

УДК 347.965.1

ББК 67.76

**НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ РЕАЛИЗАЦИИ АДВОКАТОМ ПРАВА  
НА ОПРОС ЛИЦ С ИХ СОГЛАСИЯ В УКРАИНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ****ЗАБОРОВСКИЙ Виктор Викторович,**

доцент кафедры гражданского права  
Ужгородского национального университета,  
г. Ужгород, Республика Украина.  
Адвокат, кандидат юридических наук, доцент  
email: zaborovskyvictor@rambler.ru

**Аннотация**

В статье исследуется правовая природа права адвоката на опрос лиц с их согласия, которое не только является одним из основных профессиональных прав адвоката, но и непосредственно направленно на формирование надлежащей и допустимой доказательной базы. Делается вывод о том, что отсутствие законодательно закрепленного, как порядка проведения такого опроса, так и формы фиксации полученных в результате такого опроса сведений, фактически превращают такое право в декларацию. В статье приводятся отдельные практические советы по реализации адвокатами своего права на опрос лиц с их согласия.

**Ключевые слова**

Адвокат; профессиональная правовая помощь; профессиональные права адвоката; право на опрос лиц; адвокатская деятельность; доказательства; суд; протокол опроса

**SOME PROBLEMATIC ISSUES OF IMPLEMENTATION OF THE RIGHT  
TO A LAWYER TO INQUIRY ON PEOPLE WITH THEIR CONSENT  
UNDER UKRAINIAN LEGISLATION****Zaborovsky V.V.****Absrtact**

In this paper, an analysis the legal nature of the right to a lawyer to inquiry on people with their consent, which is not only one of the major professional rights lawyer, but also directly aimed at the fo-rmation of a proper and valid evidence. The conclusion, according to which the absence of legislatively fixed as the procedure for conducting such a survey and form fixation resulting from this survey data is actually converted right in the declaration. The article gives some practical advice on the implementation of the rights of an advocate to inquiry on people with their consent.

**Keywords**

Lawyer; professional legal assistance; professional rights lawyer; the rights of an lawyer to inquiry on people; lawyer activity; proofs; court; protocol of poll

**Б**ез сомнения правовая помощь выступает одним из важнейших элементов в механизме обеспечения прав и свобод человека. Возлагая на адвоката обязанность по предоставлению профессиональной правовой помощи, государство должно предоставлять ему и соответствующий комплекс прав, который должен быть достаточным для надлежащего оказания такой помощи. Актуальность темы исследования проявляется в том, что на законодательном уровне за адвокатом закрепляется ряд профессиональных прав, но отсутствие надлежащего механизма реализации многих из них, фактически превращает их в декларативные. К сожалению, не является исключением в этом случае и правовое регулирование права адвоката на опрос лиц с их согласия.

Целью данной статьи является исследование сущности одного из основных профессиональных прав адвоката, а именно права на опрос лиц с их согласия. Автор ставит перед собой следующие основные задачи: проанализировать законодатель-

ное закрепление права адвоката на опрос лиц с их согласия; раскрыть теоретические подходы ученых, связанные с определением правовой природы такого профессионального права; проанализировать проблемы практической реализации права адвоката на опрос лиц.

Одним из профессиональных прав адвоката, предусмотренных Законом Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» [1], которое напрямую связано со сбором доказательственной информации, есть право опрашивать лиц с их согласия (п. 7 ч. 1 ст. 20 Закона). Учитывая, что право опрашивать лицо с его согласия предусмотрено именно вышеуказанным Законом, то «не ограничиваются области права, в которых адвокат имеет право опрашивать лиц. Адвокат имеет право опросить лиц не только по уголовному делу, но и в гражданском, административном, арбитражном» [2, с. 114]. К сожалению, ни указанный Закон, ни процессуальные кодексы не регулируют процедуру реализации адвокатом такого права, что

позволяет ученым прийти к выводу о его декларативности [4, с. 284].

