



СВЯЗАННЫЕ РУКИ

Обзор правовых позиций Конституционного Суда РФ по поводу участия адвоката в уголовном процессе



■ **Николай КИПНИС,**
к.ю.н., доцент кафедры уголовно-
процессуального права
МГЮА имени О.Е. Кутафина,
член АП г. Москвы

Под участием адвоката (защитника) в доказывании понимается комплекс как процессуально-правовых, так и криминалистических вопросов. Например, навык ведения перекрестного допроса тоже относится к участию адвоката в доказывании. Никто не спорит с тем, что защитник может задавать вопросы допрашиваемым лицам, а какие вопросы он может задавать, – оценивают Верховный Суд РФ и иные суды общей юрисдикции.

Когда же речь идет о правовых позициях Конституционного Суда РФ, то подразумевается рассмотрение вопросов о собирании доказательств, о доступе к информации, о правовом значении полученных защитником сведений, о пределах активности защитника во время производства следственных действий, потому что Конституционный Суд РФ никогда не оценивает вопрос о тактических особенностях участия адвоката в доказывании. Два глобальных вопроса – это доступ к информации профессионального защитника – адвоката и процессуальная активность адвоката, ограниченная процессуальным законом.

Конфликт моделей судопроизводства

Доверители постоянно высказывают законные пожелания, чтобы адвокат был активен, искал свидетелей, собирал информацию. Но возникает вопрос о вовлечении ее в уголовный процесс, и здесь со стороны и Конституционного Суда РФ, и Верховного Суда РФ мы наблюдаем весьма осторожную позицию. Проблема состоит в том, что, как и во многих странах континентальной Европы, над нами довлеет историческая концепция, согласно которой доказательства рождаются в ходе властной деятельности

государственных органов. Это соответствует концепции смешанного судопроизводства, которое, будучи введенным в России по Судебным Уставам 1864 г., затем последовательно ухудшалось. В советский и постсоветский период оно было еще больше ухудшено тем, что даже следственные должности у нас занимают не представители судебного корпуса, а представители исполнительной власти.

Адвокаты неоднократно ставили перед Конституционным Судом РФ вопросы о том, правильно ли это, что следователь может отводить вопросы защитника, правильно ли, что защитник не участвует во всех следственных действиях и т.д. Конституционный Суд РФ на все эти вопросы отвечает, что есть историческая модель уголовного процесса, менять которую сам Конституционный Суд РФ не может¹.

На самом деле, было бы странным признать неконституционной смешанную модель построения уголовного судопроизводства, которая существует во всей континентальной Европе и во многих других странах мира. В основе лежит конфликт между состязательной моделью судопроизводства, как в большей степени защищающей права обвиняемого, и моделью смешанной, которая, конечно, в первую очередь, защищает

государство и его интересы, которые, как оно считает, важны для служения обществу. Этот конфликт существует во всех странах с рассматриваемой системой организации уголовного судопроизводства. Конституционный Суд РФ постоянно говорит заявителям, что они не лишены права обжаловать действия следователя вышестоящему руководителю, прокурору или в суд, то есть что в законе установлен механизм, а то, что заявитель не считает его эффективным, – это не проблема конституционности правовой нормы. Данный тезис постоянно звучит во всех определениях Конституционного Суда РФ.

Рассмотрение ходатайств

Аналогичным образом Конституционный Суд РФ относится к ч. 2 ст. 159 УПК, которая регламентирует рассмотрение ходатайств: «При этом подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела»². Воистину, будет достоин высокой премии тот, кто предложит такую редакцию этой нормы, которая удовлетворила бы всех. Пока это не предвидится. Здесь два варианта – либо указать в законе, что следователь обязан удовлетворять все ходатайства, либо как указано сейчас – следователь не вправе отказать в удовлетворении ходатайства об установлении обстоятельств, имеющих отношение к делу.

Но как раз причастный оборот «имеющие отношение к делу» и является камнем преткновения. На основе общения материалов дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов Российской Федерации можно утверждать, что если в УПК РФ написать «следователь обязан приобщать к делу все, что стороны представляют», то адвокаты представят так много «доказательств», что просто остановят судопроизводство. Можно предположить, не преувеличивая, что попросят приобщить к материалам дела железнодорожный вагон с бумагами, потому что без их прочтения никак невозможно правильно установить обстоятельства, входящие в предмет доказывания. Поэтому если на сегодняшний день мы имеем злоупотребления со стороны следствия, то аналогичные злоупотребления встретим со стороны защиты. Конечно, законодатель рассчитывает на честность, порядочность профессиональных участников судопроизводства и на их грамотность. Когда же все эти факторы не срабатывают, и есть только ведомственная или иная личная заинтересованность, то начинаются проблемы. Но так или иначе Конституционный Суд РФ ту же ст. 159 УПК РФ рассматривает как соответствующую Конституции РФ и считает, что она вполне эффективно работает.

