

Министерство образования и науки РФ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования
«Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»
(Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Кафедра адвокатуры и нотариата

«Деятельность адвоката-защитника по сбору и представлению доказательств в уголовном процессе»

Выпускная квалификационная работа

для квалификации «дипломированный специалист» -
в форме дипломной работы

Москва
2016

Содержание

Введение.....4
1. Теоретико-правовые аспекты деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств.....8
1.1 Историко-правовой анализ содержания деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств.....8
1.2 Способы участия адвоката-защитника в доказывании.....19
1.3 Средства участия адвоката-защитника в доказывании.....30
2. Проблемы и предложения по совершенствованию деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств.....47
2.1 Уголовно-процессуальное значение результатов участия адвоката-защитника в собирании доказательств в уголовном процессе.....47
2.2 Проблемы фиксации действий адвоката по собиранию доказательств по уголовному делу и их результатов.....57
2.3 Проблемы реализации прав адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе.....67
Заключение.....75
Список литературы.....79
Приложения

Введение

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что в 2001 г. в связи с принятием нового Уголовно-процессуального кодекса РФ произошла реформа уголовного процесса, направленная на повышение состязательности и равноправия сторон. Кроме того, в 2002 г. был принят федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». На основании вышеуказанных законов адвокат-защитник впервые в истории России получил права по собиранию доказательств, но в законе не были детально описаны процедуры по их реализации. Фактически появился новый способ участия адвоката-защитника в доказывании – представить новые доказательства, факты, опровергающие обвинение. Для реализации данного способа участия в доказывании в законе были предусмотрены новые средства: получение предметов, документов и иных сведений, опрос лиц с их согласия, истребование документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, привлечение к участию в деле специалиста.

Актуальность проведенного исследования заключается в том, что деятельность защитника осложнена отсутствием достаточно проработанных механизмов реализации прав и системы законодательства в целом. В частности труднореализуемыми видятся полномочия по собиранию и представлению доказательств. В пользу разработки указанной темы также выступает продолжающееся до сих пор негативное отношение к расширению прав адвоката-защитника по участию в доказывании со стороны судебных и следственных органов. Доказывание – это сердцевина уголовного процесса, поэтому вопросы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам предмет повышенного интереса исследователей.

Степень научной разработанности темы исследования. В России исторически исследователи в основном подробно изучали доказательственную деятельность органов дознания, следствия, прокуратуры и суда. Среди ученых, уделивших внимание этой проблеме, можно назвать А.А.Давлетова, В.А.Лазареву, Ю.В.Кореневского, Ю.К.Орлова, В.М.Лебедеву, А.В.Рагулина, И.Л.Пет-

рухина, И.Н.Чеботареву, С.А.Шейфера и др. Однако деятельность адвоката-защитника по участию в доказывании рассматривалась меньше, факультативно и преимущественно в рамках предварительного расследования.

Объект исследования - совокупность правоотношений, возникающих в процессе сбора и представления суду адвокатом-защитником доказательств по уголовному делу с целью защиты прав и законных интересов доверителя.

Предмет исследования - норы права, теоретические представления о деятельности адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве, а также возникающие на практике проблемы при сборе и представлении суду доказательств по уголовному делу.

Цель – всестороннее изучение проблем участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам, поиск и определение наиболее приемлемых путей их разрешения, выработка на этой основе предложений по изменению законодательства и практики его применения.

Для достижения поставленной цели были поставлены и решались следующие **задачи**:

- провести историко-правовой анализ содержания деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств;

- изучить способы участия адвоката-защитника в доказывании;

- рассмотреть средства участия адвоката-защитника в доказывании;

- определить особенности участия адвоката-защитника в собирании доказательств в уголовном процессе;

- разработать порядок фиксации действий адвоката по собиранию доказательств по уголовному делу и их результатов;

- выявить проблемы реализации прав адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе и пути их решения.

Научная новизна исследования состоит в том, что в нем проведен анализ деятельности адвоката-защитника по собиранию и представлению доказательств в уголовном процессе. Проведен анализ правовой природы права адвоката на сбор доказательств, нормативно-правовой базы, определяющей содер-

жание, пределы данной деятельности. Сформулированы требования, которым должна отвечать деятельность адвоката по собиранию доказательств, обусловленные правилами доказательственного права и адвокатской этики. Исследована практика реализации адвокатом данного права в сфере уголовного процесса Выявлены существующие сложности и причины, их порождающие. Сформулированы предложения по внесению изменений и дополнений в современное законодательство России, регламентирующее деятельность адвоката-защитника сбору и представлению доказательств в уголовном процессе. Проанализировано современное состояние дел в области реализации права адвоката-защитника по сбору и представлению доказательств по уголовному делу.

Теоретическая и эмпирическая основа.

Теоретическую основу представленной работы составили диссертации, монографии, учебники и специальные публикации в виде методических пособий для адвокатов, статьи, относящиеся к деятельности адвоката в уголовном процессе, а также адвокатуры в целом. В частности, работы Алексеевой Л.Б., Баранова Д.П., Баева О.Я., Божьева В.П., Кипниса Н.М., Лазарева А.В., Леви А.А., Лубшева Ю.Ф., Лупинской П.А., Резника Г.М., Стецовского Ю.И., Смоленского М.Б., Стешенко Л.А., Беньяминова З.Я., Ивакина В.Н., Кучерены А.Г. и многих других. Эмпирическую базу исследования составили: Конституция РФ, современное и ранее действовавшее уголовно-процессуальное законодательство России, федеральные законы, постановления Конституционного Суда РФ и Пленума Верховного Суда РФ, материалы опубликованной судебной практики, а также материалы и документы Всероссийских съездов адвокатов и Совета Федеральной палаты адвокатов (ФПА) РФ, доклады и правовые позиции ФПА РФ.

Кроме того, использовались труды российских адвокатов и ученых, опубликованных в специализированных периодических изданиях, среди которых журналы «Адвокат», «Lex Russica», «Адвокатская практика», «Адвокатская палата», «Российская юстиция», «Правоведение», «Право и экономика», газеты –

«Новая газета», «Новая адвокатская газета», «Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации», а также в других изданиях.

Методологическая основа исследования базируется на общенаучном диалектическом методе познания объективной действительности. Выводы и рекомендации, содержащиеся в исследовании, опираются на положения формальной логики, а также на сравнительно-правовой, историко-правовой, логико-юридический методы.

Теоретическое и практическое значение исследования заключается в том, что его результаты содержат решение задач, имеющих значение для развития и совершенствования приемов и способов деятельности адвокатов-защитников в уголовном процессе. Изложенные в работе положения, выводы и рекомендации могут быть использованы в деятельности адвокатов и способствовать совершенствованию адвокатской практики, а также найти применение в учебном процессе юридических вузов, в системе повышения квалификации адвокатов, подготовке научных работ и методических пособий по данной проблематике.

Структура и объем работы. Работа состоит из введения, двух глав, включающих в себя шесть параграфов, заключения, списка литературы и трех приложений.

1. Теоретико-правовые аспекты деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств

1.1 Историко-правовой анализ содержания деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств

Адвокатура представляет собой крупнейший в России институт гражданского общества, главной целью которого является защита прав и свобод человека. Участие адвоката в уголовном процессе - это необходимое условие и неотъемлемый элемент осуществления уголовного судопроизводства. Обеспечивая защиту прав и свобод подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений, адвокатская деятельность направлена тем самым на укрепление законности в сфере правосудия, на полноценную реализацию его конституционных принципов.

Право на представление доказательств адвокату-защитнику было предоставлено ч.2 ст.51 УПК РСФСР от 27.10.1960 г., позже - ст.6 Закона от 30.11.1979 г. «Об адвокатуре в СССР» и ст.15 Закона от 20.11.1980 г. «Об утверждении Положения об адвокатуре РСФСР». Роль адвоката-защитника при этом сводилась к заявлению ходатайств о производстве тех или иных следственных действий либо о приобщении к уголовному делу документов или предметов. Фактические данные, которые получены по уголовному делу, на стадии предварительного расследования или судебного разбирательства становились доказательствами лишь после процессуальных действий следователя, дознавателя или судьи, т.е. защитник просил, а следователь, дознаватель или судья решали, быть доказательству или не быть.

Таким образом, следователь, дознаватель или судья собирали доказательства, а другие участники, в частности адвокат-защитник, помогали им в этом. Поэтому никто и не утверждал, что по УПК РСФСР адвокат-защитник имел право на самостоятельное собирание доказательств. Регламентация названного права помогла повысить качество оказываемой юридической помощи в рамках уголовного процесса. В свою очередь адвокат-защитник имел право представ-

лять доказательства которые он получил от своего подзащитного либо истребовал через юридическую консультацию.

Впервые в истории российской адвокатуры в п.2 ч.1 ст.53 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ (далее - УПК РФ) с момента допуска к участию в уголовном деле адвокат-защитник получил право собирать доказательства, которые нужны для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч.3 ст.86 УПК РФ, в соответствии с которой адвокат-защитник имеет право собирать доказательства путем:

1) получения предметов, документов и иных сведений;

2) опроса лиц с их согласия;

3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии.

Дополнительное средство участия адвоката-защитника в доказывании это право на привлечение к участию в деле специалиста[1].

Доказывание это предусмотренная уголовно-процессуальным законом деятельность органов дознания, предварительного следствия, прокурора и суда при участии иных субъектов уголовного судопроизводства по собиранию, проверке и оценке фактических данных об обстоятельствах, установление которых необходимо для правильного разрешения уголовного дела.

Следует отметить, что законодатель не дал определение понятию «собирание доказательств». Стоит лишь путем толкования догадываться, что он имел в виду, а это влечет за собой очевидные противоречия и проблемы. К примеру, согласно ст.74 УПК РФ под доказательствами понимаются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, при производстве по уголовному делу, а также других обстоятельств, которые имеют значение для уголовного дела. Из данно-

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. п.3 ч.1 ст.53, ч.3 ст.80.

го определения можно сделать вывод, что адвокат-защитник не включен в перечень лиц, которые вправе устанавливать обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, в связи с тем, что нет признака допустимости той информации, которая перечислена в ч.3 ст.86 УПК РФ.

Представляется, что адвокат-защитник имеет право собирать информацию, а это понятие раскрывает ст.2 Федерального закона (далее - ФЗ) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» как сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления. Иначе говоря, адвокат-защитник не собирает доказательства (если брать за основу то определение доказательств, представленное в ст.74 УПК РФ), а осуществляет сбор информации, т.к. права наделения сведений, которые имеют значение для уголовного дела, статусом доказательства у адвоката-защитника нет.

По уголовным делам необходимо устанавливать факты, которые имеют юридическое значение для дела. Факты фигурируют в доказывании в качестве составной части предмета доказывания либо как обстоятельства, которые должны быть доказаны. Для того чтобы считать такие факты установленными, с точки зрения психологии следует использовать «когнитивную» функцию, которая направлена на приобретение знания о них, иначе говоря, реализацию процесса познания объектов материального мира. «Когнитивность» (лат.cognitio, «познание, изучение, осознание») - термин, который обозначает способность к умственному восприятию и переработке внешней информации[2]. Познать одно из значений слова «установить» - доказать, выяснить, обнаружить[3], из этого следует, что требуется познать, доказать все обстоятельства, которые имеют юридическое значение для уголовного дела. Представляется, что доказывание в уголовном судопроизводстве это разновидность процесса познания, который протекает в процессуальной форме, установленной законом.

По мнению В.М.Лебедевой собирание доказательств это «совершение субъектами доказывания, в пределах их полномочий, действий, направленных

[2] Клещенко, Е. Библиотека мозга // Химия и жизнь. 2012. №12. С.3.
[3] Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / Под ред.Л.И.Скворцова. М., 2010. С.1235.

на обнаружение, истребование, получение и закрепление в установленном законом порядке доказательств»[4]. С.А.Шейфер определяет собирание доказательств, как «…их формирование, придание доказательственной информации надлежащей процессуальной формы, сопровождаемое ее преобразованием»[5]. Следует согласиться с нижеследующим утверждением С.А.Шейфера: «Разделяемое многими исследователями и ставшее традиционным представление о собирании доказательств определяет эту деятельность как имеющую познавательно-удостоверительный характер и основанную на отражении и преобразовании в сознании познающего субъекта информации, сведений, содержащихся в следах, оставленных событием»[6]. А.В.Рагулин считает, что под собиранием доказательств следует понимать «совокупность предусмотренных законом процессуальных действий по обнаружению, изъятию (истребованию), получению, закреплению и сохранению доказательств»[7].

В настоящее время существует две основные точки зрения на вопрос о том, являются ли доказательства, полученные адвокатом, полноценными доказательствами, либо они лишь основа для появления доказательств позднее:

1. Адвокат собирает только сведения, информацию, которые позднее дознавателем, следователем и судом преобразуются в доказательства;

2. Адвокат имеет право самостоятельно собирать доказательства.

Первая точка зрения давно известна и наиболее распространена, ее сторонниками являются такие известные ученые как, Ю.К.Орлов, С.А.Шейфер, И.Л.Петрухин, Ю.В.Францифоров, А.А.Ларинков, и др.

Так, по мнению Ю.К.Орлова, адвокаты «не наделены правом самостоятельного собирания доказательств... они могут лишь представлять доказательства, имеющиеся у них в наличии, кроме того адвокаты участвуют в доказывании-обосновании... В соответствии с ч. 3 ст.86 УПК РФ адвокат вправе соби-

---

[4] Уголовно-процессуальное право: учебник / Под ред.В.М.Лебедева. – М.: Юрайт, 2015. С.355.
[5] Шейфер, С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2009. С.146.
[6] Там же. С.32.
[7] Рагулин, А.В. Проблемы законодательной регламентации и практической реализации профессиональных прав адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве: монография. – М.: Федеральная палата адвокатов, 2012. С.84.

рать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов. Он может также привлекать специалиста в установленном порядке[8]. Однако все полученные защитником документы и предметы могут стать доказательствами только после приобщения их к делу по решению лица или органа, осуществляющего производство по делу»[9].

И.Л.Петрухин пишет, что предписания ч.3 ст.86 УПК РФ и действия адвоката-защитника, перечисленные в ней «…производятся за пределами процессуальной формы, установленной для собирания доказательств, без проведения процессуальных действий, поэтому собранные защитником данные не вполне корректно называть доказательствами. Они станут таковыми после приобщения к делу дознавателем, следователем или судом»[10].

Ю.В.Францифоров, указывая на противоречие между ч.3 ст.86 УПК РФ и ч.3 ст.6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», говорил о необходимости приведения ч.3 ст.86 УПК РФ в соответствие с ч.3 ст.6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», т.к. собирать доказательства в полном смысле, который придает им УПК РФ, может лишь должностное лицо, которое осуществляет уголовное судопроизводство[11].

Точка зрения вышеуказанных исследователей, при определении возможностей адвоката-защитника по участию в собирании доказательств, сложилась в связи с тем, что исторически сторона защиты в советский период вообще не собирала доказательств, или принимала участие в собирании намного меньше, чем сторона обвинения и суд. Но, представляется, что нельзя оставлять ситуацию в таком виде сегодня, в т.ч. используя формулировки, что адвокат-защитник не собирает доказательств, а «участвует» в доказывании, собирая доказательственную информацию или сведения.

