А. В. Леонтьев

Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам

Москва
2014

ISBN 5-85167-056-8

«Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам»

Автор: Леонтьев Александр Владимирович
конт.тел. 8(903)173-30-01
эл.почта: leontevav2009@rambler.ru

На основе изучения и обобщения законодательства России, международных актов, судебной и адвокатской практики, а также анализа основных научных исследований по вопросам регламентации участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам, автор формулирует новое понятие доказывания в уголовном судопроизводстве, построенном на основе состязательности и равноправия сторон, описывает место и роль адвоката-защитника в доказывании, предлагает новую классификацию участников доказывания, основанную на состязательной модели судопроизводства, определяет доказательственное значение результатов участия адвоката-защитника в доказывании и основные способы и средства участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам, а также предлагает направления по совершенствованию и реформированию действующего уголовно-процессуального-законодательства.

Книга может быть интересна студентам, а также научным и практическим работникам в области уголовного судопроизводства.

Оглавление

Введение 6

Глава 1. Понятие доказывания и его современное толкование

§1.1. Понятие доказывания 12

§1.2. Адвокат-защитник как субъект доказывания. Классификация субъектов доказывания 28

§1.3. Доказательственное значение результатов участия адвоката-защитника в доказывании 48

Глава 2. Способы участия адвоката-защитника в доказывании 71

§2.1. Оспаривание или обоснование адвокатом-защитником относимости доказательств к обстоятельствам, имеющим значение для дела 78

§2.2. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств обвинения 83

2.2.1. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту 92

2.2.2. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств, вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников 96

2.2.3. Некоторые вопросы допустимости показаний подозреваемого, обвиняемого, данных в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные им в суде. Допрос адвоката. Допрос дознавателя, следователя 101

Глава 3. Средства участия адвоката-защитника в доказывании 118

§3.1. Право адвоката-защитника собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений (п.1 ст.86 УПК РФ) 120

§3.2. Право адвоката-защитника собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия (п.2 ст.86 УПК).....122

§3.3. Право адвоката-защитника собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии (п.3 ч.3 ст.86 УПК) 136

§3.4. Право адвоката-защитника привлекать специалиста (п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ) 158

§3.4.1. О некоторых проблемах использования защитником специальных знаний при проверке заявлений о пытках.....175

§3.5. Права адвоката-защитника заявлять ходатайства, участвуя в доказывании (п.8 ч.1 ст.53, ч.3,4 ст.88, ст.119, ч.5 ст.234, 235 УПК РФ) 193

Заключение.....213

Список использованной литературы 224

Список нормативных правовых актов.....231

Перечень материалов судебной практики.....233

Введение

В 2001 году в связи с принятием нового УПК РФ произошла реформа уголовного процесса, направленная на повышение состязательности и равноправия сторон. Кроме того, в 2002 году 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.

В настоящее время сформировалась обширная практика применения способов и средств по участию адвоката-защитника в доказывании, которую я собираюсь исследовать в данной книге,

проанализировать и сделать предложения по изменению законодательства.

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.

В России исторически исследователи в основном подробно изучали доказательственную деятельность органов дознания, следствия, прокуратуры и суда. Среди ученых, уделивших внимание этой проблеме, можно назвать Р.С. Белкина, А.Р. Белкина, А.А. Давлетова, В.Я. Дорохова, Е.А. Доля, 3.3.Зинатуллина, Л.Л. Каневского, Л.Д. Кокорева, Ф.М. Кудина, В.А. Лазареву, А.М. Ларина, О.В. Левченко, П.А. Лупинскую, Ю.К. Орлова, П.Ф. Пашкевича, Т.Н. Москалькову, М.М. Михеенко, М.С. Строговича, А.И. Трусова, Ф.Н. Фаткуллина, С.А. Шейфера и др. Деятельность адвоката-защитника по участию в доказыванию рассматривалась меньше, факультативно, преимущественно в рамках

предварительного расследования. В той или иной степени её процессуальные или криминалистические аспекты исследовали О.Я. Баев, МО. Баев, Е.В. Бочкарева, А.Д. Бойков, Т.В. Варфоломеева, Г.А. Воробьев, Д.С. Игнатов, В.А. Калюжная, Н.В. Краснова, А.В. Кудрявцева, Ю.Ф. Лубшев, Т.Л. Николаева, Е.А. Попов, В. Ю. Резник, Г.П. Саркисянц, Е.Б. Смагоринская, В.С. Соркин, Ю.И. Стецовский, В.И. Третьяков, М.П. Шаламов, Г.М. Шафир, Ф.Г Шахкелдов, В.В. Ясельская и другие.

Фундаментально вопросы участия защитника в доказывании по УПК РФ исследовали в 2004 году Ю.В. Кореневский, Г.П. Падва.

В книге описаны исследованные общественные отношения, возникающие и реализуемые при участии адвоката-защитника в доказывании по уголовному делу, а также нормы действующего законодательства, их доктринальное толкование, судебная практика высших судов России, Европейского суда по правам человека, перспективы развития института участия адвоката-защитника в доказывании по уголовному делу, а также другие вопросы.

Цель книги – 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 процессуального законодательства и практики его применения.

Для её достижения были поставлены и решались следующие задачи:

- изучить законодательство России, международные акты по вопросам регламентации участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам;
- изучить и обобщить судебную практику участия адвоката в доказывании;
- изучить и проанализировать основные научные исследования по вопросам участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам;
- сформулировать понятие доказывания в уголовном судопроизводстве, построенном на основе состязательности и равноправия сторон;
- определить место и роль адвоката-защитника в доказывании;
- предложить классификацию участников доказывания, основанную на состязательной модели судопроизводства;
- определить доказательственное значение результатов участия адвоката-защитника в доказывании;

- определить основные способы и средства участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам;
- предложить направления по совершенствованию и реформированию действующего уголовно-процессуального-законодательства, регламентирующего участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам.

Методологическая основа исследования базируется на общенаучном диалектическом методе познания объективной действительности. Выводы и рекомендации, содержащиеся в книге, опираются на положения философии, психологии, аксиологии, формальной логики, а также на сравнительно-правовой, историко-правовой, логико-юридический методы и метод конкретно-социологических исследований.

Теоретическое значение исследования заключается в том, что его результаты содержат решение задач, имеющих значение для развития уголовно-процессуальной науки.

Практическое значение состоит в том, что изложенные в данной книге положения, выводы и рекомендации могут способствовать совершенствованию уголовно-процессуального

законодательства, 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.

Данные, полученные при работе над книгой, используются автором в адвокатской практике.

Глава 1. Понятие доказывания и его современное толкование

§1.1. Понятие доказывания.

Понятие доказывания занимает важное место в науке уголовно-процессуального права и прямо влияет на понимание и практику судопроизводства в России. Данный вопрос сегодня очень актуален, спорен и находится во взаимосвязи со стержневыми вопросами об истине, о назначении уголовного процесса, о том на каких ценностях и принципах строится и развивается российское судопроизводство.

Со времен жизни создателя науки логики – Аристотеля и до XX века н.э. доказательство (доказывание в современном значении) понималось всеми учеными мира одинаково. Данное понятие было единым не только в области юриспруденции, но в других науках, так как шло из логики.

Например, известнейший ученый царской России в области уголовного права и процесса, проф. Фойницкий И.Я. определял доказательство (доказывание в современном значении) как процесс «путем которого обстоятельство искомое ставится в связь с

обстоятельством известным, данным и показывается им»[1].

В XX веке вышеуказанное понятие доказывания (доказательства) поддержали Лузгин И.М.[2], Эйсман А.А., последний утверждает: "Судебное доказывание это частный случай доказывания вообще, т.е. особого способа передачи информации, связанного с обоснованием передаваемых сведений»[3]. Уже в наше время Агутин А.В. пишет: «Термин доказывание в уголовно-процессуальной теории имеет тот же смысл, который имеет в логике доказательство»[4].

В словаре С.И.Ожегова под доказательством понимается: 1) факт или довод, подтверждающий, доказывающий что-нибудь; 2) система умозаключений, путем которых выводится новое положение[5].

В современной логике и теории аргументации полное обоснование утверждения об истинности какого-

---

[1] Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.2. – СПб.: Альфа, 1996.- С.162-163.

[2] Лузгин И.М. Вопросы познания в судебном доказывании. Советское государство и право.- 1964.-№8 –С.107.

[3] Эйсман А.А. О понятии вещественного доказательства и его соотношении с понятиями доказательств других видов. – С.82.

[4] Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: монография.-М., 2004.-С.88.

[5] Ожегов С.И. Словарь русского языка, 22-е издание под редакцией члена-корреспондента АН СССР Н.Ю.Шведовой. М., Издательство «Русский язык» 1990г. с.175.

либо высказывания называется доказательством этого высказывания. Структуру доказательства составляют: тезис, аргументы и демонстрация (логический способ обоснования тезиса посредством аргументов).

Но в XX веке советской юридической наукой, в рамках развития инквизиционного уголовного процесса, было выработано новое понятие доказывания. Данное понятие, придуманное советскими учеными прямо не было связанно с наукой логикой. Большинством ученых используемое логикой понятие доказательства к процессуальному доказыванию считалось неприменимым[6]. Доказывание было приравнено к познанию. Известный советский ученый профессор Строгович М.С. писал: «Мы отождествляем доказывание в уголовном процессе с познанием истины по уголовным делам: процесс доказывания и есть процесс познания фактов, обстоятельств уголовного дела»[7]. Кроме того, П.А.Лупинская утверждала, что доказывание «имеет не только познавательный, но и

---

[6] Соловьев А.В. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса.-М.: Юрлитинформ, 2002. –С.7.

[7] Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т.1-с.296.

удостоверительный характер»[8]. И.Б. Михайловская считает, что доказывание в уголовном судопроизводстве есть «процесс познания неизвестных обстоятельств на основе известных» и «процесс удостоверения устанавливаемых фактов»[9].

Зинатуллин З.З. определяет, что «доказывание - это процессуальная форма познания обстоятельств уголовного дела, осуществляемого следователем, прокурором, судом, с участием обвиняемого, потерпевшего, защитника и других лиц, наделенных соответствующими правами и несущих определенные обязанности»[10].

В настоящее время Шейфер С.А. пишет, что доказывание – это «получение доказательств и оперирование ими в целях воссоздания действительной картины изучаемого события»[11].

---

[8] Уч-к Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. 2-ое изд. отв.ред. П.А. Лупинская. НОРМА ИНФРА-М, Москва 2011. С.348.

[9] Комментарий к УПК РФ под ред. И.Л.Петрухина. М., 2002. С.147.

[10] Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание.// Ижевск, 1993. С. 25.

[11] Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: НОРМА, 2009. С.16.

По мнению автора из современных исследователей наиболее полно, объективно и логично раскрывает советское понимание доказывания Орлов Ю.К., который выделяет в нем 3 аспекта (уровня): доказывание-познание, доказывание-удостоверение, доказывание-обоснование[12]. Но профессор Орлов Ю.К. не дает единого понятия доказывания в своей монографии. На наш взгляд это происходит потому, что невозможно совместить в одном понятии столь разные виды деятельности. Доказывание-познание и доказывание-удостоверение – это искусственные «новообразования» советского уголовного процесса, продолжать их использовать в XXI веке и относить к доказыванию, на взгляд автора, не верно.

По нашему мнению доказывание-познание прекрасно заменяется терминами о собирании, проверке и оценке доказательств. Выделение доказывания-познания возможно имело смысл в советском уголовном процессе, но в настоящее время это анахронизм. Довод автора прост – если ты что то познаешь, устанавливаешь, то это не значит, что ты это доказываешь кому-либо.

---

[12] Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009. С.32-33.

Также, по мнению автора, вместо доказывания-удостоверения разумно использовать термин закрепление или формирование доказательств. Уже потом с помощью этих закрепленных или сформированных доказательств, происходит доказывание стороной своей обвинительной или защитительной позиции перед судом. Например, когда определенные факты действительности фиксируются в протоколе осмотра места происшествия следователем и заверяются подписями понятых - никто никому ни чего не доказывает. Сам протокол позднее оценивается судом как допустимое и достоверное доказательство, на котором основывается приговор, только когда факты, в нем изложенные, вообще не оспариваются стороной защиты или полностью подтверждаются свидетельскими показаниями понятых в суде. По мнению автора, понимание под познанием и удостоверением каких-либо фактов – доказывания, это традиции письменного инквизиционного (розыскного) процесса. Отход России от этих традиций это вопрос ближайших десятилетий, и сдерживается он только консерватизмом свойственным юристам, которые в молодости усвоив определенную, искусственную схему

доказывания и построения уголовного судопроизводства считают её единственно верной и лучшей.

Советское идеалистическое представление о бесконфликтности уголовного процесса и единстве целей его участников в постижении истины путем полного всестороннего и объективно расследования и рассмотрения дела эффективно работало только в советском инквизиционном (розыскном) процессе и не совместимо с состязательным процессом. Соответственно, «советское» понятие доказывания также не совместимо с судопроизводством на основе состязательности и равноправия сторон.

На сегодняшний день именно вышеуказанное «советское» понимание доказывания, наиболее распространено среди научных[13] и практических работников, оно же получило реализацию в законе. В ст.85 УПК РФ говорится, что доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по делу, также здесь указано, что доказывание осуществляют дознаватель, следователь, руководитель следственного органа, прокурор и судья.

---

[13] Орлов Ю.К., Шейфер С.А.

Часть исследователей придерживаются точки зрения, что познавательная деятельность следователя, дознавателя, прокурора, суда и есть доказывание[14]. На наш взгляд данная позиция в настоящее время устарела и противоречит принципам состязательности и равноправия сторон, независимости суда, презумпции невиновности. Например, в ч.2 ст.14 УПК РФ «Презумпция невиновности» закреплено «Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность». Если признать, что деятельность по собиранию, проверке и оценке доказательств государственными органами и должностными лицами и есть доказывание, то получается, что закон освобождает обвиняемого от обязанности, которой у него никогда не было. В соответствии с этой неверной точкой зрения получается, что презумпция невиновности сформулирована в законе ошибочно, так как обвиняемый фактически не имеет права собирать,

---

[14] См.: Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств.-М., 1964.- С.14; Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С.298; Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Эльдкин П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе.- Воронеж: ВГУ, 1978.-С.198; Каз Ц.М. Указ.соч.-С.4-16; Фаткулин Ф.Н. Указ.соч. - С.6-9; Ларин А.М. Работа следователя с доказательствами.- М.: Юрид.лит., 1966.- С.3-5; Шейфер С.А. Указ.соч.-С.11.

проверять и оценивать доказательства как это делают государственные органы и должностные лица, фактически не имеет права участвовать в доказывании наравне со стороной обвинения. Также, по мнению автора, суд в состязательном судопроизводстве независим и является адресатом доказывания, а не субъектом. Кроме того, прокурора исключили из числа лиц осуществляющих предварительное расследование в результате реформирования отдельных положений уголовно-процессуального законодательства в 2007 году, соответственно большие вопросы вызывает и право прокурора собирать доказательства.

Попытки совместить несовместимое - «советское» понимание доказывания и состязательный уголовный процесс вынуждают ученых к использованию двойного понятия[15], в широком и узком смыслах. Доказывание в широком смысле – это познавательная деятельность, осуществляемая органами расследующими и разрешающими дело, состоящей в собирании, проверке и оценке доказательств. Доказывание в узком смысле – это деятельность по

[15] Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. - М.: Наука, 1971.-С.156-158; Строгович М.С. Проблемы теории права.Т.1. Свердловск 1973. – С.298; Алексеев С.С. Проблемы теории права.Т.2. - . Свердловск 1973. – С.247-248.

обоснованию утверждения, выдвинутого участником процесса, по убеждению в его истинности каких-либо лиц.

Кроме того, имеются предложения отдельных исследователей разграничить доказывание и собирание доказательств[16]. Собирание доказательств – это познавательно-практическая деятельность, а доказывание – деятельность обосновывающая, рационально-логическая. Эти предложения по своему логичны, но они только описывают и трактуют то, что есть в действительности, без учета мировых тенденций развития уголовного процесса и без предложений по изменению и улучшению основ нашего судопроизводства.

Интересный вариант устранения сложности, нелогичности и противоречивости понимания доказывания в уголовном судопроизводстве предлагает Лазарева В.А.: «*Под доказыванием следует понимать состоящую в собирании, проверке и оценке доказательств мыслительную и практическую деятельность органов уголовного преследования*

---

[16] См.: Лузгин И.М. Расследование как процесс познания.-М.: ВШ МВД СССР, 1969.- С.21-22; Домбровский Р.Г. Логика и теория судебных доказательств/Оптимизация расследования преступлений. - Иркутск: ИГУ, 1982. – С.18.

(дознавателя, следователя, прокурора, государственного обвинителя) по изобличению подозреваемого и обвиняемого в совершении преступления и обоснованию его вины. Собирание, проверка и оценка доказательств являются урегулированными законом видами, элементами деятельности, направленной на доказывание обвинения»[17]. Суд, по мнению Лазаревой В.А., тоже собирает, проверяет и оценивает доказательства, но его деятельность направлена на выяснение вопроса, считает ли суд обвинение доказанным. Автор согласен с нижеследующим мнением Лазаревой В.А.: «Не превращает суд в субъект доказывания и необходимость мотивировать свои выводы в приговоре. Мотивируя приговор, суд обосновывает не виновность подсудимого, а свой вывод о том, почему он признает обязанность доказывания прокурором обвинения выполненной и соглашается с его аргументами»[18].

Понятие «доказывания» даваемое Лазаревой В.А., с точки зрения автора правильно и полно было бы

---

[17] Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практич. пособие – 3-е изд., перераб. и доп.- М.:Издательство Юрайт 2012г. с.50.

[18] Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практич. пособие – 3-е изд., перераб. и доп.- М.:Издательство Юрайт 2012г. с.51.

называть понятием «доказывание обвинения». Направление, предложенное Лазаревой В.А. на мой взгляд, это путь эволюционного развития уголовно-процессуального права, окончательно обосновывающий разделение функции обвинения и рассмотрения дела по существу в теории доказывания[19]. Но общемировые тенденции развития уголовного процесса в сторону состязательности и равноправия сторон, требуют от нас смотреть дальше «одностороннего» понимания доказывания, предложенного Лазаревой В.А.

Перед автором, как адвокатом, сразу встают вопросы - а что же тогда понимать под «доказыванием невиновности» или меньшей вины обвиняемого? Участвует ли защита в доказывании, если да, то как? Как было бы логично и разумно организовать участие в доказывании стороны защиты? На все эти вопросы я и постараюсь ответить в данной работе.

По моему мнению, не логично и ошибочно считать суд субъектом доказывания, и продолжать использовать понимание и понятие доказывания из советского уголовного процесса в судопроизводстве,

---

[19] В советском уголовном процессе у всех государственных органов и должностных лиц, в том числе и суда, была общие единые задачи: постичь истину, полно всесторонне и объективно исследовать обстоятельства дела, бороться с преступностью.

строящемся на основе состязательности и равноправия сторон (ч.3 ст.123 Конституции РФ).

По моему мнению под **уголовно-процессуальным доказыванием следует понимать состоящую в собирании, проверке, оценке и представлении доказательств деятельность участников уголовного судопроизводства по обоснованию своей позиции по делу друг перед другом и/или перед судом.** Собирание, проверка и оценка доказательств являются урегулированными законом видами, элементами деятельности, направленной как на доказывание обвинения, так и на доказывание невиновности, меньшей виновности или смягчающих вину обстоятельств.

Понятие позиции, по мнению автора следует понимать, как предлагает Воскобитова Л.А.: «**Позиция стороны - это** не предположение (версия), а **утверждение, уверенность, что обстоятельства дела таковы, и намерение доказать это перед судом**»[20].

Формулировку «друг перед другом» я использую из-за возможности некоторых нижеследующих

---

[20] Адвокат: навыки профессионального мастерства. Е.Ю. Булакова, Л.А. Воскобитова, М.Р. Воскобитова и др.; под ред. Л.А. Воскобитовой, И.Н. Лукьяновой, Л.П. Михайловой. М.: Волтерс Клувер, 2006. С.-170.

ситуаций. Например, в суде в результате исследования доказательств, сторона обвинения в лице государственного обвинителя может полностью согласиться с доводами и позицией защиты о невиновности обвиняемого и мотивированно отказаться от дальнейшего поддержания обвинения. В соответствии с ч.7 ст.246 УПК РФ уголовное дело в таком случае должно прекращаться судом на безальтернативной основе. Причем не важно согласен ли суд с мотивами государственного обвинителя и доказала ли сторона защиты суду тезис о невиновности подсудимого.

Или, например, на стадии предварительного расследования обвинение, в лице следователя убедило с помощью сильных, неопровержимых доказательств обвиняемого и его защитника, что отрицать вину бессмысленно. В результате доказывания, проведенного стороной обвинения, обвиняемый полностью признал вину, согласился с обвинением и заявил ходатайство о рассмотрении дела в особом порядке судебного разбирательства, предусмотренного главой 40 УПК РФ. По мнению автора, в данном случае доказывание виновности обвиняемого в совершении конкретных преступных действий закончилось ещё на досудебной

стадии. В стадии судебного разбирательства сторонами будет исследоваться только характеризующий материал на подсудимого, наличие смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств. Стороны в этом случае будут доказывать суду, почему и какое наказание, по их мнению, необходимо назначить подсудимому, и только в очень редких случаях возможны споры о правовой квалификации действий обвиняемого, не связанные с оспариванием фактических обстоятельств дела.

Еще обоснование позиции по делу друг перед другом может происходить в случае, если обвиняемый и его защитник докажут следователю свое утверждение, позицию об отсутствии вины на стадии предварительного расследования. В результате уголовное дело должно быть прекращено по постановлению следователя, причем суд в данном случае в доказывании участия не примет вообще. А доказывание в данном уголовном деле осуществляли как сторона защиты, так и сторона обвинения в отношении друг друга.

Предложенное понятие доказывания просто и логично для построения уголовного процесса на основе состязательности и равноправия сторон. Но использование данного понятия доказывания

практически необходимо только в случае дальнейшего реформирования уголовного процесса в направлении развития, увеличения и детальной нормативной проработки прав и обязанностей защиты, процедур по её участию в собирании, проверке, оценке и представлении доказательств.

§1.2. Адвокат-защитник как субъект доказывания. Классификация субъектов доказывания

В России, несмотря на давнее прекращение действия УПК РСФСР 1960 года, среди практических работников правоохранительных органов все еще встречается толкование уголовно-процессуального закона о том, что субъектами доказывания являются только дознаватель, следователь, прокурор, суд. Данную точку зрения основывают на ч.1 ст.86 УПК РФ «собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом». Именно это положение дает возможность противникам состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе утверждать, что другие участники судопроизводства доказательств не собирают. А без собирания невозможно говорить о полноценном участии в доказывании и наличии субъектности в данном процессе. К счастью в научной среде, адвоката давно

относят к субъектам доказывания[21], а вопрос о собирании доказательств защитой носит уже острый и спорный характер.

Орлов Ю.К. предлагает понимать под субъектами доказывания любые органы и лица, которые принимают какое-то участие в доказательственной деятельности и обладают определенными правами и обязанностями[22].

Лазарева В.А. считает, что к субъектам доказывания являются не все участники уголовного процесса, а лишь те, которые имеют в нем самостоятельный или представляемый процессуальный интерес. Процессуальный интерес может носить публичный или личный характер[23].

Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. к субъектам доказывания относят суд, прокурора, следователя, дознавателя, частного обвинителя, потерпевшего, гражданского истца, обвиняемого, подозреваемого, защитника, гражданского ответчика[24].

---

[21] П.А.Лупинская, Ю.К. Орлов, С.А. Шейфер, В.А. Лазарева, Н.А. Колоколов и др.

[22] Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009. С.36-37.

[23] Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практич. пособие – 3-е изд., перераб. и доп.- М.:Издательство Юрайт 2012г. с.75.

[24] Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. Участие обвиняемого и защитника. М., 2002.С.52.

Зинатуллин З.З., Егорова Т.З. и Зинатуллин Т.З. под субъектами доказывания предлагают понимать всех участников процесса, в действиях которых имеются те или иные элементы уголовно-процессуального доказывания, хотя их объем, содержание и формы различны[25].

Степень и особенности участия лица в уголовно-процессуальной деятельности позволяют распределить участников доказывания по группам. Орлов Ю.К. объективно выделяет 4 категории (вида) участников доказывания, относя защитника ко 2-ой:

1) Органы и лица, осуществляющие производство по делу;
2) Лица, имеющие по делу собственный или представляемый интерес (участники процесса);
3) Лица, являющиеся источником доказательственной информации;
4) Иные лица, выполняющие технические и другие вспомогательные функции[26].

---

[25] Зинатуллин З.З., Егорова Т.З., Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальное доказывание. Концептуальные основы. Ижевск, 2002. С.49.

[26] Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009. С.36-37.

По моему мнению, суд правильно выделить в отдельную группу, так как он рассматривает дело по существу. Исходя из понятия доказывания, предложенного в первом параграфе, суд является адресатом, тем к кому направлено доказывание. Следовательно, суд, на мой взгляд, целесообразно исключить из числа «органов и лиц» первой категории, тем более, что все они представляют сторону обвинения.

П.А.Лупинская считала защитника субъектом собирания доказательств, но отмечала, что все собранное защитником, равно как и другим субъектом на стороне защиты, передается лицу, ведущему досудебное производство, или в суд с ходатайством о приобщении их к делу в качестве доказательств или о вызове для допроса лиц, ранее опрошенных защитником[27].

Кудрявцева А.В. и Попов В.С. пишут, что защитник входит только в группу участников процесса доказывания, имеющих права представлять доказательства и заявлять ходатайства. Но защитник не относится к группе субъектов доказывания, на которых

[27] Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе. Российская юстиция. 2002. №7.С.7.

лежит обязанность собирания, проверки и оценки доказательств для принятия властных решений[28].

Арсеньев В.Д. и Заболоцкий В.Р. объективно отмечают, что ограниченность прав защитника при его участии в доказывании, не означает их отсутствия и не лишает его возможности быть субъектом доказывания[29].

В общем, все исследователи относят адвоката-защитника к важным профессиональным субъектам доказывания, но отмечают определенные ограничения в правах и возможностях участия в доказывании, в собирании доказательств, в сравнении со стороной обвинения. Полностью соглашусь с общей оценкой, но считаю возможным предложить свой вариант классификации, в соответствии с которым все участники доказывания делятся на 5 категорий:

1.) Суд – адресат доказывания, выполняющий функцию рассмотрения дела по существу (профессиональные судьи и присяжные заседатели);

---

[28] Кудрявцева А.В., Попов В.С. Участие адвоката-защитника в процессе доказывания на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции. Челябинск: Полиграф-Мастер, 2006.С.42.

[29] Арсеньев В.Д., Заболоцкий В.Р. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск, 1986. С.53.

2.) Сторона обвинения в лице следователя, дознавателя, прокурора, потерпевшего, гражданского истца, представителей потерпевшего и гражданского истца;
3.) Сторона защиты в лице подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, защитника, гражданского ответчика, представителя гражданского ответчика;
4.) Лица, являющиеся источниками доказательственной информации (свидетель, специалист, эксперт);
5.) Иные лица, выполняющие технические и другие вспомогательные функции (переводчик, секретарь судебного заседания, статист, понятой);

Кроме того, считаю важной, практически и теоретически необходимой классификацию всех вышеуказанных категории ещё на две подгруппы – профессиональных и непрофессиональных участников.

Предложенная мной классификация позволяет лучше понять и разработать все процедуры, статус, права и обязанности лиц, участвующих в доказывании в судопроизводстве, построенном на основе состязательности и равноправия сторон. Причем эта классификация позволяет разграничить суд и сторону обвинения, дает возможность теоретически разработать и учесть разные роли данных субъектов в доказывании,

а не продолжать советские традиции поиска у них общих черт.

	Профессиональные участники	**Непрофессиональные участники**
1.Суд	профессиональный судья	присяжный заседатель
2. Сторона обвинения	следователь, дознаватель прокурор, адвокаты-представители потерпевшего и гражданского истца	потерпевший, гражданский истец, представители потерпевшего и гражданского истца
3. Сторона защиты	адвокат-защитник, адвокат-представитель гражданского ответчика	подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, гражданский ответчик, представитель гражданского ответчика
4.Лица, являющиеся источниками доказательственной информации	специалист, эксперт	свидетель
5.Иные лица, выполняющие технические и другие вспомогательные функции	переводчик, секретарь судебного заседания	статист, понятой

Продолжать при определении участников доказывания относить суд к одной категории с государственными органами и должностными лицами со стороны обвинения нецелесообразно. Также архаично

использовать для суда и стороны обвинения одну и ту же теоретическую схему доказывания, одно обоснование и похожее нормативное регулирование. В судопроизводстве на основе состязательности и равноправия сторон одна и та же схема доказывания и похожее нормативное регулирование должны быть у самых заинтересованных и активных субъектов доказывания - сторон обвинения и защиты.

По моему мнению, под схемой доказывания можно понимать комплекс (алгоритм) взаимосвязанных действий участников доказывания, основанных на имеющихся правах и обязанностях, взаимодействие с противоположной стороной, судом, другими второстепенными участниками в целях обоснования позиции по делу для реализации своих частных или публичных интересов.

Соответственно, в состязательном процессе одна схема доказывания, один баланс сил и возможностей между сторонами обвинения, стороной защиты, судом, а в розыскном (инквизиционном) процессе схема доказывания и баланс сил, прав, обязанностей и возможностей сторон другие. Схема доказывания, меняется от государства к государству. В США и Англии схема доказывания имеет общие черты, но есть

различия в деталях. Например, в Англии, в противовес США, не столь важна процедура получения доказательств. Английских юристов до сих пор учат в соответствии с точкой зрения судей середины XIX века: «Каким бы образом вы его (доказательство) не получили – даже если вы его украли - доказательство будет признанно допустимым (судья Кромптон)» и «Было бы опасным препятствием для успешного отправления правосудия, если бы мы решили, что доказательство не может быть использовано против обвиняемого только потому, что оно добыто незаконным путем (судья Меллор)»[30].

Также есть много общих черт в схемах доказывания в уголовном процессе России и Белоруссии, но есть и отличия в отдельных деталях. Не предлагаю в науке новый термин «схема доказывания», а лишь использую его для лучшего выражения собственных мыслей, в связи с необходимостью этого понятия «схема доказывания» наряду с понятиями «тип» и «форма» уголовного процесса.

Возвращаясь к предложенной классификации, каждая вышеуказанная категория и каждая подгруппа

---

[30] Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – ИДД «Зерцало-М», 2001. С.83.

участников доказывания (по критерию профессиональность участника доказывания) имеет свои особенности участия в доказывании, соответственно и нормативная проработка статуса, прав, обязанностей и процедуры участия для каждой из категорий и подгрупп должна иметь особенности, учитываться законодателем. Кроме того, эту классификацию целесообразно использовать в обучении студентов, которые вероятно уже будут работать в условиях состязательного судопроизводства. Вместе с тем, выделение в качестве категорий стороны обвинения и стороны защиты может поспособствовать разумному и сбалансированному наделению этих сторон правами и обязанностями по участию в доказывании по сравнению с традиционной классификацией, изложенной профессором Ю.К.Орловым.

Если у одной из сторон имеется или появляется определенная возможность по участию в доказывании, по сбору доказательств, то, по моему мнению, у другой стороны должна автоматически появляться аналогичная, симметричная или, с учетом наших традиций, хотя бы ассиметричная возможность проверить доказательство, представленное другой стороной, или получить и представить свое доказательство.

Яркий негативный пример - использование специальных знаний в уголовном процессе сегодня практически полностью монополизировано стороной обвинения. Защите всегда может быть отказано в назначении судебной экспертизы, в поставке вопросов эксперту, в проведении дополнительных и повторных экспертиз, в допросе эксперта. Данное положение несправедливо и явно не способствует состязательности и равноправию сторон. Попытка законодателя изменить это положение введя новый вид доказательств - заключение специалиста, по моему мнению, провалилась. Сама мысль, что в области специальных знаний с судебным экспертом должен спорить специалист, человек с равным объемом научных знаний, а не обвиняемый и его адвокат-защитник, разумна и справедлива. Но следственная и судебная практика, в том числе и на основе решений Верховного суда России планомерно и целенаправленно дискредитирует ограничительным толкованием положения закона о заключении специалиста как доказательстве по уголовным дела.

К примеру, в качестве экспертной оценки, 19 апреля 2013 года автор присутствовал на семинаре в адвокатской палате Московской области, где лектор

Козлов Александр Алексеевич, действующий федеральный судья Московского областного суда с 1995 года, давал адвокатам следующие рекомендации: «В большинстве случаев в приобщении к делу заключения специалиста, как доказательства Вам будет отказано… Отказ будет в случаях, когда для дачи заключения специалисту пришлось читать и изучать материалы уголовного дела, также у суда, скорее всего, возникнут сомнения в квалификации специалиста, в его независимости от стороны защиты, сомнения в связи с отсутствием процедуры получения заключения специалиста и процессуальных гарантий при даче данного заключения… Прикладывайте заключение специалиста к ходатайству о вызове в суд для допроса эксперта, проводившего судебную экспертизу, так судья хотя бы прочитает заключение специалиста… Если заключение и доводы специалиста будут поняты судьёй, а эксперт будет вызван в суд, то Вы на допросе задавайте вопросы эксперту с целью поставить его заключение под сомнение, после подавайте ходатайство о назначении повторной или дополнительной экспертизы… Это самый разумный алгоритм действий для адвоката», - комментарии как говорится излишни.

У меня возникает вопрос, а что делать, если сторона обвинения вообще отказывает в проведении экспертиз? А специальные исследования и знания специалистов и экспертов очень нужны для защиты и оказания квалифицированной юридической помощи? Вывод: в области использования специальных знаний имеется явный дисбаланс равноправия сторон, который ведет к нарушению прав граждан на защиту и представительство их интересов всеми не запрещенными законом способами. Ситуация может быть изменена только законодателем при наличии политической воли.

Далее считаю необходимым перейти к другому важному для понимания деятельности адвоката как субъекта доказывания вопросу: обязан или в праве адвокат-защитник участвовать в доказывании по уголовным делам?

В ранее действовавшем УПК РСФСР 1960г. было закреплено, что защитник обязан использовать все допустимые средства и способы защиты с тем, чтобы выяснить обстоятельства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его ответственность.

В действующем УПК РФ слова «защитник обязан» используются всего в двух местах. Первый раз в ч.5

ст.49 УПК РФ, где записано: «В случае, если защитник участвует в производстве по уголовному делу, в материалах которого содержатся сведения, составляющие государственную тайну, и не имеет соответствующего допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении», и второй и последний раз в ч.1 ст.62 УПК РФ говорящей об обязанности самоотвода защитника.

Значит ли вышеуказанное нормативное регулирование, что защитник ни чего более в уголовном процессе не обязан, а только вправе?

В XX веке авторы «Теории доказательств в советском уголовном процессе» писали, что «общая обязанность защищать интересы обвиняемого (представляемого) лежащая на адвокате, не совпадает… с обязанностью доказывания, лежащей на следователе, суде. Обязанность защищать может быть реализована и без доказывания каких-либо положительных фактов: иногда достаточно подвергнуть сомнению основания обвинения. Можно говорить поэтому о наличии у

адвоката обязанности участвовать в доказывании, но не о переходе на него обязанности доказывания»[31].

Сегодня Семенцов В.А. и Скребец Г.Г. придерживаются мнения, что у адвоката-защитника нет обязанности доказывать невиновность подозреваемого и обвиняемого, ибо бремя доказывания вины и опровержения доводов защиты возложено законом на сторону обвинения[32].

Эти вышеуказанные мнения верно описывают наши традиции и сегодняшнее положение, но например, в зарубежном уголовном процессе на обвиняемого и его адвоката-защитника часто возлагаются презумпции доказать определенные обстоятельства. Например, в Англии невменяемость подсудимого обязана доказать защита, или чиновник и его адвокат обязаны доказать, что подарок не связан с коррупцией и не является взяткой[33]. Во Франции защита доказывает факт необходимой обороны, невменяемость обвиняемого, наличие иммунитетов исключающих ответственность,

---

[31] Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С.519.

[32] Семенцов В.А., Скребец Г.Г. Участие адвоката-защитника в формировании доказательств на стадии предварительного расследования. М.: Юрлитинформ, 2009. С.95.

[33] Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – ИДД «Зерцало-М», 2001. С.96.

или, например, сутенер должен доказать источник своих доходов[34]. По мнению автора, эти презумпции разумны - доказывать некоторые обстоятельства должна та сторона, которой это больше нужно. Например, принудительно заставлять сторону обвинения собирать доказательства подтверждающие наличие необходимой обороны в действиях обвиняемого – идеализм.

В российской правовой действительности теоретическая, идеальная обязанность стороны обвинения опровергнуть доводы защиты часто не реализуется и не исполняется. Адвокату в большинстве случаев необходимо подтверждать свои доводы объективными аргументами и доказательствами, но то, что выгодно защите, практически всегда не выгодно обвинению. Поэтому добиться от стороны обвинения помощи даже в объективном собирании доказательств о некоторых смягчающих вину обстоятельствах, и тем более о той же необходимой обороне, часто невозможно. Право же адвоката на собирание доказательств у нас исторически отрицается или допускается в минимальных пределах. По моему мнению, такое построение уголовного процесса

[34] Там же. С.360.

несправедливо, т.к. не дает не государственным участникам судопроизводства возможность активно отстаивать свои права и участвовать в доказывании. Причем ущемлены в правах не только участники со стороны защиты, но потерпевший, гражданский истец.

По моему мнению, разумна точка зрения Макаровой З.В. считающей, что поскольку законодатель использует в отношении защитника, как и в отношении должностных лиц и органов, термин «полномочия», постольку полномочия защитника, как и полномочия должностных лиц и органов, одновременно являются и его обязанностями[35].

Кроме того, как справедливо пишет Бойков А.Д. - адвокат остается субъектом обязанности доказывания выдвигаемого тезиса, что составляет основу принципа состязательности как в гражданском, так и в уголовном и других видах судопроизводства[36].

У адвоката-защитника много обязанностей, в том числе и по участию в доказывании, а отсутствие их нормативного регулирования в УПК РФ просто ошибка, недоработка законодателя. Ошибка эта частично

---

[35] Макарова З.В. Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. СПб, 2008. С.203.

[36] Бойков А.Д Основы профессиональной этики адвоката//Этика адвоката. М., 2007. С.45-46.

исправлена в федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», где в ч.1 ст.7 записана обязанность адвоката «честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами». Эта обязанность распространяется на все сферы деятельности адвоката, в том числе и на уголовное судопроизводство. Доказывание это сердцевина уголовного процесса, соответственно адвокат-защитник обязан защищать права и интересы доверителя, в том числе и участвуя в доказывании по уголовным делам.

В соответствии с действующим законодательством и мнением большинства исследователей и практиков российский адвокат-защитник обязан участвовать в доказывании, но не имеет обязанности доказывать какие либо факты и обстоятельства. Здесь я соглашусь с общей оценкой, но предлагаю задуматься о возможной пользе появления обязанности доказывания у адвоката.

Вопросы прав и обязанностей в доказывании взаимосвязаны - чем больше у субъекта прав и возможностей, тем больше должно быть и обязанностей и наоборот. Например, по делу о драке двух человек, обязанность для защитника доказать наличие факта

необходимой обороны и противоправного, преступного поведения потерпевшего, может потребовать допроса свидетелей, проведения медицинских исследований здоровья обвиняемого, получения видеозаписей с камер наружного наблюдения. Ни чего из вышеуказанного адвокат-защитник самостоятельно, без доброй воли других лиц, сделать не вправе.

Опрос лица, возможного будущего свидетеля, адвокатом проводиться только добровольно, протокол данного опроса в соответствии со сложившейся судебной практикой доказательством не является. Медицинское исследование здоровья обвиняемого для выяснения фактов нанесения ему ударов потерпевшим не может быть проведено независимым специалистом, а только экспертом по решению следователя. Организация, осуществляющая видеонаблюдение на месте происшествия, не обязана давать адвокату-защитнику ознакомиться с видеозаписью и сделать её копию.

Для обязательного и/или принудительного совершения всех этих действий адвокату–защитнику необходимо подавать ходатайства следователю, но если факты могут пойти вразрез с версией обвинения в ходатайстве всегда легко отказывается. Подтверждение

факта необходимой обороны стороне обвинения категорически не нужно, это разрушает обвинение - результат их работы. Поэтому, по моему мнению, в данном случае разумно и справедливо появление у адвоката-защитника обязанности активно доказывать факт необходимой обороны – обязанности доказывания. А появление обязанности доказывания влечет за собой и появление прав по собиранию доказательств. Появление обязанности доказывания, а не только участия в доказывании, разумно и во многих других случаях. По мнению автора, адвокатам не нужно бояться получать новые обязанности в уголовном процессе – это одновременно улучшит их возможности, расширит права и повысит статус в обществе. Здесь вполне уместна аналогия с взрослеющим молодым человеком, если оценить его права, обязанности и возможности в 10, 20 и 30 лет.

Соответственно для реализации обязанности участия в доказывании, или возможно даже для реализации обязанности доказывания, адвоката-защитника разумно наделить большими правами по собиранию доказательств – данный вопрос я постараюсь раскрыть в следующем параграфе.

§1.3. Доказательственное значение результатов участия адвоката-защитника в доказывании

Активно обсуждается в научных работах, а также среди практикующих юристов в области уголовного судопроизводства проблема, какой результат получает в ходе своего участия в доказывании адвокат-защитник – доказательства или доказательственную информацию (сведения). Собирает ли адвокат-защитник доказательства или доказательственную информацию?

Для ответа на данный вопрос необходимо понимание, что такое собирание доказательств.

П. А. Лупинская определяла собирание доказательств как «совершение субъектами доказывания, в пределах их полномочий, действий, направленных на обнаружение, истребование, получение и закрепление в установленном законом порядке доказательств»[37]. А. И. Винберг считает собирание доказательств как «совокупность действий по обнаружению, фиксации, изъятию и сохранению различных доказательств»[38]. С.А. Шейфер пишет: «Собирание доказательств есть не что иное, как их

---

[37] Уч-к Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. 2-ое изд. отв.ред. П.А. Лупинская. НОРМА ИНФРА-М, Москва 2011. С.355.

[38] *Винберг А. И.* Криминалистика. М., 1962. С. 16-17.

формирование, придание доказательственной информации надлежащей процессуальной формы, сопровождаемое её преобразованием»[39].

Соглашусь 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»[40].

А.В.Рагулин предлагает понимать под собиранием доказательств «совокупность предусмотренных законом процессуальных действий по обнаружению, изъятию (истребованию), получению, закреплению и сохранению доказательств»[41].

По моему мнению, собирание доказательств - это в первую очередь познание фактических обстоятельств

---

[39]Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: НОРМА, 2009. С.146.

[40] Там же. С.32.

[41] Рагулин А.В. Проблемы законодательной регламентации и практической реализации профессиональных прав адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве: монография. – М.: Федеральная палата адвокатов, 2012. С.84.

стороной по делу, совмещенное с закреплением, удостоверением в определенной форме полученных, познанных доказательств. Собирание доказательств это подготовка к доказыванию. Главной, итоговой целью собирания доказательств должно быть их последующее использование в доказывании сторонами по делу друг перед другом и/или перед судом.

Суд получает доказательства, представленные или истребованные сторонами, исследует, проверяет, оценивает их. В наших российских традициях есть и право у суда в целях проверки доказательств самостоятельно их собирать.

Описав понимание собирания доказательств, считаю возможным перейти к изучению последних научных исследований по вопросу: являются ли доказательства, полученные адвокатом, полноценными доказательствами, либо они лишь основа для появления доказательств позднее. В настоящее время существует две основные точки зрения:

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, её сторонниками являются такие известные ученые как, П.А. Лупинская, Ю.К. Орлов, С.А. Шейфер, И.Л. Петрухин, Н. П. Царёва, С.М. Даровских, Е.А. Доля, Ю.В. Францифоров, А.А. Ларинков, А.А. Давлетов, З.В. Макарова, В.А. Семенцов, Г.Г. Скребец, Л.К. Трунова, Л.В. Макаров, С.Д. Шестакова и др.

Так Ю.К. Орлов пишет, что 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 он («адвокат» прим. автора) вправе собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов. Он («адвокат» прим. автора) может также привлекать специалиста в установленном порядке (п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ). 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»[42].

И.Л. Петрухин отмечал, что предписания ч. 3 ст. 86 УПК РФ и действия адвоката-защитника, перечисленные в ней, что «все эти действия 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»[43].

Н.П. Царёва указывает, что участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты принимают участие в собирании письменных и в ином виде документов и предметов — возможных доказательств посредством заявления ходатайств и участия в производстве следственных и судебных действий и решений, связанных с собиранием документов-доказательств. Защитник, по ее мнению, вправе собирать и представлять письменные документы

---

[42] Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009. С.40.

[43] *Петрухин И.Л.* Теоретические основы реформ уголовного процесса в России. М., 2004. С.114.

и предметы, которые могут быть признаны лицами, ведущими производство по уголовным делам, документами-доказательствами либо вещественными доказательствами[44].

Ю.В. Францифоров рассказывая о противоречии между ч.3 ст.86 УПК РФ и ч.3 ст.6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», считал целесообразным приведение ч. 3 ст. 86 УПК РФ в соответствие с ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности...», поскольку, по его мнению, собирать доказательства в полном смысле, который придает ему УПК РФ, может лишь должностное лицо, осуществляющее уголовное судопроизводство[45].

А.А. Ларинков также указывает на то, что защитник не является субъектом, уполномоченным уголовно-процессуальным законом на собирание доказательств, поскольку он вправе собирать предметы, документы и сведения, которые только после их введения в уголовный процесс путем передачи субъекту, уполномоченному собирать доказательства (ч.

---

[44] Царёва Н.П. Иные документы, используемые в качестве доказательств по УПК РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С.10-13.

[45] *Францифоров Ю.В.* Противоречия уголовного судопроизводства: авт.реф.дис.д-ра юрид. наук. Н.Новгород, 2007. С.35.

1 ст. 86 УПК РФ), и придания им процессуальной формы (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) приобретают статус доказательств[46].

