

Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза;
оперативно-розыскная деятельность

С.Е. АБЛАМСКИЙ

доцент кафедры уголовного процесса
и организации досудебного следствия факультета № 1
Харьковского национального университета внутренних дел,
кандидат юридических наук

**ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНЫЕ АСПЕКТЫ УЧАСТИЯ ЗАЩИТНИКА В
ПРОЦЕССЕ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ**

В статье исследованы отдельные особенности участия защитника в доказывании в уголовном производстве. Анализируется правовая природа сведений о фактах, которые собираются защитником во время досудебного расследования. Сделан вывод о том, что такие сведения приобретают значение доказательств лишь после их непосредственного исследования в суде и только при соблюдении требований УПК Украины. Констатируется, что процессуальный механизм сбора защитником доказательств нуждается в совершенствовании, в связи с чем предложены авторские пути устранения пробелов, имеющих в действующем уголовном процессуальном законодательстве Украины.

Ключевые слова: доказывание, защитник, сведения о фактах, сбор доказательств, допустимость доказательств, состязательность.

Актуальность темы. На сегодняшний день достаточно дискуссионным остается вопрос, касающийся сбора защитником доказательств, поскольку не во всех положениях закона закреплена четкая регламентация этой уголовной процессуальной деятельности. По поводу этого стоит отметить утверждение Е. Г. Мартынчика, а именно, что выяснение, точное установление исторических границ появления уголовного процесса и адвокатуры не имеют такого важного значения, как может показаться на первый взгляд, по сравнению с тем, какое место отводилось доказыванию в уголовно-процессуальной деятельности адвоката в различные исторические эпохи и в разных типах уголовного процесса¹. Поддерживая высказанное автором утверждение, следует акцентировать внимание на том, что в условиях развития принципа состязательности уголовного производства вопрос участия защитника в процессе доказывания приобретает особую актуальность. Изложенное и обусловило выбор темы данной статьи.

Состояние исследования. Отдельные проблемные вопросы участия защитника в процессе доказывания в уголовном производстве исследовали такие ученые, как: А. В. Гунченко, Е. Г. Мартынчик, В. А. Люлич, С. И. Яковенко, В. И. Фаринник и другие. Несмотря на это и учитывая реформирование уголовного процессуального законодательства Украины, правовой механизм реализации защитником права на сбор доказательств в уголовном производстве требует дальнейшего исследования и совершенствования.

Целью статьи является попытка выделить в совокупности проблемные аспекты регламентации уголовной процессуальной деятельности защитника в части сбора им доказательств в уголовном производстве и на этой основе сформировать соответствующие пути их совершенствования.

Изложение основного материала. Анализируя юридические положения об особенностях сбора доказательств сторонами уголовного производства, В. А. Люлич указывает на несколько обязательных предпосылок, таких как: 1) наличие четкого регулирования в части наделения субъектов уголовных процессуальных отношений правами и определения процедуры реализации соответствующих прав; 2) возможность признания, в результате реализации,

¹ Мартынчик Е. Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования / Е. Г. Мартынчик. - М. : Юрист, 2009. - 258 с.

соответствующих прав доказательствами в уголовном производстве¹. Развивая предложенный тезис, с целью дальнейшего структурированного теоретического анализа поднятой проблематики, предлагаем осуществить классификацию уголовных процессуальных норм по функциональному направлению, а именно:

1. *Общие нормы-принципы* - положения УПК Украины (глава 2)², которые определяют общие принципы уголовного производства. Вместе с тем, изложенные в главе 2 УПК Украины являются не единственными нормами, содержащими принципы осуществления уголовного производства. То есть нормы основы - это те положения, определяющие общие правила осуществления уголовного производства, которые выступают базисом для дальнейшей регламентации процессуальных действий. К таким нормам также следует отнести Раздел I «Общие положения».

2. *Нормы-основания* - положения УПК Украины, которые определяют совокупность объективных фактов, указывающих на необходимость и допустимость проведения определенного процессуального действия.

3. *Уполномочивающие нормы* - положения УПК Украины, которые декларируют права участников уголовного производства и являются правовой основой возможного осуществления ними соответствующего процессуального действия. К указанной категории следует отнести правовые предписания и требования закона, определяющие права сторон уголовного производства, а также отдельные нормы, предоставляющие право лицу проводить процессуальные действия.

