

**«Способы реализации права адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе при опросе лиц с их согласия и возможные ошибки при реализации данного права»**

Заика Сергей Викторович

аспирант Московского государственного

юридического университета

им. О.Е. Кутафина (МГЮА),

юрист

sledcomitet@ro.ru

Возможность активного участия защитника в процессе доказывания в ходе предварительного расследования остается одной из наиболее важных проблем. В статье рассматриваются вопросы по осуществлению полномочий адвоката-защитника по собиранию и представлению доказательств при опросе лиц с их согласия в уголовном процессе. Автором выявляются пробелы законодательства и ошибки адвокатов-защитников при получении доказательств при опросе лиц с их согласия.

Ключевые слова: адвокат, адвокатская деятельность, правоохранительные органы, собирание доказательств, оценка доказательств, опрос лиц адвокатов, уголовное судопроизводство.

**«Ways of exercising the right of a defense lawyer to collect evidence in criminal proceedings when interviewing persons with their consent and possible errors in the exercise of this right».**

Zaika Sergey V.

Postgraduate student of the Kutafin Moscow State

Law University (MSAL), lawyer.

The possibility of active participation of the defense attorney in the evidentiary process during the preliminary investigation remains one of the most important problems. The article deals with the issues of exercising the powers of a defense lawyer to collect and present evidence when interviewing persons with their consent in criminal proceedings. The author reveals gaps in the legislation and mistakes of defense lawyers when obtaining evidence when interviewing persons with their consent.

Keywords: lawyer, advocacy, law enforcement agencies, collection of evidence, assessment of evidence, questioning the persons of lawyers, criminal proceedings.

В настоящей статье мы рассмотрим способы реализации права адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе при опросе лиц с их согласия и возможные ошибки при реализации данного права.

Впервые за долгую историю развития российского уголовного процесса в действующем УПК РФ закреплено право защитника на сбор доказательств. До этого в уголовно-процессуальном законе защитнику было предоставлено только право представлять доказательства (ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР).

В настоящее время в РФ многие сотрудники правоохранительных органов считают, что только суд, следователь, прокурор и дознаватель являются субъектами доказывания. Эта точка зрения основана на ч. 1 ст. 86 УПК РФ, из которой следует, что сбор доказательств осуществляется в ходе уголовного производства судом, следователем, прокурором и дознавателем посредством следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ. Данная норма позволяет противникам равноправия и состязательности в уголовном процессе утверждать, что другие участники процесса не собирают доказательства.

Ряд ученых, среди которых Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. относят к субъектам доказывания суд, прокурора, следователя, дознавателя, частного обвинителя, потерпевшего, гражданского истца, обвиняемого, подозреваемого, защитника и гражданского ответчика<sup>1</sup>.

При этом, Орлов Ю.К. выделяет 4 категории (типа) участников доказывания, а защитника относит к лицам, которые имеют собственный или представляемый интерес по делу (участники процесса)<sup>2</sup>.

Одной из наиболее типичных ошибок адвокатов-защитников, на наш взгляд, является не использование возможностей по участию защитника в собирании доказательств.

---

<sup>1</sup> Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. Участие обвиняемого и защитника. М., 2002.С.52.

<sup>2</sup> Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009. С.36-37.

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.

Конституционный Суд РФ в определении от 25 января 2012 г. №173-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Овчаровой Л.А. на нарушение ее конституционных прав п. 3 ч. 2 ст. 38 и ч. 2 ст. 159 УПК РФ» указал, что право подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства является одним из важных проявлений права этих участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа равноправия и состязательности сторон. Это право согласуется с обязанностью должностных лиц органов предварительного следствия, рассматривать каждое ходатайство, поданное в связи с исследованием доказательств.

Кроме того, в силу ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 159, ст. 274 УПК РФ, из практики должна быть исключена возможность немотивированного и необоснованного отказа в получении доказательств, запрошенных защитником, подозреваемым, обвиняемым, а также в приобщении к материалам уголовного дела, представленных защитой доказательств.