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 участвовала в собирании в значительно меньшей степени, чем сторона обвинения и суд. Но, по моему мнению, это положение нецелесообразно сохранять в настоящем времени, в том числе используя формулировки, что адвокат-защитник не собирает доказательств, а «участвует» в доказывании, собирая доказательственную информацию или сведения.

Отсутствие у адвоката права собирать доказательства легко обосновать, что многие и делают, толкуя не совершенный, противоречивый, действующий УПК РФ на основе старых ценностей и традиций российского судопроизводства. Но такое толкование ущемляет права защитника, а также потерпевшего,

---

[46] *Ларинков А. А.* Теоретические и правоприменительные проблемы доказывания на стадии судебного разбирательства в суде первой инстанции: Автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб. 2006. С.9.

представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, подозреваемого, обвиняемого на собирание доказательств, не смотря на прямое закрепление этих прав в ч.2 и ч.3 ст.86 УПК РФ.

К сожалению, Верховный суд в своей практике из-за сильного влияния политических, исторических и психологических факторов также придерживается традиций советского уголовного процесса и позиции, что защитник не собирает доказательств, как не собирают их другие негосударственные участники уголовного процесса[47].

По моему мнению, описание того, что было на протяжении десятилетий и имеет место сейчас в нашей российской правовой действительности, не есть современная наука. В настоящем времени наука должна предлагать толкование закона и практики, а также пути, направления их изменения в лучшую сторону, чтобы в итоге улучшить восприятие народом нашей судебной системы как справедливой и нормально функционирующей.

---

[47] Кассационное определение Верховного суда РФ по делу №39-006-4 от 10 августа 2006 г. Из источника Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования НОРМА, 2009.

Как раз вторая, новая и современная точка зрения состоит в том, что адвокат имеет право самостоятельно собирать доказательства. К её сторонникам возможно отнести В.А. Лазареву, Н. Горя, Э.М. Мурадьяна, В. Стройкова, И. Маслова, Н.П. Кузнецова, С. Дадонова, Д.С. Игнатова, Н.Р. Мухудинову и ряд других исследователей[48].

Этой точки зрения придерживается Ф.Г. Шакхелдов, который в своем исследовании, посвященном участию защитника в доказывании на предварительном следствии, обоснованно указал на то, что, поскольку адвокат имеет право представлять доказательства, то он имеет и право собирать их[49].

Более объемно, в том числе с теоретических позиций, разработал вопрос о возможности собирания

---

[48]См., напр.: *Горя Н.* Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе. Советская юстиция. 1990. № 7. С. 22; *Стройков В.* Реализация права зашитника на опрос лиц. Законность. 2004. № 6. С. 52—54; *Мартынчик Е. Г.* Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели). Адвокатская практика. 2003. № 6. С.21—29; *Маслов И.* Адвокатское расследование. Законность. 2004. № 10. С. 34—38; *Мурадьян Э.М.* Свидетель, адвокат и нотариус. Государство и право. 2004, № 7. С. 12—19; *Кузнецов Н., Дадонов С.* Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы. Российская юстиция. 2002. № 8. С.32; *Игнатов Д. С.* Криминалистические основы деятельности адвоката-защитника по сбору доказательств и представлению их суду: Автореф.дис.... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004.

[49]См.: *Шакхелдов Ф.Г.* Участие защитника в доказывании на предварительном следствии: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2001. С.11.

доказательств адвокатом-защитником Е.Г. Мартынчик, который выделил следующие тенденции совершенствования досудебного производства и развитие институтов:

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 других участников судопроизводства, имеющих частные интересы.

В своих многочисленных работах о модели адвокатского расследования Е.Г. Мартынчик пишет, что адвокат-защитник проводит свое расследование по уголовному делу, возбужденному прокурором, следователем или дознавателем, и в пределах определенного ими досудебного производства. При этом адвокат производит расследование не параллельно проводимому следователем либо органом дознания и не как альтернативное ему, а в дополнение к тому, 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, имеющих существенное значение для защиты интересов подозреваемого, обвиняемого, подсудимого или представительства интересом жертвы преступления, а также обосновывающих наличие оснований для реабилитации подзащитного. Собранные в ходе адвокатского расследования доказательства не составляют отдельного уголовного дела, а после приобщения их к нему составляют его часть[50].

В. А. Лазарева по данному вопросу пишет: «...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 не может быть в полной мере реализовано право обвиняемого на защиту, нарушается общий баланс прав обвинения и защиты в пользу обвинения»[51].

Кроме того, некоторые авторы вообще не рассматривают вопрос о том, имеет ли адвокат-защитник право на собирание доказательств или не

---

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

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

имеет. 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[52]. По нашему мнению, при существующем положении в судебной практике по вопросам, связанным с собиранием доказательств адвокатом, данная точка зрения может быть вполне разумна и практична. Кроме того, в таких развитых правовых системах, как системы США, Англии и Франции – закреплена система свободной оценки доказательств, при отсутствии исчерпывающего перечня доказательств. Вообще по наличию исчерпывающего перечня доказательств Россия похожа только на Германию – современного мирового лидера в развитии инквизиционного (розыскного) процесса.

Далее считаю необходимым проанализировать действующее законодательство в области собирания доказательств адвокатом. В соответствии со ст. 74 УПК

---

[52] См., напр.: *Ривкин К. Е.* Статус защитника по новому Уголовно-процессуальному кодексу//Гражданин и право. 2003. № 3.; *Корякин Е.* Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление : функции защиты в уголовном судопроизводстве//Российская юстиция. №1 2003. № 6.

РФ доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих 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;

иные 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 в соответствии со ст. 58 УПК РФ.

Прочтение ч.3 ст.86 УПК РФ позволяет нам говорить о том, что **защитник вправе собирать доказательства** путем:

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 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 вправе:

1) **собирать сведения**, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, а также общественных объединений и иных организаций;

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

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

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

Сопоставление вышеприведенных нормативных положений позволяет мне прийти к неутешительным выводам:

1. Законодатель не разработал процессуальный порядок производства действий адвоката, описанных в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, по собиранию и представлению доказательств. При наших российских традициях дозволительного уголовно-процессуального регулирования – «делать только то, что разрешено», данное нормативное регулирование оказалось неразумно и непонятно практическим работникам. В тоже время в США, Англии и Франции сильны традиции запретительного регулирования – «разрешено все, что не запрещено», соответственно для этих стран, вышеуказанные особенности законодательной техники не были бы недостатком. Не исключаю возможность того, данная правовая конструкция уголовно-

процессуального законодательства была заимствована законодателем из Франции без учета российских мировоззренческих и психологических установок, правосознания.

2. В ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»», в отличие от УПК РФ, вообще не говорится о праве адвоката собирать доказательства, упоминается только право собирать сведения, а также собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Мне очевидны очередные ошибки законодательной техники, хотя оба федеральных закона принимались в один исторический период, но видимо они писались разными авторами.

3. Право адвоката-защитника привлекать специалиста для содействия 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, входящих в его профессиональную компетенцию, право адвоката на получение заключения

специалиста (письменного разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи), и право на собирание доказательства в виде заключения непосредственно в ст. 86 УПК не только прямо не предусмотрено, но и отсутствует процессуальный порядок производства этих действий адвокатом-защитником.

По моему мнению, эти существенные недоработки и рассогласования норм УПК между собой, а также рассогласования УПК и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», требуют выработать единую позицию по данному вопросу, с обязательным внесением изменений в соответствующие законодательные акты.

В тоже время, несмотря на наличие вышеуказанных недостатков и рассогласований уголовно-процессуальных норм, адвокатская практика показывает, что предусмотренные в российском законодательстве способы собирания доказательств адвокатами-защитниками достаточно распространены.

Это утверждение подтверждается данными, полученными в ходе опроса адвокатов, результаты которого опубликованы Рагулиным А.В.: «Так, более 70% из 500 опрошенных адвокатов высказали мнение о

том, что адвокат-защитник не имеет право собирать доказательства, так как эта процедура не регламентирована УПК РФ. Около 30% опрошенных высказали тезис о том, что адвокат имеет право собирать доказательства, но, поскольку такая процедура не регламентирована УПК РФ, он не имеет на это правовых возможностей. При этом 82% опрошенных адвокатов заявили, что они сами неоднократно пользовались правами, закрепленными в ст. 53 и 86 УПК РФ и ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», а именно, получали предметы (3%), документы (40%), иные сведения (4%), опрашивали лиц с их согласия (47%), направляли запросы (79%), привлекали специалистов (7%).

Некоторые опрошенные адвокаты поясняли, что они при осуществлении защиты по уголовным делам практиковали также фотографирование, видеозапись, аудиозапись, а затем заявляли ходатайство о приобщении полученных в результате этих действий фотографий, разного рода носителей (аудио- и видеокассет, CD- и DVD-дисков) и даже самих технических средств к материалам уголовного дела, с последующим заявлением ходатайств на основе полученной информации.

Анализ материалов правоприменительной практики, а также ответы на вопрос о том, каким образом адвокаты использовали полученные в соответствии со ст. 53 и 86 УПК РФ и ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности…» данные (предметы и документы), 89% адвокатов ответили, что они заявляли ходатайство о приобщении их к материалам уголовного дела, а на основе этих данных (документов, предметов) заявляли ходатайства перед следователем (судом) о проведении следующих процессуальных действий:

— допрос ранее опрошенного адвокатом лица;

— проведение повторной очной ставки между опрошенными лицами (лицом) по ранее не задававшимся следователем вопросам, которые были заданы этим лицам при опросе их адвокатом;

— назначение и проведение экспертизы, дополнительной экспертизы, повторной экспертизы;

— производство следственного эксперимента;

— проведение освидетельствования;

— проведение повторного осмотра места происшествия;

— проведение повторного допроса подозреваемого (обвиняемого);

— допрос специалиста, дававшего адвокату пояснения в ходе опроса и (или) заключение;

— направление судебных или следственных запросов с просьбой приобщить полученный ответ к материалам уголовного дела;

— направление отдельного поручения для проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Опрос адвокатов показывает, что, к сожалению, далеко не во всех случаях подобные ходатайства, заявленные в интересах стороны защиты, удовлетворяются. Так, 48% опрошенных указали, что ходатайства, заявленные на основании представленных ими материалов, удовлетворялись без каких-либо проблем. Однако 23% опрошенных пояснили, что ходатайство перед его удовлетворением неоднократно отклонялось, 10% указали, что ходатайство было удовлетворено лишь на стадии судебного следствия, 19% говорят о том, что подобное ходатайство не было удовлетворено ни на стадии предварительного расследования, ни на стадии судебного рассмотрения уголовного дела, в связи с чем полученные материалы были приложены к жалобам на вынесенные по делам

судебные решения»[53]. Хотя в соответствии со ст. 159 УПК РФ подозреваемому, обвиняемому или его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела.

Современная судебно-следственная практика стоит на позиции, что адвокат-защитник собирает лишь доказательственную информацию. В одном из кассационных определений СК 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

---

[53] Рагулин А.В. Проблемы законодательной регламентации и практической реализации профессиональных прав адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве: монография. – М.: Федеральная палата адвокатов, 2012. С.93-95.

производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу»[54].

Сегодня в результате изучения вопросов об участии адвоката-защитника в доказывании можно прийти только к одному неутешительному выводу, а именно, что адвокат фактически лишен права собирать доказательства, а имеет возможность собирать только информацию (сведения), которая, после её процессуальной проверки путем проведения следственных или судебных действий может быть признана доказательством.

В первом параграфе я уже высказал несогласие с ошибочным пониманием доказывания, реализованным в действующем уголовно-процессуальном кодексе России и умах юристов старой советской школы. Различия в определении понятия доказывания порождают и различия в определении субъектов доказывания, делении их на группы, различия появляются и в ответе на вопрос каковы результаты участия адвоката-защитника в доказывании, имеет ли он право собирать

---

[54] Кассационное определение СК ВС РФ по делу К. от 8 декабря 2004 г. №3-О04-42; цит. По Колоколову Н.А. Параллельное адвокатское расследование. ЭЖ-юрист. 2005 №21.

доказательства и должен ли он иметь это право в настоящем и будущем.

По моему глубокому убеждению, 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 и/или информацию (сведения) собирает адвокат-защитник и другие негосударственные участники уголовного процесса. Эти вопросы я постараюсь осветить во второй главе книги, которая будет посвящена способам и средствам участия адвоката-защитника в доказывании.

Глава 2. Способы участия адвоката-защитника в доказывании

Как именно адвокат-защитник имеет право участвовать в доказывании по уголовному делу?

В законе в ч.1 ст.53 УПК РФ перечислены полномочия, в соответствии с которыми с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе:

1) иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с пунктом 3 части четвертой статьи 46 и пунктом 9 части четвертой статьи 47 настоящего Кодекса;

2) собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном частью третьей статьи 86 настоящего Кодекса;

3) привлекать специалиста в соответствии со статьей 58 настоящего Кодекса;

4) присутствовать при предъявлении обвинения;

5) участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном настоящим Кодексом;

6) знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо 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 том числе с помощью технических средств;

8) заявлять ходатайства и отводы;

9) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй, кассационной и надзорной инстанций, а также в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении судом;

11) использовать иные не запрещенные настоящим Кодексом средства и способы защиты.

Дополнительно в ч.2 ст.53 УПК РФ указано, что защитник, участвующий в производстве следственного

действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе 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 обязан 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 моему 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 в словарях русского языка можно выяснить, что способ – это действие или система действий, применяемые при исполнении какой-либо работы, при осуществлении чего-нибудь[55], а также способ – это образ действий, прием, метод для осуществления чего-нибудь[56].

В «Теории доказательств в советском уголовном процессе» говорится, что защитник может: а) опровергать обвинение путем критики лежащих в его основе доказательств; б) положительно доказывать факты, не совместимые с фактами, инкриминированными обвиняемому; в) указывать неисследованные версии, опровергающие версию обвинения; г) указывать на недостаточность доказательств, лежащих в основе обвинения[57].

Профессор С.А. Шейфер пишет о таких допустимых приемах защиты, как опорочивание обвинительных доказательств и отыскание защитником

---

[55] Ожегов С.И. Словарь русского языка, 22-е издание под редакцией члена-корреспондента АН СССР Н.Ю.Шведовой. М., Издательство «Русский язык» 1990г. с.755.

[56] Словарь современного русского языка. М.-Л., 1963. Т. 14. С. 571.

[57] Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С.553.

смягчающих вину подзащитного обстоятельств[58].

Известные адвокаты Ю.В. Кореневский и Г.П. Падва пишут о следующих способах участия защитника в доказывании, при несогласии обвиняемого с предъявленным обвинением: «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»[59].

Чеботарева И.Н. предлагает считать, что способ участия 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

---

[58] Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2008. С. 127.

[59] Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству. М., 2004. С. 127.

и обвиняемых.[60]

Соглашусь с распространенным мнением Ю.В. Кореневского и Г.П.Падвы, что если подсудимый отрицает свою виновность, то у защитника имеется два способа доказать необоснованность предъявленного ему 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. Именно эти два способа участия адвоката-защитника в доказывании я и собираюсь разобрать во второй главе.

Первый способ участия адвоката-защитника в доказывании основан на положениях ч.1 ст.88 УПК РФ, в соответствии с которым каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для

---

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

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.

§ 2.1. Оспаривание или обоснование адвокатом-защитником относимости доказательств к обстоятельствам, имеющим значение для дела

Относимость доказательства – это его способность устанавливать обстоятельства, имеющие значение для дела. Доказательство должно иметь связь с обстоятельством, подлежащим доказыванию. В соответствии со ст.73 УПК РФ относимыми доказательствами являются:

- устанавливающие обстоятельства, характеризующие событие преступления (место, время, способ и другие обстоятельства совершения преступления);
- устанавливающие виновность лица, его совершившего, форму вины и мотивы;
- характеризующие личность обвиняемого;
- устанавливающие обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния;
- свидетельствующие о наличии обстоятельств смягчающих и отягчающих наказание;
- устанавливающие обстоятельства, которые могут повлечь освобождение от уголовной ответственности и наказания;
- характеризующие причиненный преступлением вред и его размер;

- обстоятельства, подтверждающие, что имущество, подлежащее конфискации, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации);
- способствующие установлению условий совершения преступления.

Также относимыми являются и другие доказательства, которые прямо не выводимы из текста уголовно-процессуального закона, предмета и пределов доказывания, а именно доказательства:
- устанавливающие факты, противоречащие главной версии обвинения;
- опровергающие установленные стороной обвинения факты;
- необходимые для проверки или оценки уже собранных доказательств;
- устанавливающие негативные обстоятельства, которые отсутствуют, но должны были бы быть обнаружены (погибшему были нанесены многочисленные ножевые

ранения, но следов крови на месте предполагаемого убийства не обнаружено);

- указывающие на наличие других доказательств;

- устанавливающие условия и порядок производства следственных действий в целях проверки ранее собранных доказательств (проверка показаний на месте, следственный эксперимент, допрос);

- свидетельствующие об отсутствии однотипного состава преступления (например, отсутствие угроз и насилия и при хищении) или отягчающих наказание обстоятельств и т.д.

Вопрос об оценке относимости доказательств крайне 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.

Пример из практики автора по уголовному делу в отношении А. в феврале 2013 года, обвиняемого в нескольких преступлениях, в том числе и в угрозе убийством с помощью ножа на кухне собственной квартиры - ст.119 УК РФ. Нож, с помощью которого была якобы совершена угроза убийством, был изъят при осмотре места происшествия. Причем, в осмотре места происшествия участвовала потерпевшая, бывшая жена подсудимого, которая и указала на один из ножей на кухне. Автору удалось доказать суду, что протокол осмотра места происшествия как доказательство не обладает ни относимостью, ни допустимостью. Относимости нет, так как нет прямой связи, показывающей как выбор потерпевшей конкретного ножа при осмотре места происшествия, доказывает угрозу убийством. Потерпевшая могла прийти на любую кухню, выбрать любой нож, и начать утверждать, что именно этим ножом ей угрожали. В итоге суд оправдал подсудимого А. по данному эпизоду, а в приговоре вообще не стал ссылаться на протокол осмотра места происшествия. А в соответствии с концепцией «плодов отравленного дерева» в приговоре не были использованы и на некоторые другие

доказательства: изъятый нож, экспертное заключение по ножу, свидетельские показания понятых, участвовавших в осмотре места происшествия.

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 идет по пути, когда суд вправе 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 данному делу. Или же судом может быть не установлено наличие специальных знаний, опыта работы в определенной области науки или искусства у специалиста, соответственно его показания и заключение не будут относиться к рассматриваемому делу. Часто требуется обосновать относимость к делу различных предметов и документов, представляемых адвокатом следователю или в суд, здесь необходим в первую очередь здравый смысл и следование правилам логики.

§ 2.2. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств обвинения

В соответствии со ст.50 Конституции РФ при осуществлении правосудия недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. Принцип законности, изложенный в ст.7 УПК РФ также требует соблюдения закона при собирании доказательств – нарушение закона может повлечь за собой признание доказательств недопустимыми (ч.3 ст.7 УПК РФ). Согласно ст.75 УПК РФ, доказательства, полученные с нарушением требований Уголовно-процессуального кодекса РФ, являются недопустимыми, они не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, подлежащих установлению по уголовному делу.

К недопустимым доказательствам в соответствии со ст.75 УПК РФ относятся:

- показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные им в суде,
- показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, и показания свидетеля,

который не может указать источник своей осведомленности;

- иные доказательства, полученные с нарушением требований УПК.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 31 октября 1995 г. №8 (в ред. от 06.02.2007 №5) «О некоторых вопросах применения судом Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» разъяснил, что доказательства должны признаваться 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, не предусмотренных процессуальными нормами.

Соответственно допустимость определяется как свойство доказательства, характеризующее его с точки зрения следующих условий:

1. Доказательство должно быть получено надлежащим субъектом, правомочным по данному делу

проводить то процессуальное действие, в ходе которого получено доказательство;

2. Фактические данные (сведения) должны быть получены только из источников, перечисленных в ч. 2 ст. 74 УПК;

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

4. При получении доказательства должны быть соблюдены все требования закона о фиксировании хода и результата следственного действия.[61]

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;

---

[61] Уч-к Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. 2-ое изд. отв.ред. П.А. Лупинская. НОРМА ИНФРА-М, Москва 2011. С.301.

- 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 имеет право заявлять ходатайства об исключении недопустимых доказательств в виде соответствующих протоколов следственных действий на основании того, что собирание доказательств осуществлено ненадлежащим лицом, не имеющим право собирать доказательства, а именно в следующих случаях:

1) нет постановления следователя о принятии дела к своему производству;
2) нет постановления руководителя следственного органа о создании следственной группы;
3) следственные действия проведены следователем, не включенным в следственную группу при расследовании уголовного дела следственной группой;
4) нет постановления прокурора, руководителя следственного органа о передаче дела другому следственному органу;
5) нет поручения другому следователю или органу дознания на производство следственных действий;

6) после возвращения уголовного дела для дополнительного следствия нет постановления руководителя следственного органа об установлении срока следствия;

7) после возвращения уголовного дела для дополнительного следствия нет постановления следователя о принятии дела к своему производству;

8) следственные действия проведены после истечения установленного законом срока предварительного следствия или дознания;

9) следственные действия проведены следователем или дознавателем, подлежащим отводу;

10) следственные и иные процессуальные действия проведены дознавателем, который проводил или проводит по данному делу оперативно-розыскные мероприятия.

2. *Фактические данные (сведения) должны быть получены только из источников, перечисленных в ч. 2 ст. 74 УПК.*

Адвокат вправе оспорить допустимость доказательств на основании того, что оно получено из неуказанного в законе источника, а именно в следующих случаях:

1) произведен допрос лица в качестве подозреваемого, обвиняемого, не приобретшими в установленном законом порядке такой уголовно-процессуальный статус;

2) произведен допрос в качестве свидетеля лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления;

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) допрошено в качестве свидетеля лицо, 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*.

Адвокат 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 было разъяснено их право на получение квалифицированной юридической помощи и право отказаться от дачи показаний;

2) потерпевшим и свидетелям не разъяснено их право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников (ст.51 Конституции Российской Федерации, п.3 ч.2 ст.42, п.1 ч.4 ст.56 УПК);

3) показания получены с применением насилия, угроз либо пыток;

4) не соблюден принцип добровольности при обращении с заявлением о явке с повинной (ст.142 УПК);

5) допрос проводился без участия защитника в случае, когда подозреваемый (обвиняемый) не отказался от защитника;

6) следственное действие в отношении несовершеннолетнего проведено без защитника и/или законного представителя и/или педагога (психолога);

7) следственное действие проведено без участия понятого, в случае, если законом предусмотрено обязательное участие понятых (обыск, выемка, опознание и др.) и т.д.

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

Пленум Верховного Суда РФ в п.2 Постановления «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 5 марта 2004г. №1 (в ред. от 09.02.2012г.) рекомендовал, что решая вопрос о том, является ли доказательство по уголовному делу недопустимым по основаниям, указанным в пункте 3 части 2 статьи 75 УПК РФ, суд должен в каждом случае выяснять, в чем конкретно выразилось допущенное нарушение.