4. *Нормы-механизмы реализации полномочий* - положения УПК Украины, регламентирующие порядок действий участников уголовного производства при выполнении соответствующих процессуальных действий.

Принимая во внимание приведенную классификацию, следует отметить, что соответствующий правовой механизм реализуется только в случае согласованности иерархии указанных положений. То есть, проводя то или иное процессуальное действие, участник уголовного судопроизводства должен быть уполномочен на его осуществление и действовать в порядке, предусмотренном уголовным процессуальным законом. В том случае, когда процессуальный механизм реализации осуществления процессуального действия не соответствует общим принципам уголовного производства, даже будучи уполномоченной на проведение процессуального действия, сторона уголовного производства не сможет получить допустимые доказательства.

Несмотря на то, что защитник наделен правом собирать в уголовном производстве доказательства (п. 8 ч. 2 ст. 42, ст. 93 УПК Украины), соответствующего законодательного механизма реализации этого права не предусмотрено. Поэтому приходится констатировать, что действующий УПК Украины не во всех положениях предоставляет четкую регламентацию уголовной процессуальной деятельности, что, в свою очередь, не соответствует предложенным выше критериям. Так, в ч. 3 ст. 93 УПК Украины установлено, что сторона защиты осуществляет сбор доказательств путем истребования и получения от органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных и физических лиц вещей, копий документов, сведений, заключений экспертов, выводов ревизий, актов проверок, а также путем осуществления других действий, которые способны обеспечить предоставление суду надлежащих и допустимых доказательств. Одновременно с этим в ч. 3 ст. 99 УПК Украины, где непосредственно урегулированы основные положения о допустимости доказательств в форме документа, законодателем предусмотрено, что сторона уголовного производства должна представить оригинал документа, то есть сам документ, а если это касается электронного документа, то его отображение, которое имеет такое же значение, как и документ.

Сопоставляя указанные законодательные нормы, необходимо заметить, что при оценке копий документов, которые были истребованы защитником на основании ч. 3 ст. 93 УПК Украины и предоставленные им в качестве доказательств в уголовном производстве, они будут

¹ Люліч В. А. Захисник як суб'єкт збирання доказів у нормах нового кримінального процесуального кодексу України / В. А. Люліч. Юридичний // Часопис Національної академії внутрішніх справ. - 2013. - № 2. - С. 201-206.

² Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL :<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

признаны ненадлежащими, поскольку форма закрепления соответствующих сведений не соответствует требованиям ч. 3 ст. 99 УПК Украины. Таким образом, при анализе вышеупомянутых положений УПК Украины можно сделать вывод, что законодателем фактически нивелировано право защитника на истребование копий документов, ведь в данном случае они не будут иметь никакого доказательного значения в уголовном производстве. С нашей точки зрения проблема заключается в том, что уголовное процессуальное законодательство не предусматривает положений, которые бы признавали копии документов допустимыми для исследования в суде.

Пытаясь предоставить конструктивный вариант решения этой проблематики, представляется целесообразным в положениях УПК Украины закрепить обстоятельства, доказывание которых требует предоставления исключительно оригиналов документов. Как способ поиска наиболее оптимального варианта законодательного регулирования указанного считаем необходимым обратиться к вопросу предмета доказывания состава уголовного преступления. В частности, следует рассмотреть возможность предоставления в суд оригиналов только тех документов, которые непосредственно являются предметом уголовного преступления или указывают на виновность лица. В свою очередь, рассматривая обстоятельства, которые не входят в предмет доказывания уголовного преступления, признаем допустимым предоставление в суд надлежащим образом заверенных копий.

Другим проблемным вопросом, который пока законодателем остается нерешенным, является процессуальный порядок реализации такого права защитника, как право опрашивать лица с их согласия (п. 7 ч. 1 ст. 20 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»). В то же время в УПК Украины такого права не предусмотрено, а согласно ч. 8 ст. 95 УПК Украины объяснения, полученные стороной уголовного производства, не являются источником доказательств. Поэтому возникает вполне логичный вопрос: а что делать, если после дачи объяснений лицо умирает и в дальнейшем его невозможно допросить, но предоставленные им показания имеют важное значение для уголовного производства. Считаем, что подобные ситуации должны быть исключением из общего порядка, в связи с чем требуют законодательного нормирования.