---

[8] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. п.3 ч.1 ст.53.
[9] Орлов, Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. М.: Юрист, 2009. С.40.
[10] Петрухин, И.Л. Теоретические основы реформ уголовного процесса в России. М., 2004. С.114.
[11] Францифоров, Ю.В. Противоречия уголовного судопроизводства: автореф.дис.д-ра юрид.наук. - Н.Новгород, 2007. С.35.

Тот факт, что у адвоката-защитника нет права собирать доказательства легко обосновать, что многие и делают, толкуя не совершенный, противоречивый, действующий УПК РФ на основе старых ценностей и традиций российского судопроизводства. Однако, такое толкование ущемляет права защитника, а также потерпевшего, представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, подозреваемого, обвиняемого на собирание доказательств, несмотря на прямое закрепление данных прав в ч.2 и ч.3 ст.86 УПК РФ. К сожалению, вследствие сильного влияния политических, исторических и психологических факторов практика Верховного Суда РФ свидетельствует о его приверженности традициям советского уголовного процесса и позиции, согласно которой защитник не собирает доказательств, как не собирают их иные негосударственные участники уголовного процесса[12].

Существующий в любой правовой системе дисбаланс между защитой общества от преступности и охраной прав и свобод лиц, попавших в сферу уголовного преследования, в России неприемлемо велик. Отмечаются такие проявления данного дисбаланса, как избыточная репрессивность правоохранительной системы и уголовного закона, недостаточность механизмов обеспечения прав и интересов граждан в уголовно-процессуальном законе. На уменьшение данного дисбаланса как раз и направлена вторая, новая и современная точка зрения, которая заключается в том, что у адвоката-защитника есть право самостоятельно собирать доказательства. Ее сторонниками являются В.А.Лазарева, Е.Г.Мартынчик, В.Стройков, И.Маслов, В.В.Иванов, А.К.Утарбаев и др.

Ф.Г.Шакхелдов высказывает аналогичное мнение в своем исследовании, которое посвящено участию защитника в доказывании на предварительном следствии, что, поскольку адвокат-защитник имеет право представлять доказательства, то он имеет и право собирать их[13].

Е.Г.Мартынчик вопрос о возможности собирания доказательств адвокатом-защитником изучил более обширно, в т.ч. с теоретических позиций. Он вы-

---

[12] Кассационное определение Верховного суда РФ по делу №39-006-4 от 10 августа 2006 г.

[13] Шакхелдов, Ф.Г. Участие защитника в доказывании на предварительном следствии: автореф. дис. ... канд.юрид.наук. М., 2001. С.11.

делил три основные тенденции совершенствования досудебного производства и развитие институтов[14]:

1. Совершенствование статуса участников, в т.ч. адвоката-защитника;

2. Расширение частного начала в уголовном процессе;

3. Конкретизация процессуальных действий и форм их реализации применительно к деятельности потерпевшего, защитника и иных участников судопроизводства, которые имеют частные интересы.

В своих многочисленных работах о модели адвокатского расследования Е.Г.Мартынчик говорит о том, что адвокат-защитник проводит свое расследование по уголовному делу, которое возбуждает прокурор, следователь либо дознаватель, и в рамках определенного ими досудебного производства. При этом адвокат-защитник расследует дело не параллельно расследованию следователя или органа дознания и не как альтернативное ему, а дополняя то, что они выявляют и устанавливают по конкретному уголовному делу. Эта деятельность, по мнению Е.Г.Мартынчика, является односторонней, нацелена на выявление, установление и закрепление обстоятельств и доказательств, которые имеют существенное значение для защиты интересов подозреваемого, обвиняемого, подсудимого или представительства интересом жертвы преступления, а также обосновывающих наличие оснований для реабилитации подзащитного. Доказательства, которые адвокат-защитник собрал в ходе своего расследования не являются отдельным уголовным делом, а после приобщения их к существующему делу, становятся его частью[15].

В.А.Лазарева по данному вопросу высказывает мнение, что «...Отрицание права защитника собирать, а следовательно, и представлять доказательства, не соответствует новой (состязательной) модели уголовного судопроизводства. По сути, в науке оспаривается часть правового статуса... защитника..., без которой

[14] Мартынчик, Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2004. №1. С.16.

[15] Мартынчик, Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2004. №1. С.16-21.

не может быть в полной мере реализовано право обвиняемого на защиту, нарушается общий баланс прав обвинения и защиты в пользу обвинения»[16].

Помимо этого, ряд авторов вообще не рассматривают вопрос о наличии права у адвоката-защитника на собирание доказательств. Они обращают внимание на возможность оценки материалов собранных адвокатом по одним правилам с доказательствами стороны обвинения, руководствуясь закрепленным в ст.17 УПК РФ принципом свободы оценки доказательств[17].

Представляется, что при нынешнем положении в судебной практике по вопросам, которые связаны с собиранием доказательств адвокатом-защитником, эта точка зрения может быть вполне разумна и практична.

Далее следует проанализировать действующее законодательство в области собирания доказательств адвокатом-защитником. Согласно ст.74 УПК РФ доказательства по уголовному делу это любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, определяют наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, которые имеют значение для уголовного дела.

В качестве доказательств допускаются: показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта; заключение и показания специалиста; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; другие документы. В п.2, п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ закреплено, что адвокат имеет право собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи в порядке, установленном ч.3 ст.86 УПК РФ, а также привлекать специалиста согласно ст.58 УПК РФ. Прочтение ч.3 ст.86 УПК РФ позволяет нам говорить о том, что защитник имеет право собирать доказательства путем: получения предметов, документов и других сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характери-

---

[16] Защита прав личности в уголовном процессе: учебное пособие для магистров / В.А.Лазарева, В.В.Иванов, А.К.Утарбаев. М.: Юрайт, 2011. С.149.

[17] Корякин, Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве [Текст] / Е.Корякин // Российская юстиция. - 2003. - №6. – С.57; Ривкин, К.Е. Статус защитника по новому Уголовно-процессуальному кодексу // Гражданин и право. - 2003. - №3. – С.7-11.

стик, других документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые должны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Необходимо отметить разногласия ч.3 ст.86 УПК РФ с ч.3 ст.6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», в соответствии с которой адвокат-защитник имеет право на: 1) сбор сведений, которые нужны для оказания юридической помощи, включая запрашивание справок, характеристик и других документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, а также общественных объединений и других организаций; 2) опрос с их согласия лиц, которые предположительно владеют информацией, относящейся к делу, по которому адвокат-защитник оказывает юридическую помощь; 3) сбор и представление предметов и документов, которые могут быть признаны вещественными и другими доказательствами, в порядке, который установлен законодательством РФ; 4) привлечение на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, которые связаны с оказанием юридической помощи.

На основе сопоставления вышеприведенных нормативных положений можно сделать следующие выводы:

1. Законодатель не разработал процессуальный порядок производства действий адвоката-защитника, которые описаны в ч.3 ст.86 УПК РФ, по собиранию и представлению доказательств.

2. В ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»», в отличие от УПК РФ, вообще не упоминается право адвоката-защитника собирать доказательства, говорится лишь о праве собирать сведения, а также собирать и представлять предметы и документы, которые возможно будут признаны вещественными и другими доказательствами, в порядке, который установлен законодательством РФ.

3. О праве адвоката-защитника привлекать специалиста для оказания помощи в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для

постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, которые входят в его профессиональную компетенцию, о праве адвоката на получение заключения специалиста (письменного разъяснения вопросов, которые связаны с оказанием юридической помощи), а также о праве на собирание доказательства в виде заключения, в самой ст.86 УПК РФ не только прямо не сказано, но и отсутствует процессуальный порядок производства этих действий адвокатом-защитником.

Представляется, что эти существенные недоработки и рассогласования норм УПК РФ между собой, а также рассогласования УПК РФ и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», требуют выработать единую позицию по исследуемому вопросу, с обязательным внесением изменений в соответствующие законодательные акты. При этом, несмотря на наличие вышеуказанных недостатков и рассогласований уголовно-процессуальных норм, адвокатская практика свидетельствует о том, что предусмотренные в законодательстве России способы собирания доказательств адвокатами-защитниками достаточно распространены.

Современная судебно-следственная практика стоит на позиции, что адвокат-защитник собирает лишь доказательственную информацию. В одном из кассационных определений Следственная коллегия ВС РФ указала: «Из смысла ст.84 и 86 УПК РФ следует, что относимые к делу сведения, полученные защитником в результате опроса частных лиц, изложенные им или опрошенными лицами в письменном виде, нельзя рассматривать в качестве показаний свидетеля или потерпевшего. Они получены в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий их доброкачественности и поэтому могут рассматриваться в качестве оснований для вызова и допроса указанных лиц в качестве свидетелей, потерпевшего или для производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу»[18].

[18] Кассационное определение СК ВС РФ по делу К. от 8 декабря 2004 г. №3-О04-42.

Таким образом, в советский период российской истории адвокат-защитник не имел права собирать доказательства и не относился к субъектам доказывания, под которыми понимались лишь дознаватель, следователь, прокурор, суд. Но в 2001 г. составители действующего УПК РФ сделали попытку изменить ситуацию, фактически закрепив в законе право адвоката-защитника собирать доказательства.

Представляется, что собирание доказательств – это, прежде всего, познание фактических обстоятельств стороной по делу, совмещенное с закреплением, удостоверением в определенной форме полученных, познанных доказательств. Собирание доказательств является подготовкой к доказыванию. Главная, итоговая цель собирания доказательств должна заключаться в их дальнейшем использовании в доказывании сторонами по делу друг перед другом и/или перед судом.

Сегодня на основе изучения вопросов об участии адвоката-защитника в доказывании можно сделать лишь один вывод о том, что у адвоката-защитника фактически нет права собирать доказательства, а есть возможность собирать только информацию (сведения), которая, после ее процессуальной проверки путем проведения следственных или судебных действий возможно будет признана доказательством. Различия в определении понятия доказывания влекут а собой и различия в определении субъектов доказывания, делении их на группы, различия возникают и в ответе на вопрос каковы результаты участия адвоката-защитника в доказывании, имеет ли он право собирать доказательства и должен ли он обладать этим правом в настоящем и будущем[19]. Представляется, что ситуацию необходимо изменить, закрепив в законе в ч.1 ст.86 УПК РФ положение о том, что собирать доказательства имеют право обе стороны судопроизводства, а не только должностные лица и органы государства. В развитие данных изменений закона потребуется детальная нормативная процедура - как и какие доказательства и/или информацию (сведения) собирает адвокат-защитник и другие негосударственные участники уголовного процесса.

[19] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.69-70.

1.2 Способы участия адвоката защитника в доказывании

В законе в ч.1 ст.53 УПК РФ перечислены полномочия, в соответствии с которыми с момента допуска к участию в уголовном деле адвокат-защитник имеет право: 1) иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания согласно п.3 ч.4 ст. 46 и п.9 ч.4 ст.47 УПК РФ; 2) собирать и представлять доказательства, которые нужны для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч.3 ст.86 УПК РФ; 3) привлекать специалиста согласно ст.58 УПК РФ; 4) присутствовать при предъявлении обвинения; 5) принимать участие в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в других следственных действиях, которые производятся с участием подозреваемого, обвиняемого или по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном УПК РФ; 6) знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколам следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, другими документами, которые предъявлялись или должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому; 7) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в т.ч. с помощью технических средств; 8) заявлять ходатайства и отводы; 9) принимать участие в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй, кассационной и надзорной инстанций, а также в рассмотрении вопросов, которые связаны с исполнением приговора; 10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении судом; 11) использовать другие не запрещенные УПК РФ средства и способы защиты.

Дополнительно в ч.2 ст.53 УПК РФ указано, что адвокат-защитник, который принимает участие в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному имеет право давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя

вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но должен занести отведенные вопросы в протокол.

Из перечня прав защитника, в соответствии с п.11 ч.1 ст.53 УПК РФ, следует право защитника использовать иные незапрещенные средства и способы защиты, а не только указанные в кодексе. Однако из текста закона остается неясным, что следует понимать под способами и средствами, где указана процедура для их реализации. По нашему мнению, в ст.53 УПК РФ бессистемно изложены отдельные способы и средства участия адвоката-защитника в доказывании и некоторые процедуры их реализации. По своему характеру большинство норм данной статьи являются отсылочными и раскрываются в других статьях УПК РФ с учетом содержания федерального закона ФЗ №65 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ».

Если посмотреть общеупотребительное значение слова «способ» в словарях русского языка можно выяснить, что способ – это действие или система действий, применяемые при исполнении какой-либо работы, при осуществлении чего-нибудь[20], а также способ – это образ действий, прием, метод для осуществления чего-нибудь[21].

Профессор С.А.Шейфер отмечает такие допустимые приемы защиты, как опорочивание обвинительных доказательств и отыскание защитником смягчающих вину подзащитного обстоятельств[22].

По мнению И.Н.Чеботаревой, способ участия адвоката-защитника в доказывании это система действий по собиранию информации, имеющей доказательственное значение, инициированию проверки и влиянию на оценку доказательств, направленных на осуществление защиты прав и интересов подозреваемых и обвиняемых[23].

---

[20] Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / Под ред.Л.И.Скворцова. М., 2010. С.755.
[21] Словарь современного русского языка. Т.14 [Текст]. М., 1963. С.571.
[22] Шейфер, С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2009. С.127.
[23] Чеботарева, И.Н. Средства и способы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам // Мировой судья. 2011. №9. С.12-14.

Нельзя не согласиться с распространенным мнением известных адвокатов Ю.В.Кореневского и Г.П.Падвы, что если подсудимый отрицает свою виновность, то у адвоката-защитника есть два способа доказать необоснованность предъявленного ему обвинения: «первый - дезавуировать, т.е. опорочить доказательства, положенные в основу обвинения, доказать, что они должны быть оценены судом как не относящиеся к делу, недопустимые, недостоверные либо недостаточные в совокупности для постановления обвинительного приговора; второй - представить в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства новые доказательства, опровергающие обвинение, собранные защитой или истребованные по ходатайству стороны защиты»[24]. Указанные способы адвокату-защитнику следует применять комплексно. Именно умение их реализовать, соблюдая этические стандарты, определяет профессионализм адвоката-защитника.

Первый способ участия адвоката-защитника в доказывании основан на положениях ч.1 ст.88 УПК РФ, согласно которому каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для разрешения уголовного дела. Участвуя в собирании, проверке и оценке доказательств на предварительном расследовании и в суде, защитник в соответствии с выбранной им совместно с обвиняемым позицией, обосновывает, почему то или иное доказательство не относятся к уголовному делу, недопустимо, недостоверно или недостаточно в совокупности для обвинения[25].

Относимость доказательства – это его способность устанавливать обстоятельства, имеющие значение для дела. Доказательство должно иметь связь с обстоятельством, подлежащим доказыванию. Относимые доказательства согласно ст.73 УПК РФ и другие, которые прямо не выводимы из текста уголовно-процессуального закона, предмета и пределов доказывания представлены в Приложении 1 и 2[26].

---

[24] Кореневский, Ю.В. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству. М., 2004. С.127.
[25] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.70-77.
[26] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.78-80.

Вопрос об оценке относимости доказательств весьма сложен и важен, в связи со сложностью определения совокупности имеющих значение для каждого конкретного дела и подлежащих доказыванию обстоятельств. Для адвоката-защитника оценка относимости доказательств стороны обвинения представляет в основном интеллектуальный, логический труд. А именно поиск ответа на вопрос - как то или иное доказательство обвинения подтверждает или опровергает главный факт – совершение преступления, промежуточные факты или входит в предмет доказывания.

