# СОДЕРЖАНИЕ

Введение

Глава 1. Общие вопросы защиты обвиняемого в уголовном процессе

* 1. Понятие защитника в уголовном деле
  2. Процессуальное положение защитника в уголовном процессе
  3. Допуск защитника к участию в деле

Глава 2. Формы участия адвоката – защитника в уголовно – процессуальном доказывании

2.1 Опрос лиц, собирание и предоставление документов и вещественных доказательств

2.2 Заявление ходатайств и принесение жалоб как форма участия адвоката – защитника в уголовно – процессуальном доказывании

2.3 Привлечение специалистов к участию в уголовно – процессуальном доказывании адвокатом защитником

Глава 3. Проблемы, современное состояние и перспективы развития собирания, оценки и проверки доказательств стороной защиты

3.1 Возможности обвиняемого и его защитника по собиранию доказательственной информации: Зарубежный опыт

3.2 Собирание доказательственной информации обвиняемым и его защитником: Современное состояние и перспективы развития

3.3 Судебная практика

Заключение

Библиография

Приложения

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Согласно ч. 2 ст. 48 Конституции РФ каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления, имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. Данное право служит для этих лиц гарантией осуществления других закрепленных в Конституции РФ прав - на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48), на защиту своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45), на судебную защиту (ст. 46), на разбирательство дела судом на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123) - и находится во взаимосвязи с ними.

На основе доказывания обстоятельств, свидетельствующих в пользу подозреваемого или обвиняемого, реализуется основная профессиональная деятельность адвоката в уголовном деле. Однако в уголовно-процессуальной науке традиционно главное внимание было приковано к процессу доказывания как принудительной деятельности следователя, дознавателя, прокурора и суда. Участию защитника в процессе доказывания лишь в последнее время уделяется должное внимание в юридической литературе. Указанные обстоятельства обуславливают своевременность и актуальность настоящего исследования.

Степень разработанности темы. К вопросам, связанным с участием защитника обвиняемого в процессе доказывания обращались такие ученые, как В.П. Божьев, А.Д. Бойков, Т.В. Варфоломеев, Н.А. Громов, З.Д. Еникеев, Ю.В. Кореневский, А.А. Леви, П.А. Лупинская, З.В. Макарова, Стецовский, А.А. Тарасов, Б.А. Филимонов, С.А. Шейфер и др.

Из конкретных работ мне хотелось бы отметить научно-практическое пособие Т.Т. Алиева, Н.А. Громова и Л.В. Макарова «Уголовно-процессуальное доказывание» (М., 2002).

Цель и задачи исследования. Цель настоящего исследования состоит в том, чтобы на основе уголовно-процессуального законодательства, научной литературы и правоприменительной практики комплексно исследовать актуальные проблемы участия защитника в процессе доказывания по уголовному делу.

Для достижения указанной цели автором поставлены следующие задачи:

- уточнить понятие защитника обвиняемого (подозреваемого);

- выделить основные характеристики института защиты в уголовном процессе;

- проанализировать основы процессуально-правового статуса защитника;

- определить место защитника обвиняемого в системе субъектов и участников процесса доказывания;

- исследовать особенности участия защитника обвиняемого в процессе доказывания на стадии предварительного расследования;

- исследовать особенности участия защитника обвиняемого (подозреваемого) в процессе доказывания в суде первой инстанции;

- сформулировать предложения по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства и правоприменительной практики;

- на основании проделанной работы сделать соответствующие выводы по теме.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования в рамках выпускной квалификационной работы выступают деятельность защитника обвиняемого в процессе доказывания по уголовном делам.

Предметом исследования являются нормы уголовно-процессуального права, регулирующие вопросы доказывания в уголовном судопроизводстве; теоретические воззрения на разрабатываемые проблемы; правоприменительная практика.

Методология и методы проведенного исследования. Методологическую основу исследования составляет теория познания, ее всеобщий метод материалистической диалектики. В качестве общенаучных методов исследования применялись: формально-логический и системный методы научного познания, описание, наблюдение, сравнение, анализ и синтез.

Нормативно-правовая база исследования представлена Конституцией РФ, уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации, а также подзаконными нормативными правовыми актами министерств и ведомств.

Теоретическая база исследования основана на трудах ученых в области теории государства и права, криминалистики и уголовного процесса.

Структура и объем. Дипломная работа состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, заключения, библиографии.

# Глава 1. Общие вопросы защиты обвиняемого в уголовном процессе

## 

## 1.1 Понятие защитника в уголовном деле

Участие защитника является существенной гарантией прав и законных интересов обвиняемого (подозреваемого) в уголовном процессе. В соответствии п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»[[1]](#footnote-1) адвокат обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы подзащитного всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами.

Защитником является лицо, допущенное следователем (дознавателем, прокурором, судьей или судом) в качестве такового в уголовный процесс. Защитник осуществляет защиту прав и интересов подозреваемых, обвиняемых, лиц, совершивших запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости. Более того, пока факт совершения общественно опасного деяния невменяемым не установлен, адвокат может защищать также лицо, в отношении которого вынесено постановление о назначении судебно-психиатрической экспертизы (ст. 438 УПК РФ) и собраны доказательства, которые в обычном порядке (если бы не было сомнения в его вменяемости) позволили бы вынести постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого. Соответственно защитник - это субъект, осуществляющий в установленном УПК РФ порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых, а также не являющихся таковыми лиц, в отношении которых ведется производство о применении принудительных мер медицинского характера.

Защитником может быть адвокат после предъявления им ордера на исполнение поручения, выдаваемого соответствующим адвокатским образованием, и удостоверения адвоката. По определению или постановлению суда вторым защитником могут быть допущен любой гражданин, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. Лишь при производстве у мирового судьи обвиняемый вправе иметь защитника не адвоката. Мировым судьей указанное лицо допускается в качестве защитника вместо адвоката (ч. 2 ст. 49 УПК РФ). Наличия у указанного лица документа, удостоверяющего его личность; доверенности, юридического образования, каких-либо профессиональных знаний и опыта закон не требует. Конституция РФ не содержит указания на критерии, соблюдение которых свидетельствует о должном уровне квалификации лиц, оказывающих гражданам юридическую помощь[[2]](#footnote-2).

Если гражданин, не являющийся адвокатом допущен в процесс в качестве защитника, выход из процесса защитника-адвоката или завершение рассмотрения дела мировым судьей (по первой инстанции) не изменяет статуса данного гражданина. Допущенный с соблюдением требований закона в уголовный процесс в качестве защитника, он остается таковым и на последующих судебных стадиях.

**1.2 Процессуальное положение защитника в уголовном процессе**

Защитник в уголовном процессе обладает следующими правами:

- знать свои права и обязанности (ч. 1 ст. 11 УПК РФ);

- делать заявления, давать консультации и т. п. на своем родном языке или языке, которым владеет;

- пользоваться услугами переводчика;

- представлять доказательства.

Защитник вправе представлять предметы и документы, имеющие значение для дела. Представленные им справки о проведенном исследовании, объяснения опрошенных лиц могут быть приобщены к делу как "иной документ".

- заявлять ходатайства.

Защитник, например, вправе заявить ходатайство, о его уведомлении о каждом следственном действии, которое планируется произвести с участием его подзащитного;

- заявлять отводы любому из лиц, перечисленных в статьях 61-72 УПК РФ;

- приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении судом.

Права защитника, как участника следственного действия.

- быть уведомленным о применении технических средств;

- знакомиться с протоколами следственных действий, в которых он принимал участие;

- требовать внесения в протокол следственного действия поправок;

- требовать дополнения протоколов следственных действий, в которых он лично принимал участие, и внесения в них уточнений;

- удостоверять правильность записи показаний в протоколе такого следственного действия, в котором он принимал участие.

Права защитника одинаковые с правами подзащитного.

Общие права:

- присутствовать при предъявлении обвинения;

- иметь с подозреваемым и обвиняемым свидания наедине и конфиденциально без большего, чем предусмотрено в ч. 4 ст. 92 УПК РФ, ограничения их числа и продолжительности. Защитнику должна быть предоставлена возможность свидания с подзащитным до первых допросов последнего в качестве подозреваемого и в качестве обвиняемого. Свидания подозреваемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволяющих сотруднику правоохранительных органов видеть их, но не слышать;

- знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, знакомиться с материалами, на основании которых принимаются судебные решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей, если эти решения затрагивают права и свободы подзащитного, выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств.

- участвовать в предварительном слушании;

- участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций, а также в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

- участвовать в исследовании доказательств во время судебного следствия;

- представить суду в письменном виде предлагаемую им формулировку решения по вопросам, указанным в п. п. 1 - 6 ст. 299 УПК РФ (ч. 7 ст. 292 УПК РФ);

- знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

- знать о принесенных по делу жалобах и протестах, знакомиться с содержанием таковых, когда таковые касаются интересов подзащитного, и подавать на них возражения;

- представлять суду, рассматривающему дело в кассационном, порядке дополнительные материалы;

- при рассмотрении дела в кассационном, надзорном порядке и ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств, после доклада судьи (прокурора) дать свои устные объяснения.

- знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;

- заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;

- ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;

- ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;

- присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;

- знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта (ст. 198 УПК РФ).

Специфические права защитника.

- знать, в чем обвиняется (подозревается) его подзащитный;

- при наличии к тому оснований заявлять самоотвод (ч. 1 ст. 62 УПК РФ);

- лично ознакомиться с каждым из вынесенных следователем или дознавателем постановлением о привлечении подзащитного в качестве обвиняемого. Между тем до окончания расследования он не вправе требовать от органа предварительного расследования ознакомления его с имеющимися доказательствами обвинения помимо тех, о которых идет речь в ст. 53 УПК РФ и (или) в Определении Конституционного Суда РФ от 12 мая 2003 г. № 173-0 «По жалобе гражданина Коваля Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями статей 47 и 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»[[3]](#footnote-3);

- собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии (ч. 3 ст. 86 УПК РФ);

- привлекать специалиста;

- участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном УПК РФ;

Закон не устанавливает каких-либо ограничений для участия защитника в следственных действиях, производимых с участием подзащитного. Если следователь дал согласие на присутствие обвиняемого при производстве судебной экспертизы, защитнику получать подобное согласие уже не требуется.

Допущенный к участию в деле защитник вправе присутствовать при производстве любого следственного действия, в котором принимает участие его подзащитный и заявлять ходатайство об уведомлении его о таковых;

- давать в присутствии следователя во время производства следственного действия своему подзащитному краткие консультации по вопросам, касающимся предмета оказываемой им юридической помощи.

Если защитник посчитает необходимым дать консультацию подзащитному обвиняемому или подозреваемому в отсутствие следователя, он может ходатайствовать о предоставлении ему возможности реализовать свое, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 53 и п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ право на свидания с подзащитным;

- задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, которые обязательно заносятся в протокол, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе допроса;

- знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому;

- участвовать в прениях сторон;

- быть допущенным к сведениям, составляющим государственную тайну, без проведения специальных проверочных мероприятий, если он участвует в деле, связанном с подобного рода сведениями (ч. 1 ст. 21.1 Закона РФ «О государственной тайне»);

- использовать иные не запрещенные УПК РФ средства и способы защиты.

На защитника, кроме того, возлагаются обязанности:

- Честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы подзащитного всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами.

- Исполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, а также оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации (ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

- Соблюдать порядок в судебном заседании.

- Подчиняться распоряжениям председательствующего (ст. 258 УПК РФ).

- Не отказываться от принятой на себя защиты подозреваемого или обвиняемого.

- Не разглашать сведения, сообщенные ему в связи с осуществлением защиты и оказанием другой юридической помощи.

- Иные обязанности.

Уголовно-процессуальный закон не содержит специального упоминания на наличие у защитника права знать свои права и обязанности. Адвокат имеет высшее юридическое образование и, предполагается, должен знать свой правовой статус. Близким родственникам, а также другим лицам (не адвокатам) допущенным в процесс в качестве защитников рекомендуется права и обязанности защитника разъяснять.

Защитник не вправе разглашать сведения, доверенные подзащитным ему в связи с выполнением адвокатом своих профессиональных функций. Уголовно-процессуальное законодательство, не устанавливая каких-либо исключений из этого правила в зависимости от времени получения адвокатом сведений, составляющих адвокатскую тайну, не ограничивает их сведениями, полученными лишь после того, как адвокат был допущен к участию в деле в качестве защитника обвиняемого"[[4]](#footnote-4).

Юридическая помощь адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве не ограничивается процессуальными и временными рамками его участия в деле при производстве расследования и судебного разбирательства, она включает и возможные предварительные юридические консультации и разъяснения по юридическим вопросам, устные и письменные справки по законодательству, составление заявлений, жалоб и других документов правового характера, осуществление представительства, оказание иной юридической помощи[[5]](#footnote-5).

Юрист должен соблюдать конфиденциальность в отношении всей информации, предоставленной ему самим клиентом или полученной им относительно его клиента или других лиц в ходе предоставления юридических услуг; при этом обязательства, связанные с конфиденциальностью, не ограничены во времени (п. 2.3 Кодекса поведения для юристов в Европейском сообществе, принятой 28 октября 1988 года Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза в Страсбурге)[[6]](#footnote-6).

**1.3 Допуск защитника к участию в деле**

Защитник участвует в уголовном деле:

- с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, за исключением нижеуказанных случаев;

- с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица;

- с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях:

а) предусмотренных ст. ст. 91 и 92 УПК РФ;

б) применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу;

- с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;

- с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (ч. 3 ст. 49 УПК РФ);

- по делам частного обвинения, по которым дознание или предварительное следствие не производилось, с момента констатации наличия в распоряжении мирового судьи оснований для назначения судебного заседания (ч. ч. 3, 4 ст. 319 УПК РФ), а значит еще до принятия решения о назначении судебного разбирательства.

