УДК 347.94

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРОЦЕССА ДОКАЗЫВАНИЯ

Апостолова Наталья Николаевна доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры процессуального права, Южно-Российский институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ
(344002, Россия, г. Ростов-на-Дону, ул. Пушкинская, 70/54).
E-mail: napostolova@yandex.ru

Аннотация

Расширение состязательных начал в уголовном судопроизводстве и повышение объективности процесса доказывания должно осуществляться в соответствии с логикой, смыслом и духом действующего уголовно-процессуального законодательства. Никакие сведения, полученные не в установленном УПК РФ порядке, без процессуальной проверки и установления их относимости, допустимости и достоверности не могут являться доказательствами по уголовному делу. Это конституционное требование надлежит неуклонно соблюдать при совершенствовании уголовно-процессуального закона.

Ключевые слова: *объективное и справедливое правосудие, недопустимые доказательства, сторона защиты в доказывании.*

Федеральным законом № 73 от 17.04.2017 г. «О внесении изменений в УПК РФ» законодатель расширил права, возможности и гарантии адвокатов-защитников по участию в процессе доказывания и отстаиванию законных интересов их подзащитных. Данные новеллы были приняты с целью усиления состязательных начал в уголовном судопроизводстве и повышения объективности процесса доказывания. Однако их применение на практике может вызвать немало вопросов и проблем.

Согласно новой редакции пунктов 2 и 3 части 3 статьи 56 УПК РФ адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого, обладая свидетельским иммунитетом об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием, может быть допрошен в качестве свидетеля по делу по ходатайству защитника, а также подозреваемого, обвиняемого с согласия и в интересах последнего.

Часть 2 ст. 8 ФЗ № 63 от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» гласит, что «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». Проведение допроса защитника может привести и к коллизии со ст. 48 Конституции РФ, гарантирующей право на получение квалифицированной юридической помощи.

Дело в том, что адвокату, защитнику, как правило, становятся известны не только обстоятельства дела, свидетельствующие в пользу его подзащитного, но и сведения, изобличающие его. Согласно ч. 8 ст. 56 УПК РФ защитник должен будет предупреждаться об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний. И как ему быть, если в ходе допроса возникнет необхо-

димость сообщения сведений противоречащих интересам подозреваемого, обвиняемого?

Исходя из логики и смысла ст. 48 Конституции РФ и ч. 2 ст. 56 УПК РФ, допрашиваемый адвокат, защитник вправе (и обязан) отказаться от сообщения сведений противоречащих интересам подозреваемого, обвиняемого, сославшись на свидетельский иммунитет, предоставленный названными нормами закона. Но тогда, о наличии такой возможности законодателю и надо было указать в ч. 8 ст. 56 УПК РФ. В данном случае, адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого – это всегда свидетель защиты, наделенный правом давать свидетельские показания только в пользу лиц, чьи права, свободы и законные интересы он защищает.

Применение п.п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ в другой трактовке будет являться нарушением конституционного права граждан на защиту, искажать «содержание, предназначение и публично-правовой характер оказания собственно квалифицированной юридической помощи» [1].

Часть 2.1 статьи 58 УПК РФ устанавливает, что стороне защиты не может быть отказано в удовлетворении ходатайства о привлечении к участию в производстве по уголовному делу специалиста для разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, в порядке, установленном статьями 168 и 270 УПК РФ, за исключением случаев, предусмотренных статьей 71 УПК РФ.

Значит, в случае заявления подозреваемым, обвиняемым, защитником ходатайства о привлечении к участию в следственном действии специалиста следователь, дознаватель, суд должны осуществить его вызов, удостовериться в его компетентности, выяснить его отношение к подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, разъяснить ему предусмотренные законом права, обязанности и ответственность.

При установлении указанных в статье 61 УПК РФ обстоятельств, а также, если специалист находился или находится в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей, либо обнаружится его некомпетентность – он подлежит отводу и в удовлетворении ходатайства отказывается. Если же указанных обстоятельств не установлено, то следователь, дознаватель и суд должны будут допустить специалиста к участию в соответствующем следственном действии с целью разъяснения вопросов, входящих в его компетенцию. При разрешении данного ходатайства важно также помнить, что само по себе предыдущее участие лица в производстве по уголовному делу в качестве специалиста не является основанием для его отвода и отказа в его участии.