Обосновывать относимость доказательства адвокату приходится в случае заявления ходатайства о допросе свидетеля или специалиста. Несмотря на положения ч.4 ст.271 УПК РФ судебная практика свидетельствует о, правуе суда отказать даже в допросе лица, явившегося в суд, если не установит, по поводу каких обстоятельств может дать показания явившийся свидетель, и относятся ли они к рассматриваемому делу. Или же суд может не установить наличие специальных знаний, опыта работы в определенной области науки или искусства у специалиста, соответственно его показания и заключение не будут относиться к данному делу. Часто требуется обосновать относимость к делу разных предметов и документов, представляемых адвокатом следователю или в суд, и здесь нужен в первую очередь здравый смысл и следование правилам логики[27].

Согласно ст.50 Конституции РФ при осуществлении правосудия нельзя использовать доказательства, которые получены с нарушением ФЗ. Принцип законности, изложенный в ст.7 УПК РФ также требует соблюдения закона при собирании доказательств – нарушение закона может повлечь за собой признание доказательств недопустимыми[28]. В соответствии со ст.75 УПК РФ, доказательства, которые получены с нарушением требований УПК РФ, недопустимы, они не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также их использование недопустимо для доказывания любого из обстоятельств, которые должны быть установлены по уголовному делу.

---

[27] Там же. С.77-82.

[28] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ч.3 ст.7.

Недопустимые доказательства представлены в Приложении 3[29].

Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 31.10.1995 г. №8[30] разъяснил, что доказательства следует признавать полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также, если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, которые не предусмотрены процессуальными нормами.

Соответственно допустимость это свойство доказательства, которое характеризует его с точки зрения нижеследующих условий[31]:

1. Доказательство должно быть получено надлежащим субъектом, правомочным по данному делу проводить то процессуальное действие, в ходе которого получено доказательство.

Право должностного лица или государственного органа уголовного судопроизводства на производство следственных, судебных и иных процессуальных действий законодатель определяет: в соответствии со стадией уголовного процесса; в соответствии с подследственностью или подсудностью; в связи с принятием дела к своему производству; в связи с получением поручения на производство следственного или процессуального действия.

Адвокат-защитник вправе заявлять ходатайства об исключении недопустимых доказательств в виде соответствующих протоколов следственных действий на основании того, что собирание доказательств осуществлено ненадлежащим лицом, который не имеет право собирать доказательства, а именно в следующих случаях: 1) отсутствует постановление следователя о принятии дела к своему производству; 2) отсутствует постановление руководителя следственного органа о формировании следственной группы; 3) следственные действия проведены следователем, который не входит в следственную группу при рас-

[29] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.83-84.
[30] О некоторых вопросах применения судом Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. №8.
[31] Уголовно-процессуальное право: учебник / Под ред.В.М.Лебедева. М.: Юрайт, 2015. С.301.

следовании уголовного дела следственной группой; 4) отсутствует постановление прокурора, руководителя следственного органа о передаче дела другому следственному органу; 5) отсутствует поручение другому следователю либо органу дознания на производство следственных действий; 6) после возвращения уголовного дела для дополнительного следствия отсутствует постановление руководителя следственного органа об установлении срока следствия; 7) после возвращения уголовного дела для дополнительного следствия отсутствует постановление следователя о принятии дела к своему производству; 8) следственные действия проведены когда истек установленный законом срок предварительного следствия или дознания; 9) следственные действия проведены следователем или дознавателем, которые подлежат отводу; 10) следственные и другие процессуальные действия провел дознаватель, который проводил или проводит по данному делу оперативно-розыскные мероприятия.

Однако все более широкое распространение получает практика обоснования решений следственных и судебных органов, в т.ч. о применении меры пресечения в виде заключения под стражу и о продлении срока содержания под стражей обвиняемых, результатами оперативно-розыскной деятельности, например справками оперуполномоченных («имеются сведения, что, оставаясь на свободе, обвиняемый может скрыться»; «имеются сведения, что, оставаясь на свободе, обвиняемый может уничтожить доказательства и помешать расследованию»). Заявления стороны защиты по поводу того, что подобные справки и их содержание не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ, так как не проверены путем производства следственных действий в установленном законом порядке, во внимание не принимаются[32].

2. Фактические данные (сведения) должны быть получены лишь из источников, которые перечислены в ч.2 ст.74 УПК.

Адвокат-защитник имеет право оспорить допустимость доказательств на основании того, что оно получено из источника, который не указан в законе, а

[32] О проблемах правосудия и уголовной юстиции в Российской Федерации в связи с обеспечением прав и свобод граждан: доклад Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации от 18 декабря 2012 г.

именно в следующих случаях: 1) лицо допрошено в качестве подозреваемого, обвиняемого, хотя оно еще не приобрело в установленном законом порядке такой уголовно-процессуальный статус; 2) лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления, допрошено в качестве свидетеля; 3) сведения сообщены подозреваемым, обвиняемым не в форме показаний, они зафиксированы не в протоколе допроса, а в протоколе явки с повинной, протоколе задержания, объяснениях и пр.; 4) проведен допрос в качестве свидетеля лица, обладающее свидетельским иммунитетом; 5) экспертиза проведена экспертом, подлежащим отводу; 6) эксперт допрошен без предварительного представления им заключения; 7) доказательства собраны в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами.

3. Доказательство должно быть получено с соблюдением правил проведения процессуального действия, в ходе которого получено доказательство.

Адвокат-защитник вправе оспорить допустимость доказательств на основании того, что следственное действие проведено с нарушением предусмотренного законом порядка, в случаях: 1) вопреки требованиям ст.48 Конституции РФ, ч.4 ст.46, ч.4 ст.47 УПК подозреваемому и обвиняемому не разъяснили их право на получение квалифицированной юридической помощи и право отказаться от дачи показаний; 2) потерпевшим и свидетелям не разъяснили их право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников[33]; 3) показания получены с применением насилия, угроз или пыток; 4) нарушен принцип добровольности при обращении с заявлением о явке с повинной[34]; 5) допрос проводился без участия адвоката-защитника в случае, когда подозреваемый (обвиняемый) от него не отказался; 6) следственное действие в отношении несовершеннолетнего проведено без защитника и/или законного представителя и/или педагога (психолога); 7) следственное действие проведено без участия понятого, когда закон предусматривает обязательность такого участия (обыск, выемка, опознание и др.) и т.д.

---

[33] Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. ст.51; Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. п.3 ч.2 ст.42, п.1 ч.4 ст.56.

[34] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ст.142.

4. При получении доказательства должны быть соблюдены все требования закона о фиксировании хода и результата следственного действия.

В п.2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 г. №1[35] рекомендовано при решении вопроса о том, является ли доказательство по уголовному делу недопустимым по основаниям, которые указаны в п.3 ч.2 ст.75 УПК РФ, суд обязан в каждом случае выяснять, в чем конкретно выразилось допущенное нарушение.

В связи с этим А.Е.Меркушов высказывает мнение о том, что есть примеры, когда лишь по формальным основаниям суд признавал доказательство недопустимым и не выяснял, в чем конкретно выразилось нарушение[36]. В итоге, ущемлялись конституционные права граждан, пострадавших от преступлений. Суд должен убедиться, что требования норм уголовно-процессуального закона о правильном закреплении доказательств и оформлении соответствующего процессуального документа соблюдены, а какие-то несущественные упущения не стали поводом к исключению доказательств, на основании которых в совокупности с остальными материалами дела должен быть постановлен законный, обоснованный и справедливый приговор либо иное судебное решение.

Так, на заседании Пленума приводился пример, когда в процессе предварительного слушания по делу было установлено, что протокол следственного действия соответствовал требованиям ст.166 УПК, но отсутствовала подпись одного из понятых, который принимал участие согласно закону в осмотре места происшествия. При этом говорилось о том, что если отсутствие подписи понятого обусловлено причинами, которые не связаны с проведением этого следственного действия и данное лицо подтвердит в судебном заседании. что действительно участвовало в осмотре места происшествия и изложенные в протоколе доказательств и фактов отражены верно, то тогда это доказательство признается допустимым[37].

---

[35] О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. №1.

[36] Мершуков, А.Е. Некоторые вопросы практики применения судами уголовно-процессуальных норм при осуществлении правосудия // Бюллетень Верховного Суда РФ. - 2004. - №8. - С.27.

[37] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ст.75.

Следует отметить, что доказательство может быть признано недопустимым в любой стадии процесса. Решение об исключении недопустимого доказательства может принять дознаватель, следователь, суд по ходатайству адвоката-защитника.

При ознакомлении с делом адвокат-защитник обязан проверить все доказательства стороны обвинения на недопустимость, а, если есть основания, то подать ходатайство в порядке, который установлен ст.ст.234 и 235 УПК РФ.

Последствия признания судьей на предварительном слушании доказательства недопустимым заключается в исключении из дальнейшего судебного разбирательства не только данного доказательства, но и всех следующих из него доказательств. Следствием принятия судом решения об исключении доказательства является невозможность использовать его для обоснования приговора или другого судебного решения. Согласно п.9 ч.2 ст.389.17 УПК РФ обоснование приговора доказательствами, которые суд признал недопустимыми, является основанием для его отмены либо изменения. Исключенные доказательства нельзя исследовать и использовать в ходе судебного разбирательства, а в суде с участием присяжных заседателей вообще запрещается сообщать присяжным о наличии таких доказательств[38].

Таким образом, опорочить доказательства обвинения это первый, традиционный способ участия адвоката-защитника в доказывании.

Второй способ участия адвоката-защитника в доказывании, как правило, понимается как поиск, собирание и представление сведений, информации или доказательств, которые опровергают обвинение либо обстоятельств, которые смягчают вину подзащитного и основан на ч.3 ст.86 УПК РФ, где говорится о праве адвоката-защитника собирать и представлять доказательства, которые нужны для оказания юридической помощи, в порядке, установленном законодательством. Можно говорить, что этот способ появился лишь в связи с принятием УПК РФ 2001 г. и является попыткой реализации одного из ключевых положений Концепции судебной реформы в РФ, а именно «расширения прав сто-

[38] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. – М., 2014. С.83-113.

рон по собиранию и приобщению доказательств»[39]. До этого, ни в советский, ни в царский периоды российской истории не могло быть и речи о собирании адвокатом-защитником доказательств.

К сожалению, в настоящее время в среде научных и практических работников самое распространенное мнение, что документы, предметы, а также сведения, которые получены в результате опроса лиц адвокатом-защитником согласно ч.3 ст.86 УПК РФ, не соответствуют такому обязательному свойству доказательства, как допустимость, поскольку нет закрепленных в законе процессуального порядка и формы указанных действий. Следовательно все сведения, которые собрал адвокат-защитник, становятся доказательствами лишь после их представления лицам, которые ведут судопроизводство. Помимо этого, есть мнение, что эти сведения (информация) становятся доказательствами лишь после признания лицами ведущими судопроизводство, что данные сведения (информация) имеют значение по делу и придания им необходимой процессуальной формы. А именно: допрос лица адвокат-защитник должен провести по правилам допроса свидетеля, потерпевшего и пр.; документы, предметы приобщены к делу соответствующим постановлением (определением).

Право адвоката-защитника на собирание доказательств хотя и закрепляет УПК РФ, но фактически оно реализуется через дознавателя, следователя, т.к. именно они должны собирать доказательства путем производства следственных действий. Адвокат-защитник не включен в список лиц, которые могут проводить следственные действия. Помимо этого, ч.2 ст.74 УПК РФ содержит исчерпывающий перечень доказательств, но среди них отсутствуют сведения, документы, предметы, которые может представить адвокат-защитник. Чтобы полученные сведения, документы, предметы, другая информация, стали доказательством, адвокат-защитник обязан заявить соответствующее ходатайство, которое должно удовлетворить лицо, в производстве которого находится уголовное дело.

---

[39] О Концепции судебной реформы в РСФСР: постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. №1801-1.

Конституционный Суд РФ в своем определении от 25.01.2012 г. №173-О-О[40] указал, что право подозреваемого, обвиняемого, их адвокатов-защитников собирать и представлять доказательства это одно из важных проявлений права указанных участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа состязательности и равноправия сторон. Указанному праву соответствует обязанность органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, рассмотреть каждое ходатайство, которое заявлено в связи с исследованием доказательств.

Причем в силу ч.3 ст.15, ч.2 ст.159, ст.274 УПК РФ должна быть исключена возможность немотивированного и необоснованного отказа как в получении доказательств, о которых ходатайствует адвокат-защитник, подозреваемый, обвиняемый, так и в приобщении к материалам уголовного дела и исследовании представленных стороной защиты доказательств. По смыслу названных нормативных предписаний во взаимосвязи с положениями ст.45, ч.1 ст.46, ч.2 ст.50 и ч.3 ст.123 Конституции РФ такой отказ допускается лишь тогда, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к расследуемому уголовному делу и не может подтверждать наличие либо отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, другие обстоятельства, которые должны быть установлены при производстве по уголовному делу, а также когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым или когда обстоятельство, которое призвано подтвердить доказательство, указанное в ходатайстве стороны, уже установлено на основе достаточной совокупности иных доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства оказывается с позиций принципа разумности лишним. Но в любом случае, принимаемое при этом решение должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, которые подтверждают неприемлемость дока-

[40] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Овчаровой Людмилы Александровны на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 части второй статьи 38 и частью второй статьи 159 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2012 г. №173-О-О.

зательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты[41].

1.3 Средства участия адвоката-защитника в доказывании

Под средством, во-первых, понимается прием, способ действия для достижения чего-нибудь; во-вторых, орудие (предмет, комплекс приспособлений) для реализации какой-нибудь деятельности[42]. Средство - все, что служит достижению цели, какому-либо намеренному действию[43].

С помощью реализации предоставленных законом прав адвокат-защитник осуществляет выбранный один из двух рассмотренных выше способов участия в доказывании.

Можно полностью согласиться с И.Н.Чеботаревой, которая предлагает понимать под «средством участия защитника в доказывании - отдельное действие в рамках выбранного защитником способа участия в доказывании, направленное на достижение конкретной цели»[44].

Соответственно средствами участия адвоката-защитника в доказывании являются[45]: 1) получение предметов, документов и других сведений[46]; 2) опрос лиц с их согласия[47]; 3) истребование документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии[48]; 4)

---

[41] По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. №467-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Нурматова Мирсаида Абдусаттаровича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 192 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 16 октября 2007 г. №700-О-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Рыжова Владимира Викторовича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части второй статьи 38 и статьей 192 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2011 г. №138-О-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Краюшкина Евгения Васильевича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части второй статьи 38 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 29 сентября 2011 г. №1189-О-О.

[42] Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / Под ред.Л.И.Скворцова. М., 2010. С.758.

[43] Даль, В. Толковый словарь живого великорусского языка. Т.4. М.,1994. С.479.

[44] Чеботарева, И.Н. Средства и способы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам // Мировой судья. 2011. №9. С.12-14.

[45] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.119.

[46] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. п.1 ч.3 ст.86.

[47] Там же. п.2 ч.3 ст.86.

[48] Там же. п.3 ч.3 ст.86.

привлечение к участию в деле специалиста[49]; 5) заявление ходатайств об участии в доказывании[50].

