

УДК 343.140.02

## НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С ПРАВОМ АДВОКАТА НА СОБИРАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

© 2009 г.

*Л.П. Ижнина, С.В. Цветнов*

Нижегородский госуниверситет им. Н.И. Лобачевского

Tsvetnov\_s@mail.ru

*Поступила в редакцию 30.12.2008*

Анализируются способы собирания доказательств адвокатом (защитником) в рамках предоставленных ему уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации прав и проблемы, возникающие в ходе реализации указанных прав. Приведены рекомендации по порядку фиксации собранных доказательств, зарекомендовавшие себя на практике.

*Ключевые слова:* адвокат, собирание доказательств, уголовно-процессуальное законодательство.

Действующим уголовно-процессуальным законодательством защитнику обвиняемого (подозреваемого) предоставлены некоторые права по собиранию доказательств. В соответствии с пунктом 2 части первой статьи 53 УПК РФ защитнику предоставлено право собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в установленном уголовно-процессуальным законодательством порядке.

Словосочетание «собирание доказательств» с позиции получения сведений следует трактовать как деятельность участников доказывания, каждый из которых в пределах предоставленных ему законом прав и полномочий, а также с использованием предусмотренных в законе средств и способов выявляет, обнаруживает сведения и материальные объекты, с тем чтобы собрать их в одном месте – в уголовном деле. В этом аспекте употребление в законе данного понятия оправдано [1].

В соответствии с ч. 3 ст. 86 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.

Интересно сравнить эту норму с соответствующими положениями Федерального закона РФ от 26 апреля 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». В его ч. 3 ст. 6 указывается, что 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, общественных объединений, а также иных организаций. Указанные органы и организации обязаны в порядке, установленном законодательством, выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии;

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

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

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

Такая же несогласованность наблюдается в правах других участников процесса: в соответствии со ст. 42, 44, 46, 47, 54 УПК потерпевший, гражданский истец, подозреваемый, обвиняемый, гражданский ответчик имеют право собирать и представлять доказательства, а в ч. 2 ст. 86 этим же участникам процесса предоставлено право только собирать и представлять

письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

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

Поэтому до признания представленных сведений, документов и предметов доказательствами они не имеют такого статуса. В связи с этим терминология ст. 42–48, 53–55, ч. 3 ст. 86 УПК должна быть, на наш взгляд, приведена в соответствие с терминологией ч. 2 ст. 86.

В связи с этим возникает вопрос о месте и роли в формировании доказательств защитника, не имеющего властных полномочий в уголовном судопроизводстве. Позиции, которых придерживаются исследователи этого вопроса, можно условно разделить на две группы.

С точки зрения представителей первой группы (в частности, В.А. Лазаревой [2], Н.П. Кузнецова [3]), формула «защитник собирает доказательства» означает, что определенные ч. 3 ст. 86 УПК его познавательные действия следует трактовать как правомерные процессуальные формы собирания доказательств, а полученные результаты – как доказательства, подлежащие приобщению к делу. В связи с этим они предлагают лишь усовершенствовать процедуру собирания доказательств защитником: установить порядок опроса, форму закрепления полученных сведений и т.д.

Принципиально иную позицию в этом вопросе занимает С. Шейфер [4], который указывает: «Признать представленный объект доказательством, ввести его в дело, т.е. включить в систему уже собранных доказательств, – это исключительная прерогатива органа расследования, прокурора и суда. Принятие решения о приобщении предмета или документа к делу в сущности представляет собой акт закрепления доказательства, завершающий момент собирания (формирования) доказательства. Пока такое решение не принято – доказательства еще не существует. Оно еще «не собрано», не сформулировано».

При разработке и принятии ныне действующего Уголовно-процессуального кодекса законодатель, закрепив указанные средства собирания доказательств по уголовному делу, не установил процессуальный порядок производства этих действий, что на практике вызывает споры и влечет необоснованные решения об отказе в

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

В связи с чем у практикующих адвокатов зачастую возникает ряд вопросов, вызывающих серьезные затруднения:

а) каков порядок получения адвокатом предметов и документов?

