

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНАЛИСТИКА

А.Ж. Тукаев

РОЛЬ ЗАЩИТНИКА В ФОРМИРОВАНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЙ БАЗЫ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

Как известно «уголовный процесс» в процессуально – правовой литературе определяют как: «осуществляемая в установленном законом порядке деятельность по возбуждению, расследованию, рассмотрению и разрешению уголовных дел» [1, с. 19]. Но для того, чтобы разрешить уголовное дело нужно доказать в законном порядке виновность или невиновность лица в отношении которого ведется уголовное дело. В этой связи в литературе вполне обосновано пишут, что доказывание – это основной элемент, сердцевина уголовного процесса [2, с. 7].

По уголовным делам необходимо установить факты, имевшие место в прошлом. Чтобы считать такие факты установленными, нужно приобрести знания о них, познать их. Одно из значений слова «установить» - доказать, выяснить, обнаружить [3, с. 838], поэтому требуется познать, доказать все обстоятельства (явления, сопутствующие преступлению и связанные с ним), имеющие значение для уголовного дела. Доказывание в уголовном судопроизводстве является разновидностью процесса познания, однако это познание протекает в строго предусмотренной форме. В противном случае установленные в ходе познания обстоятельства дела считаются не установленными, не доказанными. Весь процесс выявления того, что действительно происходило при совершении преступления, имеет две стороны. Во–первых, деятельность по обнаружению сведений (информации) об обстоятельствах расследуемого события носит познавательный характер. Во–вторых, установленные обстоятельства дела удостоверяются в определенной законом форме; данная деятельность носит удостоверительный характер [4, с. 289]. Таким образом, доказывание в уголовном процессе своим содержанием имеет познание, а удостоверение познанных сведений является формой уголовно – процессуального доказывания.

В науке уголовного процесса идут дискуссии относительно возможности участия адвоката – защитника в доказывании по уголовному делу. В первую очередь науку и практику интересует вопрос о том, могут ли объекты, собранные адвокатом – защитником изначально, т.е. будучи еще не представленными, должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело, признаваться доказательствами по делу? Укажем на наиболее значимые, по мнению автора этих строк точки зрения. Так, А.В. Смирнов и К.Б. Калиновский в своем учебнике пишут: «На наш взгляд, в соответствии с принципом равенства сторон сведения, собранные защитником, сразу являются доказательствами, также как и сведения, собираемые его процессуальными противниками – следователем, органом дознания, ...» [5, с. 149]. По мнению же И.Б. Михайловской, «... сведения, собираемые защитником, не имеют надлежащей процессуальной формы и в силу этого не могут иметь статуса доказательства. Такие документы приобретают такой статус только после решения суда, прокурора, следователя, дознавателя о приобщении их к материалам дела» [6, с. 169].

Мы считаем, что Михайловская и другие ученые, придерживающиеся такого же мнения правы. Соглашаясь с этими учеными, и прежде чем выразить свои соображения по вышеуказанной проблеме, нужно сделать следующие пояснения.

Во–первых, прав был Р.С. Белкин отмечая, что «... при совершении преступления, возникают, строго говоря, не доказательства, а информация о преступлении, которая может приобрести, а может и не приобрести (в силу тех или иных причин) значения доказательства, так и при собирании доказательств речь идет фактически о сборе информации о преступлении, которая, будучи исследована и оценена следователем, может получить статус доказательства. Однако закон в данном случае говорит уже о собирании доказательств, хотя по тексту ст. 86 УПК РФ (по УПК РК ст. 125) представляется, что речь идет о «будущих» доказательствах» [7, с. 38].

Во–вторых, в отечественном УПК доказательство – это «... фактические данные, на основе которых...» (ч.1 ст.115 УПК РК), что является логически не точным т.к. доказательство изначально не может рассматриваться как факты, т.е. безусловно достоверные сведения, они еще подлежат

исследованию и оценке судом и сторонами и могут быть оценены ими иначе. Другими словами, достоверность указанных сведений не является необходимым признаком доказательства – содержащаяся в доказательстве информация может указывать на искомые факты и с вероятностью. Как правило, вывод о достоверности этих сведений может быть сделан лишь при окончательной оценке всей совокупности доказательств. По этому поводу А.Р. Белкин вполне обоснованно пишет: «Будучи объективной реальностью, факт не зависит от восприятия его субъектом доказывания, от познания его, проникновения в его сущность. Факт не может быть недостоверным, ибо достоверность – это не свойство факта, а свойство знаний о факте. Недостоверным может быть предположение о факте. Факт существует или не существует, существовал или не существовал. Но если сам факт – это реальность, которая не может быть достоверной или вероятной, то этого нельзя сказать о характере наших сведений об этой реальности, об этом факте. Сведения о существовании или не существовании факта бывают достоверными или вероятными, предположительными» [8, с. 241].