В контексте исследуемого вопроса обратим внимание на положение ч. 3 ст. 93 УПК Украины, в которой законодатель предусмотрел такой способ сбора защитником доказательств, как путем осуществления других процессуальных действий, которые способны обеспечить представление суду надлежащих и допустимых доказательств. Между тем, согласно ч. 1 ст. 87 УПК Украины, допустимыми могут быть только доказательства, полученные в порядке, установленном УПК Украины. То есть, если в положениях УПК Украины не закреплено соответствующего права защитника на сбор доказательств и не определено процессуального механизма его реализации, то и никакой речи об осуществлении других действий идти не может. Даже если осуществление таких процессуальных действий и предусмотрено другими законами, то собранные в уголовном производстве доказательства не будут считаться допустимыми, поскольку получены не в порядке, предусмотренном УПК Украины. Учитывая изложенное, *по нашему мнению, ч. 3 ст. 93 УПК Украины целесообразно дополнить следующим положением: «Письменные объяснения лиц, полученные защитником с их согласия, обязательно прилагаются к материалам уголовного производства и учитываются следователем, прокурором, следственным судьей, судом при принятии других процессуальных решений».* Например, на основании представленных защитником объяснений следователь, прокурор, судья могут вызвать такое лицо и допросить его в качестве свидетеля. В таком случае полученные сведения будут считаться показаниями, что является одним из процессуальных источников.

С целью соблюдения процессуальной формы фиксации защитником опроса считаем целесообразным предусмотреть надлежащий порядок его проведения. В дальнейшем это будет свидетельствовать о допустимости полученных сведений. В таком случае, учитывая положения ст.ст. 103, 104 УПК Украины, фиксация результата опроса лица защитником должна быть отражена в «протоколе опроса лиц защитником». При составлении такого протокола, кроме требований, предусмотренных ст. 104 УПК Украины, защитнику следует указать следующее: основания предоставления защитником правовой помощи (по договору или назначению); номер свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью; засвидетельствовать подписью

добровольность предоставления лицом объяснений. То есть необходимость отображения приведенных элементов обусловлена правовым статусом защитника.

Далее обратим внимание на положения п. 8 ч. 1 ст. 20 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»¹, согласно которым адвокат вправе применять технические средства, в том числе и во время опроса. Однако, как показывает анализ УПК Украины, процессуальный механизм реализации этого права также не предусмотрен. Учитывая это, в протоколе защитнику следует отразить факт применения технических средств, о чем ознакомить опрашиваемого. В этом случае материалы видеозаписи будут приложением к протоколу, что соответствует требованиям п. 3 ч. 1 ст. 105 УПК Украины. Принимая во внимание приведенные законодательные пробелы, целесообразно в положении ч. 1 ст. 106 УПК Украины указать на защитника как субъекта, уполномоченного на составление протокола процессуального действия.

Дискуссионным и до сих пор не решенным также остается вопрос получения защитником выводов специалистов касаясь тех вопросов, которые требуют специальных знаний. Как отметил С.И. Яковенко, сегодня защитник лишь формально имеет такое право. Об этом свидетельствует правоприменительная практика, ведь получить такие выводы во многих случаях достаточно сложно, поскольку специалисты не обязаны давать заключения на запросы защитников, тем более бесплатно². Согласно ст. 243 УПК Украины, сторона защиты, реализуя это право, может как самостоятельно привлечь эксперта на договорных условиях, так и путем предоставления следователю, прокурору, следственному судье ходатайства о проведении экспертизы. В случае отказа следователя, прокурора в удовлетворении ходатайства защитника о привлечении эксперта он имеет право обратиться с ходатайством о привлечении эксперта к следственному судье. Однако из анализа положений ст. 309 УПК Украины усматривается, что в случае отказа следственного судьи в удовлетворении такого ходатайства защитник не имеет права обжаловать постановление следственного судьи в апелляционном порядке.

