

КАСЬКО В.
Эксперт Совета Европы,
Партнер Адвокатского объединения «Arzinger» (Украина)

**Реализация принципа состязательности в уголовном процессуальном
законодательстве Украины и проекте УПК Казахстана¹**
(тезисы)

Составляющие элементы состязательности:

- Наличие сторон, обособленных от суда
- Равноправие сторон (относительное равноправие сторон, трудности одной из сторон должны быть сбалансированы компенсаторными возможностями)
- Освобождение суда от процессуальных функций сторон (исключения могут быть связаны с исполнением положительных обязательств государств по защите прав человека).

Следует отметить, что в проекте УПК Казахстана стороны все же четко не обособлены: несмотря на то, что в ст.7 (разъяснение понятий) данные термины употребляются, проект далее не развивает этот подход, а применяет термины «государственные органы и должностные лица, осуществляющие функции уголовного преследования» (гл. 8) и «участники процесса, которые защищают свои или представляемые права и интересы» (гл. 9). К числу последних включены, например, потерпевший и частный обвинитель, что только путает принцип разделения функций в уголовном процессе.

Проявления состязательности (ЕКПЧ + УПК Украины):

- Личное присутствие и эффективное участие
- Состязательная процедура
- Равенство процессуальных средств сторон
- Право на вызов и допрос свидетелей на равных условиях с другой стороной (свидетель - понятие автономное)
- Право на защиту в широком смысле, включая право на достаточное время и возможности для подготовки своей защиты

+ публичность = контроль общества

Сторона защиты и статус защитника

Не должно существовать процедуры, по которой «доступ» защитника к своему подзащитному зависит от решения посредника, тем более, если таким посредником выступает другая сторона процесса – сторона обвинения.

В УПК Украины (глава 3, пар. 3: сторона защиты) термин «допуск» в отношении защитника не употребляется вообще. Несмотря на то, что ст.48 (привлечение защитника) и ст.50 (подтверждение полномочий защитника) УПК Украины сформулированы очень четко, на практике сторона обвинения все же пыталась вернуть порядок вынесения решений о

¹ Доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в обзоре, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

допуске защитника, но безуспешно. В случае с проектом УПК Казахстана целесообразно более четко сформулировать эти положения с тем, чтобы не допустить разночтений в толковании нормы ч.8 ст.68 проекта. Как вариант: ч.2 ст.50 УПК Украины предусматривает, что установление каких-либо дополнительных требований или условий для подтверждения полномочий защитника или привлечения его к участию в уголовном производстве НЕ ДОПУСКАЕТСЯ.

В проекте УПК Казахстана я не нашел прямой нормы, которая бы четко предусматривала процедуру реализации права задержанного на уведомление о задержании защитника по собственному выбору. П.3 ч.9 ст.64 проекта УПК предусматривает право подозреваемого самостоятельно или через своих родственников или доверенных лиц пригласить защитника. Как реализовать это право, какой порядок, если лицо задержано? Особенно с учетом того, что ч.3 ст.64 проекта предусматривает лишь право задержанного подозреваемого немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту жительства или работы о своем задержании и месте содержания. Кстати, ст.135 проекта ведет речь уже об уведомлении в течение 12 часов, что вызывает сомнения в немедленности такого уведомления. В любом случае, это не звонок адвокату.

