловская, – «приобретают такой статус только после решения суда, прокурора, следователя, дознавателя о приобщении их к материалам дела» [5, с. 151].

Приведенные И.Б. Михайловской аргументы некорректны, ибо противоречат закону – п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, в котором указано, что защитник полномочен «собирать и представлять доказательства, необходимые для оказа-

ния юридической помощи, в порядке, установленном частью третьей статьи 86 настоящего Кодекса».

Кроме того, И.Б. Михайловская не упоминает о том, что защитник не только выявляет, собирает и фиксирует сведения, необходимые для осуществления защиты, но и вправе получать предметы, документы, привлекать специалистов для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов (п. 3 ч. 1 ст. 53, ч. 1 ст. 58 УПК РФ). Выявленные и собранные адвокатом в предусмотренном законом порядке сведения, предметы, документы являются допустимыми доказательствами, а с момента приобщения их к делу они становятся его материалами.

Данную позицию поддерживают и В. Фалилеев и Ю. Гармаев, которые считают, что даже если защитник получил во время опроса сведения, интересующие сторону защиты, то они станут допустимыми доказательствами лишь тогда, когда компетентные субъекты допросят это лицо. Более того, если защитник требует приобщить к делу протоколы опроса, а следователь не может допросить такое лицо, то такие доказательства не являются допустимыми и юридической силы не имеют [3, с. 91]. Если защитник в порядке ч. 3 ст. 86 УПК РФ добыл или получил от третьих лиц предметы или документы, оправдывающие или смягчающие вину его подзащитного, то следователь должен произвести выемку такого предмета или документа у защитника.

Несмотря на то, что УПК РФ конкретно не предусматривает процессуального документа такого рода, ст. 475 УПК РФ расширяет право должностного лица со стороны обвинения при отсутствии требуемого процессуального документа в перечне бланков процессуальных документов, предусмотренных гл. 57 УПК РФ, составлять его с соблюдением структуры аналогичного бланка и требований УПК РФ, регламентирующих осуществление соответствующего процессуального действия.

Стоит согласиться с В. Стройковым в том, что это право может быть уравновешено аналогичным правом защиты, в том числе составления протокола опроса лица, проводимого с его согласия [6, с. 53]. Указанный протокол может быть составлен защитником с соблюдением требований ст. 166 УПК РФ, за исключением того, что в нем должны быть ссылки, что лицо дало свое согласие на опрос, не предупреждалось об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний.

Безусловно, слабостью опроса является отсутствие регламентированной процедуры и ее гарантий. В законе нет запрета на использование адвокатом аудио- и видеозаписей, кино съемки в целях фиксации процедуры. Кроме того, такая форма позволит адвокату обезопасить себя от необоснованных подозрений в каких-либо нарушениях с его стороны.

Наряду с протоколом, возможно собственноручное написание опрошенным заявления, в котором излагаются факты, имеющие значения для дела. Круг вопросов, по которым защитник может опрашивать лиц с их согласия законом не определен. Представляется, что может быть получена любая информация, имеющая отношение к делу. Но прежде, чем приступить к указанным действиям, необходимо выявить свидетеля, который может, например, подтвердить алиби подзащитного уже на предварительном расследовании.

Е.Г. Мартынич полагает, что адвокат может побеседовать с таким свидетелем и убедиться в том, что он обладает такой информацией, затем зафиксировать ее в соответствующей форме, и только в таком случае в ходе судебного разбирательства он сможет заявить обоснованное ходатайство о допросе свидетеля, который подтвердит алиби подсудимого [7].

По мнению Конституционного Суда, праву защиты собирать доказательства по делу корреспондирует обязанность органов и должностных лиц, осуществляющих

уголовное судопроизводство, рассмотреть каждое ходатайство, заявленное в связи с исследованием доказательств [8].

Полагаем, что ст. ст. 159, 274 УПК РФ исключают возможность произвольного отказа в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении к материалам уголовного дела и исследовании представленных ею доказательств. В связи с чем такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как несоответствующее требованиям закона, является недопустимым, либо когда обстоятельства, которые призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств.

Следует согласиться с предложением Е.Г. Мартынчик об изменении названия и дополнения содержания ст. 166 УПК следующим образом: назвать ст. 166 УПК РФ «Протокол следственного и иного процессуального действия», а затем ч. ч. 1, 2, 3 ст. 166 УПК РФ дополнить словами «протокол следственного или иного процессуального действия». Таким путем право адвоката совершать иные процессуальные действия по сбору доказательств на досудебном производстве обретет форму, в которую эта деятельность должна быть облечена [9].

На основании вышеизложенного считаем, что при принятии решения должностное лицо обязано объективно рассмотреть ходатайство и обосновать свое решение, при этом ссылаясь на конкретные доводы, подтвержда-

ющие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет защита. В противном случае, защитнику придется обжаловать данное решение.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. М.: Инфра-М, 2008. 240 с.
2. Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование // Адвокатская практика. 2005. № 3. С. 12–13.
3. Фалилеев В., Гармаев Ю. Пределы полномочий защитника по собиранию доказательств (взгляд с позиции обвинения) // Уголовное право. 2003. № 1. С. 90–91.
4. Маслов И. Адвокатское расследование // Законность. 2004. № 10. С. 34–36.
5. Михайловская И.Б. Эволюция уголовно-процессуального законодательства: 2001–2011 гг. // Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации 2001–2011 гг. М.: Норма, 2013. С. 3–23.
6. Стройков В. Реализация прав защитника на опрос лиц // Законность. 2004. № 6. С. 52–54.
7. Мартынчик Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2005. № 1. С. 9–14.
8. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 г. № 467–0 по жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Конституционный суд Российской Федерации. URL: doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision15122.pdf.
9. Конституционный суд Российской Федерации. URL: doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision33560.pdf.

TO THE QUESTION ABOUT GATHERING EVIDENCE ATTORNEY

© 2016

E.A. Verkhova, a lawyer of Chamber of lawyers of the Samara region, senior lecturer of the chair «Criminal process and criminalistics»
Togliatti State University, Togliatti (Russia)

Keywords: rights of defense counsel; the admissibility of evidence; interviewing persons.

Abstract: The article studies problems of application of the rights of defense counsel, as enshrined in the Federal law № 63 dated 26.04.2002 «On advocate activity and advocacy in Russian Federation».