Учитывая отсутствие указанной процедуры, в особенности, что касается процессуального оформления результатов проведения такого опроса, Е.Э. Макушкина приходит к выводу, что «полученные адвокатом в ходе опроса сведения используются исключительно для обоснования ходатайства о вызове гражданина в суд в качестве свидетеля, но не в качестве самостоятельных доказательств» [4, с. 24]. Для того чтобы легализовать результаты опроса лица, Е.Э. Курзинер указывает на то, что защитнику необходимо обратиться с письменным ходатайством к следователю с просьбой допросить указанное лицо в качестве свидетеля и приложить к ходатайству полученное объяснение» [5, с. 29]. Потребность в таком ходатайстве и проведении следственного действия в виде допроса, по мнению А.Э. Амасьянц обусловлена «необходимостью установления доброкачественности полученных адвокатом сведений. Так как лицо, в производстве которого находится дело, обязано удостоверить в личности допрашиваемого, разъяснить ему права, ответственность, а также порядок осуществления соответствующей следственного действия» [6, с. 144]. Необходимость в проведении вышеуказанных действий Ю.П. Гармаев связывает с тем, что «протокол опроса лица, составленный защитником содержит свидетельские показания, а они могут быть процессуально легализованы только через допрос этого свидетеля уполномоченным должностным лицом» [7, с. 25].

Рассматривая вопрос о праве адвоката на сбор доказательств, А.А. Воронов приходит к следующему выводу: «Понятно, что сведения, полученные адвокатом при опросе, могут иметь важное значение. Однако способ доведения этих сведений в суд, к сожалению, не определен. Отметим, что возможность для защитника ходатайствовать о допросе дополнительных свидетелей уже заложена в законе, причем в другой норме» [8, с. 41]. Мы не подвергаем сомнению возможность адвоката обратиться с ходатайством о допросе свидетелей, но считаем необходимым учесть и утверждение И.Н. Чеботаревой о том, что «право защитника на опрос лица с его согласия используется им в большинстве случаев с целью выявления потенциальных свидетелей, чьи показания могут способствовать защите, о допросе которых затем может быть заявлено ходатайство. Для защитника такой предварительный опрос имеет важное значение, поскольку позволяет до того, как заявить ходатайство о допросе того или иного лица в качестве свидетеля, убедиться, какие он намерен дать показания и не приведет его допрос к ухудшению положения подзащитного» [9, с. 30].

Как правильно отмечает Б. Винник, «адвокат-защитник точно, а не приблизительно должен знать, что именно может сообщить лицо, о допросе которого он заявляет ходатайство, поскольку в защитника определенная установка – не навредить своему подзащитному» [10, с. 108]. Перед тем как заявить ходатайство, по утверждению И.М. Одинцовой, в защитника должна сформироваться твердая убежденность, что оно не

повлечет за собой ухудшение положения подзащитного [11, с. 209]. Поэтому мы в полной мере поддерживаем позицию тех ученых, которые указывают на целесообразность предварительного опроса лиц, которые могут в дальнейшем выступать в качестве свидетеля по делу, с целью выяснения характера информации, которой они обладают.

Следует отметить и точку зрения Е.Г. Мартынич, который опрос лиц с их согласия и составленные в связи с этим протоколы рассматривает в качестве процессуальных действий, а собранную таким путем информацию – допустимым доказательством по уголовному делу [12, с. 7]. Но и в данном случае ученый указывает на необходимость урегулирования, как процедуры проведения такого опроса, так и процессуальной формы его закрепления. Отсутствие такой процедуры, по утверждению С. Мостовенко, не только фактически лишает адвоката возможности использовать этот инструмент при защите интересов клиента, но «может привести к тому, что действия адвоката, направленные на опрос определенных лиц, могут быть расценены судом или стороной обвинения как давление на свидетеля» [13, с. 6]. Зато закрепления в законодательстве возможности собирать защитником доказательства путем проведения опроса лиц с их согласия, как отмечает Е.В. Кронов, является «безусловным шагом навстречу реальному построению судопроизводства на основании принципов состязательности и равноправия сторон» [14, с. 5].

Все это указывает на необходимость проанализировать вопрос о возможной процедуре проведения адвокатом опроса лиц с их согласия и способов фиксации полученной информации, которые, к сожалению, не получили своего закрепления в украинском законодательстве. Прежде всего, адвокат должен учесть, что такой опрос должен касаться не любых вопросов, а только тех, которые имеют непосредственное отношение к осуществлению им своей профессиональной деятельности. Законодатель обращает внимание на добровольный характер опроса лиц, которое проводится адвокатом.