Если следователем, дознавателем принято решение о допуске защитника к участию в деле с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, то защитник заранее должен быть уведомлен о дне, месте и времени предъявления обвинения так, чтобы последний имел возможность до производства, данного процессуального действия встретиться со своим подзащитным, а также присутствовать при предъявлении обвинения.

Допуск защитника с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления означает, что последнему возможность иметь защитника должна быть предоставлена сразу после доставления в милицию (иной орган предварительного расследования). Уже с этого момента, вне зависимости от того составлен или нет протокол о задержании лица в соответствии со ст. ст. 91 и 92 УПК РФ, подозреваемый вправе требовать приглашения защитника, а защитнику должна быть предоставлена возможность свидания с подзащитным наедине и конфиденциально без ограничения их числа и продолжительности.

Продолжительность свидания защитника с подзащитным может быть ограничена лишь в случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого, если об этой необходимости следователь (дознаватель и др.) уведомил подозреваемого и его защитника еще до того, как само свидание началось. Но и в такой ситуации следователь (дознаватель и др.) не вправе прекратить свидание, если оно продолжалось менее 2 часов (ч. 4 ст. 92 УПК РФ).

Допуск защитника с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы означает, что оглашение содержания этого документа и удостоверение подписью подозреваемого данного факта должно быть осуществлено в присутствии защитника.

Лицо вправе обратиться к помощи адвоката (защитника), если в отношении него проводятся следственных действий (обыск, опознание, допрос и др.) или иные меры, предпринимаемые в целях его изобличения или свидетельствующие о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии с ч. 1 ст. 51 Конституции РФ права не давать показаний против себя самого)[[7]](#footnote-7).

Началом осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления, обычно является оглашение ему соответствующего постановления (о производстве обыска, освидетельствования и т.п.). При оглашении данного документа может участвовать защитник. Между тем не любое процессуальное действие, затрагивающее права и свободы гражданина, требует предварительного вынесения постановления о производстве такового. Так, нет необходимости в вынесении постановления о производстве допроса подозреваемого, в ходе которого следователь выясняет причастность его к совершению преступления. Хотя, бесспорно, в ходе производства такого следственного действия будут затронуты права и свободы допрашиваемого. И поэтому, приступить к нему можно только после предоставления подозреваемому возможности пригласить для участия в нем защитника.

Защитник приглашается обвиняемым (подозреваемым). Соглашение с защитником могут заключить и родители, усыновители, опекуны, попечители обвиняемого, представители учреждений и организаций, на попечении которых находится обвиняемый, а также любое другое лицо по поручению или с согласия обвиняемого (подозреваемого). Процедура приглашения защитника другими лицами обычно следующая. Кто-либо, к примеру, отец обвиняемого заключает соглашение с адвокатом, после чего сам обвиняемый дает письменное согласие или заявляет ходатайство о допуске этого адвоката в качестве его защитника.

Если обвиняемый (подозреваемый) дал согласие на допуск к делу одного защитника, а кто-либо из его родственников заключил соглашение с другим адвокатом, кто из них будет принимать участие в производстве по делу или будут ли они участвовать в деле вместе, решает сам обвиняемый (подозреваемый), а не следователь или дознаватель. При наличии соглашения на участие в предварительном расследовании определенного защитника и возможности его явки, участие других защитников, согласия, на участие которых обвиняемый не давал, признается нарушением требований уголовно-процессуального закона.

Обвиняемый (подозреваемый), а также другие лица по поручению или с его согласия могут пригласить для осуществления защиты несколько защитников.

Когда обвиняемый или подозреваемый в связи с нахождением в местах заключения или по иным причинам не в состоянии пригласить защитника самостоятельно, он обращается к следователю или дознавателю с просьбой обеспечить участие в деле защитника. Следователь и дознаватель не вправе отказать обвиняемому (подозреваемому) в удовлетворении этого ходатайства.

Если явка защитника, избранного подозреваемым (обвиняемым) или его близкими родственниками, невозможна (к примеру, в течение двадцати четырех часов с того момента, с которого исчисляется течение срока задержания или заключения под стражу), дознаватель, следователь, начальник следственного отдела, прокурор вправе предложить подозреваемому (обвиняемому) сообщить о том, кого бы он желал пригласить в качестве другого защитника, и обеспечивают ему явку выбранного им нового защитника, а при невозможности этого приглашают ему любого другого адвоката через совет адвокатской палаты субъекта Российской Федерации или действующие в районе адвокатские образования.

Если в связи с неявкой в течение 5 суток (24 часов с момента задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу) выбранного обвиняемым (подозреваемым) защитника, следователь или суд допустят в уголовный процесс другого адвоката, у обвиняемого (подозреваемого) остается право заменить защитника сразу, как появится возможность участия в деле того адвоката, которого он выбрал. Невозможность участия в уголовном процессе избранного обвиняемым защитника в течение пяти суток должно быть подтверждено приобщенными к уголовному делу материалами (справками, рапортами и др.). Следователем (дознавателем, судом) выясняются и отражаются в деле причины неявки адвоката. Иначе приглашение иного (не того, кого хотел бы обвиняемый) защитника должно быть признано нарушением уголовно-процессуального закона, которое влечет отмену приговора (иного судебного решения).

Один и тот же человек не может быть допущен к уголовному делу в качестве защитника двух обвиняемых, если есть хотя бы вероятность того, что интересы одного из них противоречат интересам другого. У каждого из обвиняемых должен быть защитник во всех без исключения случаях, когда в деле содержатся доказательства, исходя из содержания которых, можно сделать вывод, что на определенном этапе расследования в их интересах существовали противоречия.

Указанные противоречия не обязательно должны быть существенными. Это основание не устраняется и в случае проведения между обвиняемыми очной ставки в целях устранения существующих противоречий в их показаниях. Очная ставка направлена на ликвидацию противоречий в показаниях, а не в интересах обвиняемых. Противоречия в интересах обвиняемых могут иметь место и тогда, когда противоречий в их показаниях нет.

Обвиняемый (подозреваемый) вправе в любой момент производства по делу и на любой стадии уголовного процесса отказаться от защитника. Об отказе от защитника у обвиняемого отбирается расписка, в которой обязательно отражается, когда и при каких обстоятельствах она составлена. Помимо того, если отказ от защитника заявляется во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе данного следственного действия. Рекомендуется в данном протоколе указывать на то обстоятельство, что отказ от защитника не был связан с материальным положением обвиняемого.

В соответствии с требованиями ст. 51 УПК РФ участие защитника в уголовном судопроизводстве обязательно, если:

- подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ;

- подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним;

- подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

- подозреваемый, обвиняемый не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу;

- лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь;

- уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей;

- обвиняемый заявил ходатайство о принятии судебного решения по его уголовному делу в особом, предусмотренном ст. 314-317 УПК РФ порядке.

В первых пяти случаях участие защитника обеспечивается, исходя из общих требований к моменту допуска защитника в уголовный процесс (ч. 3 ст. 49 УПК РФ). В двух последних - с момента заявления хотя бы одним из обвиняемых ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей либо ходатайства о рассмотрении уголовного дела в особом порядке. Участие защитника должно быть реальным и подтверждаться ордером, приобщаемым к материалам уголовного дела.

Участие защитника в деле обязательно, если об этом ходатайствует обвиняемый (подозреваемый), а равно в случаях, когда защитник уже участвует в деле. Нарушением уголовно-процессуального закона, послужившим основанием отмены судебного решения, признано предъявление для ознакомления всех материалов дела только обвиняемому и непредъявление защитнику, когда последний допущен к участию в деле с момента предъявления обвинения.

Участие защитника (адвоката) по делам несовершеннолетних обязательно с момента, с которого он должен быть допущен к участию в уголовном деле и на протяжении всего как досудебного, так и судебного производства независимо от того, достиг ли обвиняемый к этому времени совершеннолетия. Это правило относится и к случаям, когда лицо обвиняется в преступлениях, одно из которых совершено им в возрасте до 18 лет, а по другое - после достижения совершеннолетия[[8]](#footnote-8).

Степень физических или психических недостатков может быть разной. Обязанность следователя, дознавателя, прокурора, суда обеспечить участие в деле защитника имеет место лишь, когда возникает вероятность того, что обвиняемый (подозреваемый) не сможет в связи с состоянием его здоровья сам осуществлять свое право на защиту.

К лицам, которые в силу своих психических недостатков не могут сами осуществлять свое право на защиту, не следует относить всех граждан, имеющих какое-либо отклонение психики. Так, к примеру, к этой категории людей не относят тех, кто страдает олигофренией в степени легкой дебильности с психопатизацией по неустойчивому типу.

Чтобы решить вопрос, может ли лицо само осуществлять свое право на защиту, нужно выяснить его образование, специальность, должность и как он характеризуется по месту жительства и работы. Если, допустим, такой подозреваемый (обвиняемый) имеет 8 классов образования, окончил курсы шоферов и работал водителем III класса, каких-либо странностей в его поведении замечено не было, - все это также свидетельствует о том, что он в состоянии сам решить, нужен ему защитник или нет.

Участие защитника обязательно по всем делам, которые могут быть рассмотрены судом присяжных и по которым заявлено соответствующее ходатайство. Если такое ходатайство заявлено при объявлении обвиняемому об окончании предварительного следствия и предъявлении ему для ознакомления всех материалов дела, то с этого момента и в последующем на предварительном слушании дела судьей, при разбирательстве дела судом присяжных защитники должны быть у каждого из обвиняемых. Если по делу, которое подлежит рассмотрению судом присяжных, обвиняется несколько лиц, все они на указанных этапах производства должны быть обеспечены защитниками независимо от того, по каким статьям УК РФ им предъявлено обвинение.

По делам, которые подлежат рассмотрению судом присяжных, участие защитника обязательно не только с момента заявления хотя бы одним из обвиняемых ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, но и при самом заявлении данного ходатайства. То есть защитник должен присутствовать при разъяснении обвиняемому его права ходатайствовать о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, которое имеет место по окончании предварительного расследования во время ознакомления обвиняемого со всеми материалами уголовного дела.

Если обвиняемый (подозреваемый) является несовершеннолетним; в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту; не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу или обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь участие защитника обязательно даже тогда, когда сам обвиняемый отказывается от помощи адвоката или любого иного защитника.

Во всех других ситуациях обвиняемый вправе отказаться от участия защитника. Однако отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора (ч.2 ст. 52 УПК РФ).

Необеспечение обвиняемого защитником является нарушением уголовно-процессуального закона, влекущем отмену судебного решения.

# ГЛАВА 2. ФОРМЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА - ЗАЩИТНИКА В УГОЛОВНО - ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ДОКАЗЫВАНИИ

## 

## 2.1 Опрос лиц, собирание и предоставление документов и вещественных доказательств

Принципиальное законодательное решение, согласно которому собирание доказательств защитник может производит во внепроцессуальном, нерегламентированном правовыми нормами режимами; вряд ли исключает на будущее дискуссию о том, насколько оно (решение) правильно и существуют ли теоретические предпосылки для решения иного противоположного, когда бы защитник получил хоть какие-нибудь процессуальные правомочия в этой части в порядке совершенствования действующего УПК.

Декларативная норма, определявшая обязанности и права защитника была закреплена ещё в ст.51 УПК РСФСР, говорилось, что защитник обязан использовать все указанные в законе средства и способы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающие их ответственность, оказывать им необходимую юридическую помощь. Эта норма была не только декларативной, но и не была никоим образом детализирована в законе, что препятствовало её реализации на практике. Отрицательную роль играла, и боязнь адвокатов предпринимать какие-либо самостоятельные шаги, рискуя нарваться на негативную реакцию органов следствия и прокуратуры. Да и нормы УПК РСФСР выставлял и адвоката во многих случаях ширмой, так как в ходе, например, предварительного расследования оценка доказательств производилась исключительно органами следствия и надзирающими за ними, а часто просто стоящими за такими делами, органами прокуратуры. Могло быть дано послабление и проявление гуманных качеств по каким-то незначительным делам, и вместе с тем отсутствие установленного законом надзора по так, называемым «заказным» делам. А с учётом того, что следствие может длиться годами, это не могло не сказываться отрицательно на правах и законных интересах преследуемых граждан.

При всём многообразии позиций - взглядов в будущее, в том, что адвокат-защитник в целях оспаривания обвинительной версии может во внепроцессуальном режиме собирать сведения путём встреч и бесед с различными лицами, которым эти сведения известны, получать от них письменные объяснения, осматривать место происшествия, фотографировать предметы, имеющие отношение к расследуемому событию, а также изготовлять модели и образцы, а также прибегать к помощи специалистов, способных оценить содержание экспертного заключения по уголовному делу, и, может быть, опровергнуть его, процессуалисты были практически единодушны и ранее, ещё до принятия УПК РФ 2001 года.

В ст.ст.53, 86 УПК РФ говорится о праве защитника «собирать доказательства». Некоторые юристы с удовлетворением констатируют, что УПК РФ наконец-то предоставил адвокату-защитнику возможность самостоятельно собирать доказательства по делу, и, более того, усматривают в этом важное проявление состязательности в нашем досудебном уголовном процессе.

УПК РФ не дал защитнику права самостоятельно собирать доказательства и, следовательно, не превратил его в сторону состязательного процесса в досудебной части нашего уголовного производства.

Вначале уточним существо вопроса. Право на самостоятельное собирание доказательств участник уголовно-процессуальной деятельности имеет в том случае, если:

- УПК дозволяет ему производить те или иные процессуальные действия, направленные на обнаружение и закрепление информации, сведений о фактах;

- УПК признает результаты данных действий доказательствами по уголовному делу. Если же субъект не имеет таких правомочий, а вынужден обращаться к более полномочному лицу с просьбой превратить имеющуюся у него информацию в полноценные доказательства, то такой субъект не собирает доказательства, а лишь содействует в их собирании.