Закон не указывает, откуда адвокат-защитник может получить предметы, документы и другие сведения. Адвокат-защитник вправе их получить у физических и юридических лиц. Все получаемые и представляемые защитником предметы, документы, сведения и пр. должны иметь возможность проверки соответствия доказательства требованиям относимости, допустимости и достоверности. Для этого при передаче физическими или юридическими лицами адвокату-защитнику предметов или документов целесообразно составлять двухсторонний документ о том, кто и что передал адвокату-защитнику. Причем в документе следует описать обстоятельства получения предмета или документа лицом, сам передаваемый объект, какие действия производились с объектом, возможно, также описать, как объект доказывает невиновность, меньшую виновность или смягчающие обстоятельства.

Поскольку адвокат-защитник при представлении предмета или документа должен дознавателю, следователю, суду сообщить сведения, которые поступили от физического или юридического лица, следовательно, необходимо допросить лицо, передавшее данный объект адвокату-защитнику. Зачастую адвокату-защитнику желательно не быть посредником, а заявить ходатайство о допросе лица, у которого оказался объект, следователю или суду, чтобы лицо само представило предмет или документ.

Под «иными сведениями», которые адвокат-защитник имеет право собирать, принимая участие в доказывании по уголовному делу, как правило, понимают сведения о будущих доказательствах — свидетелях, предметах, документах. Также данные сведения адвокат-защитник может получить с помощью частного детектива. Закон РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» предусматривает такую услугу, как «сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса».

---

[49] Там же. п.3 ч.1 ст.53, ч.3 ст.80.
[50] Там же. п.8 ч.1 ст.53, ч.ч.3,4 ст.88, ст.119, ч.5 ст.234, ст.235

Закрепление права адвоката-защитника собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия это большой шаг в сторону демократизации и состязательности уголовного судопроизводства, поскольку раньше инициатива адвоката в поиске новых доказательств или в непроцессуальной проверке доказательств обвинения, воспринималась следствием и судом как незаконное противодействие и могло повлечь неприятности для адвоката-защитника. Даже сегодня встреча и беседа адвоката-защитника со свидетелями стороны обвинения иногда негативно воспринимается как следователями и дознавателями на досудебных стадиях, так и государственными обвинителями и профессиональными судьями в стадии судебного разбирательства.

Запросы адвоката-защитника являются еще одним способом получения доказательств или доказательственной информации. Согласно ч.3 ст.6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» органы и организации должны выдавать адвокату-защитнику запрошенные им документы или их заверенные копии. С помощью запроса адвокат-защитник ранее мог получить сведения о месте постоянного жительства, фактического нахождения, даты регистрации, учебы, работы, деятельности, состава учредителей и участников юридических лиц, состояния здоровья и перенесенных заболеваниях, разные справки, архивные материалы нахождения на учете в психоневрологических диспансерах граждан и пр.

После анализа полученных по запросам документов, адвокат-защитник вправе ходатайствовать о приобщении их к материалам уголовного дела. Согласно правилам доказывания адвокат-защитник обязан раскрыть источник получения приобщенных к делу документов, объяснить их происхождение, а следователь, дознаватель или суд, в свою очередь вправе их проверить путем сопоставления с имеющимися доказательствами или с помощью получения новых доказательств.

Практика получения документов по запросам адвоката сложилась еще в советский период российской истории. Одна из проблем, что делать адвокату, если запрашиваемая организация отказывается выдавать документы. Остается

лишь путь обжалования отказа в вышестоящую организацию или в суд. В случае отказа по мотиву содержания сведений государственной либо другой охраняемой по закону тайны, адвокат-защитник всегда имеет право заявить ходатайство об истребовании документа дознавателю, следователю или суду.

Однако, здесь тоже существует проблема: адвокат-защитник иногда не знает, какая информация может быть получена по запросу – выгодная защите или наоборот, усугубляющая положение подзащитного. В связи с этим необходимо разработать и внедрить механизм получения адвокатом сведений, которые относятся к разным видам тайн, которые охраняются законом, по запросам, минуя дознавателя и следователя, как лиц представляющих сторону обвинения.

В рамках действующего УПК РФ представляется целесообразным через нотариуса предоставить возможность адвокатам-защитникам запрашивать сведения, которые связаны с разными видами тайн. Именно нотариус будет получать ответ, в котором содержится тайна, и решать – передавать ли этот ответ адвокату. Также нотариуса можно задействовать для производства опроса адвокатом лица с предупреждением опрашиваемого об ответственности за дачу заведомо ложных показаний, о праве не свидетельствовать против самого себя, своих близких родственников и супруга. Помимо этого, с помощью нотариуса возможно и целесообразно было бы назначение и проведение специальных исследований, получение заключений от специалиста или эксперта необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи.

В силу прямого действия ч.2 ст.24 Конституции РФ любая информация, кроме сведений, который содержат государственную тайну, сведений о частной жизни, а также конфиденциальных сведений, которые связаны со служебной, коммерческой, профессиональной и изобретательской деятельностью, должна быть доступна гражданину, если собранные документы и материалы затрагивают его права и свободы, а законодателем не предусмотрен специальный правовой статус указанной информации согласно конституционным принципам, которые обосновывают необходимость и соразмерность ее особой защиты.

Приведенная правовая позиция, которая сформулирована в Постановлении Конституционного Суда РФ от 18.02.2000 г. №3-П[51], применима к ситуациям, которые связаны с обеспечением доступа к сведениям, которые являются налоговой тайной, т.к. согласно закрепленным Конституцией РФ гарантиям свободы экономической деятельности в качестве одной из основ конституционного строя РФ[52] каждый имеет право свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом как единолично, так и совместно с иными лицами[53], а также свободно использовать свое имущество для предпринимательской и другой экономической деятельности, которая не запрещена законом[54]. Из названных конституционных гарантий вытекает право на сохранение в тайне сведений, включая полученные налоговыми органами, виды и объем которых устанавливаются законом, а также обязанность государства обеспечивать это право в законодательстве.

Специальный правовой статус сведений, которые составляют налоговую тайну, закреплен ст.102 Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ) исходя из интересов налогоплательщиков и, принимая во внимание принцип баланса публичных и частных интересов в названной сфере, т.к. в ходе реализации налоговыми органами РФ своих функций, которые установлены НК РФ и другими ФЗ, в свое распоряжение они получают значительный объем информации об имущественном состоянии каждого налогоплательщика, распространение которой может нанести вред как интересам отдельных граждан, частная жизнь которых неприкосновенна и находится под охраной закона, так и юридических лиц, чьи коммерческие и другие интересы могут быть нарушены в случае произвольного распространения в конкурентной или криминальной среде значимой для бизнеса конфиденциальной информации. В связи с этим федеральным законодателем предусмотрен ограниченный режим доступа к такой информации путем установления исчерпывающего перечня субъектов, которые имеют право в силу за-

[51] По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Б.А.Кехмана: постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 г. №3-П.
[52] Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. ч.1 ст.8.
[53] Там же. ч.2 ст.35.
[54] Там же. ч.1 ст.34.

кона обращаться к налоговым органам за предоставлением сведений, которые составляют налоговую тайну, в названных в законе целях.

ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» закрепляет права адвоката-защитника, среди которых упомянута возможность собирать необходимые для оказания юридической помощи сведения, в т.ч. запрашивать документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, а также других организаций, которые должны выдавать адвокату-защитнику запрошенные им документы или их заверенные копии в порядке, который установлен законодательством[55]. Но законодатель не включил адвоката-защитника в число лиц, которые имеют доступ к сведениям, составляющим налоговую тайну. Положение ст.102 НК РФ, которая относит к налоговой тайне сведения о налогоплательщике, полученные налоговым органом, кроме перечня сведений, установленных п.1 указанной статьи, адресовано налоговым органам, органам внутренних дел, органам государственных внебюджетных фондов и таможенным органам, их должностным лицам и привлекаемым специалистам, экспертам, а также иным лицам, допущенных в силу к информации, составляющей налоговую тайну.

В определении Конституционного Суда РФ от 17.06.2008 г. №434-О-О[56] указано, что согласно ФЗ «О коммерческой тайне» коммерческая тайна - это режим конфиденциальности информации, который позволяет ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить другую коммерческую выгоду; информация, составляющая коммерческую тайну (секрет производства), - это сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и иные), в т.ч. о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, обла-

[55] Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации: федеральный закон от 31 мая 2002 г. №63-ФЗ. п.3 ст.6.

[56] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кузьминых Константина Сергеевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 10 Таможенного кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 17 июня 2008 г. №434-О-О.

дающие действительной или потенциальной коммерческой ценностью в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц отсутствует свободный доступ на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны[57]; обладатель информации, которая составляет коммерческую тайну, а также органы государственной власти, иные государственные органы, органы местного самоуправления, получившие такую информацию в соответствии с ч.1 ст.6, обязаны предоставить эту информацию по запросу судов, органов предварительного следствия, органов дознания по делам, находящимся в их производстве, в порядке и на основаниях, которые предусмотрены законодательством РФ[58].

Таким образом федеральный законодатель, не причисляет адвокатов-защитников к числу лиц, запросы которых о предоставлении информации, которая составляет коммерческую тайну, являются обязательными для обладателей этой информации, а также для государственных и муниципальных органов, которым она стала известна в силу выполнения ими своих функций.

После принятия в 2006 г. ФЗ «О персональных данных» возможность реализации права адвоката собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, других документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций а равно получение других сведений, необходимых для оказания юридической помощи было существенно ограниченно. В соответствии с п.1 ст.3 ФЗ «О персональных данных» персональные данные это «любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)». Фактически, любая информация о лице, сведения о котором необходимы адвокату-защитнику в ходе судопроизводства, является персональными данными. Если для оказания квалифицированной юридической помощи требуется получение информации о свидетеле, понятом или эксперте, то

[57] О коммерческой тайне: федеральный закон от 29 июля 2004 г. №98-ФЗ. п.п.1. 2 ст.3.
[58] Там же. ч.3 ст.6.

адвокат-защитник имеет право ее получить в порядке, предусмотренном ФЗ «О персональных данных».

В настоящее время адвокат может получить персональные данные лица, которые имеют значение для оказания юридической помощи, в следующих случаях[59]: 1) если эти сведения содержатся в общедоступных источниках персональных данных, создаваемых в целях информационного обеспечения (к примеру, в справочниках, адресных книгах и т.п.)[60]; 2) если эти сведения содержатся в конфиденциальных источниках информации, но субъект персональных данных в установленной законом форме дал согласие оператору персональных данных на обработку его персональных данных[61].

Но анализ ФЗ «О персональных данных» свидетельствует о том, что в подобной ситуации адвокат не может получить персональные данные на основании адвокатского запроса. Такой случай является исключительным, когда допускается обработка персональных данных без согласия субъекта персональных данных. К сожалению, законодатель не относит адвокатов-защитников к числу лиц, которые вправе получать персональные данные для оказания юридической помощи, без согласия субъекта персональных данных[62].

Верховный Суд РФ высказывает мнение, что адвокат не имеет права получать сведения, которые относятся к конфиденциальной информации. Так, в определении от 12.05.2010 г. №49-В10-5 Верховный Суд РФ отметил, что «статьей 6 Федерального закона от 27 июля 2006 года №152-ФЗ предусмотрены случаи, при которых согласие субъекта персональных данных на их обработку не требуется. При этом предоставление информации о персональных данных субъекта по адвокатскому запросу федеральным законодательством не предусмотрено»[63]. Конституционный Суд РФ также рассматривал вопрос о несоот-

[59] Рубинштейн, Е.А. Проблемы собирания адвокатом персональных данных // / Адвокатура. Государство. Общество: Сб.материалов VIII ежегодной научно-практической конференции. – 2012. - №8. – С.206-220.
[60] О персональных данных: федеральный закон от 27 июля 2006 г. №152-ФЗ. п.10 ст.6, п.1 ст.8.
[61] Там же. ст.ст.7, 9-11.
[62] Рубинштейн, Е.А. Проблемы собирания адвокатом персональных данных // Адвокатура. Государство. Общество: Сб.материалов VIII ежегодной научно-практической конференции. – 2012. - №8. – С.206-220.
[63] Право адвоката собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, и обязанность соответствующего органа предоставить такую информацию не распространяются на установленные законом конфиденциальные сведения: определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 12 мая 2010 г. №49-В10-5.

ветствии положений ст.6 ФЗ «О персональных данных» Конституции РФ, «поскольку они не позволяют адвокату самостоятельно истребовать сведения, содержащие персональные данные, для предоставления их суду в качестве доказательств по делу»[64].

К сожалению, сложившаяся судебная практика Верховного и Конституционного судов РФ говорит о том, что фактически адвокату-защитнику запрещено получение персональных данных без согласия субъекта персональных данных на их обработку. Вышеизложенное нормативное регулирование и практика высших судов РФ отрицательно влияет на конституционное право каждого получать квалифицированную юридическую помощь, т.к. они в чаще всего лишают адвокатов-защитников права на собирание сведений, которые нужны для оказания юридической помощи.

В целом, право адвоката-защитника собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций оказалось заметно ограничено, даже по сравнению с недавним советским прошлым. Налицо очевидный отход законодателя от демократических принципов построения судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон[65].

В связи с этим Федеральная палата адвокатов (далее - ФПА) РФ представила предложения о дополнительных гарантиях независимости адвокатов при исполнении ими профессиональных обязанностей, направленные в Совет при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека, где Федеральная адвокатская палата предлагает сократить сроки, устанавливаемые для ответа на запрос адвоката, до 10 дней, а также предоставить ему возможность сбора сведений, оставляющих охраняемую законом тайну (банковскую,

---

[64] По жалобе гражданина Коваля Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями статей 47 и 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 12 мая 2003 г. №173-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Глушкова Николая Петровича на нарушение его конституционных прав статьями 3, 5, 6 и 9 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статьями 8 и 9 Федерального закона «О персональных данных»: определение Конституционного Суда РФ от 29 января 2009 г. №3-О-О.

[65] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.136-157.

медицинскую и проч.), ограничив его лишь в возможности получать сведения, отнесенные в установленном порядке к государственной тайне[66].

Механизм адвокатского запроса направлен на реальное обеспечение конституционного принципа ведения судопроизводства на основе состязательности сторон. К сожалению, представители организаций, получивших такие запросы, очень часто стараются придумать, как не дать на них ответ, или вообще их игнорируют. Такие факты обоснованно рассматриваются адвокатским сообществом как нарушение профессиональных прав адвокатов и препятствование адвокатской деятельности[67]. При этом одним из ключевых аргументов для отказа в предоставлении информации является то, что хотя закон и указывает на обязанность давать ответ на адвокатский запрос, но не устанавливает никакой ответственности за ее неисполнение.

Чтобы хоть немного улучшить сложившуюся ситуацию, целесообразно ввести административную ответственность должностных лиц и других адресатов за отказ от получения, непредоставление или предоставление заведомо ложной информации по адвокатскому запросу, а также за нарушение срока на ответ по нему в виде штрафа. Соответствующий законопроект, усиливающий роль адвокатского запроса был внесен в Государственную Думу (далее - ГД) РФ еще в 2014 г., 22.03.2016 г. ГД РФ в первом чтении приняла данный законопроект[68]. Следует заметить, что без изменения ФЗ «О персональных данных» ситуация в лучшую сторону существенно не изменится.