Н. Кузнецов и С. Дадонов указывают на то, что «адвокат если не сразу, то хотя бы во время опроса должен сообщить опрашиваемому, для чего нужны получаемые от него сведения. И уж, конечно, адвокат не вправе придумывать для более успешного опроса лица «легенду» о своей принадлежности к какому-нибудь «компетентному» ведомству, а тем более – заставлять опрашиваемого к даче ложных показаний» [15, с. 32]. Без сомнения, адвокату запрещается принуждать лицо давать ложные показания и самовольно присваивать себе властные полномочия, но мы подвергаем сомнению возможность сообщения опрашиваемого лица о цели получения таких сведений уже непосредственно во время проведения опроса. В данном случае мы разделяем позицию А.М. Баева, который исходит из наличия долга защитника непосредственно перед опросом разъяснить опрашиваемому о его добровольном характере [16, с. 18]. Только в таком случае, по нашему мнению, будет соблюдено требование о добровольном участии лица в опросе.

Нужно учесть, что адвокат не наделен властными полномочиями, а потому заслуживает внимания точка зрения Ю.П. Гармаева, по которой «защитник не имеет права обязывать явкой в адвокатский кабинет (бюро, юридическую консультацию) лиц, которых он намерен опросить по обстоятельствам, которые имеют отношение к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь» [7, с. 24-25]. Кроме этого, ученый справедливо отмечает, что адвокат не в состоянии официально предупреждать опрашиваемое лицо об уголовной ответственности за заведомо ложные показания или за отказ от дачи показаний. В литературе имеется позиция о необходимости предусмотреть уголовную ответственность за указанные деяния, что стимулировало бы человека к активной деятельности по даче таких объяснений [10, с. 108] и придавало бы полученным сведениям гарантию достоверности [4, с. 24]. По нашему мнению, адвокат должен сообщать лицу, что в дальнейшем, в установленном законом порядке, оно может быть допрошено в качестве свидетеля, а потому должен сообщить о возможной уголовной ответственности за заведомо ложные показания и отказ от дачи показаний в таком случае, и предложить ему предоставить именно правдивые показания.

Как мы уже отмечали, одной из основных проблем реализации адвокатом своего профессионального права на опрос лиц с их согласия является отсутствие законодательно закрепленной формы фиксации полученных в результате такого опроса сведений. И. Маслов обращает внимание на то, что законодательство «не только не оговаривает, но и не требует процессуальной фиксации данного процессуального действия, которая, по нашему мнению, может не проводиться в принципе, а защитник по результатам опроса может заявить ходатайство о проведении допроса ранее опрошенного ним лица» [17, с. 35]. В данном случае мы разделяем позицию Е.А. Водяник, которая указывает на необходимость фиксации результатов опроса в письменной форме, но считает, что «в то же время устная форма возможна в случае, если лицо находится в другом городе и защитник ведет с ним разговор по телефону или если лицо согласно дать показания следователю или суда, но возражает против письменной фиксации опроса адвокатом» [18, с. 20]. Также она обращает внимание на то, что используя устную форму, необходимо учесть, как и возможность потери информации, которую лицо сообщило адвокату, так и случаи, когда такое лицо под влиянием каких-либо обстоятельств может впоследствии дать другие показания, чем те, что были предоставлены адвокату. Из необходимости фиксации результатов опроса, проводимого адвокатом, выходит и И.И. Зайцева, указывая на то, что такая форма не только уберет адвоката от необоснованных обвинений в совершении какого-либо давления на лица, которых он опрашивал, но может быть использована и в судебном заседании, если между показаниями свидетеля, данными в судебном процессе, и информацией, полученной в ходе опроса, окажутся существенные противоречия [19, с. 32].

Анализируя такой вопрос, некоторые ученые приходят к выводу, что «в случае расхождения между предоставленными защитнику объяснениями и показаниями в суде защитник должен иметь возможность сослаться на первые объяснения и выяснить причины противоречий. При этом приоритет может быть отдан первичным объяснениям» [10, с. 108; 20, с. 39]. По нашему мнению, адвокат в этой ситуации должен действительно обращать внимание на противоречие таких показаний, что должно быть учтено при оценке судом доказательств. К тому же мы считаем, что это обстоятельство должно расцениваться судом в качестве условия вынесения частного определения для решения вопроса о привлечении лица к уголовной ответственности за заведомо ложные показания.