УПК РСФСР в ст.70, озаглавленной «Собирание доказательств», дозволял защитнику представлять доказательства, тогда как проведение следственных действий признавал прерогативой органов расследования и суда. Роль защитника при этом сводилась к заявлению ходатайств о производстве тех или иных следственных действий либо о приобщении к делу документов или предметов. Следователь, исходя из интересов расследования, отказывал или удовлетворял ходатайство. Фактические данные, полученные по делу, становились доказательствами только после процессуальных действий следователя, т.е. защитник просил, а следователь решал, быть доказательству или не быть. Проще говоря, следователь был «хозяином» дела, а защитник ходатаем, просителем перед ним. По сути так же обстояла ситуация и в суде. Таким образом, органы уголовного процесса собирали доказательства, а иные участники, в частности защитник, им содействовали. Поэтому никто не утверждал, что по УПК РСФСР защитник имеет право на самостоятельное собирание доказательств.

Как же решен этот вопрос в нынешнем УПК РФ? В ст.86 УПК, именованной «Собирание доказательств», записано: «Защитник вправе собирать доказательства путем: получения предметов, документов и иных сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характеристик, иных документов…» Поскольку в тексте этой статьи прямо говорится о собирании доказательств защитником наряду с органами уголовного преследования и судом, то из одного этого можно сделать вывод, что защитник действительно приобрел новые и полные правомочия в основной части доказывания — собирании доказательств. Однако такой вывод будет поспешным, так как объявить право и гарантировать его реализацию - далеко не одно и то же. Посмотрим, насколько данное положение закона обеспечено реальным механизмом его применения.

Ключевой нормой здесь выступает перечень доказательств, закрепленный в ч.2 ст.74 УПК. В качестве доказательств, гласит Закон, допускаются:

- показания подозреваемого, обвиняемого;

- показания потерпевшего, свидетеля;

- заключение и показания эксперта;

- вещественные доказательства;

- протоколы следственных и судебных действий;

- иные документы.

Как видно, формулировка четкая и однозначная - только эти шесть разновидностей процессуальной информации являются доказательствами по уголовному делу. Среди них нет ни опросов лиц, ни предметов, документов, «собранных» адвокатом-защитником на основании ст.86 УПК. Есть показания лиц, которые, как известно, появляются в деле только посредством допросов, очных ставок, т.е. следственных действий, исключительное право на проведение, которых имеют только специально уполномоченные органы государства, именуемые в новом УПК органами уголовного преследования (ст.21 УПК).

Предметы могут оказаться объектом внимания защитника в случае, если они обладают признаками, предусмотренными статьёй 81 УПК РФ, то есть признаками вещественных доказательств, в силу получения которых они впоследствии могут быть приобщены к уголовному делу и использованы в уголовно-процессуальном доказывании, то есть предметы:

- которые служили орудиями преступления или сохранили на себе следы преступления;

- на которые были направлены преступные действия;

- иные предметы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств дела.

Сам процесс получения защитником предметов для их использования в уголовно-процессуальном доказывании юридического аспекта, не имеет. Ни УПК, ни Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» об этом ничего не упоминают и о каких-либо правоотношениях в этом смысле говорить не приходится. Вопросы о том, откуда, от кого, при каких обстоятельствах и на каких условиях получен защитником данный предмет в юридическом отношении интересны лишь постольку, поскольку ответы на них имеют значение для оценки его как источника доказательств по традиционным критериям:

- допустимость,

- относимость,

- достоверность.

В этой связи важнейшее практическое значение имеет вопрос о том, может ли адвокат-защитник получать предметы, обладающие признаками вещественных доказательств, в строго конфиденциальном порядке, когда источник такого получения в уголовном процессе называть нежелательно или вовсе недопустимо, например, по нравственным соображениям; когда передача такого предмета обусловлена тем, что имя его прежнего владельца останется тайной ото всех и, в частности, от участников уголовного процесса. Применительно к адвокатской деятельности широкого обсуждения этот вопрос не получил. Но он заслуживал пристального внимания применительно к случаям, когда предмет получен в результате негласной оперативно-розыскной деятельности, где также господствуют принципы конфиденциальности, в определённых случаях возведённые даже в ранг государственной тайны. В главном специалисты единодушны: если на предварительном следствии и в судебном заседании невозможно выяснить источник происхождения соответствующего предмета, он, как правило, теряет всякую доказательственную ценность. Но вместе с тем подмечены случаи, когда по признакам, вытекающим; непосредственно из закона и разработанных в теории доказательств, соответствующий предмет, обладающий признаком вещественного доказательства, может послужить таковым, независимо от своей «биографии», то есть независимо от предыстории его происхождения и существования, в частности от того, при каких обстоятельствах он оказался в распоряжении того, кто его представил дл приобщения к уголовному делу. В литературе высказано мнение, что такая ситуация имеет одинаковый юридический смысл в случае представления предмета как спецслужбой, так и защитником, их уравнивает факт конфиденциального происхождения предмета. Речь идёт чаще всего о фотографических снимках, фонограммах и видеокассетах, отображающих определённые фрагменты преступного события, несущие на себе его визуально наблюдаемые или слышимые следы (фотография или видеозапись сцены, передачи взятки, фонограмма с запись диалога вымогателя и его жертвы, или характеризующих отношения между участниками процесса и т.д.). Эта точка зрения вызвала острую дискуссию в литературе. Однако, как представляется, доводы, на которых она базируется, полностью так и не опровергнуты. Она заключается (в нашей интерпретации с учётом темы) в следующем.

Есть «иные документы», которые приобщаются к делу опять же по усмотрению следователя (ст.84 УПК).

Проследим реальное развитие ситуации. Защитник самостоятельно или с помощью частного детектива установил лицо, располагающее важными сведениями в пользу подзащитного. Поскольку адвокат не вправе закрепить показания лица путем его допроса, то максимум, что он может получить письменное объяснение лица в адрес следователя или прокурора. Располагая таким документом, защитник, руководствуясь ст.ст.119-120 УПК, обращается с письменным ходатайством к следователю, расследующему данное дело, с просьбой допросить указанное лицо в качестве свидетеля и прилагает к ходатайству полученное объяснение. Следователь на основании ст.159 УПК обязан произвести допрос свидетеля, однако здесь возможны два нежелательных для защитника последствия. Во-первых, следователь может отказать в удовлетворении любого ходатайства, причем нередко делает это абсолютно немотивированно. Кроме того, надо учитывать, что по новому УПК следователь выполняет только функцию обвинения (уголовного преследования) и ему оправдательные доказательства ни к чему. Во-вторых, оказавшись в «тисках» следователя, под угрозой уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний (а в объяснениях защитнику этого нет), допрашиваемое лицо может дать в показаниях совершенно иное, чем то, что было изложено им в объяснении адвокату. Предвидя такие перспективы, защитник, вероятнее всего, не раскроет свою «карту» следователю, а исходя из тактических соображений представит потенциального свидетеля защиты только в суде, где он будет обязательно допрошен согласно ч.4 ст.271 УПК.

Итак, опрос лица защитником станет доказательством по делу лишь в том случае, если следователь путем следственного действия - допроса - получит от этого лица показания.

Точно так же обстоит дело с другими процессуальными возможностями защитника по «собиранию» доказательств, предусмотренными в ст.86 УПК РФ. Что изменилось в правомочиях адвоката-защитника по сравнению с УПК РСФСР? В плане самостоятельности защитника в собирании доказательств все осталось по-прежнему: доказательства собирает только орган уголовного процесса, а защитник как был, так и остался ходатаем перед ним. Но есть и положительный момент. Если раньше всякая инициатива адвоката в поиске новых доказательств и попытка их фиксации воспринималась органом предварительного расследования как незаконное противодействие, что было чревато неприятностями для адвоката-защитника, то теперь он вправе активно разыскивать информацию в пользу подзащитного и даже по своему закреплять ее. Однако это совсем не означает, что защитник приобрел право на самостоятельное собирание доказательств. Это право так и осталось прерогативой следователя. В суде же ситуация для защиты во многом изменилась к лучшему.

Поэтому, подводя итог, следует признать, что в досудебном производстве УПК РФ, объявив о праве защитника собирать доказательства, в действительности это право не обеспечил. Субъектом собирания доказательств остаются органы уголовного преследования, а защитник в этом может лишь им содействовать.

Рассмотрение проблемы будет неполным, если не задаться вопросом - почему это произошло, ведь состязательность провозглашена принципом всего уголовного процесса (п.56 ст.5, ст.15 УПК), а равенство сторон в собирании доказательств — одно из важнейших условий этого принципа?

К сожалению, в идее состязательности авторы УПК РФ не смогли реализовать задуманное. Провозгласив действие этого принципа не только в судебных, но и в досудебных стадиях уголовного процесса, разработчики УПК не сумели перестроить предварительное расследование из розыскного (инквизиционного) в состязательное. Разделив участников дела на стороны и предоставив тем и другим право на собирание доказательств, творцы УПК не пошли дальше, а именно — не создали необходимого механизма действительного равенства правомочий противостоящих субъектов и тем самым не превратили участников в истинные стороны состязательного уголовного процесса.

## 2.2 Заявление ходатайств и принесение жалоб как форма участия адвоката – защитника в уголовно – процессуальном доказывании

Как уже отмечалось, в настоящее время к числу средств, позволяющих обвиняемому и его защитнику повлиять на ход предварительного расследования, являются ходатайства и жалобы, которые они вправе заявлять в течение всего периода расследования дела. Существование указанных средств защиты позволяет изменять квалификацию преступного деяния, меру пресечения, прекращать уголовные дела как полностью, так и в части, производством какого-либо следственного действия, а также решать множество иных вопросов, важных, по мнению стороны защиты, для дела.

Одним из оснований заявления ходатайств, подачи жалоб является необходимость эффективного осуществления защиты в плане доказывания невиновности обвиняемого.

Обоснованные ходатайства или жалобы, кроме того, помогают следствию, прокурору и, впоследствии, суду восполнить недостающие материалы дела, так как в ходе осуществления действий по заявлению ходатайств и принесению жалоб могут быть выявлены обстоятельства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его наказание при вынесении приговора. "Заявление защитником ходатайств, направленных на собирание доказательств, является одним из путей установления им обстоятельств, оправдывающих подзащитного"[[9]](#footnote-9).

Анализируя ряд аспектов затронутой проблемы, а именно процесс заявления ходатайств, отметим, что эта деятельность должна осуществляться стороной защиты по всем значимым вопросам. Ходатайства могут основываться как на данных уголовного дела, так и на дополнительных материалах. В последнем случае сторона защиты, узнав о благоприятных для нее, а точнее для обвиняемого, сведениях, должна ходатайствовать о проведении процессуальных действий для проверки и закрепления данных в установленном законом порядке.

Перечень ходатайств, которые могут быть заявлены обвиняемым и его защитником, в уголовно-процессуальном законе не определен. Некоторая конкретизация общих положений права заявления ходатайств содержится в нормах УПК о допросе свидетелей, назначении экспертиз и проведении иных следственных действий. На практике же защитники заявляют самые разнообразные ходатайства. В основном это просьбы об изменении меры пресечения, переквалификации обвинения, прекращении уголовного дела и производстве иных процессуально значимых действий. Заметим, что, несмотря на цель заявления ходатайства, защитник (а также обвиняемый) должен предвидеть возможные результаты удовлетворения заявленного ходатайства. Без осознания благоприятного исхода заявлять ходатайства обвиняемому нецелесообразно, а защитнику - просто недопустимо.

Защитник не вправе заявлять ходатайство, если обвиняемый этого не желает, независимо от того, прав он или нет. Разумеется, защитник обязан разъяснить подзащитному все последствия, в том числе неблагоприятные, данного поступка. Если же обвиняемый заявляет ненужное, даже вредное, с точки зрения защитника, ходатайство, то адвокат не может высказывать следователю свое несогласие с заявлением обвиняемого.

Российский УПК не определяет строгую форму заявления ходатайств. Они могут быть как устные, так и письменные. Устные ходатайства заносятся в протокол соответствующего следственного действия, письменные - приобщаются к делу.

Исходя из анализа уголовных дел и бесед с защитниками и следователями можно сделать интересный вывод: подавляющее большинство ходатайств в устной форме в протокол не заносятся. Это связано с тем, что следователи часто просят адвокатов и обвиняемых не заявлять ходатайства, потому что ответ на них требует времени, которого у работников следствия катастрофически не хватает. В связи с этим последние, осознавая необходимость осуществления действий, на которые указывает защита, выполняют их как бы самостоятельно, без инициативы защитника.

Мы полагай, что ходатайство все же целесообразнее всего заявлять в письменном виде. Это связано с большей ответственностью как защитника, так и обвиняемого за оформление просьбы о совершении каких-либо следственных действий, а также о наличии "материального выражения" просьбы и, отсюда, невозможности следователя ее проигнорировать. (Хотя, справедливости ради, отметим, что даже письменные ходатайства могут быть оставлены без ответа. Подобное было выявлено при изучении уголовных дел Ленинского суда г. Курска).

Сторона защиты редко заявляет ходатайства на стадии предварительного расследования, что обусловлено предвзятым отношением следователей к просьбам обвиняемого и его защитника.

Так 70% опрошенных адвокатов "чувствуют предвзятое к ним отношение со стороны следствия". О предвзятости следователей свидетельствует и низкий процент удовлетворения заявленных ходатайств. Из всех ходатайств по поводу неполноты доказывания, выявленных при изучении 50 уголовных дел, удовлетворены лишь 28% ходатайств, в удовлетворении же 72% было отказано.

Большинство постановлений об отказе в удовлетворении ходатайств не были достаточно обоснованными. В основном встречались следующие "основания" отказа удовлетворения ходатайств стороны защиты: "мнение стороны защиты не должно учитываться следователем"[[10]](#footnote-10), "вина доказана показаниями и характеристиками"[[11]](#footnote-11), "нет оснований не доверять эксперту"[[12]](#footnote-12), "высокая общественная опасность лица"[[13]](#footnote-13) и т. п. Все указанное объясняется тем, что позиция следствия сформирована, следователь склонен ее отстаивать. В связи с этим ходатайства защиты расцениваются как искусственные препятствия для движения дела.