Данное правило предоставляет возможность стороне защиты оспаривать (опровергать) не всегда достоверные результаты следственных действий и выводы специалистов, привлеченных стороной обвинения. Как показывает практика, даже опытные и квалифицированные специалисты в силу различных причин допускают ошибки при установлении наиболее важных, ключевых обстоятельств совершенного преступления. В судах в силу различных причин также не всегда удается выявить эти ошибки и принять меры по их устранению. Поэтому, независимая профессиональная оценка обстоятельств дела специалистом, участвующим в производстве по уголовному делу по ходатайству стороны защиты, должна способствовать более объективному и справедливому осуществлению уголовного правосудия.

В п. 2.1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ в качестве недопустимых доказательств названы «предметы, документы или сведения, входящие в производство адвоката по делам его доверителей, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий, за исключением предметов и документов, указанных в части первой статьи 81» уголовно-процессуального кодекса. Понятно, что данная норма

закона призвана гарантировать неприкосновенность адвокатской тайны и возможность адвокатам добросовестно и честно исполнять свой профессиональный долг.

Но ее применение порождает целый ряд вопросов. Могут ли считаться допустимыми доказательствами полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, входящие в производство адвоката по делам его доверителей предметы и документы, приобщенные к делу в качестве вещественных доказательств? А если предметы, документы или сведения были приобщены к делу не как вещественные доказательства, то они автоматически переходят в разряд недопустимых доказательств? Насколько это согласуется с ч. 2 ст. 50 Конституции РФ и ч. 1 ст. 75 УПК РФ?

Предметы, документы или иные сведения, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, сами по себе являться доказательствами по уголовному делу не могут, так как согласно ст. 89 УПК РФ использовать их в доказывании запрещено постольку, поскольку они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам. Оперативно-розыскные мероприятия проводятся оперативниками, в соответствии с установленными ФЗ № 144 от 12.08.1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» правилами и являются материалами оперативно-розыскного дела, а не уголовного.

Получается, что «в этом случае проверенные временем способы получения доказательств заменены какими-то суррогатами, не гарантирующими объективность получаемых данных, но по настоянию законодателя претендующих даже на статус доказательств» [2, с. 80]. Согласиться с этим не представляется возможным.

Материалы оперативно-розыскного дела могут стать доказательствами только при условии выполнения требований межведомственной Инструкции от 27.09.2013 г. [3] и после проведения их процессуальной проверки посредством предусмотренных УПК РФ соответствующих следственных действий.

Если законодатель хотел обеспечить необходимые гарантии сохранения адвокатской тайны в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, то и надо было внести соответствующие изменения в ФЗ № 144 от 12.08.1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности», касающиеся правил проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвокатов, по аналогии со статьей 450.1 УПК РФ.

Очевидно, что пунктом 2.1 части 2 статьи 75 УПК РФ к недопустимым доказательствам следовало бы отнести: предметы, документы или сведения, входящие в производство адвоката по делам его доверителей, полученные с нарушением установленных УПК РФ требований, предъявляемым к доказательствам. В этом случае все становится на свои места.

Нарушение установленного ст. 450.1 УПК РФ порядка получения и фиксации предметов, документов или сведений, входящих в производство адвоката по делам его доверителей, влечет отнесение их к недопустимым доказательствам. Точно также и установленные в ходе процессуальной проверки нарушения правил проведения ОРМ в отношении адвоката было бы основанием для возвращения представленных материалов органу ОРД, в связи с незаконностью их получения и невозможностью приобщения в качестве допустимых доказательств.

Формулировка п. 2.1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ в его нынешней редакции не достаточно корректно согласуется со ст. 50 Конституции России и нормами уголовно-процессуального закона.

Вызывает определенные вопросы и редакция части 2.1 ст. 159 УПК РФ, согласно которой защитнику не может быть отказано в участии в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо по ходатайству подозреваемого или обвиня-

емого, за исключением случая, предусмотренного частью третьей статьи 11 Уголовно-процессуального кодекса.