Назначение экспертизы

Равным образом еще в 2004 г. Конституционный Суд РФ сказал, что нет никакой проблемы в том, что обвиняемый и его защитник не могут сами назначить экспертизу, потому что ст. 195 и 198 УПК РФ устанавливают широкий спектр прав обвиняемого на этапе назначения экспертизы, а все жалобы обусловлены только несогласием с действиями следователя, который себя ведет неконструктивно – знакомит обвиняемых и их защитников с постановлениями о назначении экспертиз после их производства³. При этом у Конституционного Суда РФ есть блестящее определение, в котором он совершенно четко пишет, что «как недопустимое нарушение права на защиту, принципа состязательности и равноправия сторон должно расцениваться ознакомление подозреваемого, обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы после ее производства»⁴. Тем не менее, Верховный Суд РФ и прочие суды этого как будто не видят, и в новом постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» по данному вопросу есть даже отдельный пункт, но очень обтекаемый и совершенно некатегорический: «Разъяснить судам, что подозреваемый, обвиняемый и их защитники, а также потерпевший должны быть ознакомлены с постановлением о назначении экспертизы до ее производства. В том случае, если лицо признано подозреваемым, обвиняемым или потерпевшим после назначения судебной экспертизы, оно должно быть ознакомлено с этим постановлением одновременно с признанием его таковым, о чем составляется соответствующий протокол» (п. 9). Недостаток состоит в том, что Пленум Верховного Суда РФ не говорит о процессуальной санкции ничтожности за нарушение следователем положений ч. 3 ст. 195 и ст. 198 УПК РФ. Получается, что все здесь продолжает сохраняться на уровне молчания, и нет желания признать наличие проблемы.

¹ Определения КС РФ: от 20 декабря 2005 г. № 479-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина М.Г. Кабулиева на нарушение его конституционных прав пунктом 5 ч. 1 ст. 53 УПК РФ; от 24 ноября 2005 г. № 430-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина М.М. Алиева на нарушение его конституционных прав частью 2 ст. 53 УПК РФ; от 16 октября 2007 года № 694-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Абдрахманова на нарушение его конституционных прав статьей 87, частью 2 ст. 159, частями 2 и 4 ст. 271 УПК РФ; от 16 октября 2007 года № 700-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина М.А. Нурматова на нарушение его конституционных прав частью 1 ст. 192 УПК РФ.

² Определения КС РФ: от 21 декабря 2004 г. № 467-О по жалобе гражданина П.Е. Пятничука на нарушение его конституционных прав положениями статьями 46, 86 и 161 УПК РФ; от 12 июля 2005 года № 336-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.В. Бровченко на нарушение его конституционных прав статьями 377 и 388 УПК РФ; от 24 февраля 2011 г. № 138-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.В. Рыжова на нарушение его конституционных прав пунктом 3 ч. 2 ст. 38 и статьей 192 УПК РФ.

³ Определение КС РФ от 4 марта 2004 г. № 145-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В. Проня на нарушение его конституционных прав пунктом 4 ч. 4 ст. 47, пунктом 2 ч. 1 ст. 53, статьями 74, 85 и 86 УПК РФ.

⁴ Определение КС РФ от 15 ноября 2007 г. № 762-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ш.И. Донгака на нарушение его конституционных прав статьями 53, 86, 195 и 207 УПК РФ.



Адвокатский опрос

Существует миф о расширении новым УПК РФ Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» прав защитника по участию в доказывании. Это своего рода парадокс, что новые УПК РФ (ст. 51, 86) и Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (ст. 6), по сути, никак права адвоката не расширили, потому что все, что в них написано, адвокаты и раньше могли делать. Например, прямое указание на право адвоката опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь (подп. 2 п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), — это всего лишь преодоление исторического предубеждения, что адвокат не вправе со свидетелями встречаться, такое наследие советской адвокатуры. Ведь никто и никогда законодательно не запрещал адвокату встречаться и беседовать со свидетелями. Доказательственной же силы результаты таких бесед, даже оформленные так называемым протоколом опроса, ни ранее, ни в настоящее время не имеют.