Привлечение адвокатом-защитником специалиста это новый институт для российского уголовно-процессуального права, который появился в 2001 г. для более полной реализации принципа состязательности и равноправия сторон. Расширение возможностей использования специальных знаний специалиста в уголовном процессе у стороны защиты это важный шаг в сторону совершенствования процедур доказывания. У специалиста есть возможность профессио-

[66] Правовая позиция ФПА РФ (часть 1): о дополнительных гарантиях независимости адвокатов при исполнении ими профессиональных обязанностей (направлена в Совет при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека 19 февраля 2016 г.).
[67] О защите профессиональных прав: резолюция IV Всероссийского съезда адвокатов от 7 апреля 2009 г.
[68] Госдума – за адвокатский запрос // Новая адвокатская газета. – URL: http://www.advgazeta.ru/newsd/1277 (дата обращения: 06.04.2016).

нально, с научных позиций спорить с заключением и показаниями эксперта, практически всегда являющиеся важными доказательствами обвинения.

Специалист, согласно ст.58 УПК РФ - это лицо, который имеет специальные знания и привлекается: 1) к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном УПК РФ, для оказания помощи в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела; 2) для постановки вопросов эксперту; 3) для разъяснения сторонам и суду вопросов, которые входят в его профессиональную компетенцию.

Исследователи указывает на право защитника, как и следователя, привлекать специалиста к участию в следственных действиях в целях содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств и пр. Однако, в связи с тем, что следственные действия проводятся лишь по решению следователя, у адвоката-защитника нет самостоятельных процессуальных возможностей по привлечению специалиста. Адвокат-защитник может лишь заявить ходатайство о привлечении лица в качестве специалиста для участия в процессуальных действиях, а следователь всегда может отклонить ходатайство или пригласить другого специалиста, а не того которого просила защита. Специалист вправе привлекаться адвокатом-защитником не только для участия в следственных, но и в иных процессуальных действиях, к примеру, в ознакомлении обвиняемого с заключением эксперта.

В п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ гласит о праве защитника привлекать специалиста согласно ст.58 УПК РФ, однако, в ч.2 ст.58 говорится, что вызов и порядок участия специалиста в уголовном судопроизводстве определяется ст.ст168, 270 УПК РФ. В ст.168 УПК РФ отмечается, что следователь имеет право привлечь к участию в следственном действии специалиста. Согласно ч.5 ст.164 УПК РФ следователь обязан разъяснить специалисту права, ответственность, порядок производства следственного действия. Следователь же определяет компетенцию специалиста и выясняет его отношение к подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему. Но в УПК РФ нет указаний на то, как, с помощью каких проце-

дур или решений адвокат-защитник привлекает к участию специалиста. Ст.270 УПК РФ закрепляет процедуру привлечения специалиста судом, в виде разъяснения прав и ответственности с взятием подписки приобщаемой к протоколу судебного заседания[69].

Итак, можно сделать вывод, что УПК РФ не содержит процедуру для реализации права защитника привлекать специалиста; не указан порядок, в котором специалист может ставить вопросы эксперту; отсутствует процедура, которая описывала бы, как специалист разъясняет вопросы, которые входят в его профессиональную компетенцию. Этот вопрос не урегулирован как в отношении полномочий адвоката-защитника, так и в отношении органов, которые ведут производство по уголовному делу. На это уже несколько лет назад обращал внимание А.Давлетов[70], однако до сих пор ничего не изменилось.

Ходатайство - официальная просьба участника судопроизводства, которая адресована дознавателю, следователю, прокурору либо суду о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений, в целях установления обстоятельств, которые имеют значение для уголовного дела, обеспечения прав и законных интересов лиц, которые заявили ходатайство, либо представляемого им лица; об установлении процессуального статуса заявителя (к примеру, о признании потерпевшим, гражданским истцом и др.), о движении дела (к примеру, о направлении дела в суд, о прекращении уголовного преследования или изменении объема обвинения); о рассмотрении дела судом присяжных или в особом порядке судебного разбирательства (в порядке, предусмотренном гл.гл.40 или 40' УПК РФ)[71].

Ходатайства об участии в доказывании адвокат-защитник заявляет для собирания доказательств, которые подтверждают позицию подзащитного или опровергают позицию обвинения. Исторически, в российском инквизиционном, розыскном уголовном процессе ходатайства об установлении обстоятельств, которые имеют значение для уголовного дела это основное средство участия

[69] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014.С.158-161.
[70] Давлетов, А.А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. 2003. №9. С.47-49.
[71] Уголовно-процессуальное право: учебник / Под ред.В.М.Лебедева. М.: Юрайт, 2015. С.410.

адвоката в доказывании. К ним относятся ходатайства о производстве разных следственных действий (допросов, очных ставок, экспертиз и пр.), о приобщении предметов и документов и т.п.

Для реализации прав по участию в доказывании путем заявления ходатайств адвокатами-защитниками имеют очень важное значение следующие положения УПК РФ: 1) на стадии предварительного расследования адвокату-защитнику нельзя отказать в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и иных следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для уголовного дела[72]; 2) на стадии судебного разбирательства суд не имеет права отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, который явился в суд по инициативе сторон[73].

Положения УПК РФ, которые связаны с институтом ходатайств, не раз выступали предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ[74]. Вопрос о праве адвоката-защитника подать ходатайство об участии в следственных действиях. был рассмотрен в определении Конституционного суда от 20.12.2005 г. №479-О[75]. Относительно проведения следственного действия – очной ставки, по ходатайству адвоката-защитника Конституционный Суд РФ свое мнение высказал в определении от 16.10.2007 г. №700-О-О[76]. По мнению заявителя - гражданина М.А.Нурматова, ч.1 ст.192 УПК РФ, позволяя следователю отказывать в удовлетворении ходатайства стороны защиты о проведении очной ставки, приводит к процессуальному неравенству участников уголовного процесса, чем нарушает его права, закрепленные в ч.1 ст.19, ч.1 ст.21, ч.2 ст.24, ст.ст.33, 45, ч.ч.1,2 ст.46, ч.2 ст.55 и ч.3 ст.123 Конституции РФ.

---

[72] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ч.2 ст.159.
[73] Там же. ч.4 ст.271.
[74] По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. №467-О.
[75] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кабулиева Магомедали Гасбулаевича на нарушение его конституционных прав пунктом 5 части первой статьи 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. №479-О.
[76] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Нурматова Мирсаида Абдусаттаровича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 192 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 16 октября 2007 г. №700-О-О.

Осуществляя названные полномочия в сфере уголовно-процессуального законодательства применительно к порядку досудебного производства по уголовным делам, федеральный законодатель закрепил, что собирание, проверка и оценка доказательств в ходе уголовного судопроизводства осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и других процессуальных действий, которые предусматривает уголовно-процессуальное законодательство[77]. Подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители имеют право собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу как доказательства, ходатайствовать о производстве следственных действий, а следователь должен рассмотреть каждое ходатайство, которое заявлено по уголовному делу; если обстоятельства, об установлении которых ходатайствуют участники уголовного процесса, имеют значение для уголовного дела, то отказ им в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и иных следственных действий недопустим[78].

Тем самым уголовно-процессуальным законом исключена возможность произвольного отказа должностным лицом либо органом, который осуществляет предварительное расследование, в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты. По смыслу содержащихся в УПК РФ нормативных предписаний в их взаимосвязи с положениями ст.45, ч.1 ст.46, ч.2 ст.50 и ч.3 ст.123 Конституции РФ, такой отказ допустим лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к расследуемому уголовному делу, и не подтверждает наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, другие обстоятельства, которые должны быть установлены при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, недопустимо или когда обстоятельства, призванные подтвердить названное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности

[77] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ст.ст.86-88.
[78] Там же. ч.ч.1, 2 ст.159.

остальных доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства с позиций принципа разумности оказывается лишним. Принимаемое при этом решение в любом случае должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты[79].

Очень важно осуществление защитой прав на заявление ходатайства об исключении недопустимых доказательств и на возражение против необоснованных ходатайств обвинения об исключении доказательств, которые на предварительном слушании в суде присяжных были признаны допустимыми. При рассмотрении дел профессиональными судьями заявлять ходатайство об исключении недопустимого доказательства лучше всего после его исследования в судебном следствии, т.к. в судебной практике районных судов данные ходатайства редко удовлетворяются со ссылкой на преждевременность подачи ходатайства до исследования указанного недопустимого доказательства судом. Согласно ст.235 УПК РФ стороны вправе заявить ходатайство об исключении любого доказательства из перечня предъявляющихся в судебном разбирательстве доказательств. В случае заявления стороной такого ходатайства его копия передается другой стороне в день представления ходатайства в суд. В ходатайстве об исключении доказательства должно быть указание на доказательство, об исключении которого просит адвокат-защитник, основания для принятия решения об исключении и обстоятельства, которые обосновывают ходатайство[80].

Судья вправе допросить свидетеля или приобщить к уголовному делу документ, который указан в ходатайстве. Если одна из сторон против исключения доказательства, то судья может огласить протоколы следственных действий и другие документы, которые есть в уголовном деле и (или) представленные сторонами[81]. При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, которое заявлено стороной защиты на основании наличия нарушения требований

---

[79] По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. №467-О.

[80] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ч.2 ст.235.

[81] Там же. ч.3 ст.235.

УПК РФ при получении данного доказательства, опровергнуть доводы, которые представила сторона защиты, должен прокурор, а адвокат-защитник должен привести разумные аргументированные доводы, подтверждающие недопустимость доказательства. В остальных случаях бремя доказать должна сторона, которая заявила ходатайство[82].

Важно также положение закона о праве суда по ходатайству стороны при рассмотрении уголовного дела по существу рассмотреть вопрос о том, чтобы признать исключенное доказательство допустимым[83]. В случае удовлетворения судьей ходатайства об исключении доказательства и в тоже время назначении судебного заседания, в постановлении отмечается, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, которые обосновывают исключение этого доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания[84]. Ходатайство о проведении предварительного слушания для рассмотрения вопроса об исключении доказательства может быть заявлено защитником после ознакомления с материалами дела при окончании предварительного расследования либо после направления дела в суд в течение трех суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта[85].

В случае отсутствия возражений другой стороны по заявленному ходатайству об исключении доказательства, оно подлежит удовлетворению без исследования материалов дела[86]. В случае возражений против ходатайства, в судебном заседании могут оглашаться соответствующие протоколы следственных действий и иные документы из материалов дела. По решению судьи на предварительном слушании возможен допрос свидетеля или приобщение к делу документа, указанного в ходатайстве, если это может иметь значение для оценки судом оснований исключения доказательств[87].

---

[82] Там же. ч.4 ст.235.
[83] Там же. ч.7 ст.235.
[84] Там же. ч.4 ст.236.
[85] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ч.3 ст.229.
[86] Там же. ч.5 ст.234.
[87] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. – М., 2014. С.193-212.

Таким образом, анализ практической реализации в тексте закона и его толкования судебной практикой рассмотренных выше средств участия адвоката-защитника в доказывании позволяет сделать вывод об их явной недостаточности для осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон. Имеется явный дисбаланс прав и возможностей в пользу государственных органов и должностных лиц, и в ущерб частным лицам: обвиняемому, его адвокату-защитнику, а также потерпевшему, его адвокату-представителю.

2. Проблемы и предложения по совершенствованию деятельности адвоката-защитника по сбору и представлению суду доказательств

2.1 Участие адвоката-защитника в собирании доказательств в уголовном процессе

Целенаправленная деятельность адвокатов-защитников по сбору доказательственной информации предполагает логически обусловленные и взаимосвязанные этапы её осуществления.

1. Этап поиска доказательственной информации;

2. Этап её обнаружения и вне процессуального закрепления;

3. Этап оценки характера выявленной доказательственной информации;

4. Этап представления доказательственной информации правоприменительному органу.

Инициативная деятельность привлекаемого к уголовной ответственности лица, направленная на отыскание и использование в своих интересах объективной доказательственной информации, способной привести к его оправданию или к смягчению участи, не может иметь законодательных ограничений. Любая попытка подобного ограничения в рамках состязательного процесса представляется неправовой и безнравственной. Не может ограничиваться и деятельность защитников, направленная на сбор достоверной доказательственной информации, способной определить исход дела.

При сохранении равных возможностей в сборе доказательственной информации сторонами уголовного процесса возможно предоставление некоторых закрепленных в законе преимуществ для должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование. Именно в этом направлении строятся современные системы уголовно-процессуального законодательства развитых в правовом отношении стран.

Содержащаяся в действующем законодательстве правовая норма, регулирующая сбор доказательств, столь несовершенна, что требует детального анализа и подробного разъяснения, без которых может сложиться ошибочное представление о заложенном в этой норме существенном законодательном ограни-

чении практических возможностей в собирании доказательственной информации для участников уголовного судопроизводства со стороны защиты.

Первое правило, размещённое в главе 11 УПК РФ "Доказывание" содержится в ст. 85 УПК РФ и определяет доказывание как собирание, проверку и оценку доказательств в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. По замыслу законодателя, процессуальная проверка и оценка доказательств должна входить в исключительную компетенцию правоприменительных органов в отличие от собирания доказательств, которым помимо стороны обвинения вправе заниматься так же и участники уголовного судопроизводства со стороны защиты.

Второе правило упомянутой главы содержится в ст. 86 УПК РФ. Это правило посвящено именно собиранию доказательств. Здесь законодатель указывает на дознавателя, следователя, прокурора и суд как на субъектов, специально уполномоченных государством, на сбор доказательств в ходе производства по уголовному делу и подчеркивает, что собирание доказательств в обязательном порядке должно осуществляться этими лицами "путём производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом".

Крайне неубедительным (с позиций принципа состязательности) представляется правило, сформулированное в ч. 2 ст. 86 УПК РФ, согласно которому защитники вправе собирать и представлять не любую доказательственную информацию, имеющую существенное значение для дела, а лишь "письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств". Из грамматического толкования указанной нормы следует, что собирать иную доказательственную информацию (помимо письменных документов и предметов) защитники не вправе.

Неубедительными выглядят и предписываемые законом формы сбора доказательств защитником, участвующим в деле. Законодатель устанавливает, что защитник вправе собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, при этом в законе отсутствуют какие-либо указания

на то, каким образом и кто именно будет представлять защитнику предметы, документы и иные сведения.

Принципы уголовного судопроизводства, такие как состязательность сторон и обеспечение подозреваемому, обвиняемому и подсудимому права на защиту позволяют прийти к обоснованному выводу о том, что участники уголовного судопроизводства со стороны защиты вправе "защищаться всеми незапрещенными настоящим Кодексом способами и средствами".

Ограничительное толкование правила, сформулированного в ч. 2 ст. 86 УПК РФ, согласно которому якобы защитник вправе собирать доказательства только путём: "1) получения предметов, документов и иных сведений; 2) опроса лиц с их согласия; 3) истребования справок, характеристик, иных документов от различных органов, является ошибочным и способно причинить существенный вред принципам осуществления правосудия, предполагающим представление в распоряжение судебной власти максимально возможного объема разнообразной доказательственной информации, необходимой для всестороннего исследования обстоятельств предполагаемого преступления и вынесения по делу законного и обоснованного решения.

Причиной, дающей основание к подобному толкованию, следует признать очевидный непрофессионализм законодателя, не сумевшего соединить в тексте закона очевидную необходимость состязательного подхода в вопросе сбора сторонами процесса максимального объема доказательственной информации с разумной потребностью некоторого обоснованного ограничения возможностей защиты в этом важном вопросе.