Кроме того, следователь связан сроками расследования и содержания под стражей арестованных обвиняемых. Поэтому он стремится не нарушать сроки. А подобное непременно случится, если следователь начнет основательно, без спешки, проверять обстоятельства дела. Именно в связи с указанным зачастую ходатайства остаются неисполненными по надуманным основаниям. Так, выделяют ряд ложных мотивов при отказе в удовлетворении ходатайств[[14]](#footnote-14):

- нецелесообразность допроса, так как заявитель не указал, что может сообщить свидетель;

- свидетель был ранее допрошен;

- следователь искажает информацию, содержащуюся в ходатайстве, и полностью опровергает свои же, но якобы высказанные обвиняемым, доводы;

- отказ в удовлетворении ходатайства обосновывается уже имевшимся ходатайством;

- при отказе в удовлетворении ходатайства о назначении судебно-психиатрической экспертизы следователь заявляет, что "нет сомнений в психическом состоянии обвиняемого".

Разумеется, что данный перечень далеко не полон, есть и иные "хитрые" способы отказа в удовлетворении ходатайств. Так, защита в своих ходатайствах зачастую указывает на "неполноту проведенного предварительного следствия, непроведение очных ставок с лицами, дающими обвинительные показания". Следователи в постановлении об отказе в удовлетворении ходатайств отмечают, что ходатайство "направлено на затягивание сроков следствия, так как следователь, согласно ч. 1 ст. 192 УПК России, вправе, но не обязан проводить очные ставки". А заявленное по этому же делу ходатайство в интересах подзащитного о прекращении дела в части не подлежит удовлетворению, по мнению следствия, так как это "обычное желание избежать уголовной ответственности и является способом защиты обвиняемого"[[15]](#footnote-15).

Кроме того, следователи постоянно тянут с разрешением ходатайств до окончания срока расследования, что, разумеется, нарушает право обвиняемого на защиту. В ст. 121 УПК России появилось указание на необходимость рассмотрения и разрешения ходатайства непосредственно после его заявления. И только в случаях, когда немедленное принятие решения по ходатайству, заявленному в ходе предварительного расследования, невозможно, оно должно быть разрешено не позднее трех суток со дня его заявления.

Ситуация с жалобами по поводу неполноты проведенного доказывания ничем не отличается от проблем, связанных с ходатайствами защитника и обвиняемого.

Как свидетельствует практика, активность участия стороны защиты в обжаловании действий следователя невелика. Только 10 - 20% отказов в удовлетворении ходатайств были обжалованы. И это несмотря на то, что около 30% жалоб были удовлетворены.

Дело в том, что обвиняемый и защитник полагают, что заявлять жалобы на недоработки и упущения следствия невыгодно на стадии предварительного расследования преступлений, так как с их точки зрения подобное более целесообразно сделать в суде, который рассмотрит жалобу более объективно.

В юридической литературе высказывается мнение о том, что обжалование отказа в удовлетворении ходатайств в одних случаях является правом, а в других - обязанностью защитника. Если ходатайство направлено на прекращение уголовного дела, облегчение положения обвиняемого до суда, то обжалование есть профессиональный долг адвоката. Если же отказ в ходатайстве не препятствует выявлению обстоятельств - защитник может возобновить ходатайство в суде, не обжалуя решение следователя.

Мы полагаем, что на стадии предварительного расследования защита должна в любом случае немедленно обжаловать действия должностных лиц, осуществляющих расследование, о непроведении следственных действий относительно меры пресечения, прекращения уголовного дела.

Из всего вышесказанного можно сделать вывод, что современное законодательство не позволяет в полной мере дать стороне защиты возможность устранять неполноту доказывания на предварительном следствии путем подачи жалоб и заявления ходатайств. Отмеченное влечет необходимость определения новых процедур рассмотрения жалоб и ходатайств, о чем будет сказано далее.

## 2.3 Привлечение специалистов к участию в уголовно – процессуальном доказывании адвокатом защитником

Согласно пункту 4 части третьей статьи 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ» адвокат вправе «привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи». А согласно пункту 3 части первой статьи 53 УПК РФ, посвященной полномочиям защитника в уголовном судопроизводстве, он с момента допуска к участию в уголовном деле вправе «привлекать специалиста, в соответствии со ст.58 настоящего Кодекса». Часть первая этой статьи гласит, что специалист - это лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном УПК, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам вопросов, входящих в их компетенцию. Общепризнанное и главное налицо противоречие: специалист - участник процессуальных, а применительно к стадии предварительного расследования, следственных действий по собиранию доказательств, которых защитник сам не производит и поэтому в соответствии со статьёй 58 УПК привлекать к их производству никого, в частности, специалиста, не может. Из обычного логического толкования смысла закона по данному вопросу уяснить не предоставляется возможным.

Тема реализации права защитника привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи приобрела новое звучание, дополнительную остроту, актуальность и особенно дискуссионный характер в связи с тем, что Федеральным законом от 4 июля 2003 года «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» роль и процессуальное положение специалиста как участника уголовного судопроизводства существенно изменены и приподняты согласно пункту 3-1 части первой статьи 74, частям третьей и четвёртой статьи 80 УПК, заключения специалиста, которые определяются как представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистами сторонами, признаётся самостоятельным (наряду с экспертным заключением) доказательством по уголовному делу. Доказательством также теперь являются показания специалиста, которые определяются как сведения, сообщённые им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями статей 53, 168 и 271 УПК РФ. Но уже неоднократно упоминавшаяся статья 53 УПК о полномочиях защитника в уголовном судопроизводстве никаких требований на тему о показаниях и разъяснениях специалиста не содержит; статья 168 УПК регламентирует правоотношения специалиста со следователем, а статья 271 УПК посвящена заявлению и разрешению ходатайств в стадии судебного разбирательства. Специалист в ней упоминается в следующем контексте: «Председательствующий опрашивает стороны, имеются ли у них ходатайства о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов или об исключении доказательств, полученных с нарушением требований настоящего Кодекса. Лицо, заявившее ходатайство, должно его обосновать». Этот законодательный материал также не содержит ничего нового, что могло бы прояснить, каким образом разъяснения специалиста приобрели значение самостоятельного доказательства, и какими полномочиями по собиранию таких доказательств обладает защитник.

Специалист как участник российского уголовного судопроизводства появился в 1966 г. в результате дополнения УПК РСФСР 1960 г. новой статьёй 133-1, которая гласила, что следователь вправе вызвать для участия; в производстве следственного действия специалиста, не заинтересованного в исходе дела. Требование следователя о вызове специалиста являлось обязательным для руководителей предприятия, учреждения или организации, где работает специалист. Специалист обязан был: явиться по вызову, участвовать в производстве следственного действия, используя свои специальные знания и навыки для содействия следователю в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств; обращать внимание следователя на обстоятельства, связанные с обнаружением, закреплением и изъятием доказательств, давать пояснения по поводу выполняемых им действий. За отказ или уклонение специалиста от выполнения своих обязанностей к нему могли быть применены меры общественного воздействия или наложено денежное взыскание. В 1983 году в статью 133-1 УПК РСФСР 1960 г. были внесены изменения, суть которых заключалась в том, что увеличивалась сумма денежного взыскания в случае отказа или уклонения специалиста от выполнения своих обязанностей с десяти до 30 рублей. В 1992 году статья вновь претерпела изменения в части определения суммы денежного взыскания, которая теперь составляла одну третью минимального размера оплаты труда.

Сопоставление содержания статьи 58 ныне действующего УПК с вышеизложенным историко-правовым материалом позволяет заключить, что институт уголовно-процессуальном праве, отзываясь на потребности судебной, следственной и прокурорской практики, прошёл значительный путь своего развития и совершенствования. Но его сущность оставалась неизменной: деятельность специалиста заключается в помощи при производстве следственных и судебных действий, в отличие от экспертной, она не является самостоятельным средством формулирования судебных доказательств, не связана с исследованиями ни научного, ни иного специального характера. В отличие от эксперта специалист не исследует до сих пор ему неизвестные материалы, уголовного дела; участвуя в следственных действиях и судебном заседании он непосредственно воспринимает определённые сведения иобстоятельства и предлагает определённые советы и рекомендации, а также лично производит определённые действия, которые, однако, не имеют самостоятельного процессуально-доказательственного значения, оставаясь в рамках, соответствующего следственного или судебного действия. В таком контексте специалист - это штатный сотрудник экспертно-криминалистического подразделения органа внутренних дел, то есть криминалист в узком значении данного понятия, который помогает следователю при осмотре места- происшествия обнаружить отпечатки пальцев рук человека, грамотно снять их, изъять и; опечатать способом, исключающим в дальнейшем кривотолки на счёт подмены или фальсификации вещественных доказательств.

Теория доказательств однозначно исходит из того, что любые высказывания специалиста по ходу его участия в процессуальной деятельности по уголовному делу по своей природе являются ни чем иным как консультацией, не имеющей самостоятельного значения; они даже не подлежат фиксации в процессуальных документах их авторство остаётся за рамками следственных протоколов и протокола судебного заседания.

Объявление законодателем любых высказываний специалиста доказательствами не может изменить их консультативной природы такие высказывания, которые в законе характеризуются пёстрым набором понятий «суждение», «сведения», «заключение» и даже «разъяснения своего мнения» объективно не могут быть положены в основу приговорам как находящиеся в совершенно иной гносеологической (теоретико-познавательной) плоскости, нежели фактические данные, образующие главный признак доказательства, в том числе и экспертного заключения. Следует ожидать, что судебная, прокурорская, следственная и адвокатская практика настороженно встретит нововведение в доказательственном праве, хотя в целом можно отметить как положительный момент введение законодателем дополнительных источников доказательства, что будет способствовать повышению, в том числе, и качества экспертных заключений. С учётом этих обстоятельств, как представляется, следует, и раскрывать тему привлечения специалиста адвокатом-защитником в уголовном; процессе. Но в том то и дело, что в отношениях с адвокатом-защитником уголовно-процессуальное понятие специалиста приобретает существенно иное содержание, нежели то, которое заложено, а статье 58 УПК. Адвокат-защитник не производит ни следственных, ни судебных действий по обнаружению, собиранию и проверке доказательств, поэтому в этом смысле в помощнике - знатоке в определённой области науки, техники, искусства и ремесла у защитника нет никакой потребности. Специалист в отношениях с защитником - это выполняющее свои обязательства по договору лицо, обладающее познаниями» в определённой области науки, техники, искусства или ремесла и не занимающее в данном уголовном процессе положения формального участника. Это лицо может и консультировать защитника по интересующим его вопросам, высказывая свои мнения, соображения, суждения, в том числе, и свою оценку результатов проведённой экспертизы по уголовному делу, но может, если это позволяют материалы, предоставленные в его распоряжение, выполнить определённые исследования и дать самое настоящее теоретически или экспериментально обоснованное категорическое положительное или отрицательное заключение по вопросам, поставленным перед ним защитником и облечь его в письменную форму.

Возможность законных договорных отношений между защитником и соответствующим специалистом делают внешне привлекательной идею наделить адвоката-защитника правом если не назначения, то организации экспертиз, параллельных тем, которые назначаются органами расследования с тем, чтобы заключение специалиста, подобранного защитником, использовать в качестве «готового доказательства», а «адвокатская экспертиза», таким образом, носила бы состязательный характер». Но если нет теоретических оснований для полнокровного «адвокатского контррасследования» по правилам УПК, о чём уже подробно говорилось выше, то их не может быть и для производства отдельных следственных действий, тем процессуального действия, назначение и производство которого наиболее сложно (недаром в УПК ему отводится целая глава - 27, статьи 195 - 207), а подчас и дорого, а результаты, которого зачастую имеют для уголовного дела судьбоносное значение. Не следует упускать из виду и того, что наиболее сложные, а значит и наиболее важные экспертные исследования производятся в государственных экспертных учреждениях Министерства юстиции РФ и Министерства внутренних дел РФ. Поручение защитника о производстве экспертиз, адресованное таким учреждениям, принципиально ненормально с точки зрения правоотношений типа и уровня государство - частное лицо. Лица, не обладающее властью, которую может вручить только государство и только своему служащему, ежедневно и ежечасно действующему в его, государства, интересах, ничего не может поручать государственному учреждению, тем более, например, судебно - психиатрическую экспертизу институту им. Сербского, оплачивая её за счёт подзащитного и придавая базирующемуся на принципе публичности уголовному судопроизводству имущественно-договорной характер. Кардинальное решение проблемы заключается не в том, чтобы защитник в поисках доказательств обивал пороги экспертных учреждений, а в том, чтобы он был наделён простыми и предельно надёжными законными; уголовно-процессуальными рычагами - гарантиями, позволяющими во всех без исключения действительно необходимых случаях заставить государство, в лице органа расследования, назначить экспертизу, которая была бы произведена своевременно и качественно, причём за средства налогоплательщика.

Можно уверенно предположить, что практика привлечения к уголовно-процессуальному доказыванию специалистов-правоведов основывается на аналогии с деятельностью Конституционного Суда РФ, в заседаниях которого широко используются экспертные заключения специалистов в самых различных отраслях права. Статья 63 Федерального Конституционного закона « О Конституционном Суде Российской Федерации» гласит: «в заседание Конституционного Суда Российской Федерации может быть вызвано в качестве эксперта лицо, обладающее специальными познаниями по вопросам, касающимся рассматриваемого дела». Это вполне понятно и объяснимо, потому что в отличие от судов общей юрисдикции, рассматривающих и разрешающих уголовное дело, Конституционный Суд РФ решает исключительно юридические вопросы толкования права и при осуществлении конституционного производства воздерживается от установления и исследования обстоятельств во всех случаях, когда это входит в компетенцию других судов или иных органов (часть третья статьи 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

# ГЛАВА 3. Проблемы, современное состояние и перспективы развития собирания, проверки и оценки доказательств стороной защиты

## 

## 3.1 Возможности обвиняемого и его защитника по собиранию доказательственной информации: Зарубежный опыт

Определение прав стороны защиты на участие в уголовно-процессуальном доказывании призвано не просто удовлетворить научное любопытство, но и должно отметить сложности в развитии этого института, выявить в сравнении с процессуальным статусом стороны защиты в зарубежных странах и в динамике российского развития как положительные моменты, подлежащие проработке и внедрению, так и негативные варианты, от которых следует отказаться либо к которым не стоит прибегать.

