



СВЯЗАННЫЕ РУКИ

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

Окончание. Начало в № 17 (106)

В первой части статьи обсуждались вопросы участия адвоката в доказывании, касающиеся рассмотрения ходатайств, назначения экспертиз, проведения опросов. Предлагаем вниманию читателей завершение обзора.

Механизм доступа к «тайным» сведениям

Можно предложить внести в законодательство об адвокатуре либо об уголовном судопроизводстве некий аналог ст. 165 УПК РФ, предусматривающей судебный порядок получения следователем (дознавателем) разрешения на производство следственного действия, затрагивающего конституционные права и свободы личности. Охраняемая законом тайна должна по судебному решению открываться, если адвокат может мотивировать, что ему для оказания помощи доверителю необходимо получить ту или иную информацию. То есть, как следователю такую информацию нужно получить, так и адвокат мог бы иметь право на обращение в судебные органы и на обжалование отказа. Бесспорно, что рассматриваемый вопрос не может быть выведен из-под контроля судебной власти, но при этом должен быть установлен эффективный механизм доступа к сведениям, иначе адвокат по-прежнему ничем не будет отличаться от обычного гражданина, и непонятно, в чем тогда смысл профессионального участия в судопроизводстве, если у субъекта нет никаких возможностей, обусловленных статусом?! Однако реализация указанного предложения, конечно, потребует увеличения и судейского корпуса.

Наглядной иллюстрацией ненормальности существующей ситуации является следующий пример:

В 1995 г. адвокату, защищающему обвиняемого, задержанного в г. Москве за грабеж без применения насилия, прислали из больницы, расположенной в другом городе, официальную выписку из нефрологического отделения, в которой, помимо информации о болезни почек, было сказано, что одну ночь больной самовольно отсутствовал, за что выписывается, не закончив лечение, а при выписке вел себя с медперсоналом и лечащим врачом безобразно — постельным бельем вытер обувь. Выписка была получена непосредственно адвокатом по письменному запросу, поэтому адвокат имел возможность, с согласия подзащитного, этот документ к материалам дела не приобщать. Если же исходить из нынешней ситуации с врачебной тайной, то адвокат мог бы получить этот документ только по ходатайству, заявленному перед следователем или судом через ходатайство через суд, и по ходатайству адвоката материалы дела дополнились бы

«чудесной» характеристикой на его подзащитного. Гипотетически доверитель мог сказать адвокату, что его выписали из стационара за нарушение режима, но он же не мог знать, что в эпикризе укажут, что он постельным бельем вытирал обувь и хамил медперсоналу. Данный пример свидетельствует о том, что представителям научного мира и очень высоких судебных инстанций нужно узнать реальную практику и понять, что это не надуманные проблемы, это не желание «помогать преступникам уйти от установленной законом ответственности», а просто желание эффективно помогать доверителю законными средствами.

Еще один способ участия адвокатов в доказывании — это дача показаний в пользу своего подзащитного¹, легитимизированная в определении Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О по жалобе Цицкишвили². При этом способе участия адвоката в доказывании он приносит в жертву по просьбе доверителя свой статус защитника в деле и, видимо, свой гонорар, потому что перестает работать по этому делу, а дает показания в пользу своего подзащитного. То есть происходит такая любопытная инверсия.

Разглашение данных следствия

Существенным препятствием в реализации адвокатом права на участие в доказывании является процессуальный институт недопустимости разглашения данных предварительного расследования (ст. 161 УПК РФ) и соответствующий ему уголовно-правовой институт разглашения данных предварительного расследования лицом, предупрежденным в установленном законом порядке о недопустимости их разглашения, если оно совершено без согласия следователя или лица, производящего дознание (ст. 310 УК РФ). Хотя и не ежедневно, конечно, адвокатов привлекают к уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования, но фактически потенциально каждый адвокат является заложником этой нормы и, в принципе, по любому самому банальному уголовному делу, будучи предупрежденным об уголовной ответственности, адвокат становится в значительной степени бессильным.