В рамках предмета исследования не можем оставить без внимания такое достаточно весомое средство сбора доказательств, как временный доступ к вещам и документам. В соответствии с положениями ч. 1 ст. 159 УПК Украины, сторона уголовного производства вправе обратиться к следственному судье с ходатайством о временном доступе. Считаем, что наделение защитника правом обратиться с ходатайством к следственному судье о предоставлении временного доступа к вещам и документам является прогрессивным шагом в обеспечении реализации основ состязательности уголовного производства и, в частности, на стадии досудебного расследования. В тоже время комплексный анализ общих и специальных положений УПК Украины 2012 г. дает все основания полагать, что такое нововведение представляется в основном декларативным. Безусловно, указанное не обеспечивает осуществления эффективной защиты со стороны защитника как участника сбора доказательств и самого процесса доказывания. Так, процесс реализации такого права предусматривает возможность ознакомления с вещами и документами, создания их копий или удаления. Но и в этом случае законодательное регулирование содержит существенные недостатки и противоречия, которые возникают в ходе практической реализации защитником указанного положения. На наш взгляд, с практической точки зрения одной из проблем, и в то же время одним из острых вопросов, который возник с момента внедрения этого процессуального института, является допустимость доказательств, полученных защитником в результате проведения временного доступа к вещам и документам. Обусловлено это тем, что одним из структурных элементов признания доказательств допустимыми является соответствующая фиксация уголовного процесса. С этой целью в ч. 1 ст. 103 УПК Украины законодателем определен исчерпывающий перечень форм фиксирования уголовного производства, к которым относятся: протокол, носители информации, на которых с помощью технических средств зафиксированы

¹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

² Яковенко С. І. Механізм правового регулювання діяльності адвоката в умовах реформування кримінально-процесуального законодавства / С. І. Яковенко // Актуальні проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства й удосконалення діяльності судових і правоохоронних органів України : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луганськ, 20 квітня 2012 р.) / редкол. : М. Й. Курочка, О. І. Левченков, В. І. Галаган та ін.; МВС України, Луганський держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. - Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, - 2012. -С. 245-249.

процессуальные действия, и журнал судебного заседания. Вместе с тем, в положениях ч. 1 ст. 106 УПК Украины закреплено, что протокол во время досудебного расследования составляется следователем или прокурором, которые проводят соответствующее процессуальное действие, во время его проведения или непосредственно после его окончания. Поэтому, согласно приведенных положений УПК Украины, полномочиями по составлению протокола проведения процессуальных действий наделены только следователь и прокурор. Следовательно, можно констатировать, что в УПК Украины не предусмотрены соответствующие формы фиксации процессуальных действий, проведенных стороной защиты, в том числе в ходе проведения временного доступа к вещам и документам. Указанное в очередной раз порождает вопросы соблюдения требований ч. 1 ст. 86 УПК Украины, а именно в контексте допустимости полученных защитником доказательств.

Выводы. Принимая во внимание вышеизложенное, можно констатировать, что процессуальный механизм реализации осуществления защитником сбора доказательств содержит ряд недостатков, устранение которых требует формирования научно обоснованных предложений. Прежде всего, свидетельством этого является тот факт, что закрепленное в УПК Украины право стороны защиты на сбор доказательств лишено норм-механизмов, которые бы отвечали требованиям общих принципов уголовного производства.

С целью устранения определенных законодательных пробелов и противоречий в части осуществления стороной защиты временного доступа к вещам и документам предлагаем в УПК Украины внести следующие изменения и дополнения. *Во-первых*, статью 160 УПК Украины дополнить частью 3 следующего содержания: «В случае обращения подозреваемого, защитника к следственному судье во время досудебного расследования или суда во время судебного разбирательства с ходатайством о временном доступе к вещам и документам, кроме требований, указанных в ч. 2 ст. 160 УПК Украины, в ходатайстве также указывается фамилия и должность следователя, которым осуществляется досудебное расследование в уголовном производстве». *Во-вторых*, пункт 1 статьи 164 УПК Украины изложить в следующей редакции: «фамилия и должность следователя, которому предоставляется право временного доступа к вещам и документам». *В-третьих*, часть 1 статьи 164 УПК Украины дополнить пунктом 1-1 следующего содержания: «Фамилия, имя, отчество лица, которому предоставляется право участвовать в проведении временного доступа к вещам и документам, в случае обращения с соответствующим ходатайством подозреваемого или защитника».