Поэтому если говорить о доказательстве, то к нему нельзя применять термины «достоверный», «недостоверный», «вероятный». «Недостоверное» или «вероятное» «доказательство – вообще не доказательство, т.к. доказать можно лишь тем, что не вызывает сомнений в достоверности. Достоверным или не достоверным может быть только источник доказательств, из которых мы получаем сведения о существовании доказательств».

В этой связи представляется правильным определение доказательства по уголовному делу, данное в УПК Российской Федерации, где в части 1 записано: «доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых...» [9, с. 166].

В-третьих, статья 74 УПК РК, именуемая «Полномочия защитника», где в ч.2 записано, что в частности, защитник вправе: собирать и представлять предметы, документы и сведения, необходимые для оказания юридической помощи» При системном толковании ч.2 ст.74 УПК РК и ч.3 ст. 125 УПК РК выясняется, что на лицо коллизия между этими нормами, в первом случае законодатель определил, что защитник имеет право «...собирать и представлять предметы...», а во – втором, что защитник «...вправе представлять доказательства и собирать сведения». Для выяснения этой коллизии нужно руководствоваться следующим.

Из курса теории права известно, что если имеет место коллизия между общей и специальной нормой, то применению подлежит специальная норма [10, с. 471]. В нашем случае (т.е. в контексте собирания доказательств), специальная норма – это ч.3 ст.125 УПК РК. Более того, согласно ч.1 ст. 125 УПК РК собирание доказательств, производится в процессе досудебного производства и судебного разбирательства путем производства следственных и судебных действий, предусмотренных УПК РК. Процессуальные же действия, как известно, вправе проводить только должностные лица, в производстве которых находится уголовное дело. В данном случае законодатель подобным образом определил значение термина «собирания доказательств», а согласно означает правилам языкового толкования, если законодатель с помощью легальной дефиниции (определения данного в общих нормах закона) или иным образом определил значение термина, то именно в этом смысле и следует его употреблять.

Теперь, что касается выше заданного вопроса о процессуальном статусе объектов, собираемых адвокатом – защитником и направленных доказывание.

Ни справка, ни характеристика, ни другие объекты, собираемые защитником (ч.3 ст.125), не могут быть изначально, считаться доказательствами, т.к. они не отвечают такому обязательному признаку доказательств, как допустимость. Они не получены и не закреплены в процессуальном порядке и в процессуальной форме. Поэтому все сведения, собранные защитником, могут стать доказательствами после того, как они будут представлены лицам, ведущим производство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму, а именно: лицо, опрошенное адвокатом – защитником, должно быть допрошено по правилам допроса свидетеля, потерпевшего; справки, документы (характеристики) приобщены материалам уголовного дела соответствующим постановлением (определением). Собранные защитником сведения могут служить основанием для заявления им ходатайства, например, о производстве экспертизы.

Несоблюдение процессуальной формы сбора доказательств приводит к различным негативным последствиям. Так, УПК РК дает весьма широкие полномочия защитнику без четкой регламентации его действий и определения ответственности за их неправомерную реализацию. Законом не предусмотрен порядок получения защитником справок, характеристик и других сведений. При этом адвокат – защитник, согласно ч.2 ст. 74 УПК РК, обладает правом свидания с подозреваемым или обвиняемым, наедине, конфиденциально, т.е. адвокат – защитник может получить от подозреваемого полную информацию о том, где адвокат – защитник вправе данные следы изъять, в том числе процессуально. Более того, порядок получения защитником, документов из жилища не требуется не

требуется разрешения прокурора или суда. Не определена ответственность адвоката – защитника за неправомерность действия при изъятии документов и иных сведений. Это значительно сужает возможность органов уголовного преследования по раскрытию преступлений.