Странным выглядит содержащееся в законе утверждение о том, что "защитник вправе собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия". Проведенный защитником опрос лиц, обладающих доказательственной информацией, не означает, что защитник собрал некие доказательства. По итогам произведенного опроса в распоряжение защитника может попасть всего лишь информация, которая, по его мнению, обладает доказательственным потенциалом. Превращение полученной в ходе опроса доказательственной информации в допу-

стимое доказательство по делу зависит от должностных лиц правоприменительной системы, которым надлежит проверить представленную защитником информацию с позиций её относимости, допустимости прежде чем придать представляемой защитником информации статус доказательства. При этом доказательственная информация, выявленная защитником в ходе опроса, должна обрести одну из форм допустимых доказательств. Как правило, такой формой является допрос носителя выявленной информации в качестве свидетеля, хотя не могут быть исключены и некоторые другие допустимые процессуальные формы привнесения в дело доказательственной информации, полученной адвокатом-защитником в результате произведённого им опроса носителей такой информации.

Дальнейшее толкование уголовно-процессуального закона в части регулирования процесса сбора доказательственной информации участниками процесса позволяет прийти к выводу о том, что законодатель регулирует собирание доказательств лишь "в ходе уголовного судопроизводства", регулятивное воздействие которого, как известно, начинается с момента получения компетентными правоприменительными органами сообщения о совершенном или готовящемся преступлении.

С момента совершения преступления до формального начала уголовного судопроизводства по факту его совершения может пройти значительный отрезок времени, находящийся вне регулятивного воздействия уголовно-процессуального закона. На указанном временном отрезке лицо, совершившее преступление, вправе (в том числе и с помощью адвоката) заниматься отысканием и вне процессуальным закреплением доказательственной информации, которая в последующем, после возбуждения уголовного дела и представления этой информации в распоряжение правоприменительных органов, может стать допустимым доказательством, если специально уполномоченные на то должностные лица государства преобразуют эту информацию в формальные доказательства "путём производства следственных и иных процессуальных действий".

Необходимо уяснить, что само понятие "доказательство" появляется, как прямо указывает законодатель, лишь "в ходе уголовного судопроизводства", а до возбуждения уголовного дела можно говорить лишь о доказательственной информации, оставленной преступными деяниями в виде разнообразных следовых проявлений. Собирание доказательств дознавателем, следователем, прокурором и судом есть ни что иное, как целенаправленная деятельность специально уполномоченных государством субъектов по поиску этих следовых проявлений и превращению их в допустимые доказательства "путем производства следственных и иных процессуальных действий", предусмотренных УПК.

При этом далеко не каждая доказательственная информация, отразившая в объективном мире важные качества совершённого преступного деяния, превращается после возбуждения уголовного дела в допустимые доказательства. Проявленная следователем невнимательность в ходе осмотра места происшествия может привести к оставлению без внимания важных сведений (доказательственной информации), имеющих существенное значение для интересов защитительной деятельности. Посещение защитником места происшествия после завершения уполномоченными лицами следственных действий может привести к обнаружению такой доказательственной информации.

Важное значение для целей защиты имеют также случаи, когда доказательственная информация, обнаруженная и вне процессуально закрепленная адвокатом (или его доверителем), обладает потенциалом, способным исключить в будущем саму возможность уголовного преследования.

При этом адвокату-защитнику необходимо сформулировать важное профессиональное правило, согласно которому защитник, занимаясь сбором доказательственной информации, должен избегать ситуаций, при которых он являлся бы единственным источником сведений о месте, времени и обстоятельствах обнаружения той или иной доказательственной информации, которую планируется представить правоприменительному органу для придания ей статуса доказательства. Это необходимо для исключения возможности отстранения адвоката-защитника от дальнейшего участия в деле по формальным основаниям, изло-

женным в ч. 1 ст. 72 УПК РФ которая устанавливает, что "защитник не вправе участвовать в производстве по делу, если он ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве свидетеля".

Лицами, способными сообщить правоприменительному органу все интересующие его сведения об обстоятельствах обнаружения и вне процессуального закрепления доказательственной информации, могут быть помощники адвоката, представители муниципальных властей и иных организаций, а также лица, незаинтересованные в искажении достоверных сведений об обстоятельствах обнаружения и закрепления доказательственной информации.

Для лица, совершившего преступление, и адвоката, оказывающего юридическую помощь такому лицу, важно отыскать и вне процессуально закрепить не любую доказательственную информацию, а лишь ту, которая может в последующем (после возбуждения уголовного дела) потенциально привести к успешному доказыванию обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, либо к минимизации наказания за совершенное деяние.

Порой весьма затруднительно дать надлежащую оценку доказательственным сведениям, попавшим в поле зрения защитника. Начинающие защитники, ходатайствующие о приобщении к делу обнаруженных ими разнообразных сведений, имеющих, по их мнению, важное значение для целей защиты, при ознакомлении с обвинительным заключением неожиданно обнаруживают, что сведения, внесенные в дело по их ходатайствам, включены следователем в систему обвинительных доказательств. Во избежание подобных ситуаций обнаруженные защитником доказательственные сведения должны подвергаться тщательной профессиональной проверке и вне процессуальной оценке на предмет максимально точного определения характера доказательств, заложенных в этих сведениях.

Важное значение для целей защиты имеют также случаи, когда доказательственная информация, обнаруженная и вне процессуально закрепленная адвокатом (или его доверителем), обладает потенциалом, способным исключить в будущем саму возможность уголовного преследования. Примером такой дока-

зательственной информации может служить комплекс сведений об алиби подозреваемого, обвиняемого или подсудимого. Необдуманное и преждевременное доведение до правоприменительного органа выявленных защитником сведений об алиби может привести к отсутствию ожидаемой результативности.

При попадании в распоряжение защитника сведений о возможном нахождении подозреваемого или обвиняемого в момент совершения преступления в другом месте требуется кропотливая работа по всестороннему комплексному доказательственному подтверждению этих сведений. Только сформировав взаимно поддерживающий блок доказательственных сведений, подтверждающих алиби совокупностью самостоятельных и обособленных сведений, можно приступить к превращению этих сведений в неоспоримые доказательства реального существования алиби как обстоятельства, исключающего уголовное преследование.

Последовательность представления отдельных доказательственных сведений, входящих в упомянутый блок, также должна быть продумана защитником и носить предельно выверенный характер, исключающий возможное разрушение стороной обвинения доказательственного значения представляемой в её распоряжение информации.

До начала осуществления доследственной проверки сообщений о преступлениях и в ходе дальнейшего уголовного судопроизводства по конкретному делу лицо, обратившееся за оказанием юридической помощи, его адвокат, а так же подозреваемый, обвиняемый и подсудимый и их защитники вправе беспрепятственно отыскивать, фиксировать, анализировать и представлять правоприменительному органу любую следовую информацию о совершенном преступлении либо сведения, свидетельствующие об отсутствии преступления, о непричастности к нему доверителя, равно как и любые иные сведения, полезные для целей защиты в сфере уголовного правоприменения.

Такая деятельность не может подвергаться каким-либо законодательным ограничениям за исключением уголовно-правового запрета на совершение преступных деяний против правосудия, таких как фальсификация доказательств,

организация заведомо ложных показаний, экспертных заключений, показаний специалистов и т.п. Ошибочным представляется толкование закона таким образом, что якобы право на сбор доказательственной информации, отраженной в следах преступления, принадлежит только специальным субъектам государства (дознавателю, следователю, прокурору, суду). Внедрение в сознание правоприменителей подобного ошибочного толкования способно нанести непоправимый вред отечественному правосудию, поскольку превратит превратно понятый процессуальный институт доказывания в непреодолимое препятствие на пути всестороннего исследования фактических обстоятельств расследуемого преступления.

В состязательном процессе при осуществлении сбора доказательств предполагается равенство процессуальных возможностей сторон, за исключением установленных законодателем некоторых процессуальных преимуществ для должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование. К числу таких преимуществ следует отнести, к примеру, право на приоритетное исследование места совершения преступления и процессуальное обнаружение, и закрепление выявленных следов преступления "путем производства следственных и иных процессуальных действий".

К числу процессуальных преимуществ следует также отнести право определения круга предполагаемых свидетелей и их допроса в рамках определённых законом процедур, право на допрос подозреваемого и обвиняемого, право на проведение следственного эксперимента, право производства выемки, право на получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Необходимо отметить, что в качестве процедурной компенсации и в целях сохранения относительного баланса состязательности, законодатель предоставил обвиняемому, подозреваемому, подсудимому и их защитникам право самостоятельно собирать доказательственную информацию и активно работать с доказательственной информацией, получаемой в ходе того или иного следственного действия. От защитника, участвующего в производ-

стве следственных действий, требуются устойчивые практические навыки в эффективной реализации своих процессуальных полномочий.

Полномочия защитника, допущенного к участию в уголовном деле, определяются специальной статьёй, размещённой в главе "Участники уголовного судопроизводства со стороны защиты". Буквальное толкование содержания этой статьи может привести к искажённому пониманию объёма реальных возможностей допущенного к участию в деле защитника по сбору доказательственной информации, полезной для защитительной деятельности. После провозглашения законодателем права защитника "собирать и представлять доказательства" тут же предпринимается попытка формального ограничения этого права посредством отсылки к другой норме, содержащейся в главе "Доказывание", смысл которой состоит в том, собирание и представление доказательств должно осуществляться "в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 настоящего Кодекса", то есть "путём получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны представлять запрашиваемые документы или их копии".

В силу прямого указания закона, защитник приобретает комплекс процессуальных полномочий "с момента допуска к участию в уголовном деле". Это не означает, что до формального вступления в дело в качестве защитника, адвокат не может участвовать в сборе доказательственной информации в качестве адвоката, оказывающего юридическую помощь своему доверителю, на основании профессиональных полномочий содержащихся в ст. 6 Федерального закона "Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации".

Для адвокатов, оказывающих юридическую помощь лицам, в отношении которых предполагается (или реально осуществляется) уголовное преследование, сбор общедоступной доказательной информации защитительного толка является одной из основных профессиональных задач, существующих вне зависимости от формальных моментов возбуждения уголовного дела или его прекра-

щения. На практике встречаются случаи, когда прекращение уголовных дел и их последующее возобновление производится многократно, в том числе из тактических соображений должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование.

После прекращения уголовных дел адвокат формально утрачивает статус защитника, в силу чего не может пользоваться процессуальными полномочиями, установленными законодателем для защитников, за исключением права знакомиться с материалами прекращенного дела, приносить жалобы на постановления о прекращении дела и участвовать в их рассмотрении судом.

Вне процессуальный сбор доказательственной информации после действительного (или тактического) прекращения уголовных дел может (в случае необходимости) осуществляться адвокатом с использованием возможностей, предоставленных ст. 6 ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации". Необходимо отметить, что деятельность адвоката по собиранию доказательственной информации до возбуждения уголовных дел или после их прекращения не предусматривает какой-либо процессуальной регуляции, в связи с чем единственным правовым ограничителем такой деятельности является уголовно-правовой запрет совершать действия, направленные на уничтожение или модификацию объективной следовой информации, а также сознательное ограничение доступа к такой информации для уполномоченных на то государственных органов.

При практическом осуществлении защитительной деятельности в рамках возбужденного уголовного дела (после формального допуска защитника к участию в деле) также не существует реальных законодательных механизмов, способных ограничить возможности стороны защиты в собирании и представлении правоприменительному органу разнообразной доказательственной информации, направленной на установление действительных обстоятельств исследуемого преступления. Попытка законодательного ограничения возможностей стороны защиты в вопросе собирания доказательственной информации, предпринятая посредством внесения в процессуальный закон правила, предусмотренного

ч. 2 ст. 86 УПК РФ, так и не была реализована на практике в виду очевидного несоответствия этого правила конституционному принципу состязательности, действующему в уголовном судопроизводстве.[88]

2.2 Проблемы фиксации действий адвоката по собиранию доказательств по уголовному делу и их результатов

Адвокат-защитник имеет право собирать доказательства посредством:

1) получения предметов, документов и иных сведений;

2) опрос лиц с их согласия;

3) истребование документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии;

4) иных способов собирания доказательств.

Однако законодателем не был установлен процессуальный порядок производства вышеуказанных действий, что на практике вызывает споры и влечет необоснованные решения об отказе в приобщении собранных адвокатом доказательств к материалам дела со стороны дознавателей, следователей, прокуроров и судов и оценке их в комплексе с остальными собранными по делу доказательствами.

В связи с этим у практикующих адвокатов нередко появляется ряд вопросов, которые вызывают серьезные затруднения:

а) каков порядок получение адвокатом предметов и документов?

б) как фиксировать полученные от лиц сведения? Практика идет по пути составления протоколов, форма которых нормативно не установлена, и поэтому они оформляются произвольно;

в) если законодатель оговаривает обязательность согласия опрашиваемого лица, следует ли об этом делать соответствующую запись в протоколе?

[88] Новолодский Ю.П. Доказывание в практической деятельности адвоката-защитника // Новая адвокатская газета № 3-7, февраль-апрель 2015 г.

г) надо ли опрашиваемое лицо предупреждать о его праве на дачу согласия? Если да, то должен ли он при этом подписать то, что он об этом уведомлен?

д) в случае, когда лицо согласилось на опрос, надо ли разъяснять ему, что впоследствии он будет допрошен как свидетель с предупреждением об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний по ст.ст.307, 308 УК РФ?

е) каков порядок истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Ниже сделана попытка сформировать порядок фиксации действий адвоката по собиранию доказательств по уголовному делу и их результатов на основе уже сложившегося и показавшего свою эффективность порядка.

1. Получение предметов, документов и иных сведений.

Предметы, которые имеют значение для дела, в уголовном судопроизводстве органы предварительного расследования получают путем производства выемки. Адвокат-защитник такого права согласно законодательству не имеет. В связи с этим, когда надо, получить указанные предметы следует лишь на добровольной основе и на основании согласия владельца.

Представляется, что для этого адвокат-защитник должен получить письменное заявление от владельца необходимого ему предмета. В заявлении следует отразить, кроме обязательных реквизитов, следующее: когда и при каких обстоятельствах был получен им передаваемый предмет, его отличительные признаки, причина, по которой хозяин передает этот предмет адвокату-защитнику, и в каких целях, осуществлена ли данная передача на добровольной основе, и не применялись ли к нему какие-либо меры принуждения для того, чтобы заполучить предмета. При необходимости подпись подавшего заявление лица рекомендуется нотариально заверить.

Осуществление добровольной передачи предмета от владельца к адвокату-защитнику возможно в присутствии граждан в числе не менее двух, которые обязаны засвидетельствовать факт и итоги данной процедуры. Если нужно использовать специальные познания при получении или осмотре предмета для участия в рассматриваемом процессуальном действии можно пригласить специалиста. Такое полномочие закрепляет п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ.

При получении предмета для фиксации процесса и итогов можно использовать фото-, аудио- и видеотехнику. После того, как адвокат-защитник получил предмет в присутствии его владельца и свидетелей, если надо с участием специалиста, следует детально осмотреть полученный предмет и выявить его характерные приметы и имеющиеся следы.

После того, как передача предмета закончена, следует составить документ, отражающий основания, ход и результаты данного процессуального действия. Таким документом, к примеру, может являться «Протокол получения предмета». В акте надо отметить следующее: время и место получения предмета, кто проводил передачу, основания получения предмета, кто участвовал при получении предмета и его осмотре, применение каких технических средств осуществлялось, какой предмет был получен, результаты его осмотра, наличие упаковки предмета и, если она была, то, как именно упакован, как опечатан предмет.

