

Борчашвили И.Ш.

директор Центра судебной экспертизы
Министерства юстиции Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель Республики Казахстан.

Парамонова Л.Ф.

главный эксперт Института судебной экспертизы по Павлодарской области
Центра судебной экспертизы Министерства юстиции Республики Казахстан, кандидат
юридических наук.

АДВОКАТСКИЙ ЗАПРОС О ДАЧЕ ЭКСПЕРТНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ КОДЕКСЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: РАБОТА НАД ОШИБКАМИ. ЧАСТЬ 1

Статья посвящена анализу норм Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, регламентирующих назначение и производство судебных экспертиз по адвокатскому запросу. Авторами предложены альтернативные варианты формулировок норм, содержащих пробелы и коллизии.

Ключевые слова: судебная экспертиза, заключение эксперта, адвокатский запрос о даче экспертного заключения, экспертиза по запросу защитника и представителя потерпевшего.

I. Borchashvili

L. Paramonova

ATTORNEY'S REQUEST FOR GIVING AN EXPERT OPINION IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN: CORRECTIONS PART 1

This article contains the analysis of the norms of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan governing the appointment and the production of forensic examinations attorney's request. The authors offers alternative formulations of rules containing gaps and collisions.

Keywords: forensics, expert opinion, attorney's request for giving an expert opinion, the examination at the request of defense counsel and representative of the victim.

Необходимость модернизации системы уголовного судопроизводства, дальнейшего совершенствования правовых норм, позволяющих реализовать принцип состязательности в уголовном процессе, привела к тому, что в ряде стран постсоветского пространства были разрабо-

таны, активно обсуждаются¹, в Украине и Казахстане — уже приняты, новые Уголовно-процессуальные кодексы. Идея

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики (проекты от 28 мая 2014 г.) / Режим доступа: http://www.president.kg/files/docs/proekt_ugolovno-protsessualnogo_kodeksa.pdf (дата обращения - 11 февраля 2015г.).

о повышении активности защитника в собирании доказательств и расширении его полномочий, давно и много обсуждаемая в научном сообществе [1], в новых кодексах выкристаллизовалась в законодательные новеллы, регламентирующие привлечение на договорных условиях стороной защиты (ч.2 ст. 243 УПК Украины), на основании адвокатского запроса (п.7 ст. 272 УПК РК) эксперта для проведения экспертизы².

Научные дискуссии о наделении защитника, других участников уголовного процесса правом собирания доказательств сменились обсуждением содержания новелл, дающих им такое право, и возможностей применить их на практике [2]. Так В.В. Коваленко констатирует, что «сторона защиты далеко не всегда имеет возможность реализовать предоставленное ей право назначать экспертизы по своему усмотрению, привлекая эксперта на договорных условиях», так как следователь не передает имеющиеся у него вещественные доказательства стороне защиты даже при наличии соответствующего ходатайства [3, с.126]. С.П. Вареникова, отмечая актуальность правовых норм, предоставляющих возможность сторонам самостоятельно собирать доказательства, в то же время указывает на необходимость обстоятельных доктринальных исследований в целях разработки соответствующих предложений по совершенствованию законодательства, регламентирующего производство экспертизы по адвокатскому запросу [4, с.109].

В данной статье предпринята попытка проанализировать нормы УПК РК, регламентирующие назначение и производство судебных экспертиз по адвокатскому запросу, выявить имеющиеся пробелы, коллизии и предложить альтернативные варианты формулировок. В первую очередь необходимо дать оценку терминологии, предложенной казахстанским законодателем. К сожалению, в УПК РК нет единообразия в части новых терминов: наряду с термином «адвокатский запрос о даче экспертного заключения» (ч.7 ст. 272) используется термин «экспертиза по запросу защитника

и представителя потерпевшего» (ч.11 ст. 272). Равнозначны ли эти термины?

Законодатель в части регламентации прав участников уголовного процесса особо выделил объем прав адвоката, участвующего в деле в качестве защитника, в том числе указал, что он вправе «получать на договорной основе заключения эксперта ... по делу и ходатайствовать о приобщении таких заключений к материалам дела» (п.5. ч.3 ст.70 УПК РК). Однако эта норма противоречит п.3 ч.3 ст. 122 УПК РК, согласно которой «защитник, представитель потерпевшего ... вправе ... получать сведения, необходимые для осуществления защиты, представления интересов потерпевшего, путем ... направления запроса в экспертное учреждение о проведении на договорной основе соответствующей экспертизы». Таким образом, налицо коллизия норм, в связи с чем необходимо определить круг лиц, которые могут направлять адвокатский запрос о даче экспертного заключения.

