**СОДЕРЖАНИЕ**

Введение

Глава I. Уголовно-процессуальная функция защиты и роль доказывания в её осуществлении

 1.1. Уголовно-процессуальная функция защиты в системе других функций: понятие, сущность и проблемы осуществления

 1.2. Участие в доказывании по уголовному делу как средство осуществления процессуальной функции защиты

Глава II. Формы участия адвоката—защитника в уголовно-процессуальном

доказывании

 2.1. Собирание и представление вещественных доказательств

 2.2. Собирание и представление документов

 2.3. Опрос лиц

 2.4. Заявление ходатайств и принесение жалоб как форма участия адвоката—защитника в уголовно-процессуальном доказывании»

 2.5. Участие адвоката-защитника в производстве следственных действий по собиранию доказательств

 2.6. Привлечение адвокатом-защитником специалистов к участию в уголовно-процессуальном доказывании

Заключение

Список литературы

ВВЕДЕНИЕ

 Коренное обновление уголовно-процессуального законодательства и законодательства об адвокатской: деятельности и адвокатуре означает подведение определенного итога многолетней дискуссии учёных-правоведов и практикующих юристов о путях совершенствования правового института защиты, по уголовным делам, но не положили конца ни этой дискуссии, ни проблемам, существующим в данной области. Сказанное относится, прежде всего, к проблеме участия защитника в уголовно-процессуальном доказывании, которая имеет особую остроту в стадии предварительного расследования, по-прежнему страдающего существенными недостатками с точки зрения гарантий принципа состязательности сторон (статья 123 Конституции РФ, статья 15 УПК), прав и законных интересов стороны защиты.

 Авторы, исследовавшие данную проблему до реформы. уголовно-процессуального законодательства, утверждают, что роль адвоката—защитника в собирании доказательств была незначительна; она в подавляющем большинстве случаев (82%) сводится к запросам документов, характеризующих личность подзащитного обвиняемого. Такой эта роль и остаётся. Предоставление защитнику права собирать доказательства путём, установленным: частью третьей статьи 86 УПК, не привело к сколько-нибудь существенным изменениям в процессуальном положении стороны защиты вообще и адвоката-защитника, в частности. Реализация этого права на практике из-за отсутствия тщательно продуманного правового механизма крайне затруднительна, практически это не дало каких-либо новых рычагов, поэтому проблема участия защитника в уголовно-процессуальном доказывании не только сохранила свою прежнюю актуальность, но и породила новые вопросы, новые противоречивые толкования. Анкетный опрос адвокатов и следователей органов внутренних дел, включая сотрудников Следственного комитета при МВД РФ2 показал: все 100 % опрошенных считают, что с введением в действие УПК РФ 2001 года стороны в уголовном процессе не стали равноправными. В то же время: 40 % опрошенных полагают, будто адвокат-защитник получил реальные права и возможности собирать доказательства по уголовному делу, 60 % респондентов дали на этот вопрос отрицательный ответ, а на вопрос о том, нужны ли дополнительные юридические гарантии права защитника собирать доказательства мнения опрошенных разделились поровну.

Проблеме защиты обвиняемого в уголовном процессе вообще и проблеме участия защитника в уголовно-процессуальном доказывании в частности, в отечественной научной литературе традиционно уделялось и уделяется огромное внимание, что вполне объяснимо, так как тема органически связана с охраной прав личности, её взаимоотношений с государством, которая в нашем обществе (так сложилось исторически) была и остаётся злободневной. В работах В.Б. Алексеева, Р.С. Белкина, Б.Т. Безлепкина, АД. Бойкова, СЕ. Вицина, К.Ф. Гуценко, И.Ф. Демидова, 3.3. Зинатуллина, Б. А. Золотухина, Э.Ф. Куцовой, А.М. Ларина, А.А. Леви, Ю.Ф. Лубшева, П.А. Лупинской, И.Б. Михайловской, С.А. Пашина, И.Л. Петрухина, В.М. Савицкого, Ю.И. Стецовского, М.С. Строговича, С.А. Шейфера и других учёных-процессуалистов сосредоточен обширный материал по данной теме.