Следует иметь в виду, что сотрудники организации, где подозреваемый оставил следы преступления, могут быть тоже причастны к его совершению и потому быть заинтересованы помогать адвокату – защитнику. В связи с этим они могут предоставить адвокату – защитнику все документы, например, о финансовой деятельности предприятия, без которых доказать преступление будет невозможно. И с точки зрения закона, сотрудники данной организации поступят правильно: защитник имеет право получить документы, в том числе оригиналы документов. Истребовать изъятые документы у адвоката – защитника, возможно, не удастся, поскольку тот не несет ответственности за сохранность изъятых и может документы просто «потерять».

Таким образом, адвокат – защитник собирает материал (еще не являющийся доказательством) обладающий свойством относимости, а затем представляет его лицу, ведущему производство по делу, для получения свойства допустимости, т.е. с этого момента «объекты» становятся доказательствами (они как бы «легализуются» в таком порядке или «трансформируются» в доказательства). То есть деятельность адвоката – защитника по собиранию доказательств носит опосредованный характер, реализуемый через деятельность лиц, ведущих производство по делу. В этой связи мы считаем, что ч.3 ст. 125 УПК РК сформулирована законодателем неудачно, здесь записано: «Защитник... вправе представлять доказательства и собирать сведения...». Непонятно как защитник может представлять доказательства и собирать сведения! Ведь представлению доказательств как правило предшествует сбор этих доказательств, а в указанной норме записано, что защитник собирает сведения, а не доказательства. В связи с нашим недоумением правы А.А. Власов и И.Н. Куксин, которые отмечают, что «при расследовании уголовного дела в деятельности адвоката особое место занимает участие в доказывании, которое включает выявление, собирание и представление доказательств» [11, с. 136]. Следовательно, если адвокат – защитник представляет доказательства должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело, то логически нужно делать вывод, что он и собирает эти доказательства.

Но поскольку мы не без оснований пришли к выводу о том, что объекты, собираемые адвокатом – защитником, не могут изначально (т.е. будучи не приобщенными следователем и др. уполномоченным лицом к делу) признаваться доказательствами по делу, то мы считаем, что в контексте ч.3 ст. 125 УПК РК адвокат – защитник собирает и представляет именно сведения, а не доказательства, как это записано в ч.3 ст. 125 УПК РК.

В этой связи нужно уяснить, что именно нужно понимать под термином «представление доказательств». Уголовно – процессуальный закон не раскрывает содержание понятия указанного термина. В науке же оно толкуется по – разному. Одни ученые понимают под представлением доказательств передачу следователю предметов и документов, имеющих значение для дела [12, с. 75]. Другие процессуалисты понимают под «представлением доказательств» не только передачу следователю предметов, но и заявление ходатайств, а также участие в следственных действиях [13, с. 122].

Таким образом, существуют широкое и узкое понимания «представления доказательств». Мы придерживаемся узкого – представление следователю, лицу, производящему дознание, справок, характеристик (документов). Оно соответствует тому смыслу, в котором представление доказательств употребляется в уголовно – процессуальном законе, поскольку и заявление ходатайств, и участие в следственных действиях выделены в ч.2 ст. 74 УПК РК в качестве самостоятельных прав адвоката – защитника.

Исходя из всего вышеуказанного, во избежание неопределенности при уяснении и применении ч.3 ст. 125 УПК, мы предлагаем законодателю изложить эту норму следующим образом:

«3. Защитник, допущенный в установленном настоящим Кодексом порядке к участию в деле, вправе собирать и представлять сведения, необходимые для оказания юридической помощи,...» (далее все как в действующей редакции УПК РК).

Вышеуказанное относится и к п.п. 3 п. 3 ст. 14 Закона РК «Об адвокатской деятельности», где записано, что адвокат, выступая в качестве защитника правомочен в соответствии с процессуальным законом: «самостоятельно собирать фактические данные, необходимые для оказания юридической помощи, и представлять доказательства» (как видно из текста этой нормы имеется логическая неточность). Вообще о недостатках закона об адвокатской деятельности очень много говорят и пишут. Так, К.Х. Халиков отмечает, что действующий Закон об адвокатуре не отвечает современным требованиям: представленные адвокатам права и объем возложенных на них обязанностей не стимулирует активность адвокатов. Не регламентирован порядок привлечения адвокатов к

дисциплинарной ответственности. Принципиально новый характер деятельности адвокатов требует принятия закона об адвокатуре с учетом новых условий, в которых сфера деятельности адвоката существенно расширяется» [14].

