

Камышин В.А.

кандидат юридических наук, доцент, ОГУ

ЗАЩИТНИК КАК СУБЪЕКТ СОБИРАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ: ЖЕЛАЕМОЕ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОЕ

В статье исследуется спорный в науке уголовного процесса вопрос о защитнике как субъекте собирания доказательств.

Уголовно-процессуальный кодекс, принятый три года назад, привнес в правоприменительную практику множество неоднозначных, а зачастую и противоречивых норм. К числу таковых можно отнести статью 86 УПК РФ, в которой говорится: «Защитник вправе собирать доказательства». Более того, в 2003 году законодатель пошел по пути формирования параллельной системы доказательств путем введения в ч. 2 ст. 74 УПК РФ пп. 3 «заключение и показания специалиста». Если для следователя, прокурора, дознавателя и суда выводы сведущего лица привычно закреплялись в виде заключения эксперта, то (очевидно!) новая форма доказательств – заключение специалиста предназначается для защитника.

Используя в качестве правовой базы ч. 3 ст. 86 УПК РФ, многие ученые с удовлетворением констатировали то, что новое законодательство принципиально по-новому решает вопрос о полномочиях защитника по собиранию доказательств. Во-первых, защитник теперь имеет право процессуально закреплять обнаруженную информацию. Во-вторых, такая процессуальная деятельность защитника распространяется на все стадии процесса. Так, Н. Громов, Н. Царева, И. Бабурина, С. Макридин пишут: «Предоставление адвокатам права собирать доказательства... является разумным решением законодателя... Новшеством этой статьи, на наш взгляд, является ведение адвокатом своего собственного расследования»¹.

Приведенное высказывание ученых по своей сути есть утверждение о том, что в отечественном уголовном процессе свершилась «тихая революция», где защитник получил статус активного субъекта доказывания и поставлен на одну ступень с органами уголовного процесса. Но так ли это? Можно ли утверждать, что адвокат сегодня получил действенный инструмент защиты обвиняемых – право самостоятельно собирать доказательства? Насколько обоснованны выводы о возможности проведения защитником собственного (параллельного) расследования?

Для ответа на поставленные вопросы попробуем проследить и завершить логику рассужде-

ний представителей юридических школ, настаивающих на процессуальной самостоятельности защитника по собиранию доказательств.

Известно, что в уголовно-процессуальном доказывании под термином «собирание» подразумевается не только и не столько непосредственное отыскание информации, а прежде всего придание обнаруженным сведениям определенной процессуальной формы. Именно поэтому нельзя говорить о том, что следователь, который нашел на месте происшествия предмет, например нож, и положил его к себе в карман, «собрал доказательство». В данном случае нож приобретет статус доказательства только после вынесения постановления о приобщении к делу в качестве вещественного доказательства. Составлению данного акта предшествует кропотливая работа с соблюдением определенных правил: само обнаружение должно происходить в присутствии понятых, индивидуальные признаки ножа необходимо описать в протоколе осмотра места происшествия, сам предмет нужно упаковать и опечатать в соответствии с правилами УПК РФ и т. п. Если говорить о защитнике как о субъекте собирания доказательств, то необходимо прежде всего рассмотреть систему процессуальных действий, которыми защитнику допустимо (как минимум не запрещено!) осуществлять поиск и процессуальное закрепление обнаруженной информации. Это, в свою очередь, позволит ответить на вопрос: какие виды доказательств в результате своей работы получает защитник и, самое главное, – насколько дееспособна информация, полученная адвокатом.

В части 3 статьи 86 УПК РФ названы следующие способы собирания защитником доказательственной информации:

- 1) получение предметов, документов и иных сведений;
- 2) опрос лиц с их согласия;
- 3) истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, кото-

рые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Если сравнить названные процессуальные действия защитника с классическими способами собирания доказательств органами уголовного процесса – следственными действиями, истребованием материалов, назначением ревизий и документальных проверок и получением материалов, добровольно представленных участниками процесса, – то получаем следующую картину.