Объектом исследования послужили общественные отношения и правовые нормы, сложившиеся ранее и складывающиеся в настоящее время на основе нового уголовно-процессуального законодательства в сфере доказывания с участием адвоката-защитника в стадии предварительного расследования, а также связанные с развитием института состязательности на предварительном следствии. Эти отношения получили выражение в Конституции РФ (статья 48), многочисленных нормах УПК (статьи 11, 16, 49, 51, 53 и другие), в практике органов расследования, прокурорской, судебной и адвокатской практике по уголовным делам.

В работе решаются следующие задачи:

- с учётом нового УПК определить понятие, сущность, актуальные теоретические и практические проблемы: осуществления функции защиты в системе других уголовно-процессуальных функций;

- определить понятие и формы уголовно-процессуального доказывания, а также основные формы участия в нём адвоката-защитника;

- рассмотреть с теоретических позиций каждую из законодательно установленных форм участия адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании;

- проанализировать накопившуюся практику участия защитника в реализации принципа состязательности в стадии предварительного расследования;

- определить пути повышения эффективности каждой из форм участия защитника в доказывании по уголовному делу

- раскрыть оправдавшие себя в практической деятельности формы осуществления адвокатом своих полномочий по защите прав и интересов

участвующих в деле лиц на предварительном следствии .

Деятельность адвоката-защитника исследуется с позиции тех задач, которые определены новыми уголовно-процессуальным законодательством и Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ, расширившими полномочия защитника в доказывании на стадии досудебного производства. Теперь правом воспользоваться квалифицированной юридической помощью могут не только лица, в отношении которых начато уголовное преследование или применены меры процессуального принуждения, но и лица, участвующие в рамках предварительного расследования в качестве свидетелей.

**ГЛАВА 1. УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ ЗАЩИТЫ И РОЛЬ ДОКАЗЫВАНИЯ В ЕЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ**

1.1 УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ ЗАЩИТЫ В СИСТЕМЕ ДРУГИХ ФУНКЦИЙ: ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ И ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ

 Преступность сопровождала развитие человеческого общества на протяжении всей его истории. На всех этапах своего развития общество пыталось установить причины этого социального явления, предпринимались многочисленные способы борьбы с этой общественной патологией, разрабатывались различные теории, объясняющие корни этого явления. Истории известны различные типы уголовного судопроизводства, которые, сменяя друг друга, развивали и совершенствовали уголовно-процессуальное право. Тот или иной тип судопроизводства предопределялся экономическими, политическими, социальными, идеологическими, религиозными причинами. Различие в них во многом зависит и от того, как распределены функции между. участниками процесса. Сами же функции? определялись теми целями и задачами, которые ставили во главу угла тот или иной тип судопроизводства.

По своему происхождению понятие функции философское, мировоззренческое. В своём изначальном смысле оно означает отношение двух (групп) объектов, в котором изменение одного из них ведёт к изменению другого. Введённая в научный оборот немецким учёным Лейбницем (1646 — 1716 г. г.), категория функции постепенно приобрела фундаментально

научно-теоретическое значение, причём- интерес к ней последовательно возрастал по мере распространения в различных областях науки функциональных методов исследования.

Толковый словарь русского языка СИ. Ожегова определяет понятие функции (лат. Рипсйо - исполнение) как : (1) работа производимая органом, (2) роль, значение чего-нибудь, (3) обязанность, круг деятельности. Гёте говорил, что функция - это существование, мыслимое нами в действии.

В юридической науке понятие функции широко используется прежде всего в связи с общим понятием права. В этом контексте функции определяются как направления правового воздействия, выражающие роль права в организации (упорядочении) общественных отношений*.* В соответствии с данным определением, опирающемся на понятия роли и направлений деятельности, принято различать функции социально-политические, социально-юридические, охранительные и регулятивные.

Одновременно в зависимости от специфики соответствующей отрасли человеческих знаний о природе и обществе концептуального аппарата, на котором эти знания основаны, категория функции обрастала определёнными смысловыми оттенками, варьируясь в частных, второстепенных признаках и оставаясь постоянной в главном, определяющем содержании. Так, например, если в математике функция- это понятие, выражающее зависимость переменных величин от других, то в общественных науках функция обычно определяется через понятие роли, которую выполняет определённый специальный институт или процесс по отношению к целому (например: функция денег в экономике; функция государства, общественная функция семьи и т.д.).