Меркушов А.Е. в этой связи пишет, что имеются примеры, когда исключительно по формальным основаниям доказательство признавалось судом недопустимым и не выяснялось, в чем конкретно выразилось нарушение. В результате ущемлялись конституционные права граждан, потерпевших от преступлений. Суду необходимо убедиться, что требования норм уголовно-процессуального закона о

правильном закреплении доказательств и оформлении соответствующего процессуального документа соблюдены, а какие-то несущественные упущения не послужили поводом к исключению доказательств, на основании которых в совокупности с другими материалами дела должен быть постановлен законный, обоснованный и справедливый приговор или другое судебное решение. Так, на заседании Пленума приводился пример, когда в ходе предварительного слушания по делу было установлено, что протокол следственного действия отвечал требованиям ст.166 УПК, однако отсутствовала подпись одного из понятых, участвовавшего в соответствии с законом в осмотре места происшествия. При этом высказывалось мнение, что если отсутствие подписи понятого объясняется причинами, не связанными с проведением данного следственного действия и это лицо подтвердит в судебном заседании свое участие в осмотре места происшествия, правильность отражения в протоколе изложенных в нем доказательств и фактов, то в таких случаях данное доказательство можно не включать в число недопустимых (ст. 75 УПК)[62].

---

[62] См.: Мершуков А.Е. Некоторые вопросы практики применения

2.2.1. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту

Подозреваемым лицо становится с момента возбуждения в отношении него уголовного дела, или с момента задержания, в порядке ст.91 и ст.92 УПК, или с момента применения меры пресечения в соответствии со ст.100 УПК, или с момента уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст.223.1 УПК. Обвиняемым лицо становится с момента вынесения в отношении него постановления о привлечении в качестве обвиняемого или вынесения обвинительного акта (ст.47 УПК РФ).

Часть 2 ст.48 Конституции определяет право каждого задержанного пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента задержания. В п.3 ч.4 ст.46 УПК это право конкретизировано с указанием момента, с которого оно может наступить: момент фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления в случаях, предусмотренных ст. 91, 92, 100 УПК РФ. В соответствии с п. 15 ст. 5 УПК РФ момент фактического задержания — это момент

судами уголовно-процессуальных норм при осуществлении правосудия. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 8. С. 27.

производимого в порядке, установленном УПК РФ, фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления.

Следовательно, право пользоваться помощью защитника наступает с момента фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, производимого в порядке, установленном уголовно-процессуальным кодексом РФ, а все следственные действия с задержанным должны проводиться в присутствии адвоката-защитника.

Конституционный Суд РФ в Постановлении от 27 июня 2000 г. №11-П «По делу о проверке конституционности положений ч.1 ст.47 и ч.2 ст.51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» указал на то, что право на получение квалифицированной юридической помощи адвоката (защитника), гарантируются независимо от формального процессуального статуса лица, если управомоченными органами власти в отношении него предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, - удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а

также какие бы то ни было иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность. Для реализации конституционного права подозреваемого, обвиняемого на помощь адвоката-защитника необходимо принимать во внимание не формальное процессуальное, а фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование. Факт преследования и направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий в виде обыска, опознания, допроса в качестве свидетеля, очной ставки и пр., а также иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него. В связи с тем, что такие действия направлены на выявление уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, фактов и обстоятельств, ему должна быть немедленно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату-защитнику. Этим обеспечиваются условия, позволяющие уличаемому лицу получить представление о своих правах и обязанностях, о

выдвигаемом в отношении него обвинении и, соответственно, появляется возможность разумно защищаться. В дальнейшем это дает гарантию от признания доказательств недопустимыми.

Также в вышеуказанном постановлении Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. №11-П[63] изложены положения применительно к ситуации, когда выступающее в официальном качестве должностное лицо в ходе оперативно-розыскного мероприятия, осуществляемого в отношении гражданина, чьи конституционные права на свободу, личную неприкосновенность и свободу передвижения реально ограничены путем административного задержания, проводит его опрос; направленный на выявление фактов и обстоятельств, уличающих данного гражданина в совершении преступления, тем более, если он делает заявление о совершенном им преступлении. С этого момента в отношении него подлежат непосредственному действию нормы Конституции РФ, обеспечивающие в том числе предоставление квалифицированной юридической помощи (ст. 48) и

[63] Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» от 27 июня 2000 г. № 11-П. СПС КонсультантПлюс

право не свидетельствовать против себя самого (ч.1 ст.51).

2.2.2. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств, вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

В ч.1 ст.51 Конституции РФ записано право каждого не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, что гарантирует лицу право отказаться как от дачи показаний, так и от предоставления органам предварительного расследования и суду других доказательств, подтверждающих виновность его самого или других указанных в данной конституционной норме лиц в совершении преступления. Как признал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 25 апреля 2001 г. №6-П «По делу о проверке конституционности ст.265 УК Российской Федерации связи с жалобой гражданина А.А. Шевякова» в силу ст.18 Конституции Российской Федерации это конституционное право является непосредственно действующим и должно обеспечиваться на основе закрепленного в ч.1. ст.15 Конституции РФ требования о прямом действии конституционных норм.

Вместе с тем право не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников не исключает возможности проведения в отношении этих лиц следственных действий, направленных на получение у них и использование в уголовном процессе помимо их воли существующих объективно материалов, которые могут иметь доказательственное значение, таких как образцы биологических тканей человека, данные об анатомических особенностях и состоянии его организма, иных присущих соответствующему лицу признаках, а равно об их травматических изменениях. С учетом этого ч.4 ст.195, п.2 ст.196 УПК РФ предусматривают, что назначение и производство судебной экспертизы обязательно, в том числе в отношении потерпевшего, если необходимо установить характер и степень вреда, причиненного здоровью. Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 16 декабря 2004 г. №448-0 по запросу Черкесского городского суда Карачаево-Черкесской Республики[64], подобные действия — при условии

[64] Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Черкесского городского суда Карачаево-Черкесской Республики о проверке конституционности п. 2 ч. 4 ст. 46 и п. 3 ч. 4 ст. 47 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 16 декабря 2004 г. № 448-0. СПС КонсультантПлюс.

соблюдения установленной уголовно-процессуальным законом процедуры и обеспечении последующих судебной проверки и оценки полученных доказательств — не могут быть расценены как недопустимое ограничение гарантированного ч.1 ст.51 Конституции РФ права, поскольку их совершение предполагает достижение конституционно значимых целей, вытекающих из ч.3 ст.55 Конституции РФ.

Право каждого не свидетельствовать против себя самого, как и закрепленное в ч.1 и ч.2 ст.49 Конституции РФ право не доказывать свою невиновность и считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке, являются в силу ее ст.18 непосредственно действующими и должны обеспечиваться правоприменителем на основе закрепленного в ч.1 ст.15 Конституции РФ требования о прямом действии конституционных норм. Поэтому соответствующие должностные лица органов, осуществляющих уголовное преследование, обязаны разъяснить лицу, подозреваемому или обвиняемому в преступлении, его право отказаться от дачи показаний и от предоставления иных доказательств по поводу совершенного деяния, не оказывая на него давления или

принуждения в целях получения доказательств, подтверждающих обвинение. Такая правовая позиция изложена Конституционным Судом РФ в Постановлении от 25 апреля 2001 г. №6-П «По делу о проверке конституционности ст. 265 УК РФ в связи с жалобой гражданина А.А. Шевякова».

Вместе с тем закрепление в Конституции РФ права не свидетельствовать против себя самого не исключает возможности проведения — независимо от того, согласен на это подозреваемый или обвиняемый либо нет, — различных процессуальных действий с его участием (осмотр места происшествия, опознание, получение образцов для сравнительного исследования), а также использования документов, предметов одежды, образцов биологических тканей и пр. в целях получения доказательств по уголовному делу. Подобные действия — при условии соблюдения установленной уголовно-процессуальным законом процедуры и последующей судебной проверки и оценки полученных доказательств — не могут быть расценены как недопустимое ограничение гарантированного ч.1 ст.51 Конституции РФ права, поскольку их совершение предполагает достижение конституционно значимых целей, вытекающих из ч.3 ст.55.

Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях, в том числе постановлениях от 20 февраля 1996 года №5-П, от 25 апреля 2001 года №6-П и от 29 июня 2004 года №13-П, сформулировал ряд правовых позиций. Как следует из этих правовых позиций, освобождение лица от обязанности давать показания, могущие ухудшить положение его самого или его близких родственников, т.е. наделение данного лица свидетельским иммунитетом, означает недопустимость любой формы принуждения к свидетельству против самого себя или своих близких. Указанное конституционное право должно обеспечиваться на любой стадии уголовного судопроизводства и предполагает, что лицо может отказаться не только от дачи показаний, но и от представления других доказательств, подтверждающих его виновность в совершении преступления. Вместе с тем запрет обязывать лицо, обладающее свидетельским иммунитетом, давать показания относительно обстоятельств дела не исключает его права представить соответствующие сведения в случае, если оно на это согласно (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 1 марта 2012 года №274-О-О).

2.2.3. Некоторые вопросы допустимости показаний подозреваемого, обвиняемого, данных в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные им в суде. Допрос адвоката. Допрос дознавателя, следователя

На практике подозреваемые и обвиняемые часто заявляют, что давали показания под физическим и психологическим давлением со стороны следователя, оперативных сотрудников, и полностью признали вину, а защитник, чья подпись стоит в протоколе допроса, фактически при допросе не присутствовал и квалифицированную юридическую помощь им не оказывал. Опорочивание работы защитника является типовой защитительной версией в настоящее время[65], к нашему сожалению, не без оснований.

Соответственно защита должна поднимать вопрос о недопустимости показаний подозреваемого обвиняемого, в случае, если они даны в отсутствие защитника. В соответствии с ч.2 ст.75 УПК РФ эти

---

[65] См.: Кипнис Н.М. К вопросу о даче адвокатом показаний об обстоятельствах его участия в производстве следственного действия. Адвокатура. Государство. Общество: Сб. материалов IV Всероссийской научно-практической конференции. Отв.ред. С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М.: Новый учебник, 2007. С.113.

показания должны быть исключены из материалов дела как недопустимые. Суд при проверке заявления подозреваемого обвиняемого об отсутствии защитника обычно формально допрашивает следователя или дознавателя, проводившего следственное действие. Следователь может сообщить суду, что он действительно применял недозволенные методы ведения допроса, фальсифицировал доказательства только в исключительных и маловероятных обстоятельствах, скорее всего связанных с коррупцией, а не с проснувшейся у должностного лица совестью.

В свою очередь адвоката, возможно не участвовавшего в следственном действии, допросить почти невозможно. В соответствии с п.2 и п.3 ч.3 ст.56 УПК адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием (п.1 и п.2 ст.8 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Адвокат не

вправе давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые ему известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей (п.6 ст.6 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Но определение Конституционного Суда от 6 марта 2003 г. №108-0 толкует закон по другому и представляет возможность допросить адвоката. В жалобе гражданина Г.В.Цицкишвили оспаривалась конституционность п.2 ч.3 ст.56 УПК РФ, согласно которому защитник подозреваемого, обвиняемого не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с участием в производстве по уголовному делу. На основании названной нормы Перовский районный суд г. Москвы отказал адвокатам гражданина Г.В.Цицкишвили в удовлетворении ходатайства о допросе в качестве свидетеля адвоката для подтверждения факта фальсификации следователем материалов уголовного дела.

По мнению заявителя, п.2 ч.3 ст.56 УПК РФ, как не позволяющий использовать показания защитника в качестве доказательства по делу не только в случаях, когда это связано с необходимостью соблюдения адвокатской тайны, нарушает его право на получение

квалифицированной юридической помощи, гарантированное ст.48 Конституции РФ, а также противоречит принципу состязательности и равноправия сторон, закрепленному ч.3 ст.123 Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ объяснил, что норма, содержащаяся в п.2 ч.3 ст.56 УПК РФ, как и норма п.2 ст.8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», направлена на защиту конфиденциальности сведений, доверенных подзащитным адвокату при выполнении им профессиональных функций. Каких-либо иных целей, кроме создания условий для получения обвиняемым квалифицированной юридической помощи и обеспечения адвокатской тайны, законодатель в данном случае не преследовал. Предусмотренное п.2 ч.3 ст.56 УПК РФ освобождение защитника от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах, которые стали ему известны или доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению интересов обвиняемого и является гарантией беспрепятственного выполнения защитником возложенных на него функций; в этом заключается смысл и предназначение указанной нормы.

Вышеуказанное понимание адвокатского иммунитета вытекает из правовой позиции Конституционного Суда РФ сформулированной в Определении от 6 июня 2000 г. №128-0 по жалобе гражданина В.В. Паршуткина на нарушение его конституционных прав п.1 ч.2 ст.72 УПК РСФСР и ст.15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР.

В Определении Конституционного Суда РФ от 23.09.2010 №1147-О-О указано, что деятельность адвоката предполагает в том числе защиту прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого от возможных нарушений уголовно-процессуального закона со стороны органов дознания и предварительного следствия. С этой целью, в частности, адвокат присутствует при предъявлении обвинения его доверителю. Выявленные же им при этом нарушения требований уголовно-процессуального закона должны быть в интересах доверителя доведены до сведения соответствующих должностных лиц и суда, т.е. такие сведения не могут рассматриваться как адвокатская тайна. Соответственно, суд вправе задавать адвокату вопросы относительно имевших место нарушений уголовно-процессуального закона, не исследуя при этом информацию, конфиденциально доверенную лицом адвокату, а также иную информацию об

обстоятельствах, которая стала ему известна в связи с его профессиональной деятельностью (аналогичная позиция изложена в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2009 года №970-О-О).

Освобождение адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в целях соблюдения адвокатской тайны, в соответствии с п.2 ч.3 ст.56 УПК РФ не исключает права адвоката-защитника дать показания, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в рассказе о тех или иных фактах. Вышеуказанная норма уголовно-процессуального закона также не является запретом в реализации права адвоката дать свидетельские показания по делу с условием об изменении правового статуса адвоката на статус свидетеля. А также соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших адвокату-защитнику информацию.

В вышеуказанной ситуации суды не вправе отказывать в даче свидетельских показаний адвокатам-защитникам обвиняемого и подозреваемого. Невозможность допроса указанных лиц — при их согласии дать показания, а также при согласии тех, чьих

прав и законных интересов непосредственно касаются конфиденциально полученные адвокатом сведения, — приводила бы к нарушению конституционного права на судебную защиту.

В тоже время, профессор В.А. Лазарева обоснованно пишет, что «подтверждение адвокатом заявления обвиняемого не может не вызывать сомнений в силу того, что адвокат в любом случае рассматривается как лицо заинтересованное»[66]. По моему мнению в большинстве случаев суд также не будет доверять показаниям адвоката.

В адвокатском сообществе сформировались две точки зрения. Глава Адвокатской палаты Москвы Резник Г.М. считает, что вызванный на допрос адвокат обязан явиться в судебное заседание в назначенный срок либо заранее уведомить суд о причинах неявки, а затем принять все меры, чтобы предотвратить свой допрос в качестве свидетеля. Для этого адвокату следует заявить о незаконности вызова на допрос в связи с запретом, установленным п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ и обратить внимание суда на то, что в соответствии с толкованием

---

[66] Лазарева В.А. Вправе ли адвокат давать свидетельские показания по уголовному делу? Вестник Палаты адвокатов Самарской области. 2004. Бюллетень №1. С.95.

данной нормы, содержащимся в определении Конституционного Суда №108-0[67], допрос адвоката даже по ходатайству стороны защиты возможен только при согласии самого адвоката. Если после этого суд не освободит адвоката от допроса, тот вправе сделать выбор: или воспользоваться свидетельским иммунитетом, установленным Конституцией, или дать свидетельские показания в таком объеме, чтобы защитить себя от обвинений в нарушении профессионального долга, выдвинутых против него подсудимым.

Президент Федеральной палаты адвокатов Е.В.Семеняко поддерживает вторую точку зрения, что адвокат должен руководствоваться прежде всего принципом: «Не можешь помочь доверителю — не навреди». Адвокат вправе дать в качестве свидетеля показания о тех или иных обстоятельствах, ставших ему известными в процессе оказания юридической помощи подзащитному, но сделать это можно только в одном случае — когда эти показания усиливают позицию

[67] Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 N 108-О «По жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». СПС КонсультантПлюс

клиента. При этом должны быть соблюдены три непременных условия. Во-первых, адвокат может быть вызван только по ходатайству стороны защиты. Во-вторых, его показания необходимы для защиты прав и интересов обвиняемого. В-третьих, имеется согласие доверителя на вызов адвоката в качестве свидетеля[68].

По моему мнению, одной из главных целей адвоката является, как и у врача - «не навреди», поэтому дача показаний против своего доверителя недопустима, противоречит этическим правилам, выработанным в адвокатуре в течение тысячелетий. В соответствии с ч.4 ст.6 Кодекса профессиональной этики адвоката допускается изъятие из обязанности адвоката хранить адвокатскую тайну только в том случае, если в отношении его будет возбуждено дисциплинарное производство или уголовное дело и возникнет действительная необходимость и право адвоката, защищаясь, давать показания об указанных обстоятельствах.

Важное значение имеет право на допрос адвоката только по ходатайству стороны защиты. Совет

---

[68] Ямшанов Б., Петелина М. Допрос адвоката. Федеральная палата адвокатов выступает против начавшейся практики вызовов защитников на допрос. Вестник Федеральной палаты адвокатов. 2008. №2.

Адвокатской палаты г. Москвы определил, что адвокат не вправе являться в судебное заседание для допроса по просьбе государственного обвинителя, это представляет собой поступок, компрометирующий адвоката и подрывающий доверие к нему (п.1 ст.4, п.2 ст.5 Кодекса профессиональной этики адвоката) и к институту адвокатуры как независимому профессиональному сообществу адвокатов (п.1 ст.3 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»).

В адвокатской практике автора был интересный случай представительства свидетеля С. по уголовному делу в отношении Б., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ч.4 ст.111 УК РФ «Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью» повлекшие по неосторожности смерть потерпевшего. Обвиняемый Б. в течение полутора лет, пока шло предварительное расследование и судебное рассмотрение дела, обвинял в совершении преступления свидетеля С., а свидетель С. указывал на Б. Соответственно, на всех следственных действиях, допросах, очных ставках свидетели со стороны обвиняемого Б. указывали на С., а свидетели близкие С. указывали на виновность Б.

Автора вызвал суд по ходатайству государственного обвинителя о допросе в качестве свидетеля, об обстоятельствах участия в процедуре получения объяснений от свидетеля С. сотрудниками милиции. О сложившейся ситуации автором было сообщено в Совет адвокатской палаты Московской области и получена рекомендация явиться, но показаний не давать. Автор так и поступил, хотя в интересах доверителя, свидетеля С. было дать показания против подсудимого Б. Исходя из российских правовых традиций - это было правильное решение, адвокат не может и не должен обвинять.

Считаю возможным отметить, что запрет на допрос адвоката в качестве свидетеля по делу доверителя не носит абсолютного характера. Допрос возможен при соблюдении следующих условий:

1) допрос должен проводиться по инициативе стороны защиты;
2) доверитель адвоката должен дать согласие на допрос адвоката;
3) необходимо согласие самого адвоката на допрос его в качестве свидетеля;
4) должны быть соблюдены права и интересы лиц, доверивших адвокату информацию.

В заключение считаю необходимым отметить, что доказательство может быть признано недопустимым в любой стадии процесса. Решение об исключении недопустимого доказательства может быть принято дознавателем, следователем, судом по ходатайству адвоката.

При ознакомлении с делом адвокат должен проверить все доказательства стороны обвинения на недопустимость, а при наличии оснований подать ходатайство в порядке, установленном ст.234 и ст.235 УПК.

Последствия признания судьей на предварительном слушании доказательства недопустимым, состоит в том, что из дальнейшего судебного разбирательства исключается не только это доказательство, но и все следующие из него доказательства. Следствием принятия судом решения об исключении доказательства является невозможность использовать его для обоснования приговора или иного судебного решения. В соответствии с п.9 ч.2 ст.389.17 УПК РФ обоснование приговора доказательствами, признанными судом недопустимыми, является основанием для его отмены или изменения.

Исключенные доказательства не могут исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства, а в суде с участием присяжных заседателей вообще запрещается сообщать присяжным о существовании таких доказательств.

Опорочить доказательства обвинения это первый, традиционный способ участия адвоката-защитника в доказывании, который был мной рассмотрен выше в виде нескольких основных вопросов.

Второй способ участия адвоката-защитника в доказывании обычно понимается как поиск, собирание и представление сведений, информации или доказательств, опровергающих обвинение или обстоятельств, смягчающих вину подзащитного и основан на ч.3 ст.86 УПК РФ, где говорится о праве защитника собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном законодательством. Можно говорить, что данный способ появился только в связи с принятием УПК РФ 2001 года и является попыткой реализации одного из ключевых положений Концепции судебной реформы в российской Федерации, а именно «расширения прав сторон по собиранию и приобщению

доказательств»[69]. До этого, ни в советский, ни в царский периоды российской истории не могло быть и речи о собирании адвокатом доказательств.

К сожалению, как я уже писал в первой главе, сегодня в среде научных и практических работников наиболее распространена точка зрения, что документы, предметы, а также сведения, полученные в результате опроса лиц адвокатом-защитником в соответствии с ч.3 ст.86 УПК РФ, не отвечают такому обязательному свойству доказательства, как допустимость, т.к. отсутствует закрепленный в законе процессуальный порядок и форма этих действий. Соответственно все сведения, собранные защитником, становятся доказательствами только после их представления лицам, ведущим судопроизводство. Кроме того считается, что эти сведения (информация) становятся доказательствами только после признания лицами ведущими судопроизводство, что эти сведения (информация) имеют значение по делу и придания им необходимой процессуальной формы. А именно: лицо, опрошенное защитником, должно быть допрошено по

---

[69] Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991г. №1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР». СПС «Консультант-Плюс.

правилам допроса свидетеля, потерпевшего и пр.; документы, предметы приобщены к делу соответствующим постановлением (определением).

Право адвоката-защитника на собирание доказательств хотя и закреплено в УПК РФ, но фактически оно реализуется через дознавателя, следователя, поскольку именно на них возложена обязанность собирать доказательства путем производства следственных действий. Адвокат же в перечне лиц проводящих следственные действия отсутствует. Кроме этого, в ч.2 ст.74 УПК РФ приведен исчерпывающий перечень доказательств, но сведений, документов, предметов, которые может представить адвокат-защитник, среди них нет. Чтобы полученные сведения, документы, предметы, иная информация, стали доказательством, адвокат-защитник должен заявить соответствующее ходатайство, которое должно быть удовлетворено лицом, в производстве которого находится уголовное дело.

Конституционный Суд РФ в определении от 25 января 2012 г. №173-О-О «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» указал, что право подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства является одним из важных проявлений права данных участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа состязательности и равноправия сторон. Этому праву соответствует обязанность органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, рассмотреть каждое ходатайство, заявленное 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 возможен лишь в тех случаях, когда соответствующее

доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, а также когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельство, которое призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлено на основе достаточной совокупности других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства оказывается с позиций принципа разумности избыточным. Принимаемое при этом решение, во всяком случае, должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты[70].

---

[70] См. аналогичную аргументацию в определениях Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2004 года №467-О, от 16 октября 2007 года №700-О-О, от 24 февраля 2011 года №138-О-О и от 29 сентября 2011 года №1189-О-О). СПС КонсультантПлюс.