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

в) если законодатель оговаривает обязательность согласия опрашиваемого лица, должна ли об этом делаться соответствующая запись в протоколе?

г) должно ли опрашиваемое лицо предупреждаться о его праве на дачу согласия? Если да, то нужна ли при этом его подпись, что он об этом уведомлен?

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

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

Попробуем ответить на эти вопросы и сформировать порядок фиксации действий адвоката по собиранию доказательств по уголовному делу и их результатов на основе уже сложившегося и показавшего свою эффективность порядка:

#### *1. Получение предметов, документов и иных сведений.*

Предметы, имеющие значение для дела, в уголовном судопроизводстве органы предварительного расследования получают путем производства выемки. Адвокату такого полномочия законодательством не предоставлено. Поэтому, в случае необходимости, получение таких предметов рекомендуется осуществлять только на добровольной основе и на основании согласия владельца.

Как представляется, с этой целью адвокату необходимо получить письменное заявление от владельца данного предмета. В заявлении реко-

мендуется отразить, помимо обязательных реквизитов, следующее: когда и при каких обстоятельствах был получен им данный предмет, его отличительные признаки, в связи с чем он желает передать его адвокату и для каких целей, сделана ли эта выдача добровольно, и не применялись ли к нему какие-либо меры принуждения с целью получения предмета. При необходимости подпись лица, подавшего заявление, рекомендуется нотариально засвидетельствовать.

Процедура добровольной передачи предмета от владельца к адвокату может осуществляться в присутствии граждан в числе не менее двух, которые должны засвидетельствовать факт и результаты добровольной передачи предмета. При необходимости использования специальных познаний при получении или осмотре предмета для участия в данном процессуальном действии может быть приглашен специалист. Данное полномочие установлено п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ. Ход и результаты получения предмета могут фиксироваться с помощью фото-, аудио- и видеотехники. После получения предмета адвокату в присутствии его владельца и свидетелей, при необходимости с участием специалиста, необходимо детально осмотреть предмет и выявить его характерные приметы и имеющиеся следы.

По окончании данного процессуального действия необходимо составить документ, в котором отразить основания, ход и результаты получения предмета. Представляется, что таким документом может быть «Протокол получения предмета». В акте рекомендуется указать следующие сведения: время и место получения предмета, кто проводил это действие, на основании чего был получен данный предмет, с участием каких лиц производилось получение предмета и его осмотр, какие технические средства применялись при этом, какой предмет был получен, результаты его осмотра, был ли упакован предмет и каким образом, как опечатан предмет. С актом должны быть ознакомлены все участники выдачи и получения предмета, после ознакомления всем участникам разъясняется право сделать дополнения и замечания, после чего они подписывают акт. К акту должны быть приложены полученный предмет, аудио-, фото- и видеоматериалы, фиксирующие ход и результаты его проведения, о чем делается отметка в самом акте.

Рассматривая полномочия адвоката по получению документов и иных сведений, которые могут являться доказательствами по уголовному делу, подчеркнем, что в данном случае име-

ются в виду случаи их нахождения в ведении или владении граждан или коммерческих организаций, на которых законодательством не возложена обязанность предоставлять документы или их копии по требованию адвокатов в соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Процессуальный порядок их получения должен быть таким же, как и получение предметов, о чем говорилось выше.

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 неясных положений сторонам и суду защитник вправе в порядке, установленном статьей 58 УПК РФ, привлекать для участия в уголовном судопроизводстве специалиста, то есть лицо, обладающее специальными познаниями.

## *2. Опрос лиц с их согласия.*

Второй предусмотренный п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ способ соби́рания защитником доказательств тесно связан с получением сведений. Его отличие заключается лишь в том, кто был инициатором беседы с защитником. При получении сведений инициатором является лицо, которое сообщает таковые. При опросе в порядке п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ – сам защитник.

Опросу могут быть подвергнуты любые лица, которые, во-первых, на то дали согласие и, во-вторых, по мнению защитника, могут располагать сведениями, имеющими значение для уголовного дела.