По смыслу названных нормативных требований во взаимосвязи с положениями ст. 45, ч.1 ст.46, ч.2 ст.50 и ч.3 ст.123 Конституции РФ, такой отказ возможен только в случаях, когда соответствующие доказательства не имеют отношения к уголовному делу, и не могут подтвердить наличие или отсутствие события преступления, вину или невиновность лица в его совершении, другие обстоятельства, подлежащие установлению в уголовном производстве, а также если доказательства не соответствуют требованиям закона, являются недопустимыми, или когда обстоятельство, которое должно подтвердить указанное в ходатайстве стороны защиты доказательство уже установлено на основании других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства оказывается избыточным с точки зрения принципа разумности. При этом, принятое решение должно быть обосновано ссылками

на конкретные доводы, подтверждающие недопустимость доказательства, о котором заявляет сторона защиты<sup>3</sup>.

Защитник, в свою очередь при предоставлении доказательств органам следствия должен соблюдать порядок получения указанных доказательств, чтобы у следствия не было основания сомневаться в их допустимости и относимости.

Так, для того чтобы избежать ошибок при реализации права адвоката-защитника собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия (п.2, ч. 3, ст.86 УПК), необходимо соблюдать следующие рекомендации при получения указанных доказательств.

В протоколе опроса лица адвокатом должны быть отражены следующие данные: сведения об адвокате, проводившем опрос, с указанием адвокатского образования адвокатской палаты субъекта РФ, его номер в соответствующем реестре адвокатов; фамилия, имя, отчество, дата и место рождения опрашиваемого лица, место его жительства, место работы, должность, номер телефона для связи, данные документа удостоверяющего его личность, отношение к подозреваемому или обвиняемому и потерпевшему; отметка о согласии на опрос.

Перед началом опроса защитник должен разъяснить опрашиваемому лицу положения ст. 51 Конституции РФ, ч. 3 ст. 86 УПК РФ, и соответствующие положения Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», дающие ему право провести опрос, о том, что опрашиваемому указанные нормы и права разъяснены и понятны последний должен расписаться в предусмотренной для этого графе. Затем опрашиваемому разъясняется порядок проведения опроса, составления протокола опроса и его последствия.

Результаты опроса должны быть зафиксированы в соответствующем протоколе опроса, который должен быть подписан опрошенным лицом и

---

<sup>3</sup> Определение 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.

адвокатом, проводившим опрос, на каждой странице и в конце указанного акта. Считаем, что протокол опроса должен отвечать требованиям, предусмотренным УПК РФ для протокола допроса свидетеля (ст. ст. 189-191 УПК РФ). При этом, проведение опроса можно фиксировать при помощи технических средств, но только с согласия опрашиваемого лица, о чем необходимо указать в акте опроса и указать используемые технические средства.

Существует еще один вариант закрепления результатов опроса - это изложение содержания, полученных в ходе опроса сведений, в тексте ходатайства о вызове свидетеля с указанием конкретного лица, которое должно быть вызвано на допрос следователем и приложением протокола опроса<sup>4</sup>. Для того, чтобы информация, полученная защитником в результате опроса, стала доказательством по уголовному делу, он должен подать соответствующее ходатайство, которое должно быть удовлетворено должностным лицом, ведущим производство по уголовному делу.

Важным элементом в акте опроса является указание на источник осведомленности опрашиваемого лица, так как по аналогии с п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, сообщаемые опрашиваемым лицом сведения не должны основываться на догадке, предположении, слухе.

Даже в случае отказа в удовлетворении ходатайства о приобщении протокола опроса, оно, согласно ст. 120 УПК РФ, подлежит приобщению к материалам уголовного дела, а поскольку сведения, полученные в ходе опроса, будут приложением к ходатайству, они также подлежат приобщению к материалам уголовного дела. Кроме того, целесообразно в текст ходатайства вставить скриншот протокола опроса на случай, если следователь откажет в приобщении к материалам уголовного дела приложения к ходатайству.

Протокол опроса по виду доказательств можно отнести к иным документам, предусмотренных п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ и отвечающих требованиям ст. 84 УПК РФ.

---

<sup>4</sup> Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. 2002. № 8. С. 32.

Остается спорным вопрос о необходимости опроса адвокатом ранее допрошенных по уголовному делу свидетелей, а также вопрос о том, не является ли это ограничением прав стороны защиты и нарушением принципа состязательности уголовного процесса. На предварительном следствии адвокат подозреваемого, обвиняемого не присутствует при допросе свидетелей и не может задавать им вопросы. Даже при наличии ходатайства стороны защиты, на стадии предварительного следствия не всегда проводятся очные ставки между свидетелем и подозреваемым, обвиняемым. Свидетель может ошибаться или сомневаться в представленных им показаниях, сообщая об этом в ходе допроса, однако это часто не указывается в протоколе допроса. Стоит отметить, что, когда адвокат ограничен в возможности проведения опроса ранее допрошенных следователем по уголовному делу лиц, нарушается принцип равноправия и состязательности сторон в уголовном процессе.