Конструируя новый УПК РФ, законодатель ряд норм считал технологическими, а потому не нуждающимися в видоизменении. Наглядным примером является ст. 82 УПК РФ, определяющая порядок хранения и разрешения вопроса о судьбе вещественных доказательств. Действительно, в советский период вещественные доказательства особых проблем не вызывали либо в силу их примитивности, либо в силу того, что крупная собственность вся была государственной. Кто мог предположить, что в наше время вещественными доказательствами будут признавать партии автомашин, объекты недвижимости, а некоторые дознаватели и следователи будут этими объектами слишком вольно распоряжаться?! (Лишь после вмешательства КС РФ³ Федеральным законом от 22 апреля 2010 г. № 62-ФЗ статья была изложена в редакции,

препятствующей ограничению конституционного права собственников предметов, признанных вещественными доказательствами во внесудебном порядке).

Точно так же законодатель не задумывался о потенциальной опасности ст. 161 УПК РФ (аналога ст. 139 УПК

РСФСР) как оказывающей замораживающий эффект в отношении исполнения адвокатами своих профессиональных обязанностей перед доверителями. Это проблема, о которой нужно говорить очень громко, потому что Конституционный Суд РФ уже высказал некоторые «несостязательные» мысли.

Статья 139 старого УПК РСФСР тоже устанавливала, что следователь вправе предупредить защитника об уголовной ответственности за разглашение данных следствия. В советской литературе даже велись дискуссии на тему, вправе ли адвокат сообщить своему подзащитному о тех материалах следствия, которые адвокату показал следователь до его окончания, и приходили к выводу о том, что не вправе, потому что материалы показали защитнику, а не подозреваемому (обвиняемому).

Статья 161 УПК РФ практически без изменений воспроизводит ст. 139 УПК РСФСР, которая была сформулирована еще в 1960 г. для нужд розыскного процесса и уже с 1990 г., когда адвокаты стали допускаться к участию в досудебном производстве с ранних этапов, противоречила состязательному построению уголовного судопроизводства. Согласно УПК РФ решения прокурора, следователя, дознавателя могут быть обжалованы в суд, а некоторые решения в ходе досудебного производства по уголовному делу вправе принять только суд, защитник не только допускается к участию в деле уже с момента фактического задержания подозреваемого, но и вправе использовать активные методы поиска и сбора доказательственной информации для опровержения обвинения, в том числе и запрашивать мнение специалистов по вопросам, требующим специальных знаний (ч. 3 ст. 86 УПК). Перечень документов, с которыми вправе знакомиться защитник до окончания следствия, указан в законе (п. 6 ч. 1 ст. 53 УПК). Наряду с этим закон не запрещает следователю, прокурору, дознавателю досрочно познакомить защитника с любыми другими документами, показаниями и т.д. Все изученные материалы защитник, естественно, использует при разработке и согласовании с обвиняемым позиции по делу. При этом, например, может сложиться ситуация, когда адвокату необходимо выяснить мнение специалиста по имеющемуся в деле заключению эксперта с тем, чтобы заявить мотивированное ходатайство о производстве дополнительной или повторной экспертизы. Разумеется, в этой ситуации тот или иной объем данных предварительного следствия неизбежно будет разглашен, но иначе нормы о праве защитника на приглашение специалиста не будут реа-



Фото: Александр КРОХМАЛЮК

лизованы. Возможен и другой вариант, когда защитник, стремясь доказать «казной» характер дела, явную надуманность выдвинутых обвинений, задолго до приговора через средства массовой информации попытается привлечь внимание общественности к произволу государственных органов (см. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2011. С. 206).