Очевидно, что представитель потерпевшего, а также защитник, не являющийся адвокатом, т.е. лицом «получившим лицензию на занятие адвокатской деятельностью, обязательно являющимся членом коллегии адвокатов и оказывающим юридическую помощь на профессиональной основе в рамках адвокатской деятельности» (ч.1 ст.7 Закона РК №195-І от 05 декабря 1997 года «Об адвокатской деятельности»), не может направлять запрос о проведении экспертизы. Для реализации права получения заключения эксперта лицу, направляющему запрос, необходим комплекс юридических знаний и навыков, поскольку формирование запроса и постановка вопросов эксперту зиждется на нескольких взаимосвязанных элементах: учет компетенции и возможностей экспертизы, необходимая и достаточная полнота информирования об установленных фактах и обстоятельствах, внутренняя и внешняя непротиворечивость вопросов [5, с.205]. Такие знания относятся к профессиональным знаниям юриста, осуществляющего адвокатскую деятельность на основании лицензии, иные лица (согласно ч.2 ст. 66 УПК РК в качестве представителя потерпевшего могут выступать супруг (супруга) или близкий родственник, опекун, попечитель либо представитель организации, на попечении или иждивении которой находится подзащитный) в большинстве своем

² Уголовно-процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 № 4651-VI / Режим доступа: <http://kodeksy.com.ua/ka/upku-2012> (дата посещения - 12 марта 2015г.); Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V / Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852 (дата посещения - 12 марта 2015г.).

необходимыми знаниями и навыками не обладают, их представления о возможностях криминалистики и судебной экспертизы сформированы в основном средствами массовой информации (в том числе, сериалами типа «След») и далеки от реалий.

В свете высказанных соображений целесообразно заменить в соответствующих нормах УПК РК термин «защитник, представитель потерпевшего» на термин «адвокат, участвующий в деле в качестве защитника» либо выделить нормы, касающиеся только адвоката. Полагаем, что на существование в кодексе имеет право только термин «адвокатский запрос о даче экспертного заключения», однако и он не совсем корректен, так как, во-первых, в других нормах кодекса применяется термин «заключение эксперта», во-вторых, по аналогии с термином «постановление о назначении судебной экспертизы» логично ввести в юридический оборот словосочетание «адвокатский запрос о проведении судебной экспертизы».

Еще один новый термин, появившийся в УПК РК в связи с определением порядка производства экспертизы по адвокатскому запросу, требует анализа и оценки – «получать *на договорной основе* заключения эксперта» (п.5 ч.3 ст. 70). Аналогичный термин есть и в УПК Украины: «Сторона защиты имеет право самостоятельно привлекать экспертов *на договорных условиях* для проведения экспертизы» (ч.2 ст. 243). Указанные термины применительно к судебной экспертизе могут быть истолкованы как получение желаемого результата судебно-экспертного исследования за определенную, оговоренную плату. Интересна точка зрения А.Р. Белкина на эту проблему: анализируя возможность привлечения стороной защиты специалиста на договорной основе, он подчеркивает, что «сам факт оплаты услуг специалиста одной из сторон не должен считаться доказательством его заинтересованности в исходе дела», и предлагает внести данную норму в статью 58 УПК РФ, регламентирующую права и обязанности специалиста [6, с.195-196]. На наш взгляд, проблема заключается не в возможности получения вознаграждения за выполненную работу и экспертом, и специалистом (что предусмотрено и в УПК РК, и в УПК РФ), а в используемых терминах.

При направлении адвокатского запроса в орган судебной экспертизы пред-

полагается заключение договора между лицом, в интересах которого проводилась экспертиза, и руководителем органа судебной экспертизы. В случае проведения судебной экспертизы в ГУ «Центр судебной экспертизы» МЮ РК ни о каком договоре не может быть и речи, так как согласно п.2 ст.160 Закона РК от 01 марта 2011г. «О государственном имуществе» государственное учреждение может осуществлять приносящую доходы деятельность (оказание платных услуг) только при наличии специального разрешения. Но такого права у ГУ «Центр судебной экспертизы» нет, есть только право на возмещение расходов, понесенных в результате производства судебной экспертизы, путем зачисления этой суммы в республиканский бюджет. Таким образом, налицо коллизия нормы УПК РК и Закона РК «О государственном имуществе».

Наряду с термином «на договорной основе» законодатель в п.11 ст. 272 УПК РК использует термин «возмещение расходов»: «В случаях производства экспертизы по запросу защитника и представителя потерпевшего *возмещение расходов* возлагается на лицо, в интересах которого оно производилось». Так о чем идет речь: о производстве экспертизы на договорной основе или все-таки о возмещении расходов, понесенных в результате ее производства? Считаем, что в данном случае подразумевается возмещение расходов, так как договорная основа предполагает помимо возмещения затрат и получение прибыли, что при осуществлении судебно-экспертной деятельности недопустимо, так как эта деятельность не относится к предпринимательской.