С актом следует ознакомить всех участников передачи предмета, после чего всем участникам сообщается, что они вправе внести дополнения и замечания, а затем подписать акт. К акту необходимо приложить полученный предмет, аудио-, фото- и видеоматериалы, с помощью которых были зафиксированы процесс и итоги передачи предмета, что отмечается в самом акте.

Рассматривая полномочия адвоката по получению документов и других сведений, возможно являющиеся доказательствами по уголовному делу, отметим, что здесь имеются в виду ситуации, когда они находятся в ведении или владении граждан либо коммерческих организаций, на которых законодательство не возложило обязанности предоставлять документы или их копии по тре-

бованию адвокатов-защитников согласно п.3 ч.3 ст.86 УПК РФ. Процессуальный порядок их получения должен быть аналогичный описанному выше при получении предметов.

Для оказания помощи в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, использовании технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения неясных положений сторонам и суду, адвокат-защитник вправе в порядке, установленном ст.58 УПК РФ, привлекать для участия в уголовном судопроизводстве специалиста, т.е. лицо, которое обладает специальными познаниями[89].

2. Опрос лиц с их согласия.

Второй РФ способ собирания адвокатом-защитником доказательств, который предусмотрен п.2 ч.3 ст.86 УПК, тесно связан с получением сведений. Он отличается лишь тем, кто был инициатором беседы с адвокатом-защитником.

Когда адвокат-защитник получает сведения, то инициатор - лицо, сообщающее их. При опросе в порядке п.2 ч.3 ст.86 УПК РФ – сам защитник.

Опросить можно любого, кто, во-первых, согласился на это и, во-вторых, как считает адвокат-защитник, может обладать информацией, которая имеет значение для уголовного дела. Необходимо сказать, что в разных печатных изданиях есть немалое количество публикаций, посвященных вопросу порядка проведения опроса лиц с их согласия.

Опрос проводится только с согласия опрашиваемого лица. Оформление самого опроса возможно в виде ответов на конкретные вопросы или в форме свободного рассказа с постановкой уточняющих вопросов в конце.

Отдельно следует сказать о возможности проведения опроса после того, как это лицо допросил следователь как свидетеля, потерпевшего, обвиняемого или подозреваемого. Представляется, что такой опрос можно осуществить лишь в случае, если при допросе не были выяснены все вопросы, которые имеют существенное значение для дела.

---

[89] Ижнина, Л.П. Некоторые проблемы, связанные с правом адвоката на собирание доказательств // Вестник Нижегородского университета им.Н.И.Лобачевского. – 2009. - №2. – С.182-183.

Процесс и итоги опроса следует фиксировать в специальном документе, к примеру, в Протоколе опроса лица с его согласия. Однако, лучше назвать его лист опроса, поскольку УПК РФ предусматривает составление такого процессуального документа, как протокол, по результатам производства процессуальных действий, которые проводят следственные органы. Адвокатский протокол опроса: когда речь идет о важнейших аспектах дела, например о проверке алиби подзащитного, следует быть максимально точным. Лучший способ добиться этого – попросить подзащитного самостоятельно, без помощи адвоката, сформулировать ответы на вопросы и собственноручно занести их в протокол. И, как советует В.Паршуткин, заведующий филиалом №28 Московской областной коллегии адвокатов: «Никогда не ходатайствуйте о приложении протокола опроса к делу – все равно откажут. Оформите его как приложение к другому документу, который в дело будет включен обязательно»

Данный документ можно отнести к иным документам, как виду доказательств, которые предусматривает п.6 ч.2 ст.74 УПК РФ и отвечают требованиям ст.84 УПК РФ. В нем следует указать[90]:

- сведения об адвокате-защитнике, который проводил опрос, с указанием адвокатского образования, адвокатской палаты субъекта Федерации, в которой он числится, его номер в соответствующем реестре и номер ордера, на основании которого им выполняется поручение по уголовному делу;

- фамилия, имя, отчество, дата и место рождения лица, которое опрашивает адвокат-защитник, его место жительства, место работы, должность, домашний и рабочий телефоны, сведения о документах, которые удостоверяют его личность, а также отношение к обвиняемому и потерпевшему;

- отметка о согласии на опрос.

Представляется, что необходимо соответствие акта опроса требованиям, которые предъявляются к протоколу допроса свидетеля[91].

---

[90] Паршуткин, В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Газета международного союза (содружества) адвокатов «Адвокат». 2003. №11(148). С.23-27.

[91] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ст.ст.189-191.

Представляется, что надо разъяснять допрашиваемому лицу, что в дальнейшем его могут допросить как свидетеля с предупреждением об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний по ст.ст.307, 308 УК РФ[92].

3. Истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Данная норма УПК РФ применялась и ранее. Но указанное право вне участия в судопроизводстве по уголовному делу реализовывалось в виде заявления ходатайства либо направлении запроса от имени коллегии адвокатов или юридической консультации, подписанные соответствующим руководителем.

Действующий сегодня УПК РФ рассматриваемое право предоставляет напрямую адвокату-защитнику. Осуществлять данное право следует путем направления в органы и организации, которые названы в ст.86 УПК РФ, запросов для получения указанных в нем документов. При направлении запроса можно использовать бланки адвокатского образования установленного образца. Если это необходимо, то возможно их удостоверение печатью соответствующего адвокатского образования. Запрос с требованием необходимых документов должен быть мотивированным. В нем также целесообразно обозначить сроки его разрешения со ссылкой на действующее законодательство о порядке разрешения обращений граждан. Факт истребования рекомендуется оформлять запросом со ссылкой на соответствующую статью УПК РФ и на факт осуществления защиты подозреваемого (обвиняемого и др.) по конкретному уголовному делу. Однако возможны и любые иные письменные формы закрепления факта истребования. К таковым относятся: 1) протокол истребования; 2) постановление об истребовании; 3) объяснение защитника о снятии им копий с документов и др.

[92] Ижнина, Л.П. Некоторые проблемы, связанные с правом адвоката на собирание доказательств // Вестник Нижегородского университета им.Н.И.Лобачевского. 2009. №2. С.183-184.

Так же, как и при получении предметов и (или) документов, истребование таковых путем оформления протокола истребования следует осуществлять, принимая во внимание и по аналогии с правилами производства (протоколирования) выемки. Адвокат-защитник имеет право истребовать любой документ, который может иметь отношение к уголовному делу, но лишь от указанных в п.3 ч.3 ст.86 УПК РФ учреждений. В указанной норме дан исчерпывающий перечень учреждений. Таковыми названы: – органы государственной власти; – органы местного самоуправления; – общественные объединения и организации.

По мнению члена Совета Адвокатской палаты Московской области С.Макарова, реализации указанного положения препятствует его слишком общая формулировка. Адвокату могут отказать в предоставлении сведений на том основании, что законодательство не содержит прямого указания на то, что конкретный орган или учреждение обязаны это делать. Например, работники органов загс ссылаются на то, что согласно п.3 ст.12 Закона об актах гражданского состояния руководитель органа ЗАГС обязан сообщить сведения о государственной регистрации акта гражданского состояния по запросу суда (судьи), органов прокуратуры, органов дознания или следствия либо Уполномоченного по правам человека в РФ и в других случаях, установленных федеральными законами. Адвокаты в этот перечень не включены, а работники ЗАГС, в свою очередь, не названы в соответствующей норме УПК РФ и Закона об адвокатуре. В связи с этим целесообразно внести в Закон об актах гражданского состояния дополнение, обязывающее органы ЗАГС предоставлять сведения по адвокатским запросам. Существует и другое препятствие: для подтверждения права обратиться с запросом от адвокатов требуют множество документов, причем иногда в обход предписаний закона. Например, во многих административных учреждениях настаивают на предъявлении ордера, несмотря на то, что по закону выписывать ордер в такие учреждения не требуется[93].

[93] Макаров, С. Адвокатский запрос [Текст] / С.Макаров // Новая адвокатская газета. – URL: http://www.advgazeta.ru/arch/57/324 (дата обращения: 06.04.2014).

Порядок предоставления органами (учреждениями) истребованных адвокатом-защитником документов не имеет уголовно-процессуального значения. Как правило, его регулируют ведомственные нормативные акты. Однако, даже если ведомственное правило выдачи определенного рода документов не было соблюдено, не допускается признание полученного таким образом адвокатом-защитником доказательство недопустимым, поскольку при этом не нарушаются требования УПК РФ.

В практике встречаются случаи удовлетворения Верховным Судом РФ кассационной жалобы, в которой адвокат доказывает свое право собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи. Так, согласно кассационному определению Верховного Суда РФ, адвокат Тимашев, представлявший сторону защиты, «в ходе судебного разбирательства, дважды направлял адвокатские запросы председателю Магаданского городского суда и прокурору г. Магадана» в целях получения информации в отношении жены одного из присяжных заседателей. «Эти сведения необходимы были адвокату для обоснования своего ходатайства об отводе присяжного заседателя Лимарова», поскольку ранее им расследовалось уголовное дело, по которому жена Лимарова была привлечена к уголовной ответственности. Судья Магаданского областного суда, указав на неправомочность адвоката Ю.Тимашева собирать сведения о присяжном заседателе без соответствующего судебного решения, вынес частное постановление «о допущенных нарушениях адвокатом Ю.А.Тимашевым требований Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», Кодекса профессиональной этики адвоката», на что обратил внимание президента Адвокатской палаты Магаданской области В.Непомнящего. Адвокат подал кассационную жалобу в Верховный Суд РФ, в которой просил отменить частное постановление, ссылаясь на его необоснованность. Изучив материалы дела, Верховный Суд пришел к выводу, что «запросы адвоката Тимашева о получении им необходимой информации не противоречат требованиям закона», поскольку «в соответствии с Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 26 апреля

2002 г. адвокат вправе собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в т.ч. запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти и иных организаций. Указанные органы и организации в порядке, установленном законодательством, обязаны выдать адвокату запрошенные им документы». Верховный Суд РФ указал, что согласно ст.16 Закона о статусе судей наличие судебного решения связано с проведением оперативно-розыскных мероприятий в отношении судьи, а не со сбором характеризующего материала. Кроме того, Верховный Суд РФ признал вынесение частного постановления в адрес кого-либо из участников процесса во время производства по делу преждевременным и неприемлемым[94].

Заслуживает внимания вопрос о порядке приобщения к материалам уголовного дела полученных в порядке п.3 ч.3 ст.86 УПК РФ предметов, документов, справок и других сведений. Рекомендуется для этого направить в органы предварительного расследования либо в суд письменное мотивированное ходатайство, в котором в качестве приложения указать следующие документы: заявление о добровольной выдаче предмета, соответствующие акты получения, сами предметы, документы, справки и иные сведения. Если в приеме ходатайства отказано, то надо учитывать, что оно согласно ст.120 УПК РФ в любом случае, даже при отказе в его удовлетворении, должно быть приобщено к материалам уголовного дела, а в связи с тем, что полученный предмет, а также справки, документы и другие сведения это приложение к ходатайству, то их следует приобщить к тем же материалам дела[95].

4. Иные способы собирания доказательств.

Вопрос о возможности проведения исследования (аналога экспертизы) по «поручению» защитника остается дискуссионным.

Действующее законодательство без дополнительного его совершенствования может разрешить эту проблему. Законодатель непосредственно не дал адвокату-защитнику право назначать экспертизы либо исследования.

---

[94] Горбунова, Е. Право на сбор доказательств // Новая адвокатская газета. – URL: http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/666 (дата обращения: 06.04.2016).

[95] Ижнина, Л.П. Некоторые проблемы, связанные с правом адвоката на собирание доказательств // Вестник Нижегородского университета им.Н.И.Лобачевского. 2009. №2. С.184-185.

На это обстоятельство обращает внимание и Верховный суд РФ[96]. Поэтому, если адвокатом-защитником все же назначается такое (исследование), его результаты скорее всего суд признает недопустимым доказательством, поскольку оно получено с нарушением требований УПК РФ.

Другое дело, когда исследование (экспертиза) осуществляется вне уголовного процесса. Их результаты, которые законным образом вовлечены в сферу уголовного процесса, – всегда доказательство – «иной документ».

Таким образом, если защитник не назначает исследование (экспертизу), а согласно п.3 ч.3 ст.86 УПК РФ истребует ее результаты (справку, заключение[97]), то закон не нарушен. Содержание справки (заключения), которая получена по такому запросу (постановлению), можно использовать в уголовно-процессуальном доказывании.

Более того, такая справка (заключение) суд должен признать допустимым «иным документом» на любой из стадий уголовного процесса.

Защитник вправе осуществлять действия, которые предусматривает ч.3 ст.86 УПК РФ. Но не только УПК РФ предусматривает средства собирания доказательств, которыми адвокат-защитник имеет право воспользоваться.

Так, в соответствии с п.7 ч.2 ст.3 Закона РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» адвокат-защитник может заключить с частным детективом договор о сборе им сведений по уголовному делу. В течение суток с момента заключения данного договора с адвокатом-защитником частный детектив должен письменно уведомить об этом следователя (дознавателя и др.), в производстве которого находится уголовное дело[98].

Таким образом, в исследовании сделана попытка разработать процессуальный порядок производства действий адвоката-защитника по собиранию доказательств по уголовному делу, а также фиксации результатов таких действий, с целью предотвращения отказа в приобщении собранных адвокатом доказа-

---

[96] Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2003 года: утв.постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 3 и 24 декабря 2003 г.

[97] Кузнецов, Н. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. - 2002. - №8. - С.32.

[98] Ижнина, Л.П. Некоторые проблемы, связанные с правом адвоката на собирание доказательств // Вестник Нижегородского университета им.Н.И.Лобачевского. – 2009. - №2. – С.185.

тельств к материалам дела со стороны дознавателей, следователей, прокуроров и судов и оценке их в совокупности с другими собранными по делу доказательствами.

2.3 Проблемы реализации прав адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе

Важнейшее проявление равенства и состязательности сторон в уголовном процессе это уголовно процессуальное доказывание, в частности, этап собирания доказательств, значение которого состоит в том, что основой реализации всех последующих действий являются собранные доказательства. Если в доказывании не будет принимать участие адвокат-защитник, в т.ч. и посредством собирания доказательств, то невозможно будет достигнуть процессуальное равноправие и обеспечить права и законные интересы подозреваемого (обвиняемого).

Закрепление за адвокатом-защитником права собирать доказательства связано как с существом выполняемой им функции, так и с вытекающей из данной функции необходимости представления суду доказательств защиты, которые противостоят доказательствам, представленные обвинением. Из этого следует, что для того, чтобы защищать права и законные интересы своего доверителя должным образом, адвокат-защитник обязан иметь достаточный объем прав.

Исходя из нормы ч.3 ст.86 УПК РФ, которая закрепляет полномочия адвоката-защитника по собиранию доказательств, на первый взгляд может показаться, что адвокаты реально имеют широкий круг прав в целях реализации эффективного сбора доказательств. На практике возникает ряд проблем осуществления этих полномочий адвоката-защитника.

Во-первых, это проблема, которая возникает при получении предметов, документов, других сведений.