Теперь следователь или дознаватель при производстве следственных действий, не требующих принятия мер безопасности к участникам процесса, и проводимых по ходатайству защитника и (или) подозреваемого, обвиняемого обязаны обеспечить защитнику возможность его участия в таком следственном действии. Это означает, во-первых, что они должны своевременно известить защитника о месте и времени следственного действия, во-вторых, допустить его к участию в следственном действии в соответствии с установленными УПК РФ правилами. При этом оговаривается, что неявка защитника, своевременно извещенного о месте и времени производства следственного действия, не является препятствием для его производства.

Данная оговорка не вызывала бы возражений, если бы в УПК РФ было четко определено, что понимается под своевременностью извещения о производстве следственного действия. Такая неопределенность уголовно-процессуального закона [4, с. 49 – 51] дает возможность следователю и дознавателю для слишком широкой трактовки этого понятия, и в случае «нежелательности» участия защитника позволяет проводить следственное действие без него.

Очевидно, следовало бы закрепить в УПК РФ еще и требование, согласно которому следователь либо дознаватель были бы обязаны извещать защитника о месте и времени проведения следственного действия незамедлительно после принятия решения о его производстве, но не позднее чем за 24 часа (здесь возможны варианты) до его начала. Это правило должно распространяться на все следственные действия, которые проводятся с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству защитника.

Далеко небесспорно сформулирован и п. 2.2 ст. 159 УПК РФ. Защитнику, подозреваемому, обвиняемому «не может быть отказано в приобщении к материалам уголовного дела доказательств, в том числе заключений специалистов, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела и подтверждаются этими доказательствами».

Несомненно, данное требование закона расширяет возможности стороны защиты в собирании доказательств в ходе предварительного расследования. Но возникает вопрос, а могут ли сами по себе считаться доказательствами предметы, документы и иные сведения, полученные стороной защиты не по установленным УПК РФ правилам и представленные следователю и дознавателю для приобщения их к делу в данном качестве?

В силу ч. 2 ст. 50 Конституции РФ и ч. 1 ст. 75 УПК РФ по уголовному делу не допускается использование доказательств, не отвечающих требованиям уголовно-процессуального закона. Это означает, что следователь, дознаватель обязаны сначала провести в установленном УПК РФ порядке проверку (осмотр, экспертизу, допрос и т.д.) представленных стороной защиты предметов, документов и иных сведений, в том числе и заключения специалиста. И только по результатам такой процессуальной проверки принимать решение о приобщении их к делу в качестве доказательств.

Никакие сведения, полученные не в установленном УПК РФ порядке, без процессуальной проверки и установления их относимости, допустимости и достоверности не могут являться доказательствами по уголовному делу. Предусмотренное ст. 455 УПК РФ исключение из этого правила в данном случае не применимо.

По данному вопросу уже неоднократно и достаточно четко и ясно обозначили свои правовые позиции Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ [5; 6; 7]. Сло-

жился определенный консенсус по данной проблематике и в специальной научной литературе [8, с. 59 – 229; 9, с. 70 – 209; 10, с. 395 – 428; 11, с. 3 – 43; 12, с. 100 – 137; 13, с. 49 – 73].

Полагаем, что в качестве необходимо компромисса можно было бы п. 2.2 ст. 159 УПК РФ сформулировать следующим образом: «защитнику, подозреваемому, обвиняемому не может быть отказано в проверке в установленном настоящим Кодексом порядке и принятии решения о приобщении к материалам уголовного дела предметов, документов и иных сведений, в том числе заключений специалистов, подтверждающих подлежащие доказыванию обстоятельства дела». По результатам процессуальной проверки следователь или дознаватель принимали бы решение либо о приобщении их в качестве доказательств, либо о полном или частичном отказе в этом. Далее, используя предоставленные ч. 4 ст. 159 и главой 16 УПК РФ права, сторона защиты могла бы добиваться признания своих законно полученных сведений доказательствами по делу.

Достаточно сложный и противоречивый порядок проведения обыска, осмотра, выемки в отношении адвоката, закрепленный в ст. 450.1 УПК РФ, также только отчасти способен гарантировать неприкосновенность предметов и документов, составляющих адвокатскую тайну [14]. Впрочем, это вполне объяснимо. Статья 450.1 УПК РФ является отражением поиска компромисса и справедливого баланса между защитой частных и публичных интересов в сфере уголовного судопроизводства.