Печально, что правовую норму, сформированную в советском уголовном процессе, законодатель в неизменном виде перенес в новый УПК РФ. Получается, что, предупреждая адвоката об уголовной ответственности, ему полностью «связывают руки». Когда адвокат идет опрашивать потенциального свидетеля, он ему объясняет, в связи с чем производится опрос. Как только адвокат это объяснит, естественно, он тут же разгласит

¹ Речь не идет о ситуации, когда адвокат дает показания по вопросу о допустимости допроса подозреваемого (обвиняемого) с участием назначенного защитника: см. Кипнис Н.М. К вопросу о даче адвокатом показаний об обстоятельствах его участия в производстве следственного действия // Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов IV Всероссийской научно-практической конференции / отв. редакторы: Володина С.И., Пилипенко Ю.С. М., 2007. С. 109–123; определение КС РФ от 16 июля 2009 г. № 970-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.М. Гаврилова на нарушение его конституционных прав пунктом 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ; от 23 сентября 2010 г. № 1147-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Республики Узбекистан А.Х. Эшонкулова на нарушение его конституционных прав статьей 56, ч. 5 ст. 246 и частью 3 ст. 278 УПК РФ.

² Определение КС РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О по жалобе гражданина Г.В. Цицкишвили на нарушение его конституционных прав пунктом 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ (было заявлено ходатайство о допросе в качестве свидетеля адвоката для подтверждения факта фальсификации следователем материалов уголовного дела); постановление Президиума Верховного Суда РФ от 7 июня 2006 г. № 71-П06 (допрошенный в судебном заседании по ходатайству защиты в качестве свидетеля адвокат А. показал, что перед допросом в качестве подозреваемого Б. Измайлов сообщил ему о применении к нему недозволённых методов ведения следствия, продемонстрировал следы побоев, сообщил о вынужденной даче им «признавательных» показаний; после допроса Б. Измайлова, проведенного в его присутствии, он, адвокат А., по просьбе подзащитного подписал протокол допроса, не внося в него никаких замечаний и заявлений о применении недозволённых методов ведения следствия).

³ См. постановление от 16 июля 2008 г. № 9-П по делу о проверке конституционности положений статьи 82 УПК РФ в связи с жалобой гражданина В.В. Костылева.



данные предварительного расследования. Самое наглядное — когда адвокат обращается к специалисту — уж ему-то он должен показать то заключение эксперта, которое вызывает у адвоката сомнения. И в этот момент адвокат уже совершает преступление! Когда же адвокат представит следователю заключение специалиста или протокол опроса свидетеля, он просто сформирует доказательственную базу против себя.

Конституционность ст. 161 УПК РФ

Следственной группой Главного следственного управления Следственного комитета при прокуратуре РФ по Южному федеральному округу расследовалось уголовное дело в отношении гражданина А.Г. Кобзаря, защита которого осуществлялась адвокатами И.В. Плотниковым и М.А. Хырхырьяном. В рамках досудебного производства обвиняемый и его защитники в соответствии с положениями ст. 161 УПК РФ были предупреждены о недопустимости разглашения данных предварительного расследования. Будучи ознакомлен с рядом процессуальных документов, касающихся проведения судебных экспертиз по его уголовному делу, А.Г. Кобзарь посчитал, что для опровержения доводов обвинения требуется привлечение специалистов, используя специальные знания которых сторона защиты намеревалась решить вопрос о наличии либо отсутствии необходимости заявлять ходатайства о проведении повторных и дополнительных экспертиз.