В УПК Украины этот вопрос детально урегулирован. Так, согласно ч.1 ст.48 следователь, прокурор, следственный судья, суд **обязаны** предоставить задержанному / лицу, содержащемуся под стражей, помощь в установлении связи с защитником или лицами, которые могут его пригласить, а также дать возможность использовать средства связи для приглашения защитника. Более того, ч.4 ст.213 предусматривает **обязанность** уполномоченного лица, осуществившего задержание, *незамедлительно* уведомить об этом орган, предоставляющий бесплатную правовую помощь (по каждому задержанию и автоматически). Адвокат центра бесплатной правовой помощи прибывает не позднее 6 часов после задержания (центр на практике старается обеспечить его прибытие в пределах 2 часов после уведомления). Адвокат выбирается по графику дежурств, назначение какого-то конкретного адвоката (вне графика) не допускается. Кроме того, ч.5 ст.213 содержит дополнительную гарантию – **обязанность лица, ответственного за пребывание задержанного** (специальный офицер полиции), проверить соблюдение права на уведомление третьих лиц по выбору лица и защитника, и в случае, если уведомление не было сделано – самостоятельно это сделать и зафиксировать.

Следующий важный аспект - отказ от адвоката. В соответствии с ч.1 ст.69 проекта УПК Казахстана такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого **в присутствии участвующего в производстве по уголовному делу защитника или защитника по назначению**. В ст.54 УПК Украины есть важная дополнительная гарантия – только после предоставления возможности конфиденциального общения с защитником. К тому же, гарантия присутствия при таком отказе защитника по назначению без комплексной реформы системы бесплатной правовой помощи в полную силу работать не будет.

Ст.67 проекта УПК Казахстана содержит длинный перечень оснований для признания участия защитника по делу обязательным. Хотел бы обратить внимание на п.3 ч.1 ст.49 УПК Украины, в соответствии с которым участие защитника обязательно, если следователь, прокурор, следственный судья или суд решат, что **обстоятельства уголовного производства требуют** участия защитника, а подозреваемый, обвиняемый его не привлек. Практика ЕСПЧ – «*когда интересы правосудия того требуют...*». Критерии – сложность дела, тяжесть правонарушения, тяжесть наказания, которое может быть назначено.

Подозреваемому, обвиняемому должна быть обеспечена эффективная (квалифицированная) правовая помощь. Поэтому посмотрим, как этот вопрос регулирует УПК Украины (**ст.20**): **обязанность следователя, прокурора, следственного судьи, суда обеспечить** подозреваемому, обвиняемому право на *квалифицированную* правовую помощь со стороны избранного им или назначенного ему защитника. Проект УПК Казахстана

в ст.27 говорит о том, что **каждый имеет право** на квалифицированную правовую помощь, а ст.70 закрепляет **обязанность защитника** оказать квалифицированную правовую помощь подзащитному. Как видим, акценты сильно отличаются.

Что касается системы оказания правовой помощи за счет государства – есть серьезные сомнения, что система оказания такой помощи в рамках коллегий адвокатов, существующая с советских времен и доказавшая у нас свою полную несостоятельность, сработает в Казахстане. Для обеспечения ее эффективности необходимо создание органа с гарантиями независимости от стороны обвинения, надлежащим финансовым обеспечением, прозрачными процедурами назначения на конкретное дело и оплаты услуг таких адвокатов.

Без создания системы бесплатной правовой помощи соответствующие нормы УПК в части права на защиту и квалифицированной правовой помощи не принесут ожидаемого эффекта.

УПК Украины многими адвокатами критикуется за то, что в нем нет отдельной нормы о правах защитника. Звучат даже заявления о том, что в нынешнем УПК защитники более бесправны, чем в УПК 1960 года. На самом деле, философия Кодекса исходила из того, что права защитника производны от прав подзащитного. Так, согласно ч.4 ст.46 УПК защитник пользуется процессуальными правами подозреваемого, обвиняемого, защиту которого он осуществляет, кроме тех из них, реализация которых осуществляется непосредственно подозреваемым, обвиняемым и не может быть поручена защитнику. Права подозреваемого и обвиняемого довольно широки и лишь часть из них перечислена в ст.42 УПК Украины. Проект УПК Казахстана содержит отдельные статьи о правах подозреваемого (ст.64), обвиняемого (ст.65) и полномочиях защитника (ст.70). Однако по существу этих прав и возможностях их реализации возникают некоторые вопросы.