Дискуссионным остается и вопрос о возможности опроса адвокатом лиц, которые уже были допрошены в качестве свидетелей. Так, В.С. Попов отрицает такую возможность [21, с. 199], в то время как А.А. Воронов исходит из наличия права адвоката опрашивать ранее допрошенных следователем или судом лиц в качестве свидетеля по делу, отмечая, что в ряде случаев использование такого права «может оказать существенную помощь защите, например, в случае допроса свидетеля в суде и отвода судом вопросов адвоката» [22, с. 29]. Учитывая отсутствие в украинском законодательстве прямого запрета на совершение такого действия, считаем возможным проведение адвокатом опроса указанных лиц, что предоставит ему дополнительные рычаги в доведении убедительности своей позиции не только в судах вышестоящей инстанции, но и в суде первой инстанции (в частности, при наличии противоречий между показаниями, что предоставило лицо адвокату и следователю по данному делу).

В подавляющем большинстве ученые исходят из необходимости соблюдения письменной формы фиксации результатов проведенного адвокатом опроса лиц, указывая, что наиболее приемлемым является составление протокола опроса. В Методических рекомендациях, предоставленных Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации [23], указывается на то, что ход и результаты опроса предлагается фиксировать в специальном документе, например, назвав его «Протокол опроса лица с его согласия», который, как считается, должен отвечать требованиям, предъявляемым к протоколу допроса свидетеля. Некоторые ученые указывают на то, что «наряду с протоколом, защитник вправе использовать в качестве средств фиксации вербальной информации, средства аудио- и (или) видеозаписи» [16, с. 19]. Е.Э. Макушкина исходит из того, что «процедура опроса должна предусматривать применение адвокатом специальных мероприятий, призванных обеспечивать законность проведения опроса, правильность, полноту фиксации полученных сведений» [4, с. 25]. К таким мерам она относит, по выбору адвоката, или участие понятых, или видеосъемку опроса. Существует точка зрения и о целесообразности использования услуг нотариуса, для удостоверения показаний лица, которое была допрошено адвокатом [25, с. 57].

По нашему мнению, за результатами проведения адвокатом опроса лица с его согласия, по общему правилу, адвокат должен быть составлен протокол о проведении соответствующего действия, не требующий дополнительного заверения. Но по желанию адвоката и (или) такого лица (обязательно с его согласия), процедура опроса может быть дополнительно зафиксирована с помощью аудио-, видео- записи и тому подобное. В таком случае о проведении дополнительной фиксации опроса лица, отмечается в протоколе, с обязательным прикреплением соответствующих материалов в качестве приложения к нему. В таком протоколе должны быть указаны все необходимые данные, как об адвокате, так и о лице, с согласия которого адвокат проводит такой опрос. В нем осуществляется и изложение фактических обстоятельств, которые известны опрашиваемому, и, как правильно отмечает Е.В. Кронов: «Более удачной является форма ответов на конкретные вопросы, которые защитнику следует подготовить заранее» [14, с. 4]. В протоколе должна содержаться информация как о добровольном характере такого опроса и цели получения сведений, так и сообщение лицу о возможности дальнейшего допроса в качестве свидетеля (где уже оно будет предупреждаться об уголовной ответственности за заведомо ложные показания и отказ от дачи показаний). Протокол опроса должен подписываться и адвокатом, и лицом, давшим согласие на опрос. Заслуживает внимания мнение В.В. Паршуткина, который указывает, что желательно, чтобы ответы на вопросы опрашиваемый писал собственноручно, и чтобы каждая страница протокола было подписано опрашиваемым [25, с. 64].

На основании вышеизложенного можно прийти к выводу, что профессиональное право адвоката на опрос лиц с их согласия, по своей сути, должно рассматриваться в качестве одного из основных прав адвоката, направленное на формирование надлежащей и допустимой доказательной базы. Однако отсутствие законодательно закрепленного, как порядка проведения такого опроса, так и формы фиксации полученных в результате такого опроса сведений, фактически превратило такое право в декларацию. Такое положение вещей обусловило ситуацию, при которой опрос лиц с их согласия рассматривается адвокатами преимущественно как «фильтр потенциальных свидетелей» [26, с. 19].

Уже по результатам такого опроса адвокат решает вопрос об обращении с ходатайством о допросе такого лица в предусмотренном законом порядке в качестве свидетеля. Не умаляя роли такой процедуры подачи ходатайства (по результатам опроса), поскольку она дает возможность выяснить характер информации, которой обладают лица, которые могут в дальнейшем выступать в качестве свидетелей по делу, считаем, что такая процедура нуждается в законодательных изменениях. По нашему мнению, не следует процедуру опроса лица сравнивать с допросом свидетеля, но считаем, что результаты опроса лица с его согласия, должны непосредственно восприниматься в качестве доказательств и исследоваться на уровне с другими доказательствами по делу. В этом случае заслуживает внимания мнение Н. Кузнецова, который указывает на то, что «право адвоката самостоятельно собирать «свои» доказательства является важнейшим проявлением состязательности процесса» [15, с. 32].