Глава 3. Средства участия адвоката-защитника в доказывании

Средство – во-первых прием, способ действия для достижения чего-нибудь; во-вторых орудие (предмет, совокупность приспособлений) для осуществления какой-нибудь деятельности[71]. Средство - все, что служит достижению цели, какому-либо намеренному действию[72].

Как же реализуются рассмотренные нами два основных способа участия адвоката-защитника в доказывании? С помощью реализации предоставленных законом прав адвокат-защитник и осуществляет выбранный способ участия в доказывании.

Полностью согласен 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. Соответственно средствами участия адвоката-защитника в доказывании являются:

---

[71] Ожегов С.И. Словарь русского языка, 22-е издание под редакцией члена-корреспондента АН СССР Н.Ю.Шведовой. М., Издательство «Русский язык» 1990г. с.758.

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

1.) получение предметов, документов и иных сведений (п.1 ч.3 ст.86 УПК РФ);

2.) опрос лиц с их согласия (п.2 ч.3 ст.86 УПК РФ);

3.) истребование документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии (п.3 ч.3 ст.86 УПК РФ);

4.) привлечение к участию в деле специалиста (п.3 ч.1 ст.53, ч.3 ст.80 УПК РФ);

5.) заявление ходатайств об участии в доказывании (п.8 ч.1 ст.53, ч.3,4 ст.88, ст.119, ч.5 ст.234, 235 УПК РФ)[73].

[73] Чеботарева И.Н. Средства и способы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам «Мировой судья» 2011. №9.

§3.1. Право адвоката-защитника собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений (п.1 ст.86 УПК РФ)

В законе не указано, откуда предметы, документы и иные сведения могут быть получены. 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. В этих целях при передаче физическими или юридическими лицами адвокату-защитнику предметов или документов желательно составлять двухсторонний документ о том, кто и что передал защитнику. Причем в документе необходимо 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.

В связи с тем, что сведения, поступившие от физического или юридического лица, должны быть сообщены при представлении адвокатом-защитником предмета или документа дознавателю, следователю,

суду, возникает необходимость допроса лица, передавшего этот объект, адвокату.

В большинстве случаев адвокату-защитнику целесообразно не выступать 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 вправе собирать, участвуя в доказывании по уголовному делу, принято понимать сведения о будущих доказательствах — свидетелях, предметах, документах. Также эти сведения адвокат может получить с помощью частного детектива. Законом РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» предусмотрена услуга - «сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса».

§3.2. Право адвоката-защитника собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия (п.2 ст.86 УПК)

Закрепление данного права это большой шаг в сторону демократизации и состязательности уголовного судопроизводства, так как 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.

Один из случаев негативной реакции государственного обвинителя имел место в адвокатской практике автора летом 2012 года при защите подсудимого Т., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ч.2 ст.228 УК РФ. Подсудимый Т. в суде вину не признал и утверждал, что ни какого досмотра у подъезда его дома и изъятия наркотиков в присутствии понятых не было. Автор, в

качестве адвоката-защитника подсудимого Т. настаивал на вызов суд для допроса понятых, но по различным необоснованным причинам их в суд не доставили и показания огласили. Автор в результате поисков, встреч и бесед с понятыми выяснил, что первый понятой, ведущий маргинальный образ жизни, не помнит, что он участвовал в досмотре, паспорт давно потерял, но «с милицией в очень хороших отношениях». Второй понятой пояснил автору, что участвовал в процедуре досмотра в дежурной части, а не у подъезда, как указано в обвинении и материалах уголовного дела, причем у автора возникли большие сомнения даже в этом рассказе понятого-свидетеля. Соответственно, автор рассказал суду, что встречался с понятыми, что они собой представляют и какие рассказы услышал, и настоятельно просил суд доставить понятых для допроса приводом. Так вот, государственный обвинитель (самый опытный и профессиональный в районе) в лице заместителя прокурора, на ходатайство автора о приводе свидетелей-понятых отреагировала очень эмоционально и с богатой мимикой: «Как! Адвокат с понятыми встречался! Наверняка в целях незаконного воздействия! Тем более не надо понятых привозить в

суд, считаю возможным огласить их показания» - причем, эта реакция последовала сразу после слов о встрече, но до рассказа о содержании встреч и бесед.

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. Кроме того, как я описал выше, 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 вообщее огласить показания свидетеля.

К моему сожалению российская судебная практика 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. Кроме того 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, связанные с опросом производимым адвокатом были рассмотрены в определении Конституционного Суда РФ от 04.04.2006 №100-О «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». Заявитель по вышеуказанному делу Бугров А.А. полагает, что ч.2 ст.86 УПК РФ не соответствует Конституции РФ, ее ст.19 и ч.1 ст.48, поскольку 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 (ч.2 ст.45); при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч.2 ст.50); судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч.3 ст.123). Из данных 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 Российской Федерации считает, что порядок собирания защитником доказательств, в том числе 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, осуществляющих 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 свидетелей 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.

Таким образом, оспариваемое заявителем законоположение закрепляет лишь право защитника на собирание доказательств, оно должно применяться во взаимосвязи с иными нормами Уголовно-процессуального кодекса РФ о видах доказательств, о круге лиц, осуществляющих практическую деятельность по доказыванию (ст.74 и ст.86), и не может рассматриваться как нарушающее конституционные права заявителя.

Что касается его утверждения об отсутствии в оспариваемой норме предписания о предупреждении лица, опрос которого проводит защитник, об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и разъяснении ему права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников, то наделение защитника таким правом означало бы придание — вопреки требованиям Конституции РФ и уголовно-процессуального законодательства — несвойственной ему процессуальной функции.[74] По

[74] См. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 №467-О «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и

моему мнению, последний довод Конституционного суда мало обоснован – адвокату часто приходиться предупреждать разных людей о возможности уголовной ответственности за те или иные действия, и это совершено не противоречит его традиционным функциям.

В кассационном определении судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 августа 2006 г. по делу №39-006-9 указано: «…сведения, полученные защитником в результате опроса, могут стать доказательствами по уголовному делу только тогда, когда опрошенное защитником лицо подтвердит эти сведения на допросе, проведенном в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона дознавателем, следователем, прокурором или судом. Протокол опроса является лишь формой фиксации хода и результатов опроса».[75]

---

161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» и Определение Конституционного Суда РФ от 04.04.2006 №100-О «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». СПС КонсультантПлюс.

[75] Кассационное Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10.08.2006 по уголовному делу №39-006-9 по кассационному представлению государственного

В основном Верховный суд РФ придерживается той же позиции что и Конституционный суд РФ. Например, органами предварительного следствия адвокат С. обвинялся в фальсификации доказательств по уголовному делу об особо тяжком преступлении, а также в подстрекательстве путем уговоров к заведомо ложным показаниям свидетеля в суде и при производстве предварительного следствия. При этом, по мнению стороны обвинения, фальсификация доказательств состояла в том, что адвокат С., чтобы освободить от уголовной ответственности своего подзащитного, обвиняемого в убийстве и изнасиловании, умышленно внес в составленные им протоколы опросов ложные сведения, подтверждающие алиби своего подзащитного, и представил эти протоколы опросов следователю с ходатайством о приобщении их к уголовному делу. Это ходатайство следователем было удовлетворено, а протоколы опроса свидетелей приобщены к уголовному делу в качестве

обвинителя на оправдательный приговор Курского областного суда от 04.05.2006. Архив Курского областного суда. 2006 Источник публикации - Чеботарева И.Н. Уголовно-процессуальное значение сведений, собранных адвокатом-защитником в результате опроса лица с его согласия. Уголовное судопроизводство. 2010. №1. С.27-30.

документов и отнесены в соответствии с ч.1 ст.74 УПК РФ к числу доказательств.

Суд первой инстанции адвоката С. по предъявленному обвинению оправдал, указав, что имеющиеся в деле протоколы опросов, в фальсификации которых обвиняется С., доказательствами по делу признаны быть не могут, так как они получены в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий их доброкачественности и могут рассматриваться только в качестве оснований для вызова и допроса указанных лиц в качестве свидетелей или для производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу. Более того, ч.2 ст.74 УПК РФ, устанавливающая исчерпывающий перечень видов доказательств по уголовному делу, не относит к доказательствам протоколы опроса. Отнесение же протокола опроса к такому виду доказательств, как «иные документы», невозможно, поскольку документы могут содержать сведения, зафиксированные, полученные, истребованные или представленные в предусмотренном законом порядке. Кассационная инстанция приговор суда первой инстанции в отношении С. оставила без изменения, указав, что

сведения, полученные защитником в результате опроса, могут стать доказательствами по уголовному делу только тогда, когда опрошенное защитником лицо подтвердит эти сведения на допросе, проведенном в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона дознавателем, следователем, прокурором или судом. Протокол опроса является лишь формой фиксации хода и результатов опроса.[76]

Но позиция Верховного суда не всегда последовательна и определенна.

Например, в 2008 году Верховный Суд РФ принимает процессуальное решение, в котором протоколу опроса лица с его согласия придается статус доказательства по уголовному делу, так как на него ссылаются судьи суда кассационной инстанции при обосновании вывода о незаконности приговора. Так, в Обзоре кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 2008 г. описывается следующая процессуальная ситуация. В приговоре суд сослался на показания свидетеля, данные

[76] Приговор Курского областного суда от 04.05.2006 по уголовному делу №2-4-06. Архив Курского областного суда. 2006. Источник публикации - Чеботарева И.Н. Уголовно-процессуальное значение сведений, собранных адвокатом-защитником в результате опроса лица с его согласия. Уголовное судопроизводство. 2010. №1. С.27-30.

на стадии предварительного расследования, которые были оглашены в судебном заседании. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ отменила этот приговор на том основании, что суд первой инстанции не имел права оглашать эти показания. В качестве дополнительного аргумента, Верховный Суд РФ дословно указывает: «Кроме того, из протокола опроса свидетеля М. адвокатом К. в порядке ч. 3 ст. 86 УПК РФ следует, что он не подтверждает факт разговора между Ц. и К. о взрыве». Таким образом, Верховный Суд РФ обосновал вывод со ссылкой на протокол опроса лица с его согласия. Естественно, что суд не вправе обосновывать свои выводы на документах, которые не исследовались в суде первой инстанции и не имеют процессуального статуса доказательств, что приводит к выводу о доказательственном значении протокола опроса лица с его согласия.[77]

В последних, известных автору определениях и постановлениях Верховного Суда в 2010 году опрос адвокатом-защитником свидетелей, к сожалению автора, не признавался доказательством. В определении

[77] Рубинштейн Е.А. Сборник, посвященной памяти профессора П.А. Лупинской. ABA CEELI. 2011.

Верховного Суда РФ от 01.12.2010 №5-О10-304сп указано: «Из материалов дела и протокола судебного заседания следует, что протокол осмотра места происшествия, как доказательство по данному уголовному делу, был собран при расследовании уголовного дела следователем, и включен в перечень доказательств. Стороной обвинения в судебном заседании данный протокол осмотра места происшествия был представлен в качестве доказательства, и данное доказательство недопустимым судом не признавалось. Адвокат Шляхов О.П. не собирал это доказательство, а о понятом М. знал еще на предварительном следствии, ходатайства о вызове его в судебное заседание не заявлял (т. 6 л.д. 25). Из изложенного следует, что адвокат Шляхов О.П. совершил действия не по сбору доказательства, что он не собирал доказательство, то есть протокол осмотра места происшествия, а во время перерыва в судебном заседании произвел опрос с применением звукозаписи М., участвовавшего на предварительном следствии при осмотре места происшествия в качестве понятого. Такого права указанным выше уголовно-процессуальным законом не предусмотрено. При оспаривании допустимости протокола осмотра места

происшествия, как доказательства, при необходимости понятой М. мог быть вызван и допрошен лишь в судебном заседании».[78]

А в постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 20.01.2010 №1ПК10 указано «по смыслу ч.3 ст.86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства, в том числе и путем опроса лиц с их согласия, которые не являются свидетелями (потерпевшими) в установленном порядке. М.М.Р., Г. и К.Е. к моменту проведения защитником А. и по его поручению адвокатом Республики Грузия их опроса уже являлись потерпевшими и свидетелем по делу, в связи с чем, могли быть допрошены только в установленном законом порядке. Указанные лица были не только допрошены следователем, но их показания тщательно исследовались в судебном заседании, а поэтому их последний опрос защитником в интересах своего подзащитного является недопустимым»[79].

---

[78] Определение Верховного Суда РФ от 01.12.2010 №5-О10-304сп. Приговор по делу об убийстве, покушении на убийство и разбое оставлен без изменения, так как данных о том, что в ходе заседания исследовались недопустимые доказательства или сторонам отказано в исследовании допустимых доказательств, в материалах дела не имеется; приговор постановлен в соответствии с требованиями ст. 351 УПК РФ. СПС Консультант-Плюс.

[79] Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 20.01.2010 №1ПК10. Установление Европейским Судом нарушения

§3.3. Право адвоката-защитника собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии (п.3 ч.3 ст.86 УПК)

Запросы адвоката еще один способ получения доказательств или доказательственной информации. В соответствии с ч.3 ст.6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» органы и организации обязаны выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии. С помощью запроса адвокат-защитник ранее был вправе получить сведения о месте постоянного жительства, фактического нахождения, даты регистрации, учебы, работы, деятельности, состава учредителей и участников юридических лиц, состояния здоровья и перенесенных заболеваниях, различные справки, архивные материалы

положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела согласно пп. "б" п. 2 ч. 4 ст. 413 УПК РФ является основанием для возобновления производства по этому делу ввиду новых обстоятельств в порядке, установленном главой 49 УПК РФ. СПС Консультант-Плюс.

нахождения на учете в психоневрологических диспансерах граждан и пр.

Позднее, проанализировав полученные по запросам документы, адвокат-защитник может ходатайствовать о приобщении их к материалам уголовного дела. В соответствии с правилами доказывания адвокат должен раскрыть источник их получения, объяснить их происхождение, а следователь, дознаватель или суд, в свою очередь имеют право их проверки путем сопоставления с имеющимися доказательствами или с помощью получения новых доказательств.

Практика получения документов по запросам адвоката сложилась ещё в советский период российской истории. Одна из проблем, что делать адвокату, если запрашиваемая организация отказывает в выдаче документов. Остается только путь обжалования отказа в вышестоящую организацию либо в суд. В случае отказа по мотиву содержания сведениями государственной или иной охраняемой по закону тайны, защитник всегда может заявить ходатайство об истребовании документа дознавателю, следователю или суду.

Но здесь тоже есть проблема: адвокат иногда не знает, какая информация может быть получена по запросу – выгодная защите или наоборот, усугубляющая

положение подзащитного. Поэтому должен быть разработан и внедрен механизм получения адвокатом сведений, относящихся к различным видам охраняемых законом тайн, по запросам, минуя дознавателя и следователя, как лиц представляющих сторону обвинения.

В рамках действующего уголовно-процессуального кодекса было бы разумно через нотариуса дать возможность адвокатам-защитникам запрашивать сведения, связанные с различными видами тайн. Именно нотариус будет получать ответ, содержащий тайну, и решать – передавать ли данный 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 и своих близких родственников и супруга. Кроме того, 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.

А в случае принятия нового уголовно-процессуального кодекса по нашему мнению возможно появление нового должностного лица - «следственного судьи». На данное процессуальное независимое должностное лицо, целесообразно будет возложить кроме вышеуказанных ещё и функции по судебному контролю, в виде: дачи разрешений на производство следственных действий, избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, продления срока заключения по стражей и рассмотрения жалоб на действия следователя и дознавателя.

Для более полного понимания существующего правового института «запроса адвокатом справок, характеристик, иных документов» в порядке, предусмотренном п.3 ч.3 ст.86 УПК необходимо рассмотреть судебную практику.

Конституционный Суд РФ в определении от 30.09.2004 №317-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ламбина Александра Ивановича на нарушение его конституционных прав статьей 102 Налогового кодекса Российской Федерации», установил, что гражданин А.И. Ламбин, представлявший в качестве адвоката интересы ООО «Морской бриз» в Арбитражном суде Камчатской

области в деле по иску данной организации к ООО «Камчатскресурс ЛТД» о взыскании задолженности в размере 16 911 619 руб., руководствуясь пунктом 3 статьи 6 Федерального закона от 31 мая 2002 года «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», обратился в межрайонную инспекцию №2 Министерства Российской Федерации по налогам и сборам по Камчатской области и Корякскому автономному округу с адвокатским запросом о наличии банковских счетов и имущества ООО «Камчатскресурс ЛТД», однако налоговый орган в предоставлении информации отказал, обосновав свою позицию тем, что указанная норма Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не предусматривает право адвоката на использование конфиденциальной информации, к которой, согласно статье 102 Налогового кодекса Российской Федерации, относятся подобные сведения.

Решением Петропавловск-Камчатского городского суда от 26 августа 2003 года, оставленным без изменения судебной коллегией по гражданским делам Камчатского областного суда, А.И. Ламбину было отказано в удовлетворении заявления об оспаривании действий налогового органа на том основании, что

сведения о наличии банковских счетов и имущества являются конфиденциальными, относятся к налоговой тайне и не подлежат разглашению, а действующим законодательством не предусмотрено право адвокатов на получение у налоговых органов конфиденциальной информации, в частности сведений, составляющих налоговую тайну. 28 октября 2003 года Камчатский областной суд, согласившись с доводами судов первой и кассационной инстанций, отказал А.И. Ламбину в удовлетворении заявления об истребовании дела для рассмотрения в порядке надзора.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации А.И. Ламбин просит признать не соответствующим статьям 24 (часть 2), 29 (часть 4), 34 (часть 1), 37 (часть 1), 46 (часть 1) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации положение статьи 102 Налогового кодекса Российской Федерации (в редакции от 2 января 2000 года), согласно которому налоговую тайну составляют сведения о налогоплательщике, полученные налоговым органом, за исключением перечня сведений, установленных пунктом 1 данной статьи, поскольку оно необоснованно относит любые сведения, полученные налоговым органом, к налоговой тайне и ограничивает его право

свободно искать и получать информацию любым законным способом для осуществления юридической помощи доверителю.

В силу непосредственного действия ч.2 ст.24 Конституции РФ любая информация, за исключением сведений, содержащих государственную тайну, сведений о частной жизни, а также конфиденциальных сведений, связанных со служебной, коммерческой, профессиональной и изобретательской деятельностью, должна быть доступна гражданину, если собранные документы и материалы затрагивают его права и свободы, а законодатель не предусматривает специальный правовой статус такой информации в соответствии с конституционными принципами, обосновывающими необходимость и соразмерность ее особой защиты.

Такая правовая позиция, сформулированная в Постановлении Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 г. по делу о проверке конституционности п.2 ст.5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», применима к ситуациям, связанным с обеспечением доступа к сведениям, составляющим налоговую тайну, поскольку в соответствии с закрепленными Конституцией РФ

гарантиями свободы экономической деятельности в качестве одной из основ конституционного строя Российской Федерации (ч.1 ст.8) каждый вправе свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом как единолично, так и совместно с другими лицами (ч.2 ст.35), а также свободно использовать свое имущество для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч.1 ст.34). Из указанных конституционных гарантий вытекает право на сохранение в тайне сведений, в том числе полученных налоговыми органами, виды и объем которых устанавливаются законом, а также обязанность государства обеспечивать это право в законодательстве.

Специальный правовой статус сведений, составляющих налоговую тайну, закреплен ст.102 Налогового кодекса РФ исходя из интересов налогоплательщиков и с учетом соблюдения принципа баланса публичных и частных интересов в указанной сфере, поскольку в процессе осуществления налоговыми органами РФ своих функций, установленных Налоговым кодексом Российской Федерации и иными федеральными законам, в их распоряжении оказывается значительный объем информации об имущественном состоянии каждого налогоплательщика,

распространение которой может причинить ущерб как интересам отдельных граждан, частная жизнь которых является неприкосновенной и охраняется законом, так и юридических лиц, чьи коммерческие и иные интересы могут быть нарушены в случае произвольного распространения в конкурентной или криминальной среде значимой доя бизнеса конфиденциальной информации. Поэтому федеральный законодатель предусмотрел ограниченный режим доступа к такой информации путем установления исчерпывающего перечня субъектов, обладающих в силу закона правом обращения к налоговым органам за предоставлением сведений, составляющих налоговую тайну, в указанных в законе целях.

В п.3 ст.6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» закреплены права адвоката, среди которых упомянута возможность собирать необходимые для оказания юридической помощи сведения, в том числе запрашивать документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, а также иных организаций, которые обязаны выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии в порядке,

установленном законодательством. Однако он не включен законодателем в число лиц, имеющих доступ к сведениям, составляющим налоговую тайну.

Положение ст.102 Налогового кодекса РФ, относящей к налоговой тайне сведения о налогоплательщике, полученные налоговым органом, за исключением перечня сведений, установленных п.1 данной статьи, адресовано налоговым органам, органам внутренних дел, органам государственных внебюджетных фондов и таможенным органам, их должностным лицам и привлекаемым специалистам, экспертам, а также другим лицам, которым в силу закона доступна информация, составляющая налоговую тайну.

Также Конституционный Суд РФ в определении от 23.06.2005 №300-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Иноземцева Евгения Васильевича на нарушение его конституционных прав статьей 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан», рассмотрел жалобу гр. Иноземцева Е.В. на нарушение его конституционных прав ст.61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, согласно которой информация о факте обращения за

медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении, составляют врачебную тайну и не подлежат разглашению; ее передача другим гражданам без согласия гражданина или его законного представителя допускается лишь в строго определенных данной статьей случаях, в частности по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством.

Как следует из жалобы, Е.В. Иноземцев неоднократно обращался в органы здравоохранения с просьбой о предоставлении информации относительно оказания медицинской помощи отдельным гражданам, выступающим в качестве стороны по уголовному и гражданским делам, в которых Е.В. Иноземцев участвует соответственно в качестве подсудимого и гражданского истца, поскольку такая информация могла, по его мнению, иметь доказательственное значение при разрешении данных дел. В удовлетворении этой просьбы ему было отказано со ссылкой на ст.61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан,

Конституционный Суд РФ указал, что в силу ч.2 ст.24 Конституции РФ органы государственной власти обязаны обеспечить каждому ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Данная норма не определяет порядок и условия реализации гарантированного ею права, — это относится к компетенции федерального законодателя, который, исходя из потребностей защиты частных и публичных интересов, вправе установить разные уровни гарантий и степень возможных ограничений права на получение информации при условии соразмерности таких ограничений конституционно признаваемым целям их введения (ч.3 ст.55 Конституции РФ).

Статья 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан как раз и является такой законодательной нормой, которая устанавливает специальный правовой режим информации, содержащей врачебную тайну, в связи с чем нет оснований для вывода о том, что ее положениями нарушаются гарантируемые ст.24 и ч.4 ст.29 Конституции РФ права заявителя. Предусмотренный данной нормой особый порядок

предоставления сведений, содержащих врачебную тайну, исключающий возможность ее получения по требованию третьих лиц и защищающий тем самым право каждого на тайну частной жизни (ч.1 ст.24 Конституции РФ), вместе с тем не препятствует участникам как уголовного, так и гражданского судопроизводства в соответствии с конституционным принципом состязательности и равноправия сторон реализовать свое право на защиту всеми способами, не запрещенными законом, в том числе путем заявления ходатайств об истребовании этой информации органами дознания и следствия, прокурором или судом. Отказ в удовлетворении ходатайств не препятствует участникам уголовного и гражданского судопроизводства в дальнейшем повторно заявлять их в стадии судебного разбирательства, а также настаивать на проверке вышестоящими судебными инстанциями законности и обоснованности решений, принятых как по этим ходатайствам, так и в целом по результатам рассмотрения дела.