Опрос лиц с их согласия, названный в п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ, созвучен и схож по задачам с допросом лиц. Истребование защитником справок, характеристик и пр. (п. 3 ч. 3. ст. 86 УПК) – это полный аналог истребования материалов следователем, дознавателем, прокурором и судом, то есть официальный запрос в соответствующие органы, учреждения и организации о предоставлении, как правило, документов и их копий.

Если с опросом и истребованием нет особых проблем в толковании и проведении, то п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК заставляет задуматься. В нем говорится, ЧТО может делать защитник – «получать сведения», а не КАК это делать. Иными словами, здесь названа функция, а способ получения (действия) не раскрыт. Поскольку основным способом собирания доказательств органов судопроизводства являются следственные действия, то напрашивается вывод – законодатель, указав направление работы защитника (получение предметов, документов и иных сведений), умышленно не стал перечислять все процессуальные действия, которые он может проводить. Следуя логике приверженцев параллельного расследования, попытаемся воссоздать систему процессуальных действий, которые может проводить защитник, по аналогии со следственными действиями.

В уголовно-процессуальном законодательстве закреплена процедура тринадцати следственных действий: осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент, обыск, выемка, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, контроль и запись переговоров, допрос, очная ставка, опознание, проверка показаний, получение образцов для сравнительного исследования, судебная экспертиза. Очевидно императивный характер позволяет проводить те или иные действия представителям государственной власти (следователю, дознавателю, прокурору), а никак не защитнику. Если исключить действия, ограничивающие конституционные права человека и граждани-

на, то останутся: осмотр, следственный эксперимент, опознание, проверка показаний на месте, получение образцов для сравнительного исследования.

При производстве защитительных действий следственного характера запрашиваются условия их проведения: а) добровольность участия всех субъектов, б) схожесть процедуры с соответствующими следственными действиями.

Вырисовывается определенная система процессуальных действий, направленных на получение доказательств защитником. Она не противоречит действующим нормам УПК и, казалось бы, может быть реализована на практике. Однако в статье 74 УПК РФ не названы в качестве видов доказательств результаты, получаемые защитником². Остается единственный путь – использовать форму, указанную в законе. В правоприменительной практике такой пример есть – до принятия нового уголовно-процессуального законодательства проверку показаний на месте оформляли иными, разрешенными законом следственными действиями (осмотром, экспериментом и пр.) Для защитника дозволенной формой является опрос лица с его согласия или протокол опроса лица. Соответственно результаты других защитительных действий можно именовать: протокол опроса лица с его согласия на месте происшествия (результат осмотра места происшествия и проверки объяснений на месте); протокол опроса лица с его согласия на месте происшествия с моделированием обстановки (результат эксперимента); протокол опроса лица с его согласия с предоставлением однородных объектов (результат осмотра предметов и их опознания); протокол опроса лица с получением представленных образцов (результат получения образцов для сравнительного исследования). Касательно освидетельствования, так же, как и экспертного исследования, аналогичные действия могли бы проводить сведущие лица в определенной области по поручению адвоката. Например, судебно-медицинское освидетельствование. Соответственно именоваться они могут: протокол (акт) судебно-медицинского освидетельствования и заключение специалиста.

Итак, следуя логике представителей процессуальных школ, отстаивающих позицию, согласно которой уже сегодня защитник имеет право собирать доказательства, мы пришли

к выводу, что действующее законодательство позволяет выстроить систему защитительных действий, направленных на получение информации. Но прежде чем говорить о параллельном расследовании, необходимо ответить еще на один вопрос – каково доказательственное значение результатов деятельности адвоката-защитника?