Так, подозреваемый вправе участвовать в следственных действиях, проводимых по его ходатайству или ходатайству защитника только **лишь с разрешения органа уголовного преследования**. Каких-либо критериев для принятия такого решения проект не содержит, т.е. этот вопрос полностью отдан на откуп обвинения. Казалось бы, компенсировать ущербность этого права подозреваемого может право защитника по ст.70 проекта участвовать в следственных и процессуальных действиях, производимых по ходатайству подзащитного или по ходатайству самого защитника. Однако, во-первых, непонятно, почему его реализация подозреваемым лицом должна зависеть от участия / неучастия в процессе защитника, во-вторых, не всегда защитник может обладать всей необходимой фактической информацией, которой его подзащитный владеет, в-третьих, право на участие защитника в указанных случаях не обеспечивается четкими обязанностями стороны обвинения в разумный срок (заблаговременно) уведомить защитника о времени и месте проведения таких действий (см., в частности, ст.197 проекта). Пример, когда это может быть проблемой!

Подозреваемый/обвиняемый наделен УПК Украины правом принимать участие в проведении процессуальных действий (ст.42). В соответствии со ст.223 УПК Украины следователь, прокурор обязаны принять надлежащие меры для обеспечения присутствия во время проведения следственного (розыскного) действия лиц, чьи права и законные интересы могут быть ограничены или нарушены. При этом, следственное (розыскное) действие, которое проводится по ходатайству стороны защиты, проводится с участием лица, которое его инициировало и (или) его защитника, кроме случаев, когда из-за специфики следственного (розыскного) действия это невозможно или такое лицо письменно отказалось от участия в нем.

Положения УПК Украины не позволяют, например, отказать адвокату подозреваемого или обвиняемого в участии в обыске дома или офисе своего подзащитного, если защитник явился. Если такой отказ будет зафиксирован – результаты обыска будут признаны недопустимым доказательством из-за нарушения права на защиту.

Состязательность и равенство сторон, следственный судья как компенсатор неравенства

Меры процессуального принуждения

В Украине так называемые меры обеспечения уголовного производства (вызов к следователю / прокурору, привод, наложение денежного взыскания, временное ограничение в пользовании специальным правом, отстранение от должности, временный доступ к вещам и документам, временное изъятие и арест имущества, задержание и меры пресечения) – прерогатива стороны обвинения. Сторона защиты не имеет права использовать их напрямую, что порождает неравенство.

Общее правило - процессуальные средства принуждения могут быть применены только с *разрешения следственного судьи*. В Украине есть только 2 исключения из правила: вызов следователем/прокурором (первоначально в проекте и это действие требовало судебного разрешения) и кратковременное задержание лица в ограниченных случаях, предусмотренных Конституцией, с незамедлительной доставкой после задержания к следственному судье. Иное задержание, кроме этих 2 случаев, требует предварительной санкции суда.

Любая мера пресечения применяется после рассмотрения ходатайства стороны обвинения в состязательном процессе и с разрешения следственного судьи.

В проекте УПК Казахстана:

- любое задержание не требует предварительной санкции суда;
- применение большинства мер пресечения не требует предварительной санкции суда (исключение – содержание под стражей и домашний арест);
- иные меры процессуального принуждения (глава 19 проекта) в своем большинстве не требуют предварительной санкции суда (например, привод, отстранение от должности, запрет на приближение без судебной санкции).

В проекте УПК Казахстана судья прямо обязан не устанавливать залог в альтернативе взятию под стражу в определенных случаях. В УПК Украины это относится к дискреционным полномочиям следственного судьи или суда, что соответствует практике ЕСПЧ. В УПК Украины нет такого основания для неприменения залога в альтернативе как «наличие достаточных оснований полагать, что подозреваемый будет препятствовать судопроизводству или же скроется от следствия и суда» (п.3 ч.9 ст.148 проекта), соответствующие риски на практике могут быть с успехом устранены применением залога адекватного размера и иных ограничений.