Следует отметить, что по вопросу порядка проведения опроса лиц с их согласия в различных печатных изданиях имеется значительное количество публикаций.

Опрос, как уже отмечено и предусмотрено п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ, производится только с согласия лица, в отношении которого возникла необходимость опроса. Сам опрос, как представляется, может быть оформлен в виде ответов на конкретные вопросы либо в форме свободного рассказа с постановкой уточняющих вопросов в конце его.

Отдельного внимания заслуживает вопрос о возможности совершения рассматриваемого действия после допроса этого же лица следователем в качестве свидетеля, потерпевшего, обвиняемого или подозреваемого. Как представляется, такой опрос возможен только в случае, если в ходе их допросов не были выяснены все вопросы, имеющие существенное значение для дела.

Ход и результаты опроса предлагается фиксировать в специальном документе, например,

назвав его «Протокол опроса лица с его согласия». Не рекомендуется называть его протоколом, т.к. в УПК РФ составление такого процессуального документа предусмотрено по результатам производства процессуальных действий, проводимых следственными органами. При составлении же акта его можно отнести к иным документам, как виду доказательств, предусмотренных п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ и отвечающих требованиям ст. 84 этого же Кодекса.

В акте должны найти отражение следующие данные: сведения об адвокате, проводившем опрос, с указанием адвокатского образования, адвокатской палаты субъекта РФ, в которой значится этот адвокат, его номер в соответствующем реестре и номер ордера, на основании которого он выполняет поручение по данному делу; фамилия, имя, отчество, дата и место рождения опрашиваемого лица, его место жительства, место работы, должность, домашний и рабочий телефоны, сведения о документах, удостоверяющих его личность, отношение к обвиняемому и потерпевшему; отметка о согласии на опрос. Акт опроса, как представляется, должен соответствовать требованиям, предъявляемым к протоколу допроса свидетеля (ст. 189–191 УПК РФ) [5].

Считаем необходимым разъяснить допрашиваемому лицу, что впоследствии он может быть допрошен в качестве свидетеля с предупреждением об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний по ст. 307, 308 УК РФ.

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

Рассматриваемая норма УПК РФ использовалась и ранее. Однако такое право вне участия в судопроизводстве по уголовному делу осуществлялось в виде направления ходатайства или запроса от имени коллегии адвокатов или юридической консультации, которые подписывались соответствующим руководителем.

Ныне действующим УПК РФ такое право предоставлено непосредственно адвокату. Реализацию этого права рекомендуется осуществлять путем направления в указанные в ст. 86 УПК РФ органы и организации запросов с целью получения указанных в нем документов. При направлении запроса допустимо использование бланков адвокатского образования установленного образца. При необходимости они

могут быть удостоверены печатью соответствующего адвокатского образования. Запрос с требованием необходимых документов должен быть мотивированным. В нем также целесообразно указать сроки разрешения его со ссылкой на действующее законодательство о порядке разрешения обращений граждан.

Факт истребования рекомендуется оформлять запросом со ссылкой на соответствующую статью УПК РФ и на факт осуществления защиты подозреваемого (обвиняемого и др.) по конкретному уголовному делу. Однако возможны и любые иные письменные формы закрепления факта истребования. К таковым относятся:

- 1) протокол истребования;
- 2) постановление об истребовании;
- 3) объяснение защитника о снятии им копий с документов и др.

Так же как и в случае получения предметов и (или) документов, истребование таковых путем оформления протокола истребования рекомендуется осуществлять с учетом и по аналогии с правилами производства (протоколирования) выемки.

Защитник вправе истребовать любой могущий иметь отношение к уголовному делу документ, но только от тех учреждений, которые указаны в п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Здесь дан исчерпывающий перечень учреждений. Такими названы:

- органы государственной власти;
- органы местного самоуправления;
- общественные объединения и организации.

Порядок предоставления органами (учреждениями) истребованных защитником документов не имеет уголовно-процессуального значения. Обычно он урегулирован ведомственными нормативными актами. Но и в тех случаях когда ведомственное правило выдачи определенного рода документов не было соблюдено, нельзя признавать полученное защитником доказательство недопустимым, так как при этом не были нарушены требования УПК РФ.