В определении Конституционного Суда РФ от 17.06.2008 №434-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кузьминых Константина Сергеевича на нарушение его

конституционных прав положениями статьи 10 Таможенного кодекса Российской Федерации» указано, что в соответствии с федеральным законом от 29 июля 2004 года №98-ФЗ «О коммерческой тайне» коммерческая тайна - это режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду; информация, составляющая коммерческую тайну (секрет производства), - это сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны (пункты 1 и 2 статьи 3); обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, а

также органы государственной власти, иные государственные органы, органы местного самоуправления, получившие такую информацию в соответствии с частью 1 статьи 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 Российской Федерации (часть 3 статьи 6).

Федеральный законодатель, таким образом, не называет адвокатов в числе лиц, запросы которых о предоставлении информации, составляющей коммерческую тайну, являются обязательными для обладателей данной информации, а также для государственных и муниципальных органов, которым она стала известна в силу выполнения ими своих функций.

В связи с принятием 27 июля 2006 федерального закона №152-ФЗ (в ред. от 25.07.2011г.) «О персональных данных» возможность реализации права адвоката собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, иных 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 п.1 ст.3 ФЗ «О персональных данных» (в ред. от 25.07.2011г.) под персональными данными понимается «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 адвокат вправе ее получить в порядке, предусмотренном ФЗ «О персональных данных».

В настоящее время адвокат может получить персональные данные лица, имеющие значение для оказания юридической помощи, в следующих случаях:

1) если данные сведения содержатся в общедоступных источниках персональных данных, создаваемых в целях информационного обеспечения (например, в

справочниках, адресных книгах и т.п.) (п. 10 ст. 6, п. 1 ст. 8 ФЗ «О персональных данных»);

2) если данные сведения содержатся в конфиденциальных источниках информации, но субъект персональных данных в установленной законом форме дал согласие оператору персональных данных на обработку его персональных данных (ст.ст. 7, 9-11 ФЗ «О персональных данных»).[80]

Однако, анализ ФЗ «О персональных данных» позволяет утверждать, что в такой ситуации адвокат не имеет возможности получить персональные данные на основании адвокатского запроса. Подобная ситуация относится к исключительным случаям, когда допускается обработка персональных данных без согласия субъекта персональных данных. К сожалению, законодатель не включил адвокатов в перечень лиц, которые могут получать персональные данные в целях оказания юридической помощи, без согласия субъекта персональных данных.[81]

Верховный Суд РФ придерживается точки зрения, что адвокат не вправе получать сведения,

---

[80] Рубинштейн Е.А. Проблемы собирания адвокатом персональных данных.

[81] Там же.

относящиеся к конфиденциальной информации. Например, в определении от 12 мая 2012 г. №49-В10-5 Верховный Суд РФ указал, 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».

Конституционный Суд РФ тоже рассматривал вопрос о несоответствии 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». В определении от 12 мая 2003 года №173-О от 29 января 2009 года № 3-О-О Конституционный Суд РФ указал: «В силу статьи 24 (часть 2) Конституции Российской Федерации любая затрагивающая права и свободы гражданина информация (за исключением сведений, содержащих государственную тайну, сведений о частной жизни, а также конфиденциальных сведений, связанных со служебной, коммерческой, профессиональной и изобретательской деятельностью)

должна быть ему доступна, при условии что законодателем не предусмотрен специальный правовой статус такой информации в соответствии с конституционными принципами, обосновывающими необходимость и соразмерность ее особой защиты. При этом Конституция Российской Федерации допускает возможность установления в отношении той или иной информации специального правового режима, в том числе режима ограничения свободного доступа к ней со стороны граждан.

Исходя из приведенной правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации исключение информации, относящейся к персональным данным, которая была запрошена заявителем [сведения о размерах получаемых рядом граждан пенсий], из режима свободного доступа полностью соответствует предписаниям статьи 24 (часть 2) Конституции Российской Федерации. В противном случае под угрозой оказалось бы гарантированное статьями 23 (часть 1) и 24 (часть 1) Конституции Российской Федерации право на неприкосновенность частной жизни. Заявитель не лишен возможности при рассмотрении судом конкретного дела с участием его доверителя обратиться к суду с ходатайством об

истребовании доказательств, в том числе сведений, содержащих конфиденциальную информацию. Следовательно, оспариваемые законоположения конституционное право граждан на получение квалифицированной юридической помощи не затрагивают и, вопреки доводам заявителя, ее оказанию не препятствуют».

К сожалению автора, сложившаяся судебная практика Верховного и Конституционного судов России говорит о фактическом запрете на получение адвокатом персональных данных без согласия субъекта персональных данных на их обработку.

Вышеизложенное нормативное регулирование и практика высших судов страны негативно сказывается на конституционном праве каждого получать квалифицированную юридическую помощь, поскольку они в большинстве случаев лишают адвокатов права на собирание сведений, необходимых для оказания юридической помощи.

Автор впервые столкнулся с данной проблемой летом 2011 года во время защиты С. обвиняемого по уголовному делу. В отношении одного из понятых, участвовавших в производстве следственного действия возникли сомнения – улица, на которой в соответствии

с протоколом якобы проживал данный свидетель в г.Тверь отсутствовала. Автор приехал в город Тверь с адвокатским запросом о том, проживает ли по данному адресу свидетель, но официального ответа не получил – отказали как раз ссылаясь на федеральный закон «О персональных данных». В разрешении ситуации помогло только неформальное получение информации о том, что свидетель с указанной датой рождения действительно проживает в г.Тверь, но на улице с немного измененным названием.

Возможны и другие ситуации, когда адвокат-защитник даже не сможет получить простую характеристику с места работы его доверителя, содержащегося под стражей, в случае если последний не дал согласие оператору персональных данных (юридическому лицу) письменное согласие на обработку его персональных данных. Отсутствие информации о регистрации лица по месту жительства может помешать адвокату - заявить обоснованное ходатайство о вызове свидетеля в судебное заседание, возможны и другие эксцессы.

В целом по моему мнению, право адвоката-защитника собирать доказательства путем истребования справок, характеристик, иных документов от органов

государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций оказалось существенно ограничено, даже по сравнению с недавним советским прошлым. Налицо явный отход законодателя от демократических принципов построения судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон.

Единственная надежда автора на незначительное улучшение ситуации связана с возможностью введения административной ответственности в виде штрафа за не предоставление сведений по запросу адвоката – законопроект о данных изменениях в КоАП РФ планируется к рассмотрению Государственной Думой РФ. Но без изменения федерального закона «О персональных данных» ситуация в лучшую сторону существенно не измениться.

§ 3.4. Право адвоката-защитника привлекать специалиста (п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ)

Этот новый институт для российского уголовно-процессуального права, появился в 2001 году для более полной реализации принципа состязательности и равноправия сторон. Расширение возможностей использования специальных знаний специалиста в уголовном процессе у стороны защиты является важным шагом в совершенствовании процедур доказывания. Специалист имеет возможность профессионально, с научных позиций спорить с заключением и показаниями эксперта, которые практически всегда являются важными доказательствами обвинения.

Специалист, в соответствии со ст.58 УПК РФ - это лицо, обладающее специальными знаниями и привлекаемое:

1) к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим кодексом, для содействия 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, входящих в его профессиональную компетенцию.

Исследователи отмечают, что защитник, как и следователь вправе привлекать специалиста к участию в следственных действиях для оказания содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств и пр. Но в связи с тем, что следственные действия проводятся только по решению следователя, защитник не имеет самостоятельных процессуальных возможностей по привлечению специалиста. Адвокат-защитник только вправе 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 может привлекаться адвокатом-защитником не только для участия в следственных, но и в других процессуальных действиях, например, в ознакомлении обвиняемого с заключением эксперта.

Какова же процедура привлечения специалиста адвокатом-защитником для участия в уголовном деле? В п.3 ч.1 ст.53 УПК говорится о праве защитника

привлекать специалиста в соответствии со ст.58 УПК, но в ч.2 ст.58 указано, что вызов и порядок участия специалиста в уголовном судопроизводстве определяется ст.168 и ст.270 УПК РФ. Статья 168 УПК РФ говорит, что следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста. В соответствии с ч.5 ст.164 УПК РФ следователь должен разъяснить специалисту права, ответственность, порядок производства следственного действия. Следователь же определяет компетенцию специалиста и выясняет его отношение к подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему. О том как, с помощью каких процедур или решений адвокат привлекает к участию специалиста уголовно-процессуальный закон молчит. В статье 270 УПК РФ указана процедура привлечения специалиста судом, в виде разъяснения прав и ответственности с взятием подписки приобщаемой к протоколу судебного заседания.

Подводя итог можно утверждать, что в уголовно-процессуальном кодексе РФ отсутствуют процедуры для реализации права защитника привлекать специалиста; не указан порядок, в котором специалист может ставить вопросы эксперту; нет процедуры, описывающей, как специалист разъясняет вопросы, входящие в его

профессиональную компетенцию. Данный вопрос не урегулирован как в отношении полномочий адвоката-защитника, так в отношении органов, ведущих производство по уголовному делу. На это уже десять лет назад обращал внимание Давлетов А.[82], но к моему сожалению – «воз и по ныне там».

В соответствии с п.4 ч.3 ст.6 федерального закона №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат-защитник вправе привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи. Защитник не может вынести обязательное к исполнению постановление или определение, как следователь или суд. Специалист привлекается адвокатом-защитником путем заключения гражданско-правового договора об оказании консультативной помощи. С учетом российских традиций дозволительного регулирования и для исключения возможности извратить смысл, идею закона и всего нового института использования специалиста в уголовном процессе судебными и следственными

[82] Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы. Российская юстиция. 2003. №9.

практическими работниками, по мнению автора, все же необходимо детальное изложение процедур в УПК РФ.

Помощь специалиста защитнику может быть оказана и во внепроцессуальной форме консультирования, что и является основным направлением использования специальных знаний в адвокатской деятельности.

Во-первых, консультации по использованию специальных знаний используются адвокатами-защитниками во время назначения экспертизы и для постановки вопросов эксперту.

Назначив экспертизу следователь, дознаватель в соответствии со ст.195 УПК РФ, обязан знакомить с постановлением подозреваемого, обвиняемого и защитника, которые ознакомившись с поставленными перед экспертом вопросами, и предоставленными для исследования объектами, после консультации со специалистом, в соответствии со ст.198 УПК РФ вправе поставить перед экспертом дополнительные вопросы, или заявить ходатайство о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц, либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении, возможно и заявление отвода эксперту.

Е.Р. Россинская пишет[83], что помощь специалиста при назначении экспертизы может быть связана:

1) с указанием на невозможность решения данного вопроса (например, из-за отсутствия экспертной методики);

2) с указанием на непригодность объектов для экспертного исследования (что очевидно только лицу, обладающему специальными знаниями);

3) с указанием на ошибки в собирании (обнаружении, фиксации, изъятии) объектов, могущих стать впоследствии вещественными доказательствами (ошибки могут быть связаны с неиспользованием или неправильным использованием технико-криминалистических средств и методов собирания тех или иных следов, особенно микрообъектов);

4) с определением рода или вида судебной экспертизы (что напрямую связано в дальнейшем с выбором экспертного учреждения или кандидатуры эксперта);

---

[83] Россинская Е.Р. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК. Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». М., 2004.

5) с указанием на материалы, которые необходимо предоставить в распоряжение эксперта (например, протоколы осмотра места происшествия и некоторых вещественных доказательств, схемы, планы, документы, полученные при выемке, и пр.). Данная помощь специалиста в дальнейшем может быть использована адвокатом-защитником для заявления ходатайства о производстве повторной или дополнительной экспертизы.

Во-вторых, использование специальных познаний желательно при оценке готового заключения эксперта, поскольку только специалист может оценить проведенные исследования, содержание и обоснованность выводов. Чаще всего адвокаты, следователи, суд проверяют и оценивают только выводы заключения эксперта, и их соответствие иным доказательствам. Лица, назначившие экспертизу, как и адвокаты, имеют обычно юридическое образование и не владеют другой специальной терминологией. Соответственно они не в состоянии не только оценить научную обоснованность выводов эксперта, правильность выбора и применения методов исследования, соответствие методов современным

достижениям, но часто не могут прочесть и понять исследовательскую часть заключения.

Специалист может помочь адвокату проверить заключение эксперта в части:

1) пригодности представленных вещественных доказательств и сравнительных образцов для исследования;

2) достаточности (с точки зрения используемых экспертных методик) имеющихся объектов и образцов для дачи заключения;

3) методов, использованных при производстве судебной экспертизы, оборудовании, с помощью которого реализованы эти методы (обеспечен ли метрологический контроль и проверка оборудования, его юстировка и калибровка);

4) научной обоснованности экспертной методики, граничных условий ее применения, допустимости применения избранной методики в данном конкретном случае[84].

В-третьих, адвокат может привлечь специалиста для анализа протоколов следственных действий, в ходе которых использовались специальные знания.

[84] Россинская Е.Р. Там же.

Специалист может указать адвокату-защитнику на ошибки в собирании (обнаружении, фиксации, изъятии) объектов, будущих вещественных доказательств. Самостоятельно защитник, как правило, способен выявить только процессуальные нарушения. Ошибки могут быть связаны с неиспользованием технико-криминалистических средств и методов собирания тех или иных следов, а также с неправильным применением этих средств и методов.

Результат данной деятельности специалиста не формирует доказательства. Его консультация помогает стороне защиты создать свою версию происшедшего, высказать сомнения в обоснованности освещения его обстоятельств стороной обвинения. Процессуальное воплощение результатов деятельности специалиста — это его заключение и показания (ст.74 и ст.80 УПК РФ). Именно для их получения специалист привлекается в уголовный процесс.[85]

В соответствии ч.3 ст.80 УПК РФ заключение специалиста — это данное в письменном виде его суждение по вопросам, поставленным перед ним

---

[85] Адвокат в уголовном процессе: учеб. Пособие для студентов вузов. Под редакцией Н.А.Колоколова. 2-е изд., перераб. И доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2010. С.239.

сторонами. В п.3.1 ч.2 ст.74 УПК РФ заключение специалиста включено в перечень доказательством по уголовному делу, наряду с заключением и показания эксперта.

Часть исследователей ставит под сомнение самостоятельность заключения специалиста как вида доказательств, в связи с не процессуальным, договорным порядком его получения адвокатом и отсутствием в УПК РФ специальной процедуры[86] его получения.

Овсянников И. наоборот признает доказательственное значение заключения специалиста и указывает, что право инициировать его появление должно принадлежать не следователю, дознавателю или суду, а тем участникам процесса доказывания, которые не вправе принимать решения по делу: подозреваемому, обвиняемому, защитнику, частному обвинителю, прокурору (в судебном производстве), потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям. У этих лиц нет права назначить судебную экспертизу, а потому именно для них важна возможность самостоятельно предоставить объекты,

[86] Шейфер С.А., Божьев В.П., Темираев О.П.

поставить перед ним вопросы, получить заключение и ходатайствовать о его приобщении к материалам дела.[87]

Маркова Т.Ю. также придерживается точки зрения, что заключение специалиста является полноправным и полноценным доказательством в уголовном судопроизводстве (наряду с заключением эксперта).[88]

Смирнов А.В., Калиновский К.Б. пишут, что «в своем заключении... специалист может давать уже известным суду обстоятельствам новое освещение, проясняющее их истинное значение, и, кроме того, с помощью специальных познаний и приемов выявлять перед судом обстоятельства, которые без разъяснения специалиста могли бы остаться вне поля зрения суда».[89]

Лазарева В.А. справедливо отмечает, что «если представленное стороной защиты заключение специалиста позволяет увидеть неполноту произведенных экспертом исследований, ненаучность

---

[87] Овсянников И. Заключение и показания специалиста. Законность. 2005. №7 С.32-33.

[88] Маркова Т.Ю. Некоторые проблемы использования в уголовном процессе заключения специалиста. Уголовное судопроизводство. 2010. №1. С.26.

[89] Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: Учебник / Под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. 4-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2008. С. 157.

примененных им методик, необоснованность или противоречивость экспертных выводов, его существование обоснованно».[90]

В соответствии с ч.4 ст.80 УПК РФ вопросы перед специалистом ставятся сторонами. Белкин А.Р. указывает, что это показывает возросшую роль состязательности в уголовном процессе — стороны обладают свободой привлечь именно того специалиста, которого считают нужным, и задать ему именно те вопросы, которые сочтут уместными.[91]

Соглашусь с профессором А.Давлетовым, который пишет, что процессуальный механизм реализации возможностей специалиста имеет определяющее значение, ибо в процессуальной деятельности важна не столько правовая идея, сколько порядок, процедура ее практического применения.[92]

По моему мнению у адвоката-защитника есть полное право получить в письменном виде заключение специалиста, представить его дознавателю, следователю, суду с ходатайством о приобщении к

---

[90] Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. М.: Высшее образование, 2009. С. 304.
[91] Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005
[92] Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы. Российская юстиция. 2003. №9.

уголовному делу в качестве доказательства, а также ходатайствовать о допросе специалиста.

Для лучшего понимания действия правового института о привлечении защитником специалиста необходимо обратиться к судебной практике.

В определение Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 №514-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугорского Виталия Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 58, 80 и 168 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указано «подозреваемый, обвиняемый и их защитники наделены правами по участию в процессе доказывания, в том числе правом заявить отвод специалисту (статьи 69 и 71) и ходатайство о признании заключения специалиста недопустимым доказательством (статьи 88, 235 и 335), а также правом привлечь к участию в деле выбранного ими специалиста: до окончания предварительного расследования данное право предоставлено защитнику (пункт 3 части первой статьи 53 УПК Российской Федерации), а по окончании ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела - и обвиняемому (часть четвертая статьи 217 УПК Российской Федерации), при

этом следователь обязан включить указанного стороной защиты специалиста в содержащийся в приложении к обвинительному заключению список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание (часть четвертая статьи 220 УПК Российской Федерации). Согласно части третьей статьи 80 и частям второй и третьей статьи 86 УПК Российской Федерации сторона защиты вправе получить от специалиста заключение и представить его органам расследования и суду для приобщения в качестве доказательства к материалам уголовного дела.

По смыслу статей 58 и 168 УПК Российской Федерации, определяющих порядок вызова специалиста для участия в процессуальных действиях, в системной связи с положениями части второй статьи 159 и части седьмой статьи 234 УПК Российской Федерации, регламентирующими основания удовлетворения ходатайств сторон о собирании дополнительных доказательств, обвиняемому и его защитнику может быть отказано в удовлетворении ходатайства о допросе специалиста или в приобщении к материалам уголовного дела его заключения, лишь если обстоятельства, которые он может установить, не имеют значения для дела. Из части четвертой статьи 271 УПК Российской Федерации вытекает, что суд не вправе

отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон».

Необходимо указать, что показания специалиста — это сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии со ст.ст. 53, 168 и 271 УПК РФ. Форма допроса специалиста в законе не приведена. В соответствии с ч.4 ст.271 УПК РФ суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон, но процедура проведения допроса специалиста в судебном следствии в законе опять же не приведена. На практике специалиста допрашивают в качестве сведущего свидетеля, несмотря на то, что специалист и свидетель — разные участники доказывания, их статус разъяснен в разных статьях закона, ст.56 и ст.58 УПК РФ. Кроме того, различаются нормативные понятия данных субъектов, у каждого из них уникальная совокупность прав и обязанностей, различается и природа полученных свидетелем и специалистом знаний.

К сожалению, в кассационном определении от 25 июля 2005 года по делу №32-о05-26сп Верховный суд РФ указал «… суд обоснованно отказал защите в приобщении к материалам дела заключения специалиста И. как полученное вне рамок уголовно-процессуального закона. Кроме того, специалист И. по ходатайству защиты был допрошен по интересовавшим ее вопросам, и присяжные заседатели имели возможность оценить показания данного специалиста»[93]. Соответственно по вопросу о доказательственном значении заключения специалиста Конституционный и Верховный суды России имеют в настоящее время различные точки зрения.

Но 21 декабря 2010 года Пленум Верховного Суда РФ в постановлении №28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» указал в пункте 6: «справки, акты, заключения и иные формы фиксации результатов ведомственного или другого исследования, полученные по запросу органов предварительного следствия или суда, не могут рассматриваться как заключение эксперта

---

[93] Бюллетень Верховного Суда РФ, 2006, №11. Определение Верховного Суда РФ от 25.07.2005 №32-о05-26СП. Кассационной инстанцией обоснованно оставлены без удовлетворения кассационные жалобы о нарушении норм уголовно-процессуального закона при рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей. СПС Консультант-Плюс.

и служить основанием к отказу в проведении судебной экспертизы. Указанные положения не препятствуют приобщению к материалам уголовного дела и использованию в процессе доказывания заключения специалиста, полученного в соответствии с частью 3 статьи 80 УПК РФ».

Кроме того в пункте 20 Верховный Суд указывает, что «заключение и показания специалиста даются на основе использования специальных знаний и, также как заключение и показания эксперта в суде, являются доказательствами по делу (часть 2 статьи 74 УПК РФ). При этом следует иметь в виду, что специалист не проводит исследование вещественных доказательств и не формулирует выводы, а лишь высказывает суждение по вопросам, поставленным перед ним сторонами. Поэтому в случае необходимости проведения исследования должна быть произведена судебная экспертиза». Выводы и анализ данного постановления Пленума ВС РФ «О судебной экспертизе по уголовным делам» автор сделает в нижеследующем параграфе.

§ 3.4.1. О некоторых проблемах использования защитником специальных знаний при проверке заявлений о пытках

К сожалению, в России нередки случаи пыток людей задержанных сотрудниками правоохранительных органов, в том числе приведших к смертельным исходам. Пытки это не только избиение или издевательства над задержанным, как например в Казани. Это также неоказание медицинской помощи лицам, содержащимся под стражей и имеющим тяжкие заболевания. По экспертным оценкам это высоко латентный вид преступлений и нарушений прав человека, в связи с отсутствием нормального расследования по данной категории дел. Дела о пытках становятся известны общественности и расследуются в основном только в случае смерти людей. Одной из составляющих этой сложной проблемы является вопрос о допуске к подозреваемому и обвиняемому медицинского работника по инициативе стороны защиты.

Общий запрет пыток содержится в действующем российском законодательстве в ч.2 ст. 21 Конституции РФ, ст. 9 УПК РФ и ст. 117 УК РФ. Статья 117 УК РФ определяет, что: «под пыткой в настоящей статье и

других статьях настоящего Кодекса понимается причинение физических или нравственных страданий в целях понуждения к даче показаний или иным действиям, противоречащим воле человека, а также в целях наказания либо в иных целях».

В конвенции ООН «против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» от 10 декабря 1984 года закреплено более широкое понятие пыток - это «любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия».