Следственный судья по проекту УПК также не наделен полномочиями по защите прав человека, которые он имеет по **ст.206 УПК Украины** (право освободить из-под стражи любое лицо, содержащееся без судебной санкции + проверка прав задержанного + принятие мер к выяснению обстоятельств жестокого обращения).

В проекте УПК усматривается ограничение состязательности сторон при рассмотрении следственным судьей вопроса о взятии под стражу или о домашнем аресте. Так, в соответствии с ч.3 ст.147 проекта следственный судья при решении вопросов, связанных с санкционированием содержания под стражей, ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании меры пресечения. Он может в случае необходимости истребовать уголовное дело. Данный подход крайне опасен, так как ограничивает судью изучением материалов, предоставленных лишь одной из сторон – стороной обвинения, лишая тем самым принцип состязательности реального содержания.

В свою очередь УПК Украины в ст.193 предусматривает возможность полного исследования доказательств в ходе решения вопроса о применении любой меры пресечения в судебной процедуре (как с точки зрения разумного подозрения, так и с точки зрения рисков). В частности, по ходатайству любой из сторон или по собственной инициативе *следственный судья имеет право заслушать **любого** свидетеля или исследовать **любые** материалы*, имеющие значение для решения вопроса о применении меры пресечения.

Сбор доказательств на досудебной стадии

Как и по УПК Украины, в проекте УПК Казахстана сторона защиты не наделена правом осуществлять сбор доказательств путем самостоятельного проведения гласных и негласных следственных (розыскных) действий.

При этом УПК Украины содержит не только право стороны защиты на обращение с ходатайствами к стороне обвинения о проведении указанных действий, но и механизм обеспечения такого права. Так, в случае отсутствия реакции со стороны обвинения на такое ходатайство или в случае отказа в его удовлетворении, сторона защиты вправе обжаловать такое бездействие или решение об отказе следственному судье в порядке ст.303 УПК Украины, который рассматривает жалобу в состязательном процессе с вызовом сторон. При этом важно, что следственный судья по результатам рассмотрения такой жалобы вправе принять решение, которым прямо обязать сторону обвинения провести такое действие (ст.307 УПК Украины).

Проект же УПК Казахстана, наоборот, прямо запрещает следственному судье давать какие-либо указания о направлении расследования, проведении следственных действий, совершать действия и принимать решения вместо лиц, осуществляющих досудебное производство, и надзирающего прокурора (ч.4 ст.56 проекта). Более того, вызывает серьезные вопросы с точки зрения состязательности общее правило ч.2 ст.56 проекта, по которой следственный судья рассматривает вопросы, отнесенные к его компетенции, *единолично и без проведения судебного заседания*. Обжалование отказа стороны обвинения провести следственные действия по ходатайству стороны защите к самой же стороне обвинения (ст.105 проекта) не является эффективным и вызывает сомнения с точки зрения принципа состязательности. Обжалование такого отказа в судебном порядке проектом не предусмотрено (ст.106 проекта такие жалобы не включает в сферу ее действия). На этом круг замыкается.

Как и по УПК Украины, проект УПК Казахстана не наделяет сторону защиты правом *непосредственно* получать **показания** на стадии досудебного расследования. Такие показания непосредственно имеет право в системах уголовного процесса обеих стран получать лишь сторона обвинения. Такое неравенство, очевидно, должно быть сбалансированно надлежащим образом.

В УПК Украины этим уравнивающим фактором выступает **запрет суду**, который рассматривает дело по существу, **обосновывать свои решения показаниями, которые давались стороне обвинения, и ссылаться на них** (ч.4 ст.95 УПК Украины). Это безоговорочный и категорический запрет.

В проекте УПК Казахстана данное неравенство надлежащим образом не сбалансировано, так как прямого запрета использовать такие показания в обвинительном приговоре суда не предусмотрено.