Заслуживает внимания вопрос о порядке приобщения к материалам уголовного дела полученных в порядке п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ предметов, документов, справок и иных сведений.

Рекомендуется для этого направить в органы предварительного расследования либо в суд письменное мотивированное ходатайство, в котором в качестве приложения указать следующие документы: заявление о добровольной выдаче предмета, соответствующие акты получения, сами предметы, документы, справки и иные сведения.

В случае отказа в приеме ходатайства следует иметь в виду, что оно в соответствии со ст. 120 УПК РФ в любом случае, даже и при отказе в его удовлетворении, подлежит приобщению к материалам уголовного дела, а поскольку полученный предмет, а также справки, документы и иные сведения являются приложением к ходатайству, то они подлежат приобщению к тем же материалам дела.

#### 4. Иные способы собирания доказательств.

Остается спорным вопрос о возможности проведения исследования (аналога экспертизы) по «поручению» защитника. Действующее законодательство без дополнительного его совершенствования способно разрешить данную проблему. Законодатель прямо не предоставил защитнику полномочия назначать экспертизы или исследования. На данное обстоятельство обращает внимание и Верховный суд РФ (см.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2003 года [6]). Поэтому, если защитник все же назначит таковое (исследование), его результаты могут быть признаны недопустимым доказательством, так как получены с нарушением требований УПК РФ.

Другое дело, когда исследование (экспертиза) производится вне уголовного процесса. Их результаты, законным образом вовлеченные в сферу уголовного процесса, – всегда доказательство – «иной документ». Таким образом, если защитник не назначает исследование (экспертизу), а всего-навсего в соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ истребует ее результаты (справку, заключение [7]), закон не нарушается. Содержание полученной по такому запросу (по постановлению) справки (заключения) может быть использовано в уголовно-процессуальном доказывании. Более того, рассматриваемая справка (заключение) должна быть признана допустимым «иным документом» на любой из стадий уголовного процесса.

Защитник вправе осуществлять действия, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Между

тем не только УПК РФ предусмотрены средства собирания доказательств, воспользоваться которыми вправе защитник. Согласно, к примеру, п. 7 ч. 2 ст. 3 Закона РФ от 11 марта 1992 года № 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» защитник вправе заключить с частным детективом договор об осуществлении последним сбора сведений по уголовному делу. В течение суток с момента заключения такого контракта с защитником частный детектив обязан письменно уведомить об этом следователя (дознателя и др.), в чьем производстве находится уголовное дело.

#### Список литературы

1. Семенцов В., Скребец Г. Формирование доказательств и участие защитника в этом процессе // Уголовное право. 2007. № 4.
2. Лазарева В.А. О доказательствах, их допустимости и способах собирания // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: Материалы «круглого стола». 13 ноября 2003 г. // Отв. ред. И.Ф. Демидов. М., 2004. С. 131–132.
3. Кузнецов Н.П. Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России // Автореф. дис... докт. юрид. наук. Воронеж, 1998. С. 10.
4. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования // Тольятти, 1998. С. 45–46.
5. Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Газета международного союза (содружества) адвокатов «Адвокат». № 11 (148). М., 2003.
6. Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2003 года // Справочная система КонсультантПлюс Технология 3000: Информационный банк Судебная практика. М., 2004.
7. Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. 2002. № 8. С. 32.
8. Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (Одобрены Советом Федеральной палаты адвокатов (протокол № 5 от 22 апреля 2004 года).
9. Стройков В. Реализация права защитника на опрос лиц // Законность. 2004. № 6. С. 54.

## SOME PROBLEMS RELATED TO THE LAWYER'S RIGHT TO COLLECT PROOFS

*L.P. Izhnina, S.V. Tsvetnov*

Different ways of collecting proofs by a lawyer (defender) in the framework of the right granted to him by the Criminal-Procedure Law of Russia are considered along with some problems related to the realization of this right. Some recommendations are given, based on the successful practices of collecting proofs.

*Keywords:* lawyer, collection of proofs, criminal procedure legislation.