Как справедливо заметили А.Д. Бойков и Н.И. Капинус, "история адвокатуры России позволяет утверждать, что эти принципы далеко не в полной мере реализовались в прошлом, да и ныне они нуждаются в постоянной защите"[[16]](#footnote-16).

В уголовно-процессуальной науке вопрос о возможностях обвиняемого и его защитника по собиранию доказательственной информации всестороннему и тщательному исследованию на основе сравнительно-правового и исторического методов изучения не подвергался. В диссертационных исследованиях В.А. Калюжного "Процессуальные и тактические проблемы участия защитника в следственных действиях" и И.Е. Миловой "Участие адвоката-защитника в собирании доказательств на предварительном следствии" внимание уделяется лишь историческому изучению правовой регламентации участия защитника в досудебном производстве и его процессуального статуса. Однако необходимость в подобном исследовании является весьма настоятельной.

Отсутствуют также серьезные работы по сравнительному анализу положения стороны защиты в международном аспекте. Проработка же соответствующих статей УПК различных государств и специальной юридической литературы позволяет сделать вывод о неравноценности возможностей стороны защиты по собиранию и представлению в орган расследования защитительной информации в тех или иных странах. Поэтому представляется весьма полезным обратить внимание на институт защиты в плане сравнительного правоведения.

В этой связи практический интерес вызывает исследование В.В. Яссельской "Деятельность адвоката-защитника по собиранию доказательств на стадии предварительного расследования", содержащая главу под названием "Роль защитника в собирании доказательств в Российской империи и в зарубежных странах". Однако важен анализ участия стороны защиты не только в собирании доказательственной информации, но и в ее проверке и оценке. Изучение данного вопроса целесообразно начать с немецкого уголовного процесса, по содержанию очень схожего с российским судопроизводством.

Анализируя возможности обвиняемого и его защитника по собиранию доказательственной информации в немецком уголовном процессе, можно заметить, что работы тамошних процессуалистов в данной области, начатые еще в XIX веке, отличаются полнотой и обстоятельностью разрешения поставленных вопросов.

Правовое положение обвиняемого в совершении преступления и адвоката-защитника определяется особенностями конкретного типа уголовного процесса, в данном случае - германского, который отличается как от англо-американского состязательного процесса, так и от уголовного процесса так называемого смешанного типа[[17]](#footnote-17).

С XIII века в Германии утвердился инквизиционный процесс, поэтому зашита, не обладала какими-либо значительными правами. На защиту прав обвиняемого вставал судья, который должен был заниматься собиранием всех оправдывающих обстоятельств. Выделялись материальная защита, осуществляемая судом, и формальная, реализуемая защитником, но оказывавшая слабое влияние на движение и разрешение дела. Немецкий процессуалист Г. Генкель отмечал, что защита в этот период характеризовалась бесправным положением обвиняемого[[18]](#footnote-18).

Хотя Уголовное уложение Карла Пятого, принятое в 1552 году, - претенциозная "Каролина" - в ст. 88 упоминает защитника-ходатая, защитника-заступника, реальных прав "защитник" не имел. В немецком обвинительном и инквизиционном процессе, независимо от форм, в которых выступали так называемые защитники (докладчики по Саксонскому и Швабскому зерцалу, ходатаи, ассистент - советники по Кабинетному ордеру от 14 апреля 1780 года "Об улучшении дел в области юстиции", который, кстати, и ликвидировал адвокатуру), - в конечном счете, все они "были уполномоченными судьи, отстаивали интересы полицейского государства". Во времена Веймарской республики защитник становится "органом уголовного судопроизводства". По данным Б.А. Филимонова, германский Верховный суд в своих решениях от 2 ноября 1926 года и 6 июля 1928 года прямо называл защитника "равноправным органом судопроизводства", ссылаясь на то, что такое название признается большинством правоведов[[19]](#footnote-19). Разумеется, что о собирании доказательственной информации в пользу обвиняемого не было и речи.

В нацистской Германии защитник также не обладал широким полем деятельности, более того, он, как орган уголовного судопроизводства, должен был подводить виновного к справедливому наказанию. После Второй мировой войны на защитника вообще возложили обязанность отыскания истины по делу, что опять же причиняло вред правам подзащитного.

УПК Германии, вступивший в силу 1 февраля 1877 года, не содержал специальных указаний о наделении защитника и обвиняемого специальными правами по собиранию и представлению доказательственной информации[[20]](#footnote-20). Собирание доказательств осуществлялось следственными судьями. Сторона защиты, согласно Уставу (УПК) 1877 года, могла лишь присутствовать в роли наблюдателя при проведении отдельных следственных действий. Австрийский Устав уголовного судопроизводства 1873 года также отводил защитнику скромную роль наблюдателя при тех действиях следователя по установлению признаков преступления, которые не могут быть впоследствии возобновлены. Он мог лишь жаловаться на распоряжения следователя, ему запрещалось даже присутствовать при допросах обвиняемого.

Параграф 191 Устава уголовного судопроизводства Германии 1877 года при проведении осмотра допускал присутствие прокурора, обвиняемого, защитника. Им разрешалось также присутствовать при допросе свидетеля или эксперта, которые не могли явиться в суд[[21]](#footnote-21). При этом следователь заранее должен был уведомить защитника о намерении приступить к следственному действию. Заметим, что право защитника и обвиняемого присутствовать при допросе свидетелей было декларативным. Следователь мог отстранить их от участия, если полагал, что при них свидетели не сообщат правдивой информации. Таким образом, участие защитника и обвиняемого в доказывании было ограниченным. Это обуславливалось тем, что "вмешательство защиты на предварительном следствии могло оказаться опасным для обвинения"[[22]](#footnote-22).

Подобием "права на защиту" являлось правомочие защитника обратиться к свидетелю обвинения с просьбой об отказе последнего от дачи им показаний, негативных для обвиняемого. При этом просьба не должна была иметь форму обмана либо угрозы (§ 136-а УПК Германии 1877 года).

Обращаясь к законодательному регулированию института защиты современного немецкого уголовно-процессуального права, отметим, что действующий процессуальный закон содержит главу "Защита" (параграфы 137 - 149), где, как ни странно, отсутствуют хоть какие-то конкретные нормы на счет правомочий стороны защиты по поводу, собирания доказательственной информации. В этом смысле она регулирует лишь права защитника на ознакомление с материалами уголовного дела (§ 147). К слову сказать, обвиняемый не может знакомиться с этими материалами и, по всей видимости, без анализа собранных доказательств вряд ли может предъявлять что-либо существенное, что может его оправдать. Защитник же может собирать какую-либо доказательственную информацию при реализации своего права на участие в производстве осмотра (параграфы 168-д, 191 УПК).

Говоря о положении обвиняемого, надо сказать, что последний имеет право при первом обязательном допросе ходатайствовать об истребовании доказательственной информации в свое оправдание, и ходатайство должно быть удовлетворено, если имеет значение для дела[[23]](#footnote-23). Подобным правом обвиняемый и его защитник располагают и при сообщении об окончании дознания и составлении обвинительного акта[[24]](#footnote-24). Кроме того, обвиняемый может быть заслушан прокурором в присутствий защитника[[25]](#footnote-25). В процессе допроса обвиняемый должен иметь возможность оспаривать обвинение и приводить факты, в том числе в письменном виде[[26]](#footnote-26).

Практики уголовного процесса ФРГ подчеркивают, что признание обвиняемым своей вины имеет решающее значение еще с 1919 года, когда Имперский Суд разъяснил, что осуждение лица допускается исключительно на основе признания им вины, а отрицание виновности становится фактором, негативно характеризующим обвиняемого[[27]](#footnote-27).

Защитник, в соответствии с § 147 германского УПК, имеет право осмотра вещественных доказательств, содержащихся в деле, дома или в адвокатской конторе. Однако защитнику может быть отказано в этом, если, по мнению прокурора, ознакомление создаст угрозу расследованию. Отказ прокурора в допуске адвоката к ознакомлению с делом обжалованию не подлежит. Кроме того, на практике дознание вместо прокуратуры проводит полиция, а защита не имеет права знакомиться с делом полицейского производства.

Заметим, что УПК ФРГ при проведении определенных следственных действий (допрос обвиняемого, свидетелей, эксперта, проведение осмотра) допускает лишь присутствие защитника, но не его участие (параграфы 163-а, 168-д УПК). Кроме того, защитник может быть лишен и этого права со ссылкой на "угрозу целям расследования". В таком случае защитника просто не уведомляют о времени и месте производства следственного действия с его подзащитным (ч. 5 § 168 УПК ФРГ).

Хотя УПК не предусматривает права защитника на собственное расследование, фактически признается, что он может предпринимать собственные действия по собиранию информации об обстоятельствах расследуемого дела[[28]](#footnote-28). К таковым относятся: осмотр места происшествия, установление свидетелей, могущих дать оправдательные показания, получение заключения частной экспертизы.

Говоря о правах обвиняемого по собиранию доказательственной информации, можно отметить, что при производстве такого следственного действия, как экспертиза, он вправе заявить ходатайство об участии в ней эксперта, представляющего его интересы. Однако на следственные действия полиции и прокурора это право не распространяется.

Кроме того, права на собирание доказательственной информации были резко ограничены 9 декабря 1974 года Законом "О реформе уголовно-процессуального права", который отменил нормы УПК, предоставлявшие обвиняемому право знакомиться с делом при помощи защитника, заявлять ходатайства об истребовании дополнительных доказательств.

Закон "О дополнении первого закона о реформе уголовно-процессуального права" от 20 декабря 1974 года, принятый под предлогом борьбы со злоупотреблениями адвокатов в связи с известным процессом по делу ультралевой террористической организации Баадер-Майнхоф, предусмотрел ранее неизвестный немецкому уголовному процессу институт исключения защитника, в частности, если последний подозревается в конспиративных связях или злоупотребляет своим правом посещения мест заключения в целях совершения преступления.

Закон "Об изменении УК, УПК, Закона о судоустройстве, Положения об исполнении наказаний" от 18 августа 1976 года, касаясь права обвиняемого на свободную переписку, общение с защитником, установил, что все деловые письма защитника, адресованные обвиняемому, находящемуся под стражей по делам о террористических организациях, должны направляться для просмотра соответствующему судье; свидания со своим подзащитным адвокат теперь проводил в помещениях, оборудованных разделительным стеклом, где была исключена всякая возможность передачи письменных материалов (ч. 2 § 148 УПК ФРГ), осуществлялась видеосъемка и аудиозапись бесед.

Закон "Об изменении вводного закона к закону о судоустройстве" от 30 сентября 1977 года допустил полный запрет связи обвиняемого, находящегося под стражей, с внешним миром при наличии опасности, исходящей от террористических организаций. По любому уголовному делу защитник при посещении тюрьмы мог быть обыскан, а в случае отказа подвергнуться обыску, он не допускался к клиенту[[29]](#footnote-29).

В настоящее время обе палаты высшего представительного законодательного органа Германии - Бундестаг и Бундесрат - рассматривают законопроект "О защите", расширяющий права стороны защиты по собиранию и представлению органу расследования информации, улучшающей положение обвиняемого.

Однако для дискуссии по этому поводу характерно, что обсуждаемые предложения не затрагивают основ расследования, а нацелены на расширение прав обвиняемого в следующих направлениях[[30]](#footnote-30):

- обвиняемый должен иметь право на ранних этапах расследования знакомиться с материалами дела;

- обвиняемый и его защитник должны иметь право присутствовать на всех допросах;

- должно быть расширено право защитника на ознакомление с материалами дела;

- в удовлетворении ходатайств стороны защиты должно быть отказано только по основаниям, указанным в законе.

Подытоживая изложенное, отметим, что практика применения УПК ФРГ в настоящее время идет по пути сужения прав защиты. Так, в научной литературе отмечается, что деятельности германской прокуратуры (а именно она проводит прокурорское дознание, заменившее ликвидированное в целях ускорения уголовного судопроизводства предварительное расследование) присущ обвинительный уклон[[31]](#footnote-31).

В Уголовно-процессуальном кодексе Франции обвиняемый называется "лицом, дело которого подлежит рассмотрению"[[32]](#footnote-32). Процессуальным актом, знаменующим начало стадии предварительного расследования, является письменное уведомление обвиняемого от прокурора либо судебного следователя. Отправка письма дает защитнику обвиняемого право присутствовать на всех следственных действиях, проводимых с участием подзащитного[[33]](#footnote-33).

Французское предварительное следствие несет на себе печать розыскного процесса на протяжении последних двухсот лет начиная со знаменитого уголовно-процессуального кодекса 1808 года - Кодекса Наполеона. "Французский Устав 1808 года смотрит на обвиняемого как на предмет исследования, а не как на сторону"[[34]](#footnote-34).

Обвиняемый в совершении преступления подлежал допросам, от него скрывалось все происходящее на предварительном следствии, так что никакой значимой деятельности в собирании доказательственной информации он не осуществлял. Он не имел права делать заявления по поводу полноты проводимого доказывания. Лицо, дело которого подлежало рассмотрению, не могло присутствовать при всевозможных проверках. Материалы представлялись ему по окончании расследования, обвиняемого могли не уведомлять о направлении дела в суд.

Проект Комиссии Леруайе о реформе предварительного следствия, принятый французским Сенатом в 1882 году во втором чтении, остался нереализованным, хотя в нем несколько расширялись права обвиняемого и его защитника на участие в уголовно-процессуальном доказывании: присутствие защитника-адвоката на очных ставках, при предъявлении обвинения и т. п. Только в 1897 году защитник был допущен на предварительное следствие[[35]](#footnote-35). Это произошло под воздействием требований прогрессивных сил общества в связи с гремевшим в те времена делом капитана Дрейфуса[[36]](#footnote-36).