На этом основании защитой было заявлено ходатайство о даче следователем разрешения на разглашение данных предварительного расследования в объеме, необходимом для реализации прав, предусмотренных ст. 198 «Права подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля при назначении и производстве судебной экспертизы» УПК РФ, а также для привлечения специалистов и получения их заключений. В удовлетворении ходатайства было отказано по причине того, что защитники А.Г. Кобзаря не указали, с какими конкретно специалистами у них заключены договоры на разъяснение вопросов, связанных с оказанием юридической помощи, не представили копии этих договоров, в связи с чем следствию не было известно, какому кругу лиц (специалистов) сторона защиты намерена разгласить данные предварительного расследования. По мнению А.Г. Кобзаря, положения ст. 161 УПК РФ, как позволяющие правоприменителю лишать гражданина права защищать свои права и свободы всеми не запрещенными законом способами и права получать квалифицированную юридическую помощь, а адвоката — права свободно распоряжаться своими способностями к труду, осуществляя функции защитника, не соответствуют ст. 37, 45 и 48 Конституции РФ⁴.

Постановлениями следователя по особо важным делам Главного следственного управления Следственного комитета при прокуратуре РФ от 4 и 7 декабря 2009 г. и от 28 января 2010 г. защитникам обвиняемого Ю.Н. Гайдукова, предупрежденным о недопустимости разглашения данных предварительного расследования под угрозой уголовной ответственности и нуждавшимся при ознакомлении с материалами уголовного дела в помощи специалиста, обладающего познаниями в области фотоскопических экспертиз, отказано в удовлетворении ходатайств о допуске такого специалиста к материалам дела и об отмене предупреждения об уголовной ответственности в случае разглашения данных предварительного расследования.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ Ю.Н. Гайдуков оспаривал конституционность ч. 2 и 3 ст. 161 «Недопустимость разглашения данных предварительного расследования» УПК РФ и ст. 310 «Разглашение данных предварительного расследования» УК РФ. Как утверждал заявитель, эти нормы позволяют стороне обвинения ограничивать сторону защиты в осуществлении ее процессуальных прав путем отобрания у защитников обвиняемого подписки о неразглашении данных предварительного расследования, что препятствует стороне защиты обратиться к специалисту за разъяснением вопросов, связанных с той или иной отраслью науки или техники, нарушает принцип равноправия сторон и противоречит ст. 45 (ч. 2), 48 (ч. 1) и 123 (ч. 3) Конституции РФ (определение КС РФ от 24 февраля 2011 г. № 264-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ю.Н. Гайдукова на нарушение его конституционных прав частями 2 и 3 ст. 161 УПК РФ и статьей 310 УК РФ).

Изучив представленные А.Г. Кобзарем и Ю.Н. Гайдуковым материалы, Конституционный Суд РФ не нашел оснований для принятия их жалоб к рассмотрению и высказал традиционно консервативную в таких острых вопросах позицию:

— ст. 161 УПК РФ, устанавливая, что данные предварительного расследования не подлежат разглашению (ч. 1), позволяет предать их гласности лишь с разрешения следователя, дознавателя и только в том объеме, в каком ими будет признано это допустимым, если разглашение не противоречит интересам предварительного расследования и не связано с нарушением прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, при этом разглашение данных о частной жизни участников уголовного судопроизводства без их согласия не допускается (ч. 3); следователь или дознаватель предупреждает участников уголовного судопроизводства (в том числе эксперта, специалиста) о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших им известными данных предварительного расследования, о чем берет у них подписку с предупреждением об ответственности в соответствии со ст. 310 УК РФ (ч. 2);

— оспариваемая А.Г. Кобзарем и Ю.Н. Гайдуковым норма — поскольку она не ограничивает возможность привлечения специалистов и экспертов,

приглашенных по инициативе стороны защиты, к участию в деле, а предполагает лишь право дознавателя или следователя предупредить их о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших им известными данных предварительного расследования и обязанность стороны защиты называть конкретных специалистов, о привлечении которых она ходатайствует, — не может рассматриваться как нарушающая конституционные права, перечисленные в жалобах заявителей.

В определении по жалобе А.Г. Кобзаря дополнительно отмечено, что, «как видно из содержания жалобы, формально оспаривая конституционность нормы закона, фактически заявитель выражает несогласие с решением следователя (при этом заявитель не пытался обжаловать названное решение в порядке, предусмотренном УПК РФ). Между тем проверка законности и обоснованности правоприменительных решений не входит в компетенцию Конституционного Суда РФ».