Второй блок вопросов связан с процессуальной регламентацией процедуры назначения и производства экспертизы по адвокатскому запросу и с имеющимися в соответствующих нормах коллизиями и пробелами. Так остается неясным вопрос: на какой стадии уголовного преследования защитник может направлять адвокатский запрос о получении заключения эксперта? В одних нормах указано, что данное действие возможно как на стадии досудебного расследования, так и в ходе судебного разбирательства (ч.3 ст. 122 УПК РК), согласно других норм такое возможно только на стадии досудебного расследования (ч.8 ст. 272 УПК РК – о направлении запроса ... одновременно уведомляется

лицо, осуществляющее *досудебное* расследование). В нормах, регламентирующих порядок судебного разбирательства, указаны только очередность предоставления доказательств сторонами (ст. 366 УПК РК), основания и порядок назначения экспертизы судом (ст. 373 УПК РК), цели и очередность допроса эксперта по данному им заключению (ст. 374 УПК РК). Полагаем, что к началу главного судебного разбирательства стороны обвинения и защиты должны собрать и исследовать все имеющиеся доказательства, а при появлении новых доказательств их экспертиза может быть проведена по постановлению суда. В связи с этим считаем, что производство экспертизы по адвокатскому запросу можно ограничить периодом досудебного расследования, а нормы, регламентирующие данную процедуру и требующие корректировки, могут быть изложены в следующей редакции:

Статья 122. Собираение доказательств

(...)

3. Защитник, представитель потерпевшего, допущенные в установленном настоящим Кодексом порядке к участию в досудебном расследовании или судебном разбирательстве, вправе с соблюдением установленного законодательными актами Республики Казахстан порядка о неразглашении сведений, составляющих коммерческую и иную охраняемую законом тайну, получать сведения, необходимые для осуществления защиты, представления интересов потерпевшего, путем:

(...)

3) исключен;

(...).

3-1. Адвокат, участвующий в деле в качестве защитника, наряду с правами, предусмотренными частью третьей настоящей статьи, также вправе на стадии досудебного расследования направлять запрос в орган судебной экспертизы о получении соответствующего заключения эксперта.

Статья 272. Порядок назначения экспертизы

(...)

11. Возмещение расходов, связанных с производством экспертизы, а также оплата труда эксперта производятся по правилам главы 21 настоящего Кодекса. В случаях производства экспертизы по адвокатскому запросу возмещение расходов

возлагается на лицо, в интересах которого оно производилось.

Статья 276. Производство экспертизы органом судебной экспертизы. Права и обязанности руководителя органа судебной экспертизы

(...)

3. В случае производства экспертизы по адвокатскому запросу необходимые материалы предоставляются адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника.

Явным пробелом является отсутствие в УПК РК нормы, регламентирующей структуру и содержание такого документа как «адвокатский запрос». Анализ норм, связанных с производством экспертизы по адвокатскому запросу, показал, что в этом документе обязательно наличие следующих сведений: данные о лицензии на осуществление адвокатской деятельности; реквизиты ордера, удостоверяющего полномочия адвоката на защиту конкретного лица; сведения об органе, ведущим уголовный процесс; сведения о происхождении объекта, представленного на исследование. С учетом вышеизложенного ч.7 ст. 272 УПК РК могла бы иметь следующий вид:

Статья 272. Порядок назначения экспертизы

(...)

7. Экспертиза в уголовном процессе в порядке, предусмотренном пунктом 3) части третьей статьи 122 настоящего Кодекса, на основании адвокатского запроса о получении заключения эксперта проводится в случае отсутствия необходимости в истребовании объектов исследования из органа, ведущего уголовный процесс.

В адвокатском запросе указываются: дата и место вынесения запроса о получении заключения эксперта; фамилия, имя, отчество (при его наличии) лица, направляющего запрос; сведения о лицензии на осуществление адвокатской деятельности; реквизиты ордера, удостоверяющего его полномочия на защиту конкретного лица; номер уголовного дела и сведения об органе, лице, ведущем уголовный процесс; основания направления запроса; вид экспертизы; вопросы, поставленные перед экспертом; объекты, направляемые на экспертизу, и информация об их происхождении; наименование органа судебной экс-

пертизы и (или) фамилия, имя, отчество (при его наличии) лица, которому поручено производство судебной экспертизы; обязательства о возмещении расходов за проведенное экспертное исследование; при проведении экспертизы живого лица обязательным приложением является письменное согласие лица на исследование.