Уголовно-процессуальный кодекс Французской Республики, действующий в редакции от 15 июня 2000 года, продолжает характеризовать стадию предварительного расследования как этап уголовного процесса, где существенно сужены права защиты. Обвиняемый лишен права ходатайствовать об истребовании дополнительных доказательств, о производстве следственных действий, не может участвовать в осмотре, обыске, не имеет права требовать своего повторного допроса, проведения очной ставки с его участием, вызова дополнительных свидетелей.

По окончании следствия следственный судья не обязан отвечать на заявления и ходатайства стороны защиты. К тому же обвиняемый может ходатайствовать лишь о назначении и проведении экспертного исследования. Статья 116 УПК Франции определяет, что обжалование защитником и его клиентом действий следственного судьи не приостанавливает их исполнения. Более того, в силу ст. 537 УПК Франции по делам о проступках небольшой тяжести бремя доказывания невиновности лежит на стороне защиты[[37]](#footnote-37). Кроме того, защита обязана доказывать наличие обстоятельств, исключающих преступность деяния, наличие иммунитета от уголовной ответственности, легальность доходов и их соответствие уровню жизни[[38]](#footnote-38).

Французский уголовно-процессуальный закон допускает, что защитник перед допросом его подзащитного может ознакомиться с материалами дела для формирования своей позиции по делу (ст. 118 УПК). После первого допроса обвиняемого его адвокат вправе потребовать представления копий любых материалов дела, но при очной ставке подобное право у адвоката-защитника отсутствует.

Согласно УПК Французской Республики, задержанный вправе не более чем через 20 часов после задержания встретиться с адвокатом и беседовать с ним в течение 30 минут. Письменные замечания адвокатов обязательно подшиваются к протоколу. Для особой категории задержанных (бандитизм, рэкет, сутенерство) предельный срок встречи с адвокатом сдвигается с 20 до 36 часов[[39]](#footnote-39).

Следует отметить, что проявлением состязательности на стадии предварительного расследования преступлений является обмен мнениями при решении вопроса о предварительном заключении обвиняемого (ст. 145 УПК Франции). Если обвиняемый требует время для подготовки защиты, следственный судья не может вынести постановление о заключении под стражу. Однако в данной ситуации он имеет возможность принять решение о задержании обвиняемого на срок до четырех рабочих дней, которое обжалованию не подлежит.

После последнего допроса орган уголовного преследования не обязан представлять стороне защиты материалы для ознакомления. А ходатайства защиты об истребовании доказательств вообще могут быть оставлены без ответа. Отметим, что институт ознакомления стороны защиты с материалами дела по окончании предварительного следствия не известен во Франции. Обвиняемый вообще не имеет права знакомиться с документами, которые получил защитник. Адвокат, желающий ознакомить своего клиента с документами, обязан письменно уведомить об этом следственного судью, который может наложить запрет на ознакомление.

Переходя к анализу итальянского УПК, необходимо отметить следующее. В соответствии с уголовно-процессуальным кодексом Италии обвиняемый может присутствовать при следственном эксперименте, обыске, опознании, имеет право ходатайствовать о назначении экспертизы, а также ввести в процесс за свой счет сведущих лиц, которые представят его интересы при проведении экспертизы. Таким образом, обвиняемый имеет определенные правомочия по собиранию доказательственной информации, что облегчает его положение.

Однако обвиняемый не имеет права знакомиться с материалами дела, даже с заключением эксперта. Заметим, что ст. 304.3 УПК Италии в ряде случаев допускает производство следственных действий без защитника обвиняемого. Кроме того, защитник обвиняемого не может присутствовать при допросе своего подзащитного.

Североамериканское досудебное производство характеризуется весьма большой степенью либеральности по отношению к обвиняемому и его защитнику. В большинстве случаев обвиняемый остается на свободе под залог или поручительство, что позволяет ему самостоятельно изыскивать данные оправдательного характера. Защитник-адвокат обладает весьма широкими полномочиями по собиранию информации.

В отличие от стран континентальной Европы и России, в США на стадии предварительного расследования защитники имеют возможность вести собственное "адвокатское" расследование, которое, по мнению А.Н. Ведерникова, ничем не отличается от стандартной внепроцессуальной подготовки материалов стороной защиты в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве[[40]](#footnote-40).

Видимо, подобное не совсем верно. В США результат частного расследования так же не имеет доказательственного значения, как и деятельность полиции. Кроме этого адвокаты США собирают доказательственную информацию при помощи так называемого "Федерального Управления защитников". Следователи зашиты, входящие в его состав, производят обнаружение доказательственной информации, свидетельствующей в пользу обвиняемого[[41]](#footnote-41). Американские адвокаты также широко используют помощь частных детективных агентств. Результаты деятельности последних включаются в уголовное дело как полноценные доказательства[[42]](#footnote-42). При этом в процессе полицейского расследования защитник и обвиняемый вправе знакомиться с доказательствами по делу, делать копии с документов и материальных объектов.

На предварительном слушании дела магистратом и Большим жюри сторона защиты вправе требовать, чтобы сторона обвинения дополнила обвинительный акт "биллем о частностях", в котором более подробно излагается сущность обвинения, вправе истребовать у обвинителя имеющиеся у него оправдательные доказательства и представлять свои доказательства, в том числе свидетельские[[43]](#footnote-43).

Если у обвиняемого нет средств для получения помощи защитника, последний ему представляется бесплатно; при этом закон "Об уголовном правосудии в США" от 20 августа 1964 года предусматривает возможность данного защитника ходатайствовать перед судом о помощи в поиске информации, проведении экспертиз[[44]](#footnote-44).

Согласно законодательству штата Калифорния защитник может даже за пределами суда беседовать со свидетелями обвинения, заручившись поддержкой суда о непротиводействии таким встречам со стороны обвинения.

Заметим, что, несмотря на принцип состязательности, насквозь пронизывающий всю систему американского судопроизводства, отдельные нормы уголовного права предусматривают вероятность объективного вменения, то есть уголовную ответственность за невиновное причинение вреда. Отмеченное скрывается под формулой так называемой "строгой ответственности". В § 15.10 УК штата Нью-Йорк говорится: "Минимальное требование к уголовной ответственности - это осуществление лицом поведения, включающего в себя добровольное действие или несовершение действия, которое оно в состоянии физически совершить. Если такое поведение - это все, что требуется для совершения конкретного посягательства или если посягательство или какой-либо его материальный элемент не требует виновного психического состояния со стороны деятеля, такое правонарушение является посягательством "строгой ответственности"[[45]](#footnote-45). Сторонники данной правовой конструкции считают ее целесообразной, ссылаясь на то, что речь идет "всего лишь" об избавлении обвинителя по определенным преступлениям, которые не влекут строгих санкций, от слишком тяжкого для него бремени доказывания[[46]](#footnote-46).

## 3.2 Собирание доказательственной информации обвиняемым и его защитником: Современное состояние и перспективы развития

Анализируя современное положение защитника и его подзащитного в смысле участия в уголовно-процессуальном доказывании, надо отметить, что УПК РСФСР представлял им весьма скупые, ограниченные права и возможности на этот счет.

Закон, однако, не содержит перечня и, соответственно, правил производства указанными сторонами обвинения и защиты действий, направленных на собирание и представление письменных документов и предметов для приобщения к уголовному делу в качестве доказательств[[47]](#footnote-47).

Здесь опять же необходимо оговориться, что это еще не доказательства и информация не носит обязательного для следователя характера. Защитник и его клиент не формируют доказательства в полном смысле этого слова. Но неужели они не могут участвовать в доказывании и как-то влиять на разрешение, исход дела?

Сторона защиты может участвовать в доказывании на стадии предварительного расследования следующим образом:

- собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, а также иных организаций. Указанные органы и организации обязаны в порядке, установленном законодательством, выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии;

- опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь;

- привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи;

- беспрепятственно встречаться (в том числе в период содержания под стражей) со своим доверителем наедине, в условиях, обеспечивающих конфиденциальность, без ограничения числа свиданий и их продолжительности;

- фиксировать (в том числе с помощью технических средств) информацию, содержащуюся в материалах дела, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, соблюдая при этом государственную или иную охраняемую тайну;

- совершать иные действия, не противоречащие законодательству Российской Федерации.

Однако материалы, собранные подобным образом, процессуально значимыми становятся лишь после субъективного усмотрения следователя о приобщении их к материалам уголовного дела. К сожалению, не редкой является ситуация, при которой сотрудник органа расследования может посчитать ненужным приобщать документы, предметы к делу. То есть фактически потенциальная доказательственно значимая информация в наличии есть (по усмотрению стороны защиты), но по решению стороны обвинения она процессуально не оформляется.

Согласно ст. 8 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" № 63-ФЗ от 31 мая 2002 года, защитник вправе собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать и получать справки, характеристики и иные документы от организаций, которые обязаны в порядке, установленном законом, выдавать указанные документы и их копии, опрашивать лиц (с их согласия), предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, собирать и представлять предметы, которые могут быть признаны доказательствами по делу, привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи, совершать иные действия, не противоречащие законодательству России.

Защитник и обвиняемый на стадии предварительного расследования преступлений осуществляют познание наряду с другими субъектами доказывания; только они познают то, что выгодно подзащитному, способствует облегчению его участи или полному оправданию. Отмеченное определяет зачастую противоположное видение обстоятельств дела. Люди, имеющие разную направленность интересов (следователь, защитник, потерпевший, обвиняемый), собирают неодинаковую информацию об одном и том же социальном явлении, совершенно по-разному его характеризуют[[48]](#footnote-48).

Согласно ныне действующему законодательству защитник обвиняемого, сам обвиняемый имеют право участвовать в обнаружении доказательственной информации и закреплении доказательств, осуществляемом следователем. Скажем, при допросе обвиняемого защитник может познавать сущность события: что произошло, какие есть доказательства и потенциально обвинительная доказательственная информация. Данные сведения позволяют стороне защиты провести последующую проверку и оценку соответствующей информации и сформулировать выводы по делу. При этом желательно определить в уголовно-процессуальном законе обязанность следователя прерывать допрос обвиняемого для его беседы с защитником, если обвиняемый об этом просит, но не более одного раза на 30 минут[[49]](#footnote-49). Полагаем, если следователь не будет представлять обвиняемому право в процессе допроса советоваться с адвокатом, то допрашиваемый может избрать тактику молчания, что не выгодно для следствия. Указание в УПК на однократность перерыва и его срок должно препятствовать злоупотреблению этим правом со стороны защиты.

Участие защитника при производстве следственного действия обеспечивает полноту и объективность результатов этого следственного действия. Как указывает Н.А. Громов, "участие адвоката в производстве следственного действия придает больший вес этому доказательству"[[50]](#footnote-50).

На практике давно признано, что присутствие защитника при производстве какого-либо процессуального действия лишает сторону защиты впоследствии ссылаться на "произвол следователя", если надлежащие ходатайства о восстановлении прав не были своевременно заявлены.

В соответствии с уголовно-процессуальным законом защитник может участвовать в допросе своего подзащитного, проведении иных следственных действий с его участием, а с разрешения должностного лица, производящего расследование, - в следственных действиях, выполняемых по ходатайствам стороны защиты. В практической деятельности защитники наиболее активно участвуют в допросах, очных ставках, предъявлении для опознания, следственном эксперименте. При этом они задают дополнительные вопросы, делают письменные замечания на протоколы по поводу правильности и полноты записей.

Разумеется, что максимально часто адвокаты участвуют в допросах обвиняемого (по мнению 98% опрошенных адвокатов Курска и Курской области - в 97% уголовных дел, очных ставках.

Отмеченное обстоятельство объясняется тем, что допрос - наиболее информативное следственное действие, способствующее выявлению фактов, которые оправдывают обвиняемого или смягчают его положение. Защитник участвует в допросе как активный и самостоятельный субъект уголовно-процессуального доказывания, он оказывает влияние на деятельность следователя.

К примеру, защитник одного из обвиняемых в групповом изнасиловании задал 15 вопросов в течение четырех часов допроса его клиента. Да и сам обвиняемый при дополнительном допросе вел себя активно, потребовав приобщить к материалам дела схему, нарисованную им собственноручно. Ходатайство было удовлетворено следователем[[51]](#footnote-51).

Участие защитника в деятельности, проводимой в процессе доказывания, имеет целью формирование такой защитительной позиции, которая выгодна обвиняемому в совершении преступления. При производстве следственного действия защитнику следует выяснить, не препятствует ли его осуществлению состояние здоровья подзащитного. Плохое самочувствие может влечь за собой непреднамеренное искажение показаний, что, возможно, негативным образом скажется на его правах. Защитник обязан анализировать показания обвиняемого с целью выявления оправдывающих или смягчающих обстоятельств, он должен понимать, что возможен самооговор, последующее изменение показаний[[52]](#footnote-52).

Наряду с участием в следственных действиях как формой собирания доказательственной информации сторона защиты имеет возможность получать и представлять сведения, предметы и документы иными способами (в большинстве изученных нами дел защитник представлял справки, характеристики на обвиняемого).

Обвиняемый и его защитник могут получать в свое распоряжение указанные объекты от любых лиц. Причем они могут быть представлены как добровольно, так и на основании требования юридической консультации, если защитник - член коллегии адвокатов[[53]](#footnote-53). Однако "установленного законом порядка" получения предметов или документов не существует. В связи с этим предлагаем ввести в УПК норму следующего содержания: "Юридическое лицо, в том числе государственный орган, орган местного самоуправления, получившее запрос защитника обвиняемого по поводу предметов, документов, сведений или иной информации, необходимой для оказания юридической помощи, обязано ее предоставить в течение десяти суток, за исключением случаев, когда запрашиваемые предметы, документы, сведения или иная информация относятся к государственной, служебной, профессиональной, коммерческой или банковской тайне".