Анализ нормы УПК РФ свидетельствует о том, что в уголовно-правовом законодательстве не оговаривается ни характер данных предметов, документов,

сведений, ни допустимые способы их получения и фиксации. УПК РФ предусматривает такую процедуру лишь для органов, которые реализуют уголовное преследование.

Из указанной неопределенности вытекают многочисленные споры по приобщению данных сведений к материалам уголовного дела, что в свою очередь нарушает равное со стороной обвинения право на собирание и предоставление доказательств. Нередко органы предварительного расследования не мотивированно отказывают адвокату-защитнику в приобщении указанных сведений или говорят о том, что они получены не процессуальным путем.

Так, в качестве примера из практики можно привести заявленную надзорную жалобу защитника А. на отказ следователя о приобщении к делу дополнительных документов.

Суд ее не удовлетворил, объясняя это тем, что надзор за деятельностью органов предварительного расследования, в период досудебного производства осуществляется только путем контроля, за соблюдением конституционных прав участников уголовного судопроизводства, включая соблюдение прав граждан на доступ к правосудию[99].

Из указанной надзорной жалобы следует, что судебный контроль над принимаемыми решениями правоохранительных органов в ходе предварительного расследования нельзя осуществить, если они не направлены непосредственно против конституционных прав граждан.

Естественно, приобщение предметов, документов и других сведений адвокатом-защитником не гарантировано Конституцией РФ, однако, если адвоката-защитника лишить возможности приобщать сведения, которые он собрал, то это не даст реализовать в целом право на защиту, что будет являться нарушением законных прав подозреваемого (обвиняемого).

Видимо, закрепление процессуальной формы для сведений, которые могут быть представлены адвокатом-защитником как доказательство, и возмож-

[99] Постановление Московского городского суда от 1 июля 2010 г. №4у/5-4870.

ность их отклонения только из-за несоответствия этим требованиям полностью обеспечит реализацию рассматриваемого права.

Представляется, что формой закрепления полученных предметов, документов адвокатом может стать закрепленное в п.1 ч.3 ст.86 УПК РФ определение «получение предметов, документов и иных сведений — добровольная передача гражданами защитнику в рамках осуществления им защиты по уголовному делу предметов, документов и иные сведении оправдывающих или смягчающих вину подзащитного, совместно с документом, содержащим описание характера полученных сведений, а так же заверенный подписями защитника и лица передавшего данные сведения».

Отказ от приобщения сведений соответствующих вышеуказанным требованиям, будет выступать основанием для обжалования этих действий по ч.1 ст.125 УПК РФ в качестве нарушающего конституционное право на защиту.

Представляется, что в данной ситуации процедура собирания предметов, документов, других сведений у лиц, будет достаточной для закрепления их как доказательств и дальнейшего исследования на общих основаниях.

Важная проблема собирания доказательств адвокатом-защитником это «опрос лиц с их согласия». Из-за того, что в УПК РФ не раскрывается понятие «опроса», а также не разъясняются основания, порядок его проведения, способы фиксации информации, нередко проблематично и приобщение этих сведений к материалам дела, нарушая право адвоката-защитника на представление доказательств, что так же является нарушением состязательности уголовного процесса.

К счастью, в настоящее время адвокат-защитник вправе активно собирать информацию в интересах подзащитного и даже закреплять ее в виде протокола опроса или справки об опросе. Это право необходимо для выявления новых свидетелей, чьи показания позднее могут помочь защите на допросе в суде или на стадии предварительного расследования.

Помимо этого, опрос может использоваться и для проверки свидетелей со стороны обвинения, для обоснования ходатайства об их вызове в суд для допроса.

Для адвоката-защитника иметь право на такой предварительный опрос очень важно, поскольку позволяет до заявления ходатайства о допросе лица в качестве свидетеля, убедиться, какие показания лицо может и собирается дать, возможно ли путем перекрестного допроса показать суду, что свидетель обвинения лжет, не приведет ли его допрос к ухудшению положения подзащитного, да и просто составить впечатление о свидетеле, о его личностных и психологических особенностях, о том, как лучше его допрашивать в суде или лучше вообще огласить показания свидетеля.

К сожалению, судебная практика РФ придерживается позиции, что в результате опроса адвокатом лица не формируется доказательство по уголовному делу. Данная практика обосновывается отсутствием законодательного закрепления порядка проведения и фиксации результатов опроса, гарантий.

Для сравнения: допрос - это следственное действие, обеспечиваемое государственным принуждением, а опрос проводится адвокатом-защитником на добровольной основе. Дача показаний на допросе чаще всего это обязанность, при опросе - лишь право.

Помимо этого, при опросе нет таких гарантий: как предупреждение свидетеля, потерпевшего об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний, разъяснения права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников.

Вопросы, которые связаны с опросом производимым адвокатом были рассмотрены в определении Конституционного Суда РФ от 04.04.2006 г. №100-О[100].

Заявитель по вышеуказанному делу А.А.Бугров полагает, что ч.2 ст.86 УПК РФ не соответствует Конституции РФ, ее ст.19 и ч.1 ст.48, поскольку

[100] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугрова Александра Анатольевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 4 апреля 2006 г. №100-О.

ограничивает право защитника представлять доказательства в пользу своего подзащитного и не предусматривает необходимости предупреждения лица, опрос которого проводит защитник, об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и разъяснения ему права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников, и тем самым дает основания органам и лицам, осуществляющим уголовное судопроизводство, не признавать результаты таких опросов доказательствами.

В Конституции РФ указано:

- каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом[101];

- при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона[102];

- судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон[103].

Из приведенных конституционных положений следует возможность выбора обвиняемым, его защитником по своему усмотрению тех способов и процедур защиты, особенности которых применительно к отдельным видам судопроизводства определяются исходя из Конституции РФ и федеральных законов.

Конституционный Суд РФ считает, что порядок собирания защитником доказательств, в т.ч. путем опроса лица с его согласия, в отличие от производимых прокурором, следователем или дознавателем следственных действий по собиранию доказательств, специально не регламентируется. Следовательно, исходя из процессуальных правомочий лиц, которые осуществляют такой опрос, само по себе отсутствие процессуальной регламентации формы проведения опроса и фиксации его результатов не может рассматриваться как нарушение закона и основание для отказа в приобщении результатов к материалам дела.

При этом полученные защитником в результате опроса сведения могут рассматриваться как основание для допроса указанных лиц в качестве свидете-

---

[101] Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. ч.2 ст.45.
[102] Там же. ч.2 ст.50.
[103] Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. ч.3 ст.123.

лей или для производства других следственных действий, поскольку они должны быть проверены и оценены, как и любые другие доказательства, с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности — с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела[104].

Таким образом, оспариваемое заявителем законоположение закрепляет лишь право защитника на собирание доказательств, оно должно применяться во взаимосвязи с иными нормами УПК РФ о видах доказательств, о круге лиц, осуществляющих практическую деятельность по доказыванию[105], и не может рассматриваться как нарушающее конституционные права заявителя.

На практике приобщение опроса лица так же затруднено, так, судебная коллегия по уголовным делам Московского городского суда при рассмотрении кассационной жалобы защиты по делу Х., отказала в приобщении опроса Д. к материалам дела. Суд обосновал данное решение, ссылаясь на тот факт, что следователь законно отказал в приобщении опроса Д. исходя из фактических обстоятельств дела на основании внутреннего убеждения. Так же суд отметил, что отказ следователя в удовлетворении ходатайства обвиняемого не лишает заинтересованных лиц права снова заявить его на последующих этапах уголовного судопроизводства[106].

Мотивировка этой позиции обоснована, т.к. надзор, который суды реализуют за работой органов предварительного расследования, в период досудебного производства ограничивается только контролем за соблюдением конституционных прав участников уголовного судопроизводства, включая соблюдение прав граждан на доступ к правосудию[107].

Представляется, что приобщение опроса лиц, который адвокат-защитник получил с их согласия, не гарантируется Конституцией РФ, однако, в случае лишения адвоката-защитника возможности приобщения полученных в резуль-

---

[104] Леонтьев, А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М., 2014. С.122-128.
[105] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ст.ст.74, 86.
[106] Кассационное определение Московского городского суда от 1 июня 2011 г. по делу №22-7543.
[107] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. ч.1 ст.125.

тате опроса сведения, это будет препятствовать реализации комплексного права на защиту в целом.

Сегодня так же отсутствует любая возможность, осуществив судебный контроль, повлиять на решения стороны обвинения на досудебной стадии процесса и в ч.1 ст.125 УПК РФ полностью закреплен приоритет принятия решений за органами предварительного расследования, исключая судебный контроль над принимаемыми ими решениями.

Представляется, что следует установить процессуальную форму для опроса лица адвокатом, которые могут быть представлены как доказательства и возможность их отклонения только по основаниям несоответствия таким требованиям, эти меры призваны обеспечить в качестве совокупности гарантированного права на защиту, так и поддержать состязательность со стороной обвинения.

Процессуально, более оправданным способом фиксации результатов опроса граждан будет закрепление в п.2 ч.3 ст.86 УПК РФ определения, «опрос лиц с их согласия - опрос лица (лиц) с их согласия защитником в рамках осуществления им защиты по уголовному делу, содержащий сведения, оправдывающие либо смягчающие вину его подзащитного, которые фиксируются в документе, заверенном подписями лица (лиц) дающего пояснения и защитником». Впоследствии он будет прилагаться к ходатайству защитника о вызове свидетеля в целях допроса на предварительном следствии или в суде, по усмотрению стороны защиты.

Применение в тоже время дополнительных средств фиксации опроса, не противоречит действующему законодательству, однако, данное требование не должно быть императивным. Отказ от приобщения опроса соответствующего вышеназванным требованиям будет выступать основанием к обжалованию таких действий по ч.1 ст.125 УПК РФ как нарушающее конституционное право на защиту.

Таким образом, можно констатировать, что проблем в сфере реализации права адвоката на собирание и представление доказательств существует не мало,

необходимо вносить соответствующие изменения и дополнения в УПК РФ в целях преодоления сложившейся ситуации. Это прерогатива федерального законодателя. Надеемся, что для их решения в недалеком будущем положения уголовно-процессуального закона будут приведены в надлежащее состояние.

Заключение

В советский период российской истории адвокат не имел права собирать доказательства и не относился к субъектам доказывания, под которыми понимались только дознаватель, следователь, прокурор, суд. Составители действующего УПК РФ 2001 г. постарались изменить ситуацию, право адвоката собирать доказательства было, наконец, фактически закреплено в законе.

Но реализация данного права в тексте УПК РФ была сделана без учета российских традиций разрешительного регулирования – не были разработаны детальные, подробные процедуры по реализации права адвоката-защитника по собиранию доказательств. Технико-юридические ошибки, непонимание традиций, ценностных установок, особенностей правопонимания значительной части судебных и следственных работников, привели к ситуации, когда практика не приняла реформы 2001 г. в части расширения прав адвокатов-защитников. К сожалению, высшие суды России в большинстве спорных случаев трактуют права адвоката-защитника ограничительно, фактически их уменьшая и приближая к положению существовавшему в СССР.

На основании проведенного исследования можно сделать вывод о том, что адвокат-защитник относится к важным субъектам доказывания и собирает доказательства, несмотря на недостатки нормативного регулирования и судебную практику, которые необходимо и целесообразно изменить.

Адвокат-защитник вправе участвовать в доказывании. Для реализации данного права адвоката, в определенных случаях становящегося обязанностью, необходимы права по собиранию доказательств.

Адвокат-защитник имеет формальное право самостоятельно собирать доказательства, но законодатель не разработал процессуальный порядок производства действий адвоката, описанных в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, по собиранию и представлению доказательств. Право адвоката-защитника привлекать специалиста непосредственно в ст.86 УПК РФ прямо не предусмотрено, также отсутствует процессуальный порядок производства этих действий.

В результате изучения вопросов об участии адвоката-защитника в доказывании можно сделать вывод о том, что адвокат-защитник фактически лишен права собирать доказательства, а имеет возможность собирать только информацию (сведения), которая, после ее процессуальной проверки путем проведения следственных или судебных действий может быть признана доказательством.

Представляется, что ситуацию необходимо изменить, закрепив в законе в ч.1 ст.86 УПК РФ, что собирать доказательства имеют право обе стороны судопроизводства, а не только должностные лица и органы государства. В развитие данных изменений закона потребуется детальная нормативная процедура - как и какие доказательства собирает адвокат-защитник и другие участники уголовного процесса, не наделенные властными полномочиями.

У адвоката-защитника имеется два основных способа доказать необоснованность предъявленного подзащитному обвинения: опорочить доказательства, положенные в основу обвинения и/или представить в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства новые факты, опровергающие обвинение. Эти способы адвокату необходимо применять комплексно. Именно умение их реализовать, соблюдая этические стандарты, определяет профессионализм адвоката-защитника.

Основной, традиционный способ участия адвоката-защитника в доказывании - опорочить доказательства, положенные в основу обвинения реализуется при анализе доказательств с учетом требований к их относимости, допустимости и достоверности.

Второй основной способ участия адвоката-защитника в доказывании - представить в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства новые доказательства, факты опровергающие обвинение, получил значительное развитие в 2001 г. в связи с принятием нового УПК РФ.

Имеются следующие средства участия адвоката-защитника в доказывании:

1) получение предметов, документов и иных сведений;

2) опрос лиц с их согласия;

3) истребование документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии;

4) привлечение к участию в деле специалиста;

5) заявление ходатайств об участии в доказывании.

С помощью вышеуказанных средств и реализуются основные способы участия адвоката-защитника в доказывании.

Анализ практической реализации в тексте закона и его толкования судебной практикой вышеуказанных средств участия адвоката-защитника в доказывании позволяет сделать вывод об их явной недостаточности для осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон. Имеется явный дисбаланс прав и возможностей в пользу государственных органов и должностных лиц, и в ущерб частным лицам: обвиняемому, его адвокату-защитнику, а также потерпевшему, его адвокату-представителю.

Проблема участия адвоката в доказывании является главной составляющей более широкой проблемы состязательности сторон в уголовном судопроизводстве, которая наиболее трудно решаема на стадии предварительного расследования. Если на этапе судебного разбирательства этот принцип действует наиболее широко, то в условиях предварительного расследования он по-прежнему имеет ограниченное действие, что обусловлено во многом и объективными факторами, поскольку сама по себе состязательность в досудебном производстве труднореализуема.

Попытка законодателя усилить начала состязательности на предварительном следствии с помощью предоставления адвокату права более активно участвовать, в доказывании по уголовному делу не смогла полностью оправдала ожиданий сторонников такого решения. Закрепленные на данный момент законом нормы, обуславливающие права защитника собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов по сути дела ничего не

дают из-за отсутствия, определенных уголовно-процессуальных правоотношений регулирующих данное право.

Сама попытка предоставления защитнику возможности состязаться с органами предварительного расследования в собирании и представлении доказательств, трудно реализуема в исторически сложившейся структуре российского уголовного процесса и в сопоставлении арсенала средств находящихся в распоряжении у каждой из сторон.

Путем к решению данной проблемы, должна явиться разработка и принятия нормативной базы, представляющей собой механизм реализации прав адвоката, в частности таким видится внесение в п.п.1, 2 ч.3 ст.86 УПК РФ определений собирания предметов, документов, иных сведений у лиц и опроса лиц с их согласия для закрепления их в качестве доказательств. Данные шаги должны служить расширению прав защитника и существенно упрочить состязательность в уголовно-процессуальном доказывании и уголовном процессе в целом.