Депонирование показаний при помощи допроса следственным судьей не меняет ситуации, так как, во-первых, касается обеих сторон, а во-вторых, касается лишь ограниченных категорий свидетелей и потерпевших.

В рамках УПК Украины стороны обвинения и защиты могут в равной мере обращаться к следственному судье за разрешением на доступ к вещам и документам, и за их изъятием в определенных случаях в процессе доступа. Определение следственного судьи о доступе реализует сама сторона, которая такой доступ получила (ст.ст.159-166 УПК Украины).

Закрепленные в п.2 ч.3 ст.70 и ч.3 ст.122 проекта УПК Казахстана права защитника по истребованию предметов и документов противоречат друг другу (ответ на запрос в пределах 3 или 10 суток, только ли организации обязаны отвечать на запросы или все лица и т.д.) и не конкретизированы в дальнейшем соответствующей обеспечительной процедурой. В то время как сторона обвинения сохранила за собой монопольное право проводить выемку предметов и документов в процессе следствия.

Выемка и обыск по санкции прокурора (сторона в процессе) в проекте УПК добавляет аргументы в пользу нарушения принципа состязательности.

Оценка допустимости доказательств

Крайне спорный подход в проекте УПК, когда от решения стороны в процессе зависит, будут ли доказательства допустимыми – так называемое последующее санкционирование прокурором действий, которые вторгаются в права граждан: ч. 3 ст.254 проекта (допускает обыск без санкции прокурора в отдельных случаях, после чего прокурор уведомляется и решает вопрос о том, был ли обыск законным, если прокурор для себя решает, что «нет» – это доказательство не может быть допущено в качестве доказательства по делу), ч.14 ст.220 (то же в отношении осмотра), ч.2 ст.235 (то же самое в отношении негласных следственных действий, не терпящих отлагательства) и т.д.

Проект УПК не воспринимает доктрину «плодов отравленного дерева» в части допустимости доказательств (ст.112 проекта), которая предусмотрена в ст.87 УПК Украины (недопустимыми являются доказательства, полученные вследствие существенного нарушения прав и свобод человека, *и какие-либо доказательства, добытые **благодаря информации**, полученной вследствие существенного нарушения прав и свобод человека*).

Явка с повинной все еще может быть доказательством по проекту УПК, в УПК Украины само это понятие не упоминается как явление.

Следственный судья должен быть отдельным должностным лицом в суде и не рассматривать уголовные дела по существу.

Таким образом, Вам решать, обеспечивает ли проект УПК Казахстана в нынешней редакции надлежащую компенсацию независимым органом очевидного неравенства между полномочиями стороны обвинения и защиты в сфере применения мер процессуального принуждения, сбора и оценки доказательств.

Подача доказательств в суд

Разный подход в УПК Украины и проекте УПК Казахстана.

Доктрина двух папок - открытие доступа к материалам каждой стороны в УПК Украины.

Все еще концепция ознакомления защиты с «материалами уголовного дела» в проекте УПК Казахстана, хоть и с элементами состязательности. Отсюда же идут положения проекта о том, что экспертизы, полученные по инициативе защиты, почему-то приобщаются к материалам уголовного дела (материалам обвинения), а депонированные показания свидетеля защиты направляются стороне обвинения для приобщения к материалам

уголовного дела и так далее. Материалы уголовного дела направляются прокурором в суд, и у суда формируется первоначальная собственная позиция по делу на основании именно полученных от стороны обвинения материалов.

Для обеспечения реальной состязательности сторон УПК Украины предусматривает, что стороны подают доказательства суду уже в процессе судебного разбирательства по существу дела. Недаром УПК Украины не предусматривает положений о включении в обвинительный акт информации о доказательствах вины обвиняемого, а материалы обвинения не передаются в суд в виде уголовного дела (см. ст.290 УПК Украины).

Ноябрь 2013 г.