Содержание искомых предметов, документов может быть различно. В них может содержаться информация, положительно характеризующая обвиняемого, указание на дефекты его психического или физического развития, либо сведения, порочащие потерпевшего, свидетеля, показывающего против него (справка о заболевании свидетеля, о наличии у него судимости за дачу заведомо ложных показаний и т. п.).

Сторона защиты в целях опровержения предъявленного обвинения может принимать дополнительные меры для установления очевидцев происшествия и сообщения о них следователю для вызова на допрос в качестве свидетелей, запрашивать у компетентных лиц или научных учреждений заключения по специальным вопросам. Обвиняемый и защитник могут осматривать место происшествия с представлением затем следователю фотоснимков, видеозаписи, схем, планов, рисунков. Н.А. Дремина предлагает предоставить защитнику невменяемого лица право осмотра подзащитного врачом, действующим по поручению защитника[[54]](#footnote-54).

Действительно, УПК не указывает на то, что сведения о возможных свидетелях, документах отмеченные субъекты доказывания могут черпать только из материалов дела и только процессуальным путем.

Говоря о праве обвиняемого или защитника осматривать место происшествия, какой-либо объект, составлять план, производить съемку, важно обратить внимание на недопустимость совершения указанных действий с нарушением прав других лиц.

Разумеется, что в соответствии с действующим уголовно-процессуальным законодательством вся доказательственная информация, представляемая защитником и его клиентом, получает процессуальный статус доказательства только после приобщения ее к уголовному делу уполномоченным на расследование лицом. И если следователь вынесет соответствующее процессуальное решение о приобщении предмета, документа, сведений к делу, то они станут полновесными доказательствами. В противном случае тот же самый объект теряет свое доказательственное значение, хотя информация, в нем содержащаяся, никуда не исчезает. Потому представляется необходимым установить в законе гарантии объективного рассмотрения и разрешения вопроса о приобщении к делу материалов, предъявляемых адвокатом-защитником или обвиняемым.

Однако анализ данных, полученных из бесед, опросов и анкетирования адвокатов Курска и Курской области показывает, что защитники очень редко пользуются услугами этих фирм[[55]](#footnote-55). Инертность во взаимодействии стороны защиты и частного детектива обуславливается, во-первых, тем, что их услуги являются "весьма дорогим удовольствием", а во-вторых, отсутствием презумпции добросовестности частного сыщика. По всей видимости, увеличение числа частных детективных агентств приведет к обвальному падению расценок на их услуги. Что же до второго момента, то нечистоплотные лица встречаются и в правоохранительных органах. И если их выявляют, то стараются от них избавиться, несмотря на то, частный ли это сыщик или государственный служащий.

Следует согласиться с мнением о предпочтительности взаимодействия именно защитника с частным сыщиком, нежели последнего с обвиняемым. Защитник, как правило, обладает профессиональным опытом и юридическими знаниями, большими, нежели его клиент, поэтому он гораздо быстрее и эффективнее определит, что и как подробно должен выявить детектив[[56]](#footnote-56).

Может показаться, что признание результатов частной детективной деятельности, соответствующей требованиям допустимости по источнику доказательств, ставит обвинение в неравное положение. Ведь детективы могут использовать для получения сведений любые законные способы, в том числе без соблюдения какой-либо формы (санкции и т. п.), а обвинение - нет. Нам представляется, в этом нет ничего страшного. Такого рода деятельность не вызовет повального вмешательства в частную жизнь граждан. Закон "О частной детективной и охранной деятельности" № 2487-1 от 11 марта 1992 года (с измен, на 21 марта 2002 года) запрещает детективам осуществлять видео- и аудиозапись, фото- и киносъемку в помещении без письменного на то согласия соответствующего лица, прибегать к действиям, посягающим на права и свободы граждан, совершать деяния, ставящие под угрозу жизнь, здоровье, честь, достоинство, имущество граждан, а также фальсифицировать материалы (пункты 4 - 7 ч. 1 ст. 7 Закона). Нарушение неприкосновенности жилища, тайны переписки, переговоров влечет за собой уголовную ответственность по статьям 137, 138, 139 УК России и, разумеется, лишение лицензии.

Деятельность частного детектива необходима для более полного и быстрого сбора информации; он может установить круг осведомленных лиц, возможных свидетелей защиты, опросить их при наличии согласия.

К сожалению, недостаточный опыт практической деятельности частных детективов в уголовном процессе, наличие несоответствий между уголовно-процессуальным законодательством и нормативной базой частной детективной и охранной деятельности не позволяют в полном объеме спользовать данный способ отыскания защитительной доказательственной информации[[57]](#footnote-57).

Подытоживая сказанное, заметим, что хотя вопросы о сущности представляемой обвиняемым и его защитником доказательственной информации, правовой регламентации порядка ее легализации, введении в уголовный процесс как доказательства, формах и способах собирания информации в процессе доказывания стороной защиты являются весьма актуальными, они до сих пор не получили надлежащего разрешения в действующем уголовно-процессуальном законодательстве. Потому данная проблема требует скорейшего осмысления и снятия с повестки дня в ближайшем времени на основе последних данных теории и практики российского и зарубежного уголовного процесса.

## 

## 3.3 Судебная практика

Закрепление в ч. 3 ст. 86 УПК РФ право защитника на сбор доказательств «путем получения предметов, документов и иных сведений», а равно «опроса лиц с их согласия», подвигла некоторых теоретиков к спешной разработке стратегии, тактики и методики параллельного адвокатского расследования. Это и неудивительно, поскольку законодатель, признав за адвокатом полноценное право на сбор доказательств в одной статье, забыл урегулировать порядок этого самого сбора в другой статье.

Рассмотрим результаты уголовного дела, возбужденного в Курской области против защитника, «увлекшегося» проведением параллельного адвокатского расследования. Рассмотрим формулировки, составившие основу процессуальных документов по уголовному делу. В современных условиях для кого-то они могут иметь прецедентное значение.[[58]](#footnote-58)

Адвокат К., являясь защитником Л., обвиняемого органами предварительного расследования в похищения человека, в рамках проводимого им параллельного адвокатского расследования пришел домой к потерпевшему А. и получил от последнего заявление, из содержания которого следовало, что Л. не только похитил А., но и добровольно потерпевшего отпустил. Иными словами, защитник заполучил документ, который полностью аннулировал все результаты официального следственного расследования, поскольку в силу примечания к ст. 126 УК РФ лица, добровольно освободившие похищенного, от уголовной ответственности освобождаются.

Обвиняемый Л., передав следователю ксерокопию вышеуказанного заявления А., заявил ходатайство о приобщении ее к материалам уголовного дела. Лица, осуществляющие предварительное расследование, усомнившись в достоверности заявления А., допросили его по обстоятельствам отобрания данного документа адвокатом К. Потерпевший показал, что К. данное заявление заполучил от него обманным путем: представился работником прокуратуры, под диктовку заставил написать текст заявления, содержание которого не соответствовало действительности.

За фальсификацию доказательств по уголовному делу об особо тяжком преступлении судом адвокат К. был осужден по ч. 3 ст. 303 УК РФ к 3 годам лишения свободы, в соответствии со ст. 73 УК РФ условно с испытательным сроком 2 года и с лишением права заниматься адвокатской деятельностью на 2 года.

Как видим, суд первой инстанции расценил вышеописанные действия адвоката К. как предусмотренный законом сбор доказательств, которые, однако, при этом были сфальсифицированы.

Считая приговор суда незаконным и необоснованным, осужденный К., его защитники – адвокаты В. и Г. поставили вопрос перед Верховным Судом РФ об его отмене, в том числе и по следующим основаниям:

- заявление (следовательно, и любые иные результаты опроса лица) не являются доказательствами по делу;

- ксерокопия – не документ.

Таким образом, утверждая, что результаты параллельного адвокатского расследования нельзя сфальсифицировать, защитники-профессионалы поспешили признать, что содеянное их коллегой в любом случае не может быть расценено как сбор доказательств. Возникает вопрос: если это так и представителями адвокатского корпуса не оспаривается, то какой смысл отбирать у потерпевшего документ, если никакого доказательственного значения по делу он не имеет?

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ с позицией стороны защиты по делу К. согласилась и в своем кассационном Определении от 08.12.2008[[59]](#footnote-59) записала следующее: «Ксерокопия заявления А., имеющаяся в деле, которую получил осужденный К., являвшийся в то время адвокатом – защитником Л., не может быть признана доказательством по делу.

Согласно ст. 84 УПК РФ к иным документам относятся материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном ст. 86 УПК РФ.

Из смысла ст. 84 и 86 УПК РФ следует, что относимые к делу сведения, полученные защитником в результате опроса частных лиц, изложенные им или опрошенными лицами в письменном виде, нельзя рассматривать в качестве показаний свидетеля или потерпевшего. Они получены в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий их доброкачественности и поэтому могут рассматриваться в качестве оснований для вызова и допроса указанных лиц в качестве свидетелей, потерпевшего или для производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу.

Имеющаяся в деле ксерокопия заявления А. получена К. (являющимся в тот момент защитником Л.) от А. без соблюдения требований уголовно-процессуального закона, необходимых для получения доказательств по делу, и поэтому не может быть признана доказательством по делу.

Следователь Ч., приобщивший ксерокопию заявления к делу, не сверил ее с подлинником заявления и не удостоверил ее подлинность, что также лишило доказательственного значения копии заявления, если бы подлинник и являлся бы доказательством.

Таким образом, из приведенных данных вытекает, что имеющаяся в деле ксерокопия заявления А., в фальсификации содержания которого признан виновным К., не является доказательством по делу. Поэтому в действиях К. нет состава преступления».

# 

# Заключение

В настоящей работе описаны и проанализированы положения российского законодательства об участии обвиняемого и его защитника в уголовно-процессуальном доказывании в историческом ракурсе, его современном состоянии, а также в желательной перспективе. Рассмотрены также соответствующие правовые акты ряда иных государств, в том числе различных мировых правовых систем - европейской континентальной и англо-американской. По результатам анализа сформулирован ряд научных и практических выводов и рекомендаций по совершенствованию отдельных положений УПК России, суть которых сводится к следующему:

- Полномочия обвиняемого и его защитника по поводу участия в доказывании недостаточно полно регламентированы ныне действующим законодательством. Изменить подобное положение можно лишь путем представления стороне защиты более широких прав по собиранию доказательственной информации, а также последующего их участия в проверке и оценке сформированных доказательств.

- Несмотря на и без того недостаточные возможности у обвиняемого и его защитника по отстаиванию своей позиции по делу, защитники не всегда в полной мере реализуют свои права на стадии предварительного расследования преступлений, что, естественно, уменьшает эффективность проводимой защитительной деятельности.

- Необходимо определить в Уголовно-процессуальном кодексе РФ и Законе "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" № 2487-1 от 11 марта 1992 года (с измен, на 21 марта 2002 года) принципы соотношения и взаимодействия защитника (но не обвиняемого, так как последний обладает зачастую много меньшими специфическими познаниями, нежели профессиональный юрист-адвокат) и частного детектива.

- Недопустимо предложение о закреплении в УПК возможности осуществления стороной защиты "частного расследования" или "частных расследовательских мер".

- Сторона защиты должна тщательно относиться к определению допустимости, относимости, достоверности и достаточности доказательств, собранных следствием.

Доказательство должно признаваться относимым к делу, если оно представляет собой сведения о фактах, которые подтверждают, опровергают или ставят под сомнение выводы об обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Доказательство должно признаваться допустимым, если оно получено из надлежащего источника, надлежащим субъектом доказывания в пределах его полномочий и надлежащим образом процессуально оформлено. Совокупность доказательств должна признаваться достаточной для разрешения уголовного дела по существу, если собрано такое количество относящихся к делу достоверных и допустимых доказательств, которое на данный момент неоспоримо устанавливает обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу.

- Уголовный процесс в России постепенно теряет свой инквизиционный характер (периода до 1864 года) и эволюционирует в сторону процесса с элементами состязательности.

- В настоящее время сторона зашиты, не может формировать доказательства, однако имеет возможность собирать так называемую "защитительную доказательственную информацию", под которой необходимо понимать любые сведения, имеющие какое-либо значение, по мнению стороны защиты, для облегчения положения обвиняемого, полученные не запрещенным законом способом.

- Сторона защиты участвует в доказывании путем собирания доказательственной информации с последующим заявлением ходатайств о приобщении ее к делу в качестве доказательств и путем участия в следственных действиях, проводимых уполномоченными органами расследования.

- Необходимо более тщательно определить в уголовно-процессуальном законе процессуальный порядок принятия и рассмотрения заявленных ходатайств и жалоб на стадии предварительного расследования в целях их объективного разрешения следователем.

Представляется, что вышеперечисленные научные выводы и предложения, а также практические рекомендации, будут способствовать решению задач уголовного судопроизводства в плане привлечения к уголовной ответственности лиц, виновных в совершении преступлений, и назначения последним справедливого наказания, а также недопущения привлечения к ответственности невиновных, и их последующего осуждения.

# Библиография

1. Конституция Российской Федерации "Российская газета", № 237, 25.12.1993.
2. Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (ред. от 23.07.2008) // «Собрание законодательства РФ», 10.06.2002, №23, ст. 2102.
3. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 11.06.2008, с изм. от 16.07.2008) // «Собрание законодательства РФ», 24.12.2001, № 52 (ч. I), ст. 4921.
4. О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. № 7 // Бюллетень Верховного Суда РФ.- 2000. № 4.
5. Определение Кассационной палаты Верховного Суда РФ от 24 сентября 1996 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1997. № 7.
6. Определение Конституционного Суда РФ «По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом I части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР» от 6 июля 2000 г. № 128-0 // Рос. газета.-2000. 3 августа.
7. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 23 марта 1994 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1994. №11.
8. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 31 января 1995 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1995. № 8.
9. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 24 мая 1995 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1996. № 2.
10. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 2 сентября 1992 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1993. № 2.
11. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 15 июня 1994 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1994. № 9.
12. Постановление Президиума Псковского областного суда от 15 июля 1994 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1995. № 6.
13. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 15 мая 1996 г.// Бюллетень Верховного Суда РФ.- 1996. №8.
14. Постановление Конституционного Суда РФ По делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гигиса и СВ. Абрамова от 28.01.97 № 2-й // Вестник Конституционного Суда РФ.- 1997. № 1.