В прецедентном праве Европейского суда в целом используется определение пыток, изложенное в

Конвенции ООН. Определение пыток раскрывается в большом количестве дел ЕСПЧ, включая Aydin, Soering и Selmouni[94]. В тексте Европейской Конвенции по защите прав человека и основных свобод содержится только запрет, закрепленный в ст. 3: «Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию»

Комитет ООН против пыток в п.7 заключительных замечаний к Пятому периодическому докладу Российской Федерации, принятых на 1130-м заседании, состоявшемся 22 ноября 2012 года (CAT/C/SR.1130) «вновь рекомендует государству-участнику привести определение пытки в полное соответствие со статьей 1 Конвенции, предусмотреть уголовную ответственность за пытки как самостоятельный состав преступления и обеспечить, чтобы сотрудников полиции, военнослужащих и других должностных лиц можно было привлечь к уголовной ответственности непосредственно за пытки и чтобы

[94] Aydin v Turkey (1997) (Appl. No. 23178/94, 25 September 1997); Soering v United Kingdom (1989) (Appl. No. 14038/88, 7 July 1989); Selmouni v France (1999) (Appl. No. 25803/94, 28 July 1999)

выносимые приговоры были соразмерны тяжести совершенных преступлений».

Сейчас в России существуют следующие материальные уголовные нормы о пытках:

1. статья 117 Уголовного кодекса РФ «Истязание» - не применяется против должностных лиц.
2. статья 302 УК РФ «Принуждение к даче показаний» позволяет привлекать только следователя или дознавателя, если они использовали пытки для получения показаний. Но данные лица в России таких преступлений почти не совершают.
3. статья 286 УК РФ «Превышение полномочий», именно по этой статье, части 3 при наличии квалифицирующего признака «с применением физического насилия» в нашей правоприменительной практике чаще всего осуждают различных должностных лиц применявших пытки.

К сожалению, статистический учет по ст.286 УК РФ не отражает долю пыток в общем количестве данных о превышении должностных полномочий в России. Невозможно получить точную информацию о числе вынесенных обвинительных приговоров, в соответствии с которыми осуждались за совершение пыток

сотрудники полиции. В итоге, мы имеем очень низкие возможности для эффективного анализа и предупреждения пыток и жестокого обращения в отношении лиц задержанных полицией.

Официальная статистика по пыткам в России в свободном доступе отсутствует, как отсутствует она практически во всех Европейских государствах. Для оценки ситуации с пытками в России представляется возможным использовать статистику Европейского суда по правам человека. Всего Европейским судом за 2011 год было вынесено 6 постановлений по жалобам, поступившим из России о нарушении права не подвергаться пыткам, предусмотренным ст.3 Европейской конвенции о правах и свободах человека. Всего за 2011 год было вынесено 18 постановлений о нарушениях в отношении 47 стран участниц конвенции, т.е. в одной России произошло 33% из всех установленных и признанных нарушений.

Также за 2011 год Европейским судом было вынесено 66 постановлений по жалобам из России о нарушении права не подвергаться бесчеловечному или унижающему достоинство обращению. Всего за 2011 год было вынесено 186 постановлений в отношении всех

Европейских стран участниц, т.е. Россия обеспечила 35% нарушений.

Кроме того, Европейским судом было вынесено 22 постановления по жалобам из России о нарушении права на эффективное расследование фактов пыток и нарушений права не подвергаться бесчеловечному или унижающему достоинство обращению. Всего за 2011 год было вынесено 92 постановления, т.е. за Россией 24% нарушений[95].

При этом для общей оценки ситуации с пытками надо понимать, что например, в 2011 году 98% жалоб из России были отклонены Европейским судом, в основном по причинам неверного составления или нарушения сроков подачи.

В научной среде вопросам противодействия пыткам в России уделяется недостаточно внимания. Статьи на эту тему носят в основном публицистический[96], исторический[97] и материально-

---

[95] Источник статистических данных - Олег Олегович Анищик, сайт http://europeancourt.ru/statistika-evropejskogo-suda.

[96] Колоколов Н. Пытка - традиционный метод доказывания? ЭЖ-Юрист. 2012. №27. С.10.

[97] Халиков А.Н.: Историко-правовая эволюция насилия в работе правоохранительных учреждений России. «Российский следователь», 2009, №9.

правовой[98] характер. В области уголовно-процессуального права новых научных разработок и предложений об изменении законодательства в целях борьбы с пытками мне вообще обнаружить не удалось.

Кроме того, данный вопрос очень политизирован, что мешает серьезной научной работе по данной проблеме. В основном вопросом противодействия пыткам занимаются в различных некоммерческих организациях, работающих в сфере защиты прав человека. Так как большинство этих некоммерческих организации финансируется из США и стран западной Европы, их анализ ситуации, инициативы и рекомендации воспринимаются российским законодателем с большой критикой и недоверием.

Анализ действующего уголовно-процессуального законодательства России приводит к выводу, что у защитников отсутствуют адекватные способы реагирования на факты пыток. Нормативное регулирование в области проверки заявлений о пытках можно значительно улучшить, полностью реализовав

---

[98] Ширманов И.А. Об усилении конституционных гарантий прав и свобод личности уголовно-правовым запретом на пытки, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение. Конституционное и муниципальное право. 2009. №19. С.37-40.

минимальные международные стандарты ООН в действующем уголовно-процессуальном законодательстве России.

Комитет ООН против пыток в разделе об основных гарантиях, в пп.(а) п.9 заключительных замечаний к Пятому периодическому докладу Российской Федерации 2012 года «рекомендует государству-участнику: обеспечить, чтобы всем задержанным предоставлялись, как по закону, так и на практике, право на доступ к адвокату, на контакт с членами семьи, на получение информации о выдвинутых против них обвинениях, а также **по просьбе задержанного медицинский осмотр независимым врачом сразу же после фактического лишения свободы»**[99].

В пункте 42 Стамбульского протокола[100] также предусматривается как одна из основных гарантий

---

[99] Комитет против пыток ООН рассмотрел пятый периодический доклад Российской Федерации (CAT/C/RUS/5) на своих 1112-м и 1115-м заседаниях, состоявшихся 9 и 12 ноября 2012 года (CAT/C/SR.1112 и CAT/C/SR.1115), и принял заключительные замечания на 1130-м заседании, состоявшемся 22 ноября 2012 года (CAT/C/SR.1130)

[100] «Стамбульский протокол. Руководство по эффективному расследованию и документированию пыток и других,

«право лица, лишенного свободы, получить доступ к врачу, в том числе, если оно пожелает, к врачу, которого лицо лишенное свободы выберет самостоятельно».

Почти все гарантии рекомендуемые ООН в нашем законодательстве закреплены, за исключением доступа к врачу, тем более к независимому врачу, выбранному задержанным самостоятельно. Доступ к врачу ограничен как решениями должностных лиц со стороны обвинения, так и общей политикой государства в этой сфере. На здоровье заключенных в России исторически не принято тратить средства. В следственных изоляторах один врач часто приходится на 500-800 человек.

Например, по одному из дел в котором принимал участие автор осенью 2012 года, у человека неоднократно заявлявшего ходатайства в период предварительного расследования о взятии анализов на ВИЧ для официального подтверждения диагноза - не только анализов не берут, к нему даже «тюремный» врач ни разу не зашел и не вызвал на беседу или

бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» представлен Верховным комиссаром по правам человека ООН 9 августа 1999г.

обследование (аналогичный случай в 2011 году по поводу открытой язвы голени). При этом обвиняемый диагноз знает точно, поскольку до этого «на свободе» сдавал анонимные анализы.

Вышеуказанные ситуации возникают в прямой связи с исключительными правами должностных лиц стороны обвинения при собирании доказательств на стадии предварительного расследования. Нередко целью применения пыток является получение доказательств необходимых стороне обвинения. В том числе рассмотрение заявлений о пытках часто происходит с участием лица, заинтересованного в сокрытии этих фактов. Например, следователи следственного комитета рассматривают заявления с требованием возбудить уголовное дело по факту пыток, произведенных оперативными сотрудниками полиции. Вместе с тем, сотрудники полиции обеспечивают оперативное сопровождение расследования уголовных дел по тяжким и особо тяжким преступлениям, которое ведут следователи следственного комитета. В результате следователи следственного комитета не желают портить отношения с полицией и чаще всего отказывают в возбуждении уголовного дела по формальным причинам.

Как показывает адвокатская практика, следственные органы и прокуратура не реагируют на ходатайства, жалобы адвокатов и лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления, с требованиями назначить судебно-медицинскую, психологическую, психиатрическую экспертизу или освидетельствование. Вышеуказанные следственные действия объективно необходимы и обязательны для установления фактов пыток или наличия тяжкого заболевания, препятствующего содержанию человека под стражей.

При участии управления верховного комиссара ООН по правам человека был разработан и опубликован «Стамбульский протокол»[101]. Данный документ разрабатывался при участии ООН в течение 3 лет. В создании данного руководства участвовали 40 организаций из 15 стран мира (Германия, Дания, Чили, Франция, Швейцария, ЮАР, Индия, Дания, Израиль, США, Нидерланды и пр.). Это совместный труд юристов, врачей, психологов, других специалистов в

---

[101] «Стамбульский протокол. Руководство по эффективному расследованию и документированию пыток и других, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» представлен Верховным комиссаром по правам человека ООН 9 августа 1999г.

области защиты прав человека и помощи людям, пострадавшим от пыток.

Вышеуказанное руководство на 130 страницах раскрывает необходимые способы, методы, этику, стандарты расследования и документирования фактов пыток и вводит определенные процессуальные гарантии. «Руководящие принципы, изложенные в настоящем руководстве, даются не в качестве обязательных предписаний. Они, скорее, представляют собой основанные на вышеупомянутых принципах минимальные стандарты и должны применяться с учетом имеющихся возможностей»[102]

Принципы эффективного расследования и документирования пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания были включены в качестве приложения в резолюцию 55/89 (от 4 декабря 2000 года) Генеральной Ассамблеи ООН и в резолюцию 2000/43 (от 20 апреля 2000 года) Комиссии по правам человека, которые были приняты без голосования.

В соответствии с пунктом 10 Стамбульского протокола у государств есть обязательства по

[102] Там же. С.2

обеспечению защиты от пыток. В пп. а) указано обязательство государства в виде необходимости «принятия эффективных законодательных, административных, судебных и других мер для предупреждения актов пыток» (ст.2 Конвенции против пыток[103] и ст.3 Декларации о защите от пыток[104]). Доступ к врачу, в том числе к врачу, которого лицо, лишенное свободы выберет самостоятельно – это очень эффективная мера для предупреждения актов пыток и независимого расследования актов пыток. В гуманном и правовом государстве, каким стремиться стать Россия, эта процедура обязательно должна быть реализована. Факультативно доступ к врачу позволит улучшить общее состояние здоровья обвиняемых.

Для бюджета государства затраты могут быть минимальными. В связи с тем, что оплата работы врача

---

[103] «Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» (заключена 10.12.1984). Действующее международное право. Т. 3.- М.: Московский независимый институт международного права, 1997. С. 38 – 50.

[104] «Декларация о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» (принята 09.12.1975 Генеральной Ассамблеей ООН).

в уголовно-процессуальном статусе специалиста по действующему законодательству оплачивается самим обвиняемым на договорной основе.

Также одной из главных целей расследования пыток является «найти и сохранить доказательства, в том числе медицинские в отношении предполагаемых пыток» (пункт 77 Стамбульского протокола). К сожалению, эта цель обычно противоречит интересам стороны обвинения, и реально может быть реализована только стороной защиты, при наличии правовых возможностей.

Кроме того, в пункте 81 Стамбульского протокола указано, что «предполагаемые жертвы пыток или жестокого обращения и их законные представители должны … также иметь право представлять другие доказательства».

Еще одна важная процессуальная гарантия содержится в пункте 123 руководства «задержанные имеют право на повторную или альтернативную медицинскую экспертизу, проводимую квалифицированным врачом во время пребывания под стражей и после него». «Если просьба о психологической экспертизе поступает от подвергшегося пытке лица, эксперт должен соблюдать

врачебную тайну» (пункт 264 Стамбульского протокола), в отличие от эксперта, проводящего экспертизу по решению государственного органа осуществляющего расследование.

По моему мнению, в целях повышения эффективности борьбы с пытками в России необходимо обеспечить доступ задержанных к врачу в процессуальном статусе специалиста, а также ввести обязательность производства судебно-медицинских экспертиз и освидетельствования при наличии соответствующего ходатайства стороны защиты. В этих целях на мой взгляд целесообразно закрепить в уголовно-процессуальном законодательстве обязательность назначения судебно-медицинской, психологической, психиатрической экспертиз и освидетельствования в отношении подозреваемого или обвиняемого, если об этом в течение 5 суток с момента задержания ходатайствует защитник или сам подозреваемый (обвиняемый). Срок в 5 суток с момента задержания будет мешать злоупотреблению этим правом со стороны защитника или подозреваемого (обвиняемого). Кроме того, именно в эти сроки установить или опровергнуть факт пыток можно наиболее просто и эффективно. В случае подтверждения

факта пыток, материалы экспертиз и/или освидетельствования должны направляться через прокурора по подследственности в следственный комитет для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, причем в специальный отдел, занимающийся только расследованием пыток.

Также для борьбы с пытками, необходимо разрешить врачам, в уголовно-процессуальном статусе специалиста, производить обследование подозреваемых и обвиняемых, подсудимых и осужденных в следственных изоляторах, изоляторах временного содержания, колониях и тюрьмах. Врачам-специалистам целесообразно разрешить исследование состояния здоровья задержанного человека, опрос задержанного о телесных повреждениях, обстоятельствах их получения, сбор анализов, фотографирование, видеозапись, изъятие для исследования образцов или предметов одежды задержанного. У данного врача-специалиста должно быть право назначить производство: компьютерной томографии, рентгенологического, ультра-звукового, магнитно-резонансного исследования, различных анализов, которые могут проводиться за счет задержанного. Очень важно разрешить врачу-специалисту самому производить исследования, самому

с помощью медицинской сестры собирать материалы, предметы, анализы для специального исследования.

В пункте 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 №28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» указано «специалист не проводит исследование вещественных доказательств и не формулирует выводы, а лишь высказывает суждение по вопросам, поставленным перед ним сторонами. Поэтому в случае необходимости проведения исследования должна быть произведена судебная экспертиза». Я глубоко убежден, что данная позиция Верховного суда ошибочна, поскольку нигде в законодательстве нет запрета на проведение исследований специалистом. Как нет указаний о том, что доказательство в виде заключения или показаний эксперта имеет большую силу по сравнению с заключением или показаниями специалиста. Только специалист в состязательном судопроизводстве имеет возможность аргументировано спорить с выводами эксперта. Соответственно, урезание возможностей специалиста ведет к прямому нарушению принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе.

В связи с вышеизложенным представляется необходимым статус, права и обязанности врача

специалиста, требования к его заключению, приблизить к закрепленному в законе статусу эксперта, за исключением необходимости соблюдения врачебной тайны. Решение об использовании в уголовном процессе заключения врача-специалиста и полученной в ходе исследования информации должно приниматься только самим подозреваемым (обвиняемым) и его защитником.

В случае изменения уголовно-процессуального законодательства в предложенном направлении мы сможем объективно анализировать латентную ситуацию с пытками в России по количеству и итогам проведенных экспертиз в отношении задержанных, а также по результатам заключений врачей специалистов.

Данные изменения в уголовно-процессуальном законодательстве помогут организовать эффективную работу правоохранительных органов в целях реализации назначения уголовного судопроизводства в виде защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

§3.5. Права адвоката-защитника заявлять ходатайства, участвуя в доказывании (п.8 ч.1 ст.53, ч.3,4 ст.88, ст.119, ч.5 ст.234, 235 УПК РФ)

Ходатайство — официальная просьба участника судопроизводства, адресованная дознавателю, следователю, прокурору либо суду о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений, для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, обеспечения прав и законных интересов лиц, заявивших ходатайство, или представляемого им лица; об установлении процессуального статуса заявителя (например о признании потерпевшим, гражданским истцом и др.), о движении дела (например, 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.40 или 40¹ УПК).[105]

Ходатайства об участии в доказывании заявляются адвокатом-защитником в целях собирания

---

[105] Уч-к Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. 2-ое изд. отв.ред. П.А. Лупинская. НОРМА ИНФРА-М, Москва 2011. С.410.

доказательств, подтверждающих позицию подзащитного или опровергающих позицию обвинения. Исторически, в российском инквизиционном, розыскном уголовном процессе ходатайства об установлении обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела это основное средство участия адвоката в доказывании. К ним относятся ходатайства о производстве различных 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 не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для уголовного дела (ч. 2 ст. 159 УПК РФ);

2) на стадии судебного разбирательства суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или

специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон (ч.4 ст.271 УПК РФ).

Положения УПК РФ, связанные с институтом ходатайств, неоднократно были предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ.

21 декабря 2004 Конституционный Суд РФ в определении №467-О[106] рассмотрел жалобу гражданина П.Е. Пятничука, который просит признать не соответствующими ч.3 ст.123 Конституции РФ положения ст.86 (Собирание доказательств) и ст.161 (Недопустимость разглашения данных предварительного следствия) УПК, ограничивающих, по его утверждению, право подозреваемого, обвиняемого представлять доказательства в свою защиту и нарушающих тем самым конституционный принцип состязательности и равноправия сторон.

В соответствии с Конституцией РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч.2 ст.45); судопроизводство осуществляется на основе

---

[106] Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 №467-О «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». СПС Консультант-Плюс.

состязательности и равноправия сторон (ч.3 ст.123). Названные конституционные положения не исключают право законодателя установить в отраслевом законодательстве специальные правила, регламентирующие порядок собирания и оценки доказательств по уголовному делу, особенности которых применительно к отдельным видам судопроизводства определяются федеральными законами исходя из Конституции РФ.

Эти правила, содержащиеся, в частности, в ст.86 УПК и действующие во взаимосвязи с иными нормами уголовно-процессуального законодательства, предусматривают, что собирание доказательств в ходе уголовного судопроизводства осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом. Подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Защитник также вправе собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с

их согласия и истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций.

Закрепленное в ст.86 УПК РФ право подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства является одним из важных проявлений права данных участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа состязательности и равноправия сторон (ч.3 ст.123 Конституции РФ). Этому праву соответствует обязанность дознавателя, следователя и прокурора в ходе предварительного расследования рассмотреть каждое заявленное в связи с исследованием доказательств ходатайство, причем в силу части второй ст.159 УПК РФ подозреваемому или обвиняемому, его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для конкретного уголовного дела.

Тем самым уголовно-процессуальный закон исключает возможность произвольного отказа

должностным лицом или органом, осуществляющим предварительное расследование, как в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении представленных ею доказательств к материалам уголовного дела. По смыслу содержащихся в Уголовно-процессуальном кодексе 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 возможен лишь в тех случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, когда доказательство является недопустимым как не соответствующее требованиям закона либо когда обстоятельства, которые призваны подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства с позиций принципа разумности оказывается избыточным. Принимаемое при этом решение во всяком случае

должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты.

Адвокат-защитник вправе подать ходатайство об участии в следственных действиях. Данный вопрос был рассмотрен Конституционным судом в определении от 20.12.2005 №479-О[107].

В ходе предварительного следствия по уголовному делу в отношении гражданина М.Г. Кабулиева его защитник заявил ходатайство о допуске к участию в производстве всех следственных действий. Постановлением следователя в удовлетворении этого ходатайства было отказано; суд признал такое решение следователя законным.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ М.Г. Кабулиев просит признать не соответствующим Конституции Российской Федерации ст. 15 (ч. 4), 17 (ч. 1 и 3), 18, 19 (ч. 1), 45 (ч. 2), 48 (ч. 2), 55 (ч. 3), 123 (ч. 3), п. 5 ч. 1 ст. 53 УПК, устанавливающие, что с момента

[107] Определение Конституционного Суда РФ от 20.12.2005 №479-О «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». СПС Консультант-Плюс.

допуска к участию в уголовном деле защитник вправе участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном данным Кодексом.

По мнению заявителя, эта норма по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, ограничивает право защитника присутствовать по его ходатайству при проведении в ходе предварительного расследования следственных действий, производимых по инициативе стороны обвинения без участия подозреваемого или обвиняемого, тем самым нарушая принцип состязательности и равноправия сторон и конституционное право заявителя защищаться всеми не запрещенными законом способами, а также не позволяет защитнику своевременно выявлять допущенные органами предварительного расследования при производстве следственных действий нарушения закона.

Положения п.5 ч.1 ст.53 УПК РФ, устанавливающего право защитника участвовать в следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника, сами по себе не

могут рассматриваться как ограничивающие права защитника, а также права подозреваемого и обвиняемого на защиту своих прав и законных интересов в уголовном судопроизводстве на основе состязательности и равноправия сторон. Исходя из целей уголовного судопроизводства и предусмотренных Конституцией РФ, в частности ст.45 и 48, гарантий прав и законных интересов участников уголовно-процессуальных отношений, они закрепляют такие правила участия защитника в тех или иных следственных действиях, которые обусловлены особенностями постадийного построения уголовного процесса и необходимостью защиты предусмотренными уголовно-процессуальным законодательством способами конфиденциальной информации, получаемой и исследуемой в ходе досудебного производства по уголовному делу и составляющей следственную тайну.

При этом, действуя в системной связи с другими нормами Уголовно-процессуального кодекса РФ — ст.53 и др. — указанные положения создают механизм защиты прав подозреваемого и обвиняемого, в рамках которого участвующий в следственных действиях защитник вправе давать своему подзащитному краткие консультации в присутствии следователя, задавать с

разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать подлежащие внесению в протокол следственного действия замечания по поводу правильности и полноты записей в нем, соблюдения следователем порядка производства следственного действия и прав его участников.

Кроме того, оспариваемая заявителем норма не препятствует стороне защиты оспаривать, в том числе в суде, полученные в результате следственных действий доказательства, собирать и представлять собственные доказательства, ходатайствовать о допросе свидетелей, назначении судебной экспертизы, проведении других следственных действий и в силу принципа состязательности и равноправия сторон не освобождает дознавателя, следователя и прокурора от обязанности рассмотреть в ходе предварительного расследования каждое заявленное в связи с исследованием доказательств ходатайство, не допуская при этом отказа в их удовлетворении, если обстоятельства, об установлении которых ходатайствует сторона защиты, имеют значение для данного уголовного дела.

Кроме того Конституционный Суд РФ в определении от 24.11.2005 года №430-О[108] рассмотрел по требованию гражданина М.М. Алиева вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее.

В жалобе гражданина М.М. Алиева оспаривается конституционность ч.2 ст.53 (Полномочия защитника) УПК РФ, устанавливающей, что защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе 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 обязан занести отведенные вопросы в протокол.

---

[108] Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 №430-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Алиева Магомедали Магомедзагировича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». СПС Консультант-Плюс.

Как утверждает заявитель, эта норма, предусматривающая право следователя отводить вопросы защитника, позволила следователю при проведении очной ставки между ним как обвиняемым и потерпевшей по этому делу произвольно отвести ряд вопросов, заданных потерпевшей участвующим в данном следственном действии защитником, чем нарушили принцип состязательности и равноправия сторон, а также его права, гарантируемые ст. 15, 17, 18, 19, 45, 48, 51 и 55 Конституции РФ.