Соответственно приведённой общей дефиницией выводится и более: частное определение понятия функции в уголовном процессе. В наиболее авторитетных научных источниках под ними понимаются «определяемые нормами права и выраженные в соответствующих направлениях уголовно-процессуальной деятельности специальное назначение и роль её участников», «виды, отдельные направления уголовно-процессуальной деятельности», «виды (компоненты, части) уголовно-процессуальной деятельности, которые различаются по особым непосредственным целям, достигаемым в итоге производства по делу».

При очевидном единодушии относительно содержания самого понятия уголовно-процессуальной функции процессуалисты долгое время расходились во мнениях и дискутировали по повод их количества, наименования, а самое главное по поводу того, какие субъекты уголовно-процессуальной деятельности какие функции осуществляют и в чём выражается содержание каждой. Эта дискуссия касалась и касается, в частности, взаимосвязанных и взаимозависимых функций обвинения и защиты. Хотя их существование по сути дела никем не оспаривается, однако по поводу обеих функций, а.также по поводу того, кому они принадлежат и как разграничены, существуют различные точки зрения. Причём эта полемика обусловлена прежде всего тем, что ясного, исчерпывающего ответа на данный вопрос нет и никогда не было в самом законодательстве, о чём свидетельствует и его история.

В соответствии с постреформенным уголовно-процессуальным законодательством Российской Империи (Устав уголовного судопроизводства 1864г.) следователь при участии полиции собирал доказательственную базу по делу «с полным беспристрастием», приводя в известность как обстоятельства, уличающие обвиняемого, так и обстоятельства, его оправдывающие (статья 265 Устава уголовного судопроизводства). Он же, следователь, письменной повесткой или «словесным требованием» «призывал» к себе обвиняемого, а не явившихся в срок и не представивших удостоверения о законных причинах неявки, подвергал приводу (статьи 377 и 389 Устава уголовного судопроизводства) и допрашивал его, начиная это следственное действие с удостоверения в самоличности прибывшего или доставленного лица и объявлении, в чём оно обвиняется (статьи 398 и 403 Устава уголовного судопроизводства). Судебный следователь самостоятельно избирал меру «пресечения способов уклониться от следствия» как то: 1) отобрание вида на жительство или обязание подпиской о явке к следствию и неотлучке с места жительства; 2) отдача под особый надзор полиции; 3) отдача на поруки; 4) взятие залога; 5) домашний арест; 6) взятие под стражу (статья 416 Устава уголовного судопроизводства). По окончании производства по делу следователь объявлял всем участвующим в деле лицам, что следствие закончено, испрашивал у обвиняемого «не желает ли он представить ещё что-либо в своё оправдание» (статья 476 Устава уголовного судопроизводства) и отсылал «всё производство к прокурору или его товарищу» (статья 478 устава уголовного судопроизводства).

Прокурор за время производства следствия наблюдал за его производством (статьи 278-287 Устава уголовного судопроизводства), а по получении материалов предварительного следствия решал, «следует ли обвиняемого предать суду или же дело о нём должно быть прекращено или приостановлено» (статья 510 Устава уголовного судопроизводства). Заключение прокурора о предании обвиняемого суду излагалось в форме «обвинительного акта», в котором должны были быть «означены» время, место, обстоятельства» совершённого преступления, сущность доказательств, собранных по делу против обвиняемого, и квалификация преступления: «какому именно преступлению соответствуют признаки рассматриваемого деяния» (статьи 519-520 Устава уголовного судопроизводства). Если материалы следствия позволяли прекратить или приостановить уголовное преследование, прокурор выносил соответственно заключение о прекращении или приостановлении дела. Затем эти заключения направлялись в суд для разрешения дела по существу. Таким образом, функция обвинения принадлежала только прокурору, она реализовывалась либо в форме поддержания обвинения, либо в форме прекращения обвинения, отказа поддерживать обвинение.