Как только адвокаты стали массово составлять протоколы опросов, так сразу же появились уголовные дела о фальсификации адвокатами доказательств. Верховный Суд РФ эту практику быстро пресек⁷, но в итоге и Верховный Суд РФ, и Конституционный Суд РФ занимают совершенно консервативную позицию. Они считают, что результат адвокатского опроса — это лишь основание для производства допроса⁸. Но не более того! Сам по себе результат беседы адвоката с неким лицом не имеет доказательственного значения. Это не то чтобы плохо, но такая же позиция признавалась и в советском уголовном процессе. Европейский суд по правам человека в деле «Мирилашвили против России» сделал попытку преодолеть недостатки российской правоприменительной практики, но Верховный Суд РФ так экзотически отверг эту попытку, что о ней, наверное, интересно говорить только как о неудаче Европейского правосудия в «противостоянии» российскому⁹.

Конечно, возникают вопросы в связи с порядком проведения адвокатского опроса. В отношении допрошенного в досудебном производстве свидетеля обвиняемый имеет право на перекрестный допрос, очную ставку (п. 6 ч. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Для правомерности оглашения в судебном следствии показаний не явившегося в суд свидетеля, данных в досудебном производстве, необходимо, в том числе, соблюдение следователями указанного правила о перекрестном допросе (очной ставке)⁸. Поэтому протоколы опросов можно было бы приравнять к протоколам допросов, если бы стороне обвинения реально обеспечивалось право на перекрестный допрос свидетеля защиты.

Между тем, адвокаты в ряде случаев хотят приобщить к материалам уголовного дела протокол опроса свидетеля, не показывая суду и стороне обвинения само лицо. Это, конечно, невозможно, поскольку в состязательном судопроизводстве не могут использоваться в качестве доказательств пояснения лица, которые не могут быть подвергнуты перекрестному допросу (за отдельными исключениями, например, в случае смерти лица, однако все эти исключения

должны быть четко перечислены в законе). Что касается Конституционного Суда РФ, то его позиция состоит в том, что Суд не является законодателем, не будет вмешиваться в эти вопросы, поскольку система судопроизводства в целом нормально функционирует, и у участников уголовного судопроизводства есть право обжаловать действия и решения, с которыми они не согласны, а работать с менталитетом конкретных следователей, дознавателей, прокуроров и судей Конституционный Суд РФ не вправе.

Тайная информация

Говоря о доступе адвоката к тем или иным сведениям, его праве собирать предметы и документы, следует отметить, что ситуация ухудшается год от года, потому что законодательство постоянно расширяет спектр информации, относимой к тайнам, а эффективного механизма доступа к ней нет. Конституционный Суд РФ по этому поводу отмечает, что «особый порядок предоставления сведений, содержащих врачебную тайну, исключающий возможность ее получения по требованию третьих лиц и защищающий тем самым право каждого на тайну частной жизни (ч. 1 ст. 24 Конституции РФ), вместе с тем не препятствует участникам как уголовного, так и гражданского судопроизводства в соответствии с конституционным принципом состязательности и равноправия сторон реализовать свое право на защиту всеми способами, не запрещенными законом, в том числе путем заявления ходатайств об истребовании этой информации органами дознания и следствия, прокурором или судом. Отказ в удовлетворении ходатайств не препятствует участникам уголовного и гражданского судопроизводства в дальнейшем повторно заявлять их в стадии судебного разбирательства, а также настаивать на проверке вышестоящими судебными инстанциями законности и обоснованности решений, принятых как по этим ходатайствам, так и в целом по результатам рассмотрения дела»⁹.

Эта правовая позиция Конституционного Суда РФ формально достаточно сильная — ведь будет неправильно, если 60 тысяч российских адвокатов получат просто в силу статуса адвоката доступ к медицинской, банковской, налоговой, таможенной и др. тайнам. Предоставле-

ние адвокатам права на прямой доступ к рассматриваемым сведениям потенциально чревато злоупотреблениями и резким ростом дисциплинарных производств. Иллюстрацией, по аналогии, является право адвоката получить на основании ордера свидание с заключенным. В регионах, где адвокатам свидание с содержащимися под стражей подозреваемыми и обвиняемыми предоставляются по предъявлении ордера, встречаются дисциплинарные производства по вопросу о необоснованном, то есть без законных оснований, посещении следственного изолятора. Конституционный Суд РФ указывает, что в законе установлен механизм — необходимо заявить ходатайство перед следователем, дознавателем, судом. Если они отказали, — значит нужно обжаловать конкретное решение, а не установленный в законе механизм доступа к информации. При этом затушевывается то, что очевидно — этот механизм весьма субъективный, неэффективно работающий. На этом Конституционный Суд РФ просто старается не акцентировать внимание. [А]