Доказывание является одним из самых сложных и важнейших видов уголовно-процессуальной деятельности, требующей особо подхода при внесении изменений в правовую регламентацию. Противоречивость и неопределенность правил доказывания – это прямой и опасный путь к осуществлению незаконного, необоснованного и несправедливого правосудия.

Российское уголовное судопроизводство «не должно быть оторвано от жизни, российской действительности, не должно игнорировать накопленный столетиями опыт расследования уголовных дел и их рассмотрения по существу судом» [15, с. 117]. Вновь вводимые нормы надлежит более тщательно согласовывать с логикой, смыслом и духом действующего уголовно-процессуального законодательства. Совершенствование уголовно-процессуального закона должно вести к развитию и гармонизации правового регулирования.

Литература

1. Определение КС РФ от 22.03.2012 г. № 629 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Абдулхамидова А.Г. на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 ФЗ «Об ОРД», а также статей 7, 29, 450 УПК РФ»./ http://www.consultant.ru (дата обращения 10.10.2017).
2. *Бажин А. А.* Использование в судебном разбирательстве доказательств, полученных до возбуждения уголовного дела // Северо-Кавказский юридический вестник. 2015. № 3.
3. Приказ МВД России N 776, Минобороны России N 703, ФСБ России N 509, ФСО России N 507, ФТС России N 1820, СВР России N 42, ФСИН России N 535, ФСКН России N 398, СК России N 68 от 27.09.2013 "Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд" //http://www.consultant.ru/document/ (дата обращения 11.10.2017).

4. *Ляхов Ю. А*. Правовая неопределенность в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. № 11.
5. Определение Конституционного Суда РФ от 28.03.2017 г. N 596-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Иванова Константина Валерьевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 75, частью первой статьи 86 и статьей 89 УПК РФ"// http://www.consultant.ru (дата обращения 10.10.2017)
6. Определение Конституционного Суда РФ от 20.04.2017 г. N 766-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Устюгова Анатолия Олеговича на нарушение его конституционных прав статьями 75, 88 и 281 УПК РФ" / http://www.consultant.ru (дата обращения 10.10.2017)
7. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. N 55 "О судебном приговоре" / http://www.consultant.ru (дата обращения 10.10.2017)
8. *Золотых В. В*. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-на-Дону: Феникс. 1999. – 288с.
9. *Костенко Р. В.* Понятие и признаки уголовно-процессуальных доказательств. М. «Юрлитинформ». 2006. – 240с.
10. Курс уголовного процесса / Под ред. Л.В. Головко. М.: Статут. 2016. – 1278с.
11. *Ляхов Ю. А*. Допустимость доказательств в российском уголовном процессе. М., 1999. – 80 с.
12. *Михайловская И. М*. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: Проспект. 2006. 192 с.
13. *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам. М. НОРМА. 2008. – 240 с.
14. *Васильев О. Л*. Новые права адвокатов в УПК РФ: плюсы и минусы /ЭЖ «Уголовный процесс». 2017. № 8. (дата обращения 15.10.2017 г.)
15. *Ляхов Ю. А.* Предложения законодателю не должны быть оторваны от жизни, практики // Северо-Кавказский юридический вестник. 2016. № 2.

Apostolova Natalia Nikolaevna, doctor of jurisprudence, professor of the South-Russian Institute of Management – branch of the Presidential Academy of the National Economy and Public Administration (344002, Russia, Rostov-on-don, Pushkinskaya St., 70)
E-mail: napostolova@yandex.ru

THE IMPROVEMENT OF PROOF

Abstract

Extension of adversarial origins in the criminal proceedings and to increase the objectivity of the process of proof must be carried out in accordance with the logic, meaning and spirit of the existing criminal procedure legislation. No information received not in the prescribed code of criminal procedure, without the procedural checks and the establishment of its relevance, admissibility and reliability may not be evidence in a criminal case. This constitutional requirement must strictly follow the improvement of criminal-procedural law.

Key words: *objective and fair justice, inadmissible evidence, the defense in proving.*