Окончательное разрешение дела имело место только в суде, в том числе и путём его прекращения. Суд утверждал постановление о прекращении уголовного дела. В статье 277 Устава 1864 г. было прямо указано: «Производство следствия может быть прекращено только судом. Когда судебный следователь не найдёт оснований продолжать следствие, то приостановив производство, испрашивает на прекращение дела разрешения суда через прокурора». Поступившее в окружной суд уголовное дело с обвинительным актом прокурора в обязательном порядке проходило стадию предания суду, служившую своеобразным процессуально-судебным фильтром, призванным не пропускать дела к судебному разбирательству, надлежащим образом не подготовленного, и лицо затем, после положительного решения о предании суду, на этапе «приготовительных к суду распоряжениях» председательствующего, получало право; избирать защитника как из присяжных, так и из других лиц, «коли законом не воспрещалось ходатайствовать по чужим делам» (статья 565 Устава, уголовного судопроизводства). По просьбе подсудимого председательствующий; назначал защитника из состоящих при суде присяжных поверенных, а «за недостатком сих лиц, из кандидатов на; судебные должности, известных председателю по своей благонадёжности» (статья 566 Устава уголовного судопроизводства).

Таким образом, с позиции современности наиболее примечательными чертами уголовного судопроизводства Российской Империи в плане разфаничения процессуальных функций можно назвать следующие.

1. Привлекая к следствию в качестве обвиняемого определённое лицо, следователь, тем самым, начинал осуществление функции уголовного преследования, но ни «венчал» её составлением итогового обвинительного процессуального документа (обвинительного акта, обвинительного заключения), ни прекращением уголовного дела (уголовного преследования). Прокурор как главный ? орган уголовного преследования «подхватывал» эту функцию, принимал её у следователя сразу же, как только последний с участием обвиняемого завершал собирание доказательств. Из этого следует, что привлечение лица в качестве обвиняемого следователем, применение к нему обеспечительных мер уголовно-процессуального принуждения, а равно допрос обвиняемого и производство с его участием выступают не самостоятельными, не главными направлениями следственной деятельности, а лишь необходимым условием для установления им фактических обстоятельств дела, что в свою очередь служит условием для осуществления функции обвинения прокуратурой и разрешения дела судом.

2.Защитник подключался к осуществлению функции защиты только «перед лицом суда»; на всём протяжении предварительного следствия обвиняемый оставался без юридической помощи. Это положение - результат длительной борьбы двух направлений юридической мысли. При разработке проекта Устава уголовного судопроизводства Российской Империи 1864 года господствовала идея допуска защитника на предварительное следствие. и все разногласия, существовавшие между членами комиссии (а это 26 ведущих процессуалистов и практиков) касались лишь вопроса о том, какие меры следует принять для предупреждения злоупотреблений со стороны защитников. В допуске защитника на предварительное следствие отказал Государственный Совет Империи по тем мотивам, что он может воспрепятствовать успеху законных действий обвинительной власти преждевременным оглашением; обстоятельств, которые изобличают виновного. Впоследствии вплоть до начала? ХХ-го столетия вопрос о реформировании предварительного следствия на началах состязательности сторон и участия в нём защитника неоднократно поднимался в юридической печати («Журнал гражданского и уголовного права», «Русские ведомости», «Юридическая газета», «Судебная газета», «Право», «Журнал министерства юстиции») и на Международном конгрессе криминалистов в Петербурге в 1902 году. Министерством юстиции неоднократно создавались комиссии «для исследования недостатков предварительного следствия», однако серьёзных подвижек в этом деле так и не получилось.

3.Разрешение уголовного дела реально и полностью отделено от уголовного преследования и находится всецело в руках судебной власти; ни следователь, ни прокурор закончить начатое уголовное дело не вправе ни по реабилитирующим, ни по нереабилитирующим основаниям.