Еще одной процессуальной проблемой в деятельности адвоката – защитника по доказыванию является проблема применения правила о так называемой «асимметрии правил допустимости доказательств».

Как известно, сведения, полученные с нарушением закона, не могут признаваться доказательствами по уголовному делу (ст. 116 УПК РК). Но некоторые ученые и практики считают, что правила недопустимости доказательств, относятся только к обвинительным доказательствам, оправдательные же доказательства, полученные с нарушением закона, может использовать сторона защиты. Иначе в литературе это называют «асимметрией правил допустимости доказательств».

При этом сторонники правил получения доказательств исходя из того, что обвиняемый не может нести ответственности за ошибки следователя, погубившего оправдательное доказательство. Так, С.А. Пашин пишет, что «бремя доказывание виновности лица лежит на стороне обвинения. Сторона защиты вправе как доказывать невиновность обвиняемого, так и подвергать сомнению доказательства виновности. В последнем случае она может применять ущербные доказательства, не допустимые в руках противной стороны» [15, с. 371-372].

В пользу асимметрии правил допустимости доказательств высказываются, и ряд известных российских адвокатов, так по мнению Ю.В. Корнеевского и Г.П. Падвы: «...доказательства, полученные в нарушении установленного порядка или прав обвиняемого и признанные на этом основании недопустимыми, могут (за некоторыми исключениями...) использовать в интересах защиты. Если лишить сторону защиты такого права, получится, что негативные последствия нарушений допущенных при получении доказательств, несет обвиняемый, что на обвиняемого и его защитника, по существу возлагается ответственность за такие нарушения» [16, с. 39]. И для обоснования своей позиции они приводят следующий пример: «По ходатайству обвиняемого следователь допросил свидетеля, который подтвердил ссылку обвиняемого на алиби. По небрежности следователя свидетель не был предупрежден об ответственности за дачу ложных показаний. Если повторный допрос данного свидетеля окажется невозможным, можно ли исключить его показания из числа доказательств, не учитывать их при оценке доказательств виновности обвиняемого? Мы считаем, что нельзя. Во всяком случае, защитник вправе использовать такие показания в обоснование своей позиции (это не исключает, разумеется, необходимости проверки достоверности указанных показаний наравне со всеми другими доказательствами)» [16, с. 40].

Другие же ученые наоборот утверждают, что асимметрия правил допустимости доказательств не соответствует закону [17, с. 81]. В этой связи профессор Н.И. Капинус в одной из своих работ отмечает: «...основными правовыми положениями, не позволяющими положительно решить вопрос применения в уголовном процессе асимметрии правил допустимости доказательств, являются: 1) правило о недопустимости доказательств, полученных с нарушением закона; 2) принцип равенства сторон уголовного судопроизводства перед судом; 3) принцип общности доказательств; 4) признание законодателем невозможным использовать недопустимые доказательства для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК (ч.1 ст. 75 УПК РФ)» [18, с. 215], что по УПК РК: ст. 117 (ч.1 ст. 116 УПК РК), т.е. предмет доказывания.

Конечно, с моральной стороны несправедливо лишать сторону защиты прав использовать для обоснования своей позиции сведений, полученных следователем с нарушением закона. Но, тем не менее, мы считаем, что правы те ученые, которые высказываются против асимметрии правил допустимости доказательств. При этом мы ко всему вышеназванному Н.И. Капинусом добавляем следующее.

Задача следователя – произвести всестороннее, полное и объективное расследование, это один из принципов уголовного процесса (ст. 24 УПК РК), а также подготовить доказательственную базу обвинения для рассмотрения дела в суде. Следователь обязан собирать и оправдательные доказательства, но лишь для того, чтобы объективно произвести расследование. Ответственность за свою деятельность он несет перед начальником следственного отдела, прокурором, государством в целом, чьи интересы он представляет в уголовном процессе. Наверное, единственным случаем, когда следователь собирает доказательства непосредственно в интересах подозреваемого, обвиняемого и защитника и как бы несет перед ними ответственность за получение за получение доброкачественного доказательства, является удовлетворение ходатайств о производстве следственных действий, направленных на получение сведений об обстоятельствах, имеющих значение для дела, обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство, или представляемого им лица соответственно (ч.1 ст. 102 УПК РК). Но и в этом случае негативные