Консервативная осторожность

Представляется, что правовая позиция в отношении ст. 161 УПК РФ во взаимосвязи со ст. 310 УК РФ окончательно еще Конституционным Судом РФ не сформулирована. Поэтому пока ситуацию можно не оценивать как тупиковую. Нужно обратить внимание Конституционного Суда РФ на то, что нельзя ставить защитника в зависимость от волюнтаризма следователя в поиске информации, потому что получается, что если следователь не разрешает разглашение данных следствия, то защитник абсолютно бессилен, он не может активно разыскивать и получать информацию в интересах своего подзащитного. Что касается обжалования таких отказов следователей в суд, то в этих вопросах суды также занимают весьма консервативную позицию: они исходят из того, что доказывание в это время осуществляется в рамках стадии предварительного расследования, суд в это время к доказыванию отношения не имеет, а следователь сам решает, какие сведения относимы к делу, а какие — нет, каковы пределы доказывания, соответственно, это обжалование оказывается неэффективным.

Поэтому ст. 161 УПК РФ и ст. 310 УК РФ должны быть пересмотрены как не позволяющие участникам уголовного судопроизводства активно защищать свои

права и охраняемые законом интересы. Естественно, что все сказанное не относится к уголовным делам, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну. Государственная тайна — это абсолютно самостоятельный, даже самодостаточный, институт. Что касается обычной тайны следствия — то это операциональный институт. Предупреждение об уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования допустимо по отношению к свидетелю, к эксперту, но не по отношению к профессиональному участнику судопроизводства, который должен собирать доказательственную информацию. Этот вопрос — один из важнейших, и просто, к счастью, пока еще не было случая, когда активно работающий адвокат был бы привлечен к уголовной ответственности.

Изложенное позволяет утверждать, что по вопросам участия адвоката в доказывании, если говорить о статусных темах — о собирании информации, о доступе к информации, о процессуальной активности — Конституционный Суд РФ на сегодняшний день занимает консервативно-осторожную позицию. Все идет на уровне констатации определенного статус-кво, и задача адвоката лишь разъяснять доверителю, во избежание этических конфликтов, какие правовые позиции Конституционным Судом РФ высказаны, и что в этой связи полномочия адвоката тоже не безграничны и определенным образом лимитированы. Конечно, это не повод для полного пессимизма, и нужно стараться научно обосновывать необходимость внесения соответствующих изменений в законодательство, к чему, собственно, и призывает постоянно Конституционный Суд РФ.

АГ

Николай КИПНИС,

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

При подготовке статьи использована
Справочная правовая система
«Консультант Плюс».

⁴ Определение КС РФ от 16 апреля 2009 г. № 559-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.Г. Кобзаря на нарушение его конституционных прав положениями ст. 161 УПК РФ.



КНИЖНАЯ ПОЛКА

Гарантии прав личности

В 2007 г. Издательский дом «Буквoved» в серии «Право» выпустил монографию доктора юридических наук, профессора Николая Ивановича Капинуса «Процессуальные гарантии прав личности при применении пресечения в уголовном процессе». Эта книга представляет собой первое монографическое исследование данной темы. На основе анализа уголовно-процессуального законодательства, положений Конституции РФ, норм международного права в области прав человека, а также эмпирических исследований следственной и судебной практики автор выявляет проблемы в обеспечении прав подозреваемого и обвиняемого, в отношении которых избрана та или иная мера пресечения. Эта тема особенно актуальна в связи с проведением правовых реформ в сфере уголовно-процессуального законодательства, которое желательно привести в соответствие с международными стандартами.

Книга предназначена для всех категорий специалистов, практикующих в сфере права, а также для преподавателей юридических вузов.

Вопросами распространения данной книги редакция не занимается.