С другой стороны и суд, несмотря на то, что следователь входил в его штат, и несмотря.на то, что суду были предоставлены широчайшие полномочия по надзору за предварительным следствием, никоим образом не вмешивался в осуществление функции уголовного преследования. Согласно статьям 491 и 493 Устава уголовного судопроизводства участвующие в деле (в стадии предварительного следствия) лица могут приносить жалобы на всякое следственное действие, нарушающее или стесняющее их права. Жалобы на действия следователя, как предпринятые им собственной властью, так и по требованию прокурора или его товарища, приносятся окружному суду. Это правило в полной мере и даже в первую очередь относится и к обвиняемому - участнику процесса, занимающему центральное место среди субъектов уголовно-процессуальных правоотношений и больше других заинтересованному в строжайшем соблюдении его прав и интересов, потому что от этого зависит судьба человека. Главное, что нужно понять в этой связи, заключается в следующем: в судебном порядке могли быть обжалованы любые решенияи действия следователя, нарушающие или стесняющие права любого участника процесса, за исключением тех, что составляют поддержание функции уголовного преследования. Какую бы жалобу не рассматривал и не разрешал суд, он не вправе был ни решать, ни предрешать вопрос о виновности, ни высказываться на эту тему; ни одобрять, ни порицать действия следователя, связанные с привлечением данного лица в качестве обвиняемого и с обоснованностью предъявленного обвинения. Эти правила считались общепризнанными.

 Выдающийся правовед того времени профессор Санкт-Петербургского университета И.Я. Фойницкий (1847-1913г.г.), комментируя статью 10 Устава уголовного судопроизводства, которая гласила: «Каждый судья и каждый прокурор, который в пределах своего участка или округа удостоверится в задержании под стражею без постановлений уполномоченных на мест и лиц, обязаны освободить лишённого свободы», в 1896 году писал: «Крупный вопрос в этой области: может ли судья входить в исследование достаточности данных для задержания, если оно применено компетентным органом? Он должен быть разрешен отрицательно, так как всякий орган, уполномоченный на задержание, тем самым уполномочен на разрешение вопроса о достаточности к тому данных. Только вопрос о компетентности органа и о соблюдении формальных условий задержания подлежит оценке суда».

Советская власть, пустившая на слом весь прежний механизм государственной власти, естественно, не могла оставить в целости систему царской уголовной юстиции, а также уголовного судопроизводства и разрушила их до основания, определив их, фактически, в дореформенные рамки уголовно-процессуальных отношений. С 1917 года в России начинается формирование принципиально нового механизма правоохранительной деятельности и уголовной репрессии, главной и примечательной чертой которого является то, что политический сыск и оперативно-розыскная деятельность криминальной милиции (уголовный сыск), дознание и предварительное следствие, а также прокурорская и судебная власть, и даже пенитенциарная система в этом механизме друг от друга обособлены лишь относительно. В действительности же все перечисленные институты представляют из себя как бы узлы единой конвейерной репрессивной машины. Система уголовно-процессуальных функций здесь выглядит существенно иначе.Предварительное следствие от правосудия по уголовным деламполностью обособляется, рассредоточивается по различным ведомствам, прежде всего осуществляющим оперативно-розыскную; деятельность, а следователь своего «юстиционного благородства» лишается и становится служащим, исключительно близким к милицейскому чиновнику. Наряду с установлением и исследованием фактических обстоятельств преступления к его компетенции относится задержание по подозрению в совершении преступления, избрание и применение меры пресечения, вплоть до отстранения от занимаемой должности, привлечение в качестве обвиняемого, изменение и дополнение ранее предъявленного обвинения, составление обвинительного заключения, а также широчайшие права окончательно разрешить судьбу следственного производства, причём не только путём реабилитации невиновного, но и прекращения уголовного дела по нереабилитирующим основаниям , предполагающим формулирование окончательного вывода о виновности в совершении преступления, в том числе и по таким, которые являются не обстоятельствами, исключающими производство по делу, а обстоятельствами, позволяющими освободить виновного от уголовной ответственности.

В научно-теоретическом плане проблема уголовно-процессуальных функций в СССР была впервые поднята в 1939 году. Первенство в обсуждении этой проблемы принадлежит виднейшему советскому процессуалисту М.С. Строговичу. Именно с этих пор в советский: научный обиход вошли концепция трёх процессуальных функций - уголовного преследования (обвинения), защиты и судебного разрешения дела, а также принцип состязательности сторон в уголовном процессе.

 На пути последовательного развития «теории трёх функций» самым настоящим камнем преткновения оказалась стадия предварительного расследования в советском уголовном процессе. В связи с тем, что она никак не могла объяснить сути следственной деятельности, особенно до появления в деле подозреваемого и обвиняемого, автор «теории трёх функций» сделал вывод: «На предварительном следствии эти три функции слитны, соединены в руках следователя».