Окончание следует

При подготовке статьи использована
Справочная правовая система
«Консультант Плюс»

⁵ Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование: цена его результатов в реальной жизни // Адвокатская практика. 2005. № 4. С. 12-14; ЭЖ-Юрист. 2005. № 21; Приговор Курского областного суда от 4 мая 2006 г. по уголовному делу № 2-4-06 в отношении С., Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 августа 2006 г. по уголовному делу № 39-006-9 по кассационному представлению государственного обвинителя на оправдательный приговор Курского областного суда от 4 мая 2006 г. в отношении С. // Кипнис Н.М. Участие адвоката в доказывании по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: Сборник справочно-методических материалов. М.: ФПА РФ, 2008. С. 66-81.

⁶ Определение КС РФ от 4 апреля 2006 г. № 100-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Бугрова на нарушение его конституционных прав пунктом 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

⁷ См. Постановление Европейского суда по правам человека от 11 декабря 2008 г. по делу «Мирилашвили (Mirilashvili) против России», жалоба № 6293/04 (дайджест опубликован в издании «Бюллетень Европейского Суда по правам человека». 2009. № 4); Постановление Президиума Верховного Суда РФ о возобновлении производства по уголовному делу ввиду новых обстоятельств от 20 января 2010 г. № 1ПК10.

⁸ Подробнее см. Кипнис Н.М. Особенности применения института оглашения показаний потерпевшего и свидетеля (ст. 281 УПК РФ) с учетом правовых позиций Европейского суда по правам человека // Lex Russica. 2010. № 3. С. 491-512.

⁹ Определения КС РФ: от 23 июня 2005 г. № 300-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Е.В. Иноземцева на нарушение его конституционных прав статьей 61 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан. Также см. определения КС РФ от 30 сентября 2004 г. № 317-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.И. Ламбина на нарушение его конституционных прав статьей 102 Налогового кодекса РФ; от 25 января 2007 г. № 74-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина К.Н. Луганцева на нарушение его конституционных прав частью 1 ст. 121 Арбитражного процессуального кодекса РФ и Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2004 г. № 110; от 19 июня 2007 г. № 483-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.А. Суханова на нарушение его конституционных прав пунктом 3 ч. 4 ст. 61 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан [В данном определении содержится полезное для правоприменительной практики указание на то, что адвокат «не лишен возможности получить составляющие врачебную тайну сведения об оказании медицинской помощи З.В. Кулик — при условии предъявления в орган здравоохранения надлежаще оформленных документов, подтверждающих его полномочия как защитника данной гражданки»]; от 17 июня 2008 г. № 434-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина К.С. Кузьминых на нарушение его конституционных прав положениями ст. 10 Таможенного кодекса РФ; от 21 октября 2008 г. № 528-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина А.А. Муллина на нарушение его конституционных прав положениями ст. 9 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и ст. 53 Федерального закона «О связи»; от 29 января 2009 г. № 3-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Н.П. Глушкова на нарушение его конституционных прав статьями 3, 5, 6 и 9 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статьями 8 и 9 Федерального закона «О персональных данных».

КНИЖНАЯ ПОЛКА

Дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы, 2005 г.

Настоящий сборник, составителем и ответственным редактором которого является Н.М. Кипнис, вышел в издательстве «Новая юстиция» в 2011 г. Это издание продолжает серию публикаций Адвокатской палаты г. Москвы. В сборник включены большая часть заключений Квалификационной комиссии и решений Совета Адвокатской палаты г. Москвы, вынесенных в 2005 г., а также судебные акты, если решения Совета были обжалованы адвокатами в суд. Сборник снабжен тематическим указателем, в котором даны ссылки на нормы Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодекса профессиональной этики адвоката, на предмет соответствия которым оценивались действия (бездействие) адвокатов по конкретному дисциплинарному производству. Сборник призван помочь адвокатам эффективно защищать свои права в дисциплинарном производстве, он также предназначен для использования в работе дисциплинарных органов адвокатских палат субъектов РФ. Материалы сборника могут быть полезны и интересны научным сотрудникам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических вузов, а также всем интересующимся профессиональной этикой адвоката.