Отказ от опроса названных лиц обусловлен необходимостью предупреждения конфликтных ситуаций со стороной обвинения, а также возможных упреков в воспрепятствовании производству по уголовному делу, что может негативно отразиться на положении доверителя. Защитник не вправе предлагать допрошенному лицу изменить ранее данные им показания.

Адвокатская палата г. Москвы дала разъяснения о том, что опрашивать лиц, уже допрошенных в качестве свидетелей, адвокат не вправе. Они являются участниками судопроизводства, и адвокат должен получать от них интересующие его сведения при проведении следственных действий<sup>5</sup>.

В теории и практике уголовного процесса вопрос о необходимости предупреждения опрашиваемого лица адвокатом об уголовной ответственности за дачу ложных показаний является весьма дискуссионным. Буквальное толкование закона позволяет говорить о том, что адвокат не может объявлять или разъяснять опрашиваемому лицу нормы закона, касающиеся дачи показаний свидетелем в процессуальном порядке, в частности, статьи УК РФ об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо

---

<sup>5</sup> См.: Разъяснения Совета Адвокатской палаты г. Москвы по вопросам профессиональной этики адвоката. Вестник Адвокатской палаты г. Москвы, 2003. С. 30.

ложных показаний. При этом, адвокат должен предупредить опрашиваемое лицо о возможности его вызова к следователю, дознавателю или в суд, где опрашиваемый должен будет подтвердить сведения, сообщенные адвокату. Также адвокат должен пояснить опрашиваемому лицу, что при дальнейшем допросе в качестве свидетеля, он будет предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний по ст.ст. 307 и 308 УК РФ.

Что касается утверждения об отсутствии в оспариваемой норме предписания предупредить опрашиваемого защитником лица об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и разъяснение ему права не свидетельствовать против себя и своих близких, предоставив такое право адвокату означало бы наделение, несмотря на требования Конституции РФ и УПК РФ, несвойственной ему процессуальной функцией<sup>6</sup>.

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»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> 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 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.

<sup>7</sup> 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.

Полагаем, что с целью предупреждения опрашиваемого лица об ответственности за дачу заведомо ложных показаний, разъяснения права не свидетельствовать против самого себя и своих близких родственников и супруга, необходимо рассмотреть на законодательном уровне вопрос о проведении адвокатом опроса в присутствии нотариуса, и о наделении нотариуса полномочиями предупреждать опрашиваемое лицо об уголовной ответственности за вышеуказанные действия.

В результате изучения вопроса участия адвоката в доказывании при собирании доказательств в уголовном процессе при опросе лиц с их согласия можно сделать вывод о том, что защитник фактически лишен права собирать доказательства, он имеет возможность собирать только информацию, которая может быть признана доказательством, только после процессуальной проверки путем проведения следственных или судебных действий. В некоторых случаях в ходатайстве адвоката о приобщении протокола опроса лица может быть отказано следователем, с формулировкой не представляющего интерес для расследования уголовного дела.

В ч. 1 ст. 86 УПК РФ необходимо закрепить право адвоката-защитника на сбор доказательств. При разработке этих изменений потребуются закрепление детальной нормативной процедуры, предусматривающей, как и какие доказательства собирают адвокат-защитник и другие участники уголовного процесса, не наделенные властными полномочиями.



## Литература:

1. Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. Участие обвиняемого и защитника. М., 2002.С.52.
2. 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.
3. Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. 2002. № 8. С. 32.
4. Леонтьев А.В. Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам, Московский Издательский Дом, 2014.
5. Определение 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.
6. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 №467-О «По жалобе гражданина Пятничука П.Е. на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 УПК РФ» и Определение Конституционного Суда РФ от 04.04.2006 №100-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугрова А.А. на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 86 УПК РФ». СПС КонсультантПлюс.
7. Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. - М.: Юрист, 2009. С.36-37.
8. Разъяснения Совета Адвокатской палаты г. Москвы по вопросам профессиональной этики адвоката. Вестник Адвокатской палаты г. Москвы, 2003. С. 30.
9. Рубинштейн Е.А. Проблемы собирания адвокатом персональных данных.