Конституционные положения о праве каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, о праве подозреваемого и обвиняемого пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения, а также об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон не исключают необходимость установления законодателем особых правил и процедур осуществления предварительного расследования по уголовным делам. В соответствии с этими правилами следователь самостоятелен в производстве следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным

законом, выборе тактики их проведения и принятии решений относительно того, какие вопросы участвующего в их производстве защитника допрашиваемому лицу могут быть отведены как наводящие либо не имеющие отношения к уголовному делу или к предмету, устанавливаемому данным следственным действием.

Законность и обоснованность отвода следователем того или иного вопроса, заданного защитником допрашиваемым лицам, обеспечивается установлением обязанности следователя занести отведенные вопросы в протокол следственного действия, а также наделением участвующих в его производстве лиц правом делать подлежащие внесению в протокол замечания о его дополнении и уточнении, оспаривать достоверность этого доказательства и допустимость его использования для обвинения, ходатайствовать о дополнительном допросе лица по вопросам, предложенным стороной защиты, задавать отведенные следователем вопросы в ходе судебного разбирательства.

Относительно проведения следственного действия – очной ставки, по ходатайству адвоката

Конституционный Суд РФ высказался в определении от 16.10.2007 №700-О-О[109].

Гражданин М.А. Нурматов в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность части первой статьи 192 УПК Российской Федерации, согласно которой при наличии существенных противоречий в показаниях ранее допрошенных лиц следователь вправе в соответствии со статьей 164 данного Кодекса провести очную ставку.

По мнению заявителя, названная норма, позволяя следователю отказывать в удовлетворении ходатайства стороны защиты о проведении данного следственного действия, приводит к процессуальному неравенству участников уголовного процесса, чем нарушает его права, закрепленные в статьях 19 (часть 1), 21 (часть 1), 24 (часть 2), 33, 45, 46 (части 1 и 2), 55 (часть 2) и 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

Реализуя указанные полномочия в сфере уголовно-процессуального законодательства

---

[109] Определение Конституционного Суда РФ от 16.10.2007 №700-О-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». СПС Консультант-Плюс.

применительно к порядку досудебного производства по уголовным делам, федеральный законодатель установил, что собирание, проверка и оценка доказательств в ходе уголовного судопроизводства осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом (статьи 86 - 88 УПК Российской Федерации). Подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств, ходатайствовать о производстве следственных действий, а следователь обязан рассмотреть каждое заявленное по уголовному делу ходатайство; в случае, если обстоятельства, об установлении которых ходатайствуют участники уголовного процесса, имеют значение для уголовного дела, им не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий (части первая и вторая статьи 159 УПК Российской Федерации).

Тем самым уголовно-процессуальный закон исключает возможность произвольного отказа должностным лицом или органом, осуществляющим предварительное расследование, в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты. По смыслу содержащихся в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации нормативных предписаний в их взаимосвязи с положениями статей 45, 46 (часть 1), 50 (часть 2) и 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации, такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельства, которые призваны подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства с позиций принципа разумности

оказывается избыточным. Принимаемое при этом решение во всяком случае должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2004 года №467-О).

Очень важна реализация защитой прав на заявление ходатайства об исключении недопустимых доказательств и на возражение против необоснованных ходатайств обвинения об исключении доказательств, являющихся допустимыми на предварительном слушании в суде присяжных. При рассмотрении дел профессиональными судьями заявлять ходатайство об исключении недопустимого доказательства наиболее целесообразно после его исследования в судебном следствии, потому что в судебной практике районных судов эти ходатайства часто не удовлетворяются со ссылкой на преждевременность подачи ходатайства до исследования указанного недопустимого доказательства судом. В соответствии со ст. 235 УПК РФ стороны вправе заявить ходатайство об исключении из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве, любого доказательства. В случае

заявления стороной такого ходатайства его копия передается другой стороне в день представления ходатайства в суд.

Ходатайство об исключении доказательства должно содержать указания на доказательство, об исключении которого просит адвокат основания для принятия такого решения и обстоятельства, обосновывающие ходатайство (ч.2 ст.235 УПК).

Судья вправе допросить свидетеля или приобщить к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве. В случае если одна из сторон возражает против исключения доказательства, судья вправе огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в уголовном деле и (или) представленные сторонами (ч.3 ст.235 УПК).

При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований Уголовно-процессуального кодекса РФ, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре, а адвокат-защитник должен привести разумные аргументированные доводы, подтверждающие недопустимость доказательства. В остальных случаях

бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство (ч.4 ст.235 УПК РФ).

Значительная часть оснований, по которым доказательства могут быть исключены в связи с недопустимостью или неотносимостью приводятся мной ранее, во второй главе.

Важно также положение закона о том, что при рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым (ч.7 ст.235 УПК РФ).

Если судья удовлетворяет ходатайство об исключении доказательства и при этом назначает судебное заседание, то в постановлении указывается, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания (ч.4 ст.236 УПК РФ).

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 (ч.3 ст.229 УПК).

В случае отсутствия возражений другой стороны по заявленному ходатайству об исключении доказательства, оно подлежит удовлетворению без исследования материалов дела (ч.5 ст.234 УПК). 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.

Заключение

Подводя итоги своего исследования описанного в данной книге, следует отметить:

1. Исходя из демократических ценностей, высшей ценности прав и свобод человека и гражданина, равноправия, справедливости, презумпции невиновности, современный российский уголовный процесс должен быть построен на основе состязательности и равноправия сторон. Если в арбитражном и гражданском процессе, законодатель захотел и смог реализовать состязательность и равноправие сторон, то в уголовном процессе, как самой консервативной отрасли процессуального права, возможности и права стороны обвинения значительно и необоснованно превышают права и возможности защиты. Данный дисбаланс прав сторон мешает реализации назначения уголовного процесса как в виде защиты прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, так и защите личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. И именно дисбаланс прав сторон, а точнее превалирование прав государственных органов и должностных лиц над правами частных лиц и адвокатов является одной из главных причин

недовольства народа России существующей судебной системой. По мнению автора, крайне необходимо как расширение прав стороны защиты по участию в доказывании, так и расширение прав потерпевшего, фактически относящегося к стороне обвинения, но почти не имеющего прав для отстаивания своих интересов. В УПК РФ 2001 года была сделана первая попытка реформирования и построения уголовного процесса на основе состязательности и равноправия сторон, но последующая судебная практика высших судов России была направлена в основном на ограничительное толкование и уменьшение прав стороны защиты. По моему мнению, последовала консервативная реакция на реформы.

В уголовно-процессуальном праве по настоящее время наиболее распространено понимание доказывания, разработанное еще советскими учеными. Оно частично реализовано в ст.85 УПК РФ, где говорится, что доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по делу, также здесь указано, что доказывание осуществляют дознаватель, следователь, руководитель следственного органа, прокурор и судья. Как можно отметить такие

важные участники судопроизводства как сторона защиты, в лице адвоката, обвиняемого, или потерпевший, со стороны обвинения, вообще не упоминаются в тексте закона.

Данное понятие доказывания подходит только для розыскного (инквизиционного) уголовного процесса и несовместимо с построением судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон.

Для построения уголовного судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон предлагаю начать использовать новое **понятие доказывания, под которым следует понимать состоящую в собирании, проверке, оценке и представлении доказательств деятельность участников уголовного судопроизводства по обоснованию своей позиции по делу друг перед другом и/или перед судом**.

Использование данного понятия доказывания в законе потребует дальнейшего реформирования уголовного процесса в направлении развития, увеличения и детальной нормативной проработки прав и обязанностей защиты, процедур по её участию в собирании, проверке, оценке и представлении доказательств. Предложенное мной понятие

доказывания, кардинально меняет весь российский уголовный процесс и потребует разработку и принятие нового уголовно-процессуального кодекса.

2. 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 года постарались изменить ситуацию, право адвоката собирать доказательства было, наконец, фактически закреплено в законе. Но реализация данного права в тексте уголовно-процессуального кодекса 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 года в части расширения прав адвокатов-защитников. К моему 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 своих исследований прихожу к выводу, что адвокат-защитник относится к важным субъектам доказывания и собирает доказательства, несмотря на недостатки нормативного регулирования и судебную практику, которые необходимо и целесообразно изменить.

3. Считаю возможным предложить свой вариант классификации участников доказывания из 5 категорий, которые дополнительно делятся на профессиональных и непрофессиональных участников. Каждая вышеуказанная категория и каждая подгруппа участников доказывания (по критерию профессиональность участника доказывания) имеет свои особенности участия в доказывании, соответственно и нормативная проработка статуса, прав, обязанностей и процедуры участия для каждой из категорий и подгрупп должна иметь особенности, учитываться законодателем. Кроме того, эту классификацию целесообразно использовать в обучении студентов, которые вероятно уже будут работать в условиях состязательного судопроизводства. Вместе с тем, выделение мной в качестве отдельных категорий стороны обвинения и

стороны защиты может поспособствовать разумному и сбалансированному наделению этих сторон правами и обязанностями по участию в доказывании.

	Профессиональные участники	**Непрофессиональные участники**
1.Суд	профессиональный судья	присяжный заседатель
2. Сторона обвинения	следователь, дознаватель прокурор, адвокаты-представители потерпевшего и гражданского истца	потерпевший, гражданский истец, представители потерпевшего и гражданского истца
3. Сторона защиты	адвокат-защитник, адвокат-представитель гражданского ответчика	подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, гражданский ответчик, представитель гражданского ответчика
4.Лица, являющиеся источниками доказательственной информации	специалист, эксперт	свидетель
5.Иные лица, выполняющие технические и другие вспомогательные функции	переводчик, секретарь судебного заседания	статист, понятой

4. 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 прямо не предусмотрено, также отсутствует процессуальный порядок производства этих действий.

В результате изучения вопросов об участии адвоката-защитника в доказывании прихожу к неутешительному выводу, что адвокат-защитник фактически лишен права собирать доказательства, а имеет возможность собирать только информацию (сведения), которая, после её процессуальной проверки путем проведения следственных или судебных действий может быть признана доказательством.

По моему глубокому убеждению, 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.

5. 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 году в связи с принятием нового уголовно-процессуального кодекса.

7. Имеются следующие средства участия адвоката-защитника в доказывании:

1.) получение предметов, документов и иных сведений (п.1 ч.3 ст.86 УПК РФ);

2.) опрос лиц с их согласия (п.2 ч.3 ст.86 УПК РФ);

3.) истребование документов от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии (п.3 ч.3 ст.86 УПК РФ);

4.) привлечение к участию в деле специалиста (п.3 ч.1 ст.53, ч.3 ст.80 УПК РФ);

5.) заявление ходатайств об участии в доказывании (п.8 ч.1 ст.53, ч.3,4 ст.88, ст.119, ч.5 ст.234, 235 УПК РФ).

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.

В результате проведенного исследования прихожу к выводу, что России необходима реформа уголовно-процессуального законодательства, полностью реализовать которую возможно только с принятием нового уголовно-процессуального кодекса, который сможет сломать существующую судебную практику и впервые реально организовать уголовное судопроизводство на основе состязательности и равноправия сторон. Принятие нового кодекса целесообразно в целях изменения основ уголовно-процессуального права, его основных понятий, и в их числе понятия доказывания. Изменения в осуществлении доказывания – сердцевины уголовного процесса, влечет за собой пересмотр большинства

институтов и разработку нового уголовно-процессуального кодекса. Только таким путем возможны реформы в умах российских юристов.

Список использованной литературы

1. Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: монография. М., 2004.
2. Адвокат: навыки профессионального мастерства. Е.Ю. Булакова, Л.А. Воскобитова, М.Р. Воскобитова и др.; под ред. Л.А. Воскобитовой, И.Н. Лукьяновой, Л.П. Михайловой. М.: Волтерс Клувер, 2006.
3. Алексеев С.С. Проблемы теории права.Т.2. Свердловск 1973.
4. Алиев Т.Т. Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. Участие обвиняемого и защитника. М., 2002.
5. Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М., 1964.
6. Арсеньев В.Д., Заболоцкий В.Р. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск, 1986.
7. Бойков А.Д Основы профессиональной этики адвоката//Этика адвоката. М., 2007.
8. Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005.
9. Винберг А. И. Криминалистика. М., 1962.
10. Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Эльдкин П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж: ВГУ, 1978.
11. Горя Н. Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе. Советская юстиция. 1990. № 7.

12. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. ИДД «Зерцало-М», 2001.
13. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: М., 1994. Т.4.
14. Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы. Российская юстиция. 2003. №9.
15. Домбровский Р.Г. Логика и теория судебных доказательств/Оптимизация расследования преступлений. - Иркутск: ИГУ, 1982.
16. Защита прав личности в уголовном процессе: учебное пособие для магистров/В.А. Лазарева, В.В. Иванов, А.К. Утарбаев. М.: Юрайт, 2011.
17. Зинатуллин З.З., Егорова Т.З., Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальное доказывание. Концептуальные основы. Ижевск, 2002.
18. Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание. Ижевск, 1993.
19. Игнатов Д.С. Криминалистические основы деятельности адвоката-защитника по сбору доказательств и представлению их суду: Автореф.дис... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004.
20. Источник статистических данных Европейского суда по правам человека - Олег Олегович Анищик, сайт http://europeancourt.ru/statistika-evropejskogo-suda, дата обращения 22.02.2013г.)
21. Кипнис Н.М. К вопросу о даче адвокатом показаний об обстоятельствах его участия в производстве следственного действия. Адвокатура. Государство. Общество: Сб. материалов IV Всероссийской

научно-практической конференции. Отв.ред. С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. М.: Новый учебник, 2007.
22. Колоколов Н. Пытка - традиционный метод доказывания? ЭЖ-Юрист. 2012. №27.
23. Комментарий к УПК РФ под ред. И.Л.Петрухина. М., 2002.
24. Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству. М., 2004.
25. Корякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление: функции защиты в уголовном судопроизводстве. Российская юстиция. №1 2003. № 6.
26. Кудрявцева А.В., Попов В.С. Участие адвоката-защитника в процессе доказывания на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции. Челябинск: Полиграф-Мастер, 2006.
27. Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы. Российская юстиция. 2002. № 8.
28. Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практич. пособие – 3-е изд., перераб. и доп.- М.:Издательство Юрайт 2012г.
29. Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. М.: Высшее образование, 2009.
30. Лазарева В.А. Вправе ли адвокат давать свидетельские показания по уголовному делу? Вестник Палаты адвокатов Самарской области. 2004. Бюллетень №1.

31. Ларин А.М. Работа следователя с доказательствами.- М.: Юрид.лит., 1966.
32. Ларинков А. А. Теоретические и правоприменительные проблемы доказывания на стадии судебного разбирательства в суде первой инстанции: Автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб., 2006.
33. Лузгин И.М. Вопросы познания в судебном доказывании. Советское государство и право. 1964.№8.
34. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. М.: ВШ МВД СССР, 1969.
35. Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе. Российская юстиция. 2002. №7.
36. Макарова З.В. Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. СПб., 2008.
37. Мартынчик Е. Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели). Адвокатская практика. 2003. № 6.
38. Мартынчик Е. Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели). Адвокатская практика. 2004. № 1.
39. Маркова Т.Ю. Некоторые проблемы использования в уголовном процессе заключения специалиста. Уголовное судопроизводство. 2010. №1.
40. Маслов И. Адвокатское расследование. Законность. 2004. № 10. С. 34—38; Мурадьян Э.М. Свидетель, адвокат и нотариус. Государство и право. 2004, №7.

41. Мершуков А.Е. Некоторые вопросы практики применения судами уголовно-процессуальных норм при осуществлении правосудия. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 8.
42. Овсянников И. Заключение и показания специалиста. Законность. 2005. №7.
43. Ожегов С.И. Словарь русского языка, 22-е издание под редакцией члена-корреспондента АН СССР Н.Ю.Шведовой. М., Издательство «Русский язык» 1990г.
44. Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009.
45. Петрухин И.Л. Теоретические основы реформ уголовного процесса в России. М., 2004.
46. Рагулин А.В. Проблемы законодательной регламентации и практической реализации профессиональных прав адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве: монография. – М.: Федеральная палата адвокатов, 2012.
47. Ривкин К. Е. Статус защитника по новому Уголовно-процессуальному кодексу. Гражданин и право. 2003. №3.
48. Россинская Е.Р. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК. Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». М., 2004.
49. Рубинштейн Е.А. Сборник, посвященной памяти профессора П.А. Лупинской. ABA CEELI. 2011.

50. Рубинштейн Е.А. Проблемы собирания адвокатом персональных данных.
51. Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. - М.: Наука, 1971.
52. Семенцов В.А., Скребец Г.Г. Участие адвоката-защитника в формировании доказательств на стадии предварительного расследования. М.: Юрлитинформ, 2009.
53. Соловьев А.В. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса. М.: Юрлитинформ, 2002.
54. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: Учебник / Под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. 4-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2008.
55. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т.1.
56. Строгович М.С. Проблемы теории права.Т.1. Свердловск 1973.
57. Стройков В. Реализация права защитника на опрос лиц. Законность. 2004. №6.
58. Словарь современного русского языка. М.Л., 1963. Т. 14.
59. Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.
60. Уч-к Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. 2-ое изд. отв.ред. П.А. Лупинская. НОРМА ИНФРА-М, Москва 2011.
61. Францифоров Ю.В. Противоречия уголовного судопроизводства: авт.реф.дис.д-ра юрид. наук. Н.Новгород, 2007.

62. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.2. – СПб.: Альфа, 1996.
63. Халиков А.Н.: Историко-правовая эволюция насилия в работе правоохранительных учреждений России. «Российский следователь», 2009, №9.
64. Царёва Н.П. Иные документы, используемые в качестве доказательств по УПК РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003.
65. Чеботарева И.Н. Средства и способы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. Мировой судья. 2011. №9.
66. Шакхелдов Ф.Г. Участие защитника в доказывании на предварительном следствии: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2001.
67. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: НОРМА, 2009.
68. Ширманов И.А. Об усилении конституционных гарантий прав и свобод личности уголовно-правовым запретом на пытки, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение. Конституционное и муниципальное право. 2009. №19.
69. Эйсман А.А. О понятии вещественного доказательства и его соотношении с понятиями доказательств других видов.
70. Ямшанов Б., Петелина М. Допрос адвоката. Федеральная палата адвокатов выступает против начавшейся практики вызовов защитников на допрос. Вестник Федеральной палаты адвокатов. 2008. №2.

Список нормативных правовых актов

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ) «Российская газета», №7, 21.01.2009.

2. Конвенция о защите прав человека и основных свобод // СЗ РФ. 2001. №2. Ст.163.

3. Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (заключена 10.12.1984). Действующее международное право. Т. 3.- М.: Московский независимый институт международного права, 1997. С. 38 – 50.

4. Декларация о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» (принята 09.12.1975 Генеральной Ассамблеей ООН). СПС Консультант-Плюс.

5. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. с послед. изм. и доп. СПС Консультант-Плюс.

6. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. с послед. изм. и доп. СПС Консультант-Плюс.

7. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Свод законов РСФСР. 1960. Т.8. С.613.

8. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Парламентская газета. 2002. № 104; Российская газета. 2002. № 100.

9. Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991г. №1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР». СПС «Консультант-Плюс.

10. Федеральный закон от 11.03.1992 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации». Российская газета, №100, 30.04.1992.

11. Федеральный закон от 27.07.2006 «О персональных данных». Российская газета, №165, 29.07.2006.

Перечень материалов судебной практики

1. Постановление Европейского суда по правам человека от 25.09.1997 по делу «Айдын против Турции» (Aydin v Turkey) Appl. №23178/94, 25 September 1997). СПС Консультант-Плюс.
2. Постановление Европейского Суда от 7 июля 1989 г. по делу «Серинг против Соединенного Королевства» (Soering v. United Kingdom) Appl. №14038/88, 7 July 1989). СПС Консультант-Плюс.
3. Постановление Европейского суда от 28 июля 1999 г. по делу «Сельмуни против Франции» (Selmouni v. France) жалоба N 25803/94, § 76 - 79 (ECHR 1999-V). СПС Консультант-Плюс.
4. Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» от 27 июня 2000 г. № 11-П. СПС КонсультантПлюс.
5. Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 №108-О «По жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». СПС КонсультантПлюс.
6. Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Черкесского городского суда Карачаево-Черкесской Республики о проверке конституционности п. 2 ч. 4 ст. 46 и п. 3 ч. 4 ст. 47 Уголовно-процессуального кодекса

Российской Федерации» от 16 декабря 2004 г. № 448-0. СПС КонсультантПлюс.
7. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 №467-О «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». СПС Консультант-Плюс.
8. Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 №430-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Алиева Магомедали Магомедзагировича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». СПС Консультант-Плюс.
9. Определение Конституционного Суда РФ от 20.12.2005 №479-О «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». СПС Консультант-Плюс.
10. Определение Конституционного Суда РФ от 04.04.2006 №100-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугрова Александра Анатольевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 86». СПС Консультант-Плюс.
11. Определение Конституционного Суда РФ от 16.10.2007 №700-О-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». СПС Консультант-Плюс.
12. Определение Конституционного Суда РФ от 24.02.2011 №138-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». СПС КонсультантПлюс.
13. Определение Конституционного Суда РФ от 29.09.2011 №1189-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». СПС КонсультантПлюс.
14. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 №28 «О судебной экспертизе по уголовным делам». «Российская газета», №296, 30.12.2010.
15. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 20.01.2010 №1ПК10. Установление Европейским Судом нарушения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела согласно пп. "б" п. 2 ч. 4 ст. 413 УПК РФ является основанием для возобновления производства по этому делу ввиду новых обстоятельств в порядке,

установленном главой 49 УПК РФ. СПС Консультант-Плюс.
16. Определение Верховного Суда РФ от 25.07.2005 №32-о05-26СП. Бюллетень Верховного Суда РФ, 2006, №11. СПС Консультант-Плюс.
17. Определение Верховного Суда РФ от 01.12.2010 №5-О10-304сп. СПС Консультант-Плюс.
18. Кассационное определение СК ВС РФ по делу К. от 8 декабря 2004 г. №3-О04-42; цит. По Колоколову Н.А. Параллельное адвокатское расследование. ЭЖ-юрист. 2005 №21.
19. Кассационное определение Верховного суда РФ по делу №39-006-4 от 10 августа 2006 г. Из источника Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования НОРМА, 2009.
20. Кассационное Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10.08.2006 по уголовному делу №39-006-9 по кассационному представлению государственного обвинителя на оправдательный приговор Курского областного суда от 04.05.2006. Архив Курского областного суда. 2006 Источник публикации - Чеботарева И.Н. Уголовно-процессуальное значение сведений, собранных адвокатом-защитником в результате опроса лица с его согласия. Уголовное судопроизводство. 2010. №1. С.27-30.
21. Приговор Курского областного суда от 04.05.2006 по уголовному делу №2-4-06. Архив Курского областного суда. 2006. Источник публикации - Чеботарева И.Н. Уголовно-процессуальное значение

сведений, собранных адвокатом-защитником в результате опроса лица с его согласия. Уголовное судопроизводство. 2010. №1. С.27-30.

Для заметок

А. В. Леонтьев
«Участие адвоката-защитника
в доказывании по уголовным делам»

Заказ № 562. Подписано в печать 05.08.2014.
Формат А5. Объем 240 стр. Тираж 100 экз.
Печать цифровая. Бумага офсетная.
Гарнитура Times New Roman.

Отпечатано в типографии
«Московский Издательский Дом»
105679, г. Москва, ул. Клары Цеткин, д. 28.
Тел.: +7 (495) 775-44-42