## ЛИТЕРАТУРА

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 62. – Ст. 17.
2. Дугарон Е.Ц., Товаршинова А.М. Адвокатский опрос: правовая природа и доказательственное значение // Современные проблемы теории и практики права глазами молодых исследователей: материалы 10 Всероссийской молодежной научно-практической конференции (г. Улан-Удэ, 31 марта – 1 апреля 2016 г.). – Улан-Удэ, 2016. – С. 113-118.
3. Сінельнік Р.В. Правовий статус захисника в провадженні по справах про адміністративні правопорушення та кримінальних справах: об'єм повноважень // Вісник Запорізького національного університету. – 2012. – № 1 (I). – С. 281-291.
4. Макушкина Е.Э. Право адвоката на сбор доказательств: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Томск, 2007. – 27 с.
5. Курзинер Е.Э. О праве защитника собирать доказательства // Вестник Южно-Уральского государственного университета. – 2009. – № 6. – С. 28-30.
6. Амасьянц А.Э. Деятельность адвоката-защитника по собиранию доказательств на стадии предварительного расследования в условиях состязательного уголовного процесса // Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы IV Международной научно-практической конференции (г. Уфа, 8 февраля 2014 г.): в 2 ч. – Уфа, 2014. – Ч. II. Международно-правовая и уголовно-правовая секции. – С. 142-147.
7. Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. – Иркутск: ИПКПР ГП РФ, 2005. – 395 с.
8. Воронов А.А. О праве адвоката на собирание доказательств // Закон и право. – 2005. – № 1. – С. 40-41.
9. Чеботарева И.Н. Уголовно-процессуальное значение сведений, собранных адвокатом-защитником в результате опроса лица с его согласия // Уголовное судопроизводство. – 2010. – № 1. – С. 27-30.

10. Винник Б. Обмежене право адвоката-захисника по збиранню доказів у кримінальному процесі // Юридичний журнал. – 2007. – № 3. – С. 107-111.
11. Одинцова І.М. Право на захист на досудовому розслідуванні за новим КПК України [Електронний ресурс] // Право і суспільство. – 2013. – № 2. – С. 207-211 / Режим доступа: URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis\\_2013\\_2\\_36](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2013_2_36)
12. Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. – 2004. – № 3. – С. 4-11.
13. Мостовенко С. Адвокат – не посередник між чиновником і клієнтом! // Дзеркало тижня. – 2012. – № 26. – С. 6.
14. Кронов Е.В. Опрос защитником-адвокатом лиц с их согласия: сущность, значение, механизм производства // Адвокатская практика. – 2008. – № 3. – С. 2-5.
15. Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. – 2002. – № 8. – С. 32.
16. Баев А.М. Защитник и представитель как субъекты уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2009. – 27 с.
17. Маслов И. Адвокатское расследование // Законность. – 2004. – № 10. – С. 34-38.
18. Водяник Е.А. Опрос защитником лица с его согласия // Адвокат. – 2013. – № 11. – С. 20-24.
19. Зайцева И.И. Адвокатура России: автореф. дис. ... канд. юрид. Наук. – Екатеринбург, 2003. – 44 с.
20. Рибалка О.В. Захисник як суб'єкт доказування в кримінальній справі // Адвокат. – 2011. – № 7 (130). – С. 35-40.
21. Попов В.С. Участие адвоката-защитника в процессе доказывания на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции: дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2005. – 249 с.
22. Воронов А.А. Роль адвокатуры в реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2008. – 58 с.
23. Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» [Электронный ресурс], одобрены Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации от 22 апреля 2004 г., протокол № 5 / Режим доступа: URL: [http://fparf.ru/documents/council\\_documents/council\\_recommendations/1520/](http://fparf.ru/documents/council_documents/council_recommendations/1520/)
24. Карякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. – 2003. – № 6. – С. 57-58.
25. Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России: материалы научно-практической конференции адвокатов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и партнеры» (г. Москва, 17 апреля 2003 г.). – М.: ЛексЭст, 2003. – С. 62-71.
26. Филиппова А.Т. Проблемы реализации полномочий адвокатов в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – 30 с.