последствия за допущенные нарушения закона будет претерпевать следователь, поскольку интересующие защиту обстоятельства обязательно должны быть им выяснены и проверены. Если ходатайство, подлежащее удовлетворению, останется нереализованным, то утверждаемые в нем факты (например, алиби) будут считаться существующими, пока не будет доказано обратное. А это означает, что следователю необходимо заново произвести следственное действие и получить надлежащее доказательство, а при невозможности – принять благоприятное для обвиняемого процессуальное решение, т.к. неустранимые сомнения толкуются в его пользу (пп.8 ст.77 Конституции РК). Другой вопрос – вопрос предвзятого отношения к подзащитному со стороны обвинителя и часто со стороны суда, выражающийся в том, что версии обвиняемого и защитника не принимаются во внимание, игнорируются, к ним не прислушиваются и поэтому вполне понятно желание адвокатов, чтобы в деле было как можно больше оправдательных доказательств, позволяющих полностью или частично нейтрализовать чей бы то ни был обвинительный уклон, но это уже проблема соответствующих госорганов и их должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование и правосудие. Следовательно, вопрос не в положениях закона. А в его правильном применении.

При этом недопустимым оправдательное доказательство становится в силу не формального, а существенного нарушения закона.

Таким образом, асимметрия правил допустимости доказательств не соответствует законодательству РК, а поэтому ее применение в уголовном судопроизводстве неприемлемо.

1. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юрист, 2006.
2. Семеняко Е.В. Предисловие к работе Ю.В. Корневского, Г.П. Падвы. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практическое пособие. – М., 2004.
3. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М., 2007.
4. Петрухин И.Л. Теория доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1973.
5. Уголовный процесс: учебник для вузов. 2-е изд. / под ред. А.В. Смирнова. – СПб.: Питер, 2006.
6. Башкатов Л.Н., Безлепкин Б.Е. и др. Комментарий к Уголовно – процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. И.Л. Петрухин. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во: Проспект, 2008.
7. Криминалистика: учебник для вузов / под ред. Р.С. Белкина. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2005.
8. Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. – М.: Норма, 2007.
9. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева. Науч. ред. В.П. Божьев. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004.
10. Теория государства и права: курс лекций / под общ. ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004.
11. Власов А.А., Куксин И.В. Адвокат в судопроизводстве. – М.: Норма, 2006.
12. Лобанова А.П. Правоотношения адвоката – защитника со следователем и лицом производящим дознание. – М., 1994.
13. Рыжаков А.П. Защитник в уголовном процессе: научно-практическое руководство. – М.: Экзамен, 2007.
14. Халиков К.Х. С позиции защиты прав и свобод / Казахстанская правда. – 24 июня 2003 г.
15. Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе: состязательное правосудие // Труды науч.-практич. лаборат. – М., 1996. – Ч. II.
16. Корнеевский, Г.П. Падва Там же.
17. Кудрявцев В.Л. Процессуальные и криминалистические основы деятельности адвоката – защитника в российском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрлитинформ, 2006.
18. Капинус Н.И. Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения. – М.: Буквевед, 2007.

**

In the given scientific article problems of participation of the defender in formation of evidentiary base on criminal case are considered.

Осы ғылыми мақалада қылмыстық іс бойынша қорғаушының дәлелдеуге қатысуының проблемалары қарастырылған.

Ә.Қ. Мұйденова

КЕДЕН ТӨЛЕМДЕРІ МЕН АЛЫМДАРЫН ТӨЛЕУДЕН ЖАЛТАРУДЫ ЖАСАУДЫҢ ЖАҒДАЙЛАРЫ МЕН ТӘСІЛДЕРІ

Кеден төлемдері мен алымдарын төлеуден қылмыстық жалтару жағдайларын баяндаудың теориялық негіздері болып оның түсінігі мен мазмұнына криминалистердің көзқарастары табылады. Үлкен тәжірибелік мәні бар маңызды теориялық жағдайлар қатарына мыналарды жатқызуға болады.

Қылмыс оқиғасы оның барлық фазаларында, тікелей оның алдында жүзеге асырылатын қылмысқа дайындық, қылмыс оқиғасынан кейін жүзеге асырылатын жасалған іс-әрекеттің іздері мен өзге де объектілерін жасыру нақты жағдайларда, уақытта, табиғи климаттық факторлардың көрініс табу жағдайында, тұрмыс пен өндірістік қызметте және т.б. жағдайларда өтеді.