Предположим, что адвокат с помощью детективного агентства установил очевидца (подтверждающего позицию защиты) и с его согласия опросил лицо. По результатам беседы защитник составил протокол. Дальнейшие действия адвоката известны любому практику. Защитник направляется к следователю и заявляет ходатайство о приобщении к материалам дела протокола опроса. Поскольку данная информация противоречит обвинению, следователь, вероятнее всего, вынесет постановление об отказе в удовлетворении ходатайства. Если же адвокат настаивает на том, что очевидца необходимо допросить, то защита может получить противоположный исходному результат. В рамках предварительного расследования допрос, как правило, проводится с тактической позиции обвинения и в отсутствие защитника, заявившего ходатайство. Если же протокол опроса лица, составленный защитником, будет придержан до судебного разбирательства, то у суда возникнет два вопроса: почему не представили информацию следователю и насколько объективна представленная информация (адвокат не имеет права предупреждать за заведомо ложные объяснения). Остается только один выход – допросить лицо в качестве свидетеля. Благо суд обязан будет это сделать.

Таким образом, информация, отысканная защитником и закреплённая в форме, подкажанной «правосознанием», может рассматриваться в качестве «иных документов», но реального доказательственного значения не имеет. Адвокат в предварительном следствии сегодня – это ходатай, проситель перед следователем, но не активный и равный участник собирания доказательств. Дееспособность оперативно-розыскной информации в доказывании во много раз выше, чем сведений, полученных защитой. И такое положение вещей объективно. Нельзя смешивать несовместимое и в инквизиционную форму предварительного расследования приносить начала состязательности. Сегодня можно го-

ворить только об усилении роли защиты, о расширении судебного контроля, о полной формализации доказательственной деятельности следователя, прокурора и дознавателя (что исключит произвол и произвольность действий в познавательной деятельности). Действующему досудебному производству пагубны изыски законодателя. Например, формирование параллельной системы доказательств, где у следователя – заключение эксперта, а у защитника – заключение специалиста. Представляется, что говорить о защитнике как об активном субъекте доказывания, самостоятельно собирающем доказательства, не просто преждевременно, а невозможно (нельзя скрестить слона и носорога). Обусловлено это только одним – построением уголовного процесса, его формой. Адвокат-защитник имеет реальную возможность осуществлять функцию доказывания и собирать доказательства только в состязательном процессе, когда перед независимым судом в роли просителя выступает и прокурор, и защитник, а инициатива и возможности участия в доказывании у них равны.

Резюме:

1. Адвокат-защитник имеет право проводить любые процессуальные действия, не запрещенные законом, направленные на осуществление защиты и обнаружение информации. Сведения, полученные защитником, могут быть оформлены в виде протокола опроса лица с его согласия.

2. Протокол опроса лица с его согласия не является разновидностью доказательства, его составление не влечет «автоматическое» включение полученной информации в процесс доказывания по уголовному делу.

3. Поскольку судьбу представленных защитником материалов «вершит» в предварительном расследовании следователь, то и собирает, в процессуальном смысле, доказательства следователь, а не адвокат-защитник. Способом получения доказательства в этом случае будет добровольное представление материалов, а приобщенные материалы являются разновидностью такого доказательства, как «иные документы».

4. По действующему законодательству защитник имеет право только обнаружить информацию (самостоятельно или с помощью детективного агентства). Он не является активным субъектом доказывания, не имеет права собирать и формировать доказательства и проводить параллельное расследование.

5. Инквизиционная форма предварительного расследования любой страны, в том числе и России, не позволяет уравнивать права защиты и обвинения по собиранию доказательств. Любая попытка это сделать приведет к сбою в системе и нарушит равновесие процессуальных сил. В данном случае можно говорить только об усилении судебного контроля, усилении права на защиту и о полной формализации правил до-

казывания, что должно исключить произвольность доказательственной деятельности органов уголовного преследования.

6. Защитник может стать полноправным субъектом собирания доказательств только при изменении процессуальной формы, где прокурор и адвокат-защитник равны в своем статусе по доказыванию фактов перед независимым и непредвзятым судом.

Список использованной литературы:

1. Собираемые защитником документы, допускаемые в качестве доказательств. Н. Громов, Н. Царева, И. Бабурина, С. Макридин // Адвокатские вести. 2002, №1. С. 19–21.
2. Заключение и показания специалиста, введенные в статью 74 УПК РФ в 2001 году, по своему функциональному назначению могут быть рассмотрены как защитительный вид. Однако не все так однозначно, и данная тема требует специального рассмотрения.