Кардинального пересмотра и изменений требует ч. 8 ст. 272 УПК РК: «О направлении запроса защитника или представителя потерпевшего о даче экспертного заключения в порядке, предусмотренном частью седьмой настоящей статьи, одновременно уведомляется лицо, осуществляющее досудебное расследование, которое при необходимости направляет эксперту дополнительные вопросы. Заключение эксперта, данное на основании запроса защитника или представителя потерпевшего, составляется в двух экземплярах, одно из которых направляется лицу, осуществляющему досудебное расследование». Детальный анализ данной нормы был проведен автором ранее [7, с.364-367]. Здесь же считаем необходимым предложить свой вариант этой нормы с учетом высказанных замечаний, в том числе, и по используемой терминологии:

Статья 272. Порядок назначения экспертизы
(...)

8. О направлении адвокатского запроса о получении заключения эксперта в порядке, предусмотренном частью седьмой настоящей статьи, одновременно уведомляется лицо, осуществляющее досудебное расследование.

Пробелы и коллизии в нормах, регулирующих в уголовном процессе организацию и производство экспертизы по адвокатскому запросу, на этом не заканчиваются. Так не нашел отражение в новом УПК РК блок вопросов, связанных с правом защитника как лица, назначающего экспертизу (по аналогии со следователем, дознавателем), получать образцы для проведения экспертного исследования, определять статус экспертизы (в статьях, регламентирующих назначение и производство комиссионных, повторных экспертиз указано, что основанием для их производства является постановление), присутствовать при производстве экспертизы, а также о возможности присутствовать при

производстве такой экспертизы и давать пояснения лицу, чьи законные интересы представляет адвокат.

Неясна позиция законодателя по вопросу о возможности направления адвокатского запроса лицу, осуществляющему судебно-экспертную деятельность на основании лицензии: в действующем законодательстве орган, ведущий уголовный процесс, следственный судья вправе назначить экспертизу лицу, не являющемуся сотрудником органа судебной экспертизы, а адвокату отказано в таком праве (ст. 277 УПК РК). Не отражены в УПК РК права и обязанности руководителя органа судебной экспертизы в части организации производства экспертизы по адвокатскому запросу: основания для возврата запроса, направление мотивированных ходатайств о привлечении экспертов, не являющихся сотрудниками органа, о продлении сроков производства экспертизы. Не указано в кодексе и то, какова структура заключения эксперта, выполненного по адвокатскому запросу.

Таким образом, необходимо продолжить работу над ошибками, допущенными казахстанским законодателем при разработке новелл, регламентирующих в уголовном процессе организацию и производство экспертиз по адвокатскому запросу, а итогом такой работы должен стать блок норм, отличающихся как внутренней взаимосвязью, так и сбалансированностью с другими нормами УПК РК.

Литература

1. См., например: Сахнова Т.В. Экспертиза в гражданском процессе (Теоретическое исследование): дис. ... докт. юрид. наук. Красноярск, 1998. С.90; Давлетов А.А. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. 2003. №7. С.50; Внуков В.И. Особенности назначения, производства и использования результатов независимых экспертиз при расследовании преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. С.11; Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2007. С.59; Пиюк А.В. Собираение доказательств защитником — декларация или реальность? // Российская юстиция. 2010. №3. С.32-35; Цаплин А.С. Использование специальных знаний представителем потерпевшего и защитником при назначении судебных экспертиз // Мат-лы 3-й Межд.

науч.-практ. конф. «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». М., 2011. С.151-152.

2. Ертаева Г.Ж., Парамонова Л.Ф. Назначение и организация производства судебной экспертизы по адвокатскому запросу (в новом УПК РК) // Мат-лы межд. науч.-практ. конф. «Восток-Запад: партнерство в судебной экспертизе. Актуальные вопросы теории и практики судебной экспертизы». Астана, 2014. С.145-147; Корж В.П. Назначение экспертизы в уголовном судопроизводстве Украины: проблемы законодательства // Мат-лы V Межд. науч.-практ. конф. «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». М., 2015. С. 257-260; Щербаковский М.Г. Проблемы соблюдения принципа состязательности в УПК Украины при назначении судебных экспертиз // Там же. С.533-536.

3. Коваленко В.В. Реализация права стороны защиты на назначение экспертизы в уголовном судопроизводстве Украины //

Судебная экспертиза: Методологические, правовые и организационные проблемы новых родов (видов) судебных экспертиз: мат-лы Межд. науч.-практ. конф-ции. М., 2015. С.126-128.

4. Вареникова С.П. Проблемные вопросы назначения судебной экспертизы в новом уголовно-процессуальном законе Республики Казахстан // Мат-лы V Межд. науч.-практ. конф. «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». М., 2015. С.105-109.

5. Седнев В.В. Очерки теории судебной экспертизы / Монография. М., 2015. 272 с.

6. Белкин А.Р. УПК РФ: нужны ли перемены? / Монография. М., 2013. 416 с.

7. Парамонова Л.Ф. Проблемы организации и производства судебных экспертиз по адвокатскому запросу // Мат-лы V Межд. науч.-практ. конф. «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». М., 2015. С. 363-367.