Постановление Конституционного Суда РФ По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова от 27 июня 2000 № 11-П // СЗ РФ.- 2000. № 27. Ст. 2882.

Собрание законодательства РФ, 2002, №23. Ст.2102

1. Собрание законодательства РФ, 2003, № 27 (ч. 2). Ст. 2872.
2. УПК ФРГ (с измен, и доп. на 1 января 1993 года) / Перев. с нем. Предисловие канд. юрид. наук Б.А. Филимонова. М.: Манускрипт, 1994.

Учебно-монографическая литература

1. Безлепкин Б. Т. Справочник адвоката по уголовному процессу. М., 2006. С. 688.
2. Боботов С.В. Буржуазная юстиция. Состояние и перспективы развития. М., 1989; Уголовный процесс России. Учебник для вузов // Под ред. А.С. Кобликова. М.: НОРМА-ИНФРА, 1999.
3. Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М.: Юрид. лит., 1978.
4. Бойков А.Д., Капинус Н.И. Адвокатура России. Учебное пособие. М.: Институт международного права и экономики имени А.С Грибоедова, 2000.
5. Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс. М., 2008. С. 816.
6. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М.: Зерцало, 2001.
7. Калмыкова Н.В. Защита по делам несовершеннолетних. Минск: Беларусь, 1981.
8. Лубенский А.И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств. М.: Юрид. лит., 1977.
9. Надирашвили Ш.А. Установка и деятельность. Тбилиси, 1987.
10. Никифоров Б.С, Решетников Ф.М. Современное американское уголовное право. М., 1990.
11. Россинский С. Б. Уголовный процесс России. М., 2008. С. 576.
12. Рыжаков А.П. Собирание доказательств // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М, 2002. С. 263.
13. Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. М.: Юрид. лит., 1982.
14. Уголовное право Соединенных Штатов Америки. М., 1986.
15. Филимонов Б А. Защитник в германском уголовном процессе. М.: Спарк, 1997.
16. Филимонов Б.А. Уголовный процесс ФРГ. М.: Издательство Московского университета, 1974.
17. Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб.: Альфа-Равента, 1995.
18. Шимановский В.В. Привлечение в качестве обвиняемого на предварительном следствии. Л., 1983.

Статьи

1. Белорусов В., Шишов Е. Частный детектив в уголовном процессе: некоторые аспекты проблемы // Уголовное право, 2001, № 2.
2. Голос, 1881, №61.
3. Гриненко А. Обеспечение права на защиту в стадии возбуждения уголовного дела // Уголовное право, 2001, № 1.

Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование. / «ЭЖ-Юрист». – 2005. - №21

1. Краснова Н.В. Познавательно-поисковая деятельность защитника // Адвокатская практика, 2000, № 1.
2. КузнецовН., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. 2002. N 8
3. Куссмауль Р. Исключить показания обвиняемого из числа доказательств // Российская юстиция, 2001, № 7.
4. Милова И.Е. Процессуальные и тактические аспекты участия защитника в следственных действиях // Правовые формы и эффективность доказывания по уголовным делам. Межвуз. сб. научных статей. Самара: Издательство "Самарский университет", 1996.
5. Милова И.Е. Участие адвоката в следственных действиях // Российская юстиция, 1996, № 11.
6. Фойницкий И.Я. Предварительное следствие и его реформа // Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 1, 1882.
7. Фоков А.П. Конституционные гарантии судебной защиты прав и свобод граждан в современном уголовно-процессуальном законодательстве Франции // Государство и право, 2001, № 2.
8. Яшин С.В. Защита прав участников уголовного процесса на современном этапе // «Адвокатская практика», 2007, № 3.

Судебная практика

1. Архив Ленинского суда, г. Курска, уголовные дела за 2008 - 2009 гг.

Диссертации и авторефераты диссертаций

1. Агутин А.В. Правовые и тактические аспекты частной сыскной деятельности. Дис. канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1996.
2. Дремина Н.А. Проблемы профессиональной защиты по делам лиц о применении принудительных мер медицинского характера. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Харьков, 1991.
3. Курдова А.В. Защитник обвиняемого в уголовном процессе США. Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1998.
4. Цоколова О.И. Применение органами предварительного следствия и дознания мер процессуального принуждения под судебным контролем. Автореф. дис. канд. юрид. наук. М, 1995.
5. Шанталь А.Л. Предварительное следствие в уголовном процессе России и Франции (сравнительно-правовое исследование). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1999.
6. Яссельская В.В. Деятельность адвоката-защитника по собиранию доказательств на стадии предварительного расследования. Дис. канд. юрид. наук. Томск, 1999.

1. См.: СЗ РФ.-2002.- №23. Ст.2102 [↑](#footnote-ref-1)
2. См.: По делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР в связи с жалобами гра­ждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гигиса и СВ. Абрамова: Постановление Конституционного Суда РФ от 28.01.97 № 2-й// Вестник Конституционного Суда РФ.- 1997. № 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. СЗ РФ.- 2003. № 27 (ч. 2). Ст. 2872. [↑](#footnote-ref-3)
4. По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конститу­ционных прав и свобод пунктом I части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР: Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-0// Рос. газета.-2000. 3 августа. [↑](#footnote-ref-4)
5. См.: По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конститу­ционных прав и свобод пунктом 1 части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР: Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-0 // Рос. газета.-2000. 3 августа. [↑](#footnote-ref-5)
6. См.: По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конститу­ционных прав и свобод пунктом 1 части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР: Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-0 // Рос. газета.-2000. 3 августа. [↑](#footnote-ref-6)
7. См.: По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части вто­рой статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 № 11-П// СЗ РФ.- 2000. № 27. Ст. 2882. [↑](#footnote-ref-7)
8. См.: О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. № 7 // Бюллетень Верховного Суда РФ.- 2000. № 4. [↑](#footnote-ref-8)
9. Яссельская В.В. Указ. раб. С. 92. [↑](#footnote-ref-9)
10. Архив Ленинского суда г. Курска, дело № 1-484/20 за 2008 г. [↑](#footnote-ref-10)
11. Архив Ленинского суда г. Курска, дело № 1-456/20 за 2008 г [↑](#footnote-ref-11)
12. Архив Ленинского суда г. Курска, дело № 1-326/20 за 2009 г. [↑](#footnote-ref-12)
13. Архив Ленинского суда г. Курска, дело № 1-326/20 за 2009 г. [↑](#footnote-ref-13)
14. Гриненко А. Указ. раб. С. 45. [↑](#footnote-ref-14)
15. Архив Ленинского суда г. Курска, дело № 1-325/20 за 2009 г. [↑](#footnote-ref-15)
16. Бойков А.Д., Капинус Н.Й. Адвокатура России. Учебное пособие. М.: Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова, 2000. С. 14. [↑](#footnote-ref-16)
17. Филимонов Б.А. Защитник в германском уголовном процессе. М.: Спарк, 1997. С. 3. [↑](#footnote-ref-17)
18. Филимонов Б.А. Указ. раб. С. 4. [↑](#footnote-ref-18)
19. Филимонов Б.А. Указ. раб. С. 20. [↑](#footnote-ref-19)
20. Заметим, что защита на стадии предварительного расследования возродилась не в связи с Уставом 1877 года, а несколько раньше: в Брауншвейгском (от 22 августа 1849 года) и Нассацском (от 14 апреля 1849 года) немецких кодексах. [↑](#footnote-ref-20)
21. Голос, 1881, №61. [↑](#footnote-ref-21)
22. Фойницкий И.Я. Предварительное следствие и его реформа // Журнал гражданского и уголовного права, 1882. Книга 1. С. 168. [↑](#footnote-ref-22)
23. Филимонов Б.А. Уголовный процесс ФРГ. М.: Издательство Московского университета, 1974. С. 4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Предварительное следствие, проводимое следственным судьей, отменено в 1975 году, чтобы устранить дублирование действий полиции и прокуратуры и ус­корить процесс расследования. См. об этом: Боботов С.В. Буржуазная юстиция. Состояние и перспективы развития. М., 1989; Уголовный процесс России. Учеб­ник для вузов // Под ред. А.С. Кобликова. М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. С. 379. [↑](#footnote-ref-24)
25. Филимонов Б.А. Указ. раб. С. 41. [↑](#footnote-ref-25)
26. Лубенский А.И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств. М.: Юрид. лит., 1977. С. 86. [↑](#footnote-ref-26)
27. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М.: Зеркало, 2001. С. 408. [↑](#footnote-ref-27)
28. В проекте закона ФРГ "О защите" прямо указывается на право защитника проводить собственное расследование (§ 10 Проекта). [↑](#footnote-ref-28)
29. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Указ. раб. С. 396, 397, 423. [↑](#footnote-ref-29)
30. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Указ. раб. С. 427. [↑](#footnote-ref-30)
31. УПК ФРГ с, измен, и доп. на 1 января 1993 года / Перевод с немецкого и предисловие канд. юрид. наук Б.А. Филимонова. М.: Манускрипт, 1994; Филимо­нов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе М 1994. С. 34. [↑](#footnote-ref-31)
32. Привлечение к участию в деле в качестве обвиняемого по французскому законодательству означает не признание лица виновным, а создание условий для решения вопроса о виновности или невиновности данного лица. См.: Шанталь А.Л. Предварительное следствие в уголовном процессе России и Франции (сравнительно-правовое исследование). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1999. С. 15. [↑](#footnote-ref-32)
33. Уголовный процесс. Учебник для вузов // Под ред. А.С. Кобликова М. НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 364. [↑](#footnote-ref-33)
34. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб.: Альфа 1996 С. 362. [↑](#footnote-ref-34)
35. Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб.: Альфа-Равента, 1995. С. 784. [↑](#footnote-ref-35)
36. Шанталь А.Л. Организация предварительного следствия во Франции на современном этапе // Государство и право, 1999, № 1. С. 109. [↑](#footnote-ref-36)
37. Доказывание невиновности по французскому УПК ложится на обвиняемого, который должен доказать наличие не только невиновности, но и смягчающих обстоятельств. См.: Фоков А.П. Конституционные гарантии судебной защиты прав и свобод граждан в современном уголовно-процессуальном законодательстве Франции // Государство и право, 2001, № 2. С. 73. [↑](#footnote-ref-37)
38. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А.' Указ. раб. С. 310. [↑](#footnote-ref-38)
39. Фоков А.П. Конституционные гарантии судебной защиты прав и свобод граждан в современном уголовно-процессуальном законодательстве Франции // Го­сударство и право, 2001, № 2. С. 74. [↑](#footnote-ref-39)
40. В соответствии с уголовно-процессуальным законодательством США предварительное расследование осуществляется полицией, прокурором, судьей-магистратом, Большим жюри (Курдова А.В. Защитник обвиняемого в уголовном процессе США (досудебная стадия). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1998. С. 13). [↑](#footnote-ref-40)
41. Курдова А.В. Защитник обвиняемого в уголовном процессе США (досудебная стадия). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1998. С. 10. [↑](#footnote-ref-41)
42. Подробнее об этом см.: Агутин А.В. Правовые и тактические аспекты частной сыскной деятельности. Дис. канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1996. [↑](#footnote-ref-42)
43. Курдова А.В. Защитник обвиняемого в уголовном процессе США (досудебная стадия). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1998. С. 21. [↑](#footnote-ref-43)
44. Курдова А.В. Право малоимущих обвиняемых на защиту в уголовном процессе США// Государство и право, 1998, № 10. С. 107. [↑](#footnote-ref-44)
45. Уголовное право Соединенных Штатов Америки. М., 1986. С. 84. [↑](#footnote-ref-45)
46. Никифоров Б.С, Решетников Ф.М. Современное американское уголовное право. М., 1990. С. 52. [↑](#footnote-ref-46)
47. Рыжаков А.П. Собирание доказательств // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М, 2002. С. 263. [↑](#footnote-ref-47)
48. Надирашвили Ш.А. Установка и деятельность. Тбилиси, 1987. С. 341. [↑](#footnote-ref-48)
49. В подтверждение см., например: Краснова Н.В. Познавательно-поисковая деятельность защитника // Адвокатская практика, 2000, № 1. С. 58. [↑](#footnote-ref-49)
50. Громов Н.А. Институт привлечения к уголовной ответственности. Саратов, 1991. С. 86. [↑](#footnote-ref-50)
51. Архив Ленинского суда г. Курска, дело № 1-386/20 за 2009 г. [↑](#footnote-ref-51)
52. Шимановский В.В. Привлечение в качестве обвиняемого на предваритель­ном следствии. Л., 1983. С. 27. [↑](#footnote-ref-52)
53. На практике запросы консультации зачастую остаются без ответа, так как УПК не предусматривает никаких санкций за невыполнение требований консультации. [↑](#footnote-ref-53)
54. Дремина Н.А. Проблемы профессиональной защиты по делам лиц о приме­нении принудительных мер медицинского характера. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Харьков, 1991. С. 21. [↑](#footnote-ref-54)
55. Об этом же: Яссельская В.В. Указ. раб. С. 120. [↑](#footnote-ref-55)
56. Яссельская В.В. Указ. раб. С. 122. [↑](#footnote-ref-56)
57. Об этом же: Белорусов В., Шишов Е. Частный детектив в уголовном процес­се: некоторые аспекты проблемы // Уголовное право, 2001, № 2. С. 53 - 55. [↑](#footnote-ref-57)
58. Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование. / „ЭЖ-Юрист“. – 2005. - №21 [↑](#footnote-ref-58)
59. Уголовное дело в отношении К. №1-254/20 за 2008 г. [↑](#footnote-ref-59)