В 1975 году концепция уголовно-процессуальных функций на предварительном следствии- получила своё дальнейшее развитие в работах В.М. Савицкого, который также присваивая следователю функцию расследования, отмечал, между тем, что она «исчерпывает себя в результате прекращения дела до предъявления кому-либо обвинения или же в момент вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого. В последнем случае она уступает место функциям обвинения, защиты и разрешения дела..». Дальнейшее обсуждение проблемы уголовно-процессуальных функций в стадии предварительного расследования пошло по пути увеличения их числа. Назывались: предупреждение преступлений, прокурорский надзор, охрана прав всех участников уголовного судопроизводства, быстрое и полное раскрытие преступлений, воспитание граждан в духе неуклонного исполнения законов *\л* уважения правил социалистического общежития, привлечения общественности к борьбе с преступностью и другие.

В связи с изменившимся в конце XX века вектором развития нашей страны, когда назрела реальная необходимость к переходу и строительству общества, основанного на политическом плюрализме, приоритете прав и свобод человека, в общественном сознании стала утверждаться иерархия ценностей, выработанная цивилизацией и принятая в современном мире. В наш повседневный обиход стали входить демократические принципы организации уголовного судопроизводства. На это была направлена и деятельность группы независимых экспертов под руководством Б. А. Золотухина, результатом которой явилось принятие Верховным Советом РСФСР постановления от 24 октября 1991 года « О Концепции судебной реформы в РСФСР», которая в частности предусматривала организацию судопроизводства на принципах состязательности и равноправия сторон. Господствующее место заняла позиция, согласно которой следователь осуществляет уголовно-процессуальную функцию уголовного преследования (обвинения); он является органом уголовного преследования. Она; получила поддержку законодателя. Согласно части 1 статьи 21 УПК РФ 2001 г. уголовное преследование от имени государства осуществляют прокурор, а также следователь и дознаватель, Согласно пункту 55 статьи 5 УПК РФ под названием «Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе»: уголовное преследование это процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления. Система уголовно-процессуальных решений и действий, отражающих осуществление: функции уголовного преследования органами предварительного расследования по действующему законодательству выглядит следующим образом.

 1. Согласно части 1 статьи 146 УПК РФ при наличии законных повода и основания орган дознания, дознаватель или следователь с согласия прокурора, атакже прокурор в пределах своей компетенции возбуждают уголовное дело, о чём выносится соответствующее постановление. Уголовное дело может быть возбуждено как по признакам объективной стороны преступления без указания на конкретное лицо, так и в отношении конкретного лица, котороеявляется подозреваемым (пункт 1 части 1 статьи 46 УПК РФ). В последнем случае возбужденное уголовное дело означает начало уголовного преследования в отношении данного лица, которое как участник уголовного судопроизводства стороны защиты наделяется соответствующими правами для защиты от подозрения в совершении определённого преступления (часть 4 статьи 46 УПК РФ).

2.При наличии оснований и условий, предусмотренных статьёй УПК РФ, орган дознания иследователь вправе принять решение о задержании лицаи лично выполнить это решение или применительно к следователюпоручить задержание органу дознания. Такое задержание без каких-либо дополнительных уголовно-процессуальных актов ставит лицо в положение подозреваемого в строго процессуальном значении этого понятия, которое, будучи стороной защищающейся, наделяется комплексом прав, в том числе правом иметь защитника. Задержание по подозрению в преступлении также означает начало уголовного преследования в отношении данного лица.

3. Аналогичное правоотношение складывается и в том случае, когда лицо задержанию не подвергалось, но в отношении него на основании достаточных доказательств, собранных по уголовному делу, применена любая мера пресеченияв порядке, предусмотренном статьёй 100 УПК РФ, то есть до предъявления обвинения*:* Такое лицо также становится подозреваемым, который, как сторона защищающаяся, также имеет определённые права для защиты от официально заявленного подозрения, в том числе, - право иметь защитника. Значит, применение меры пресечения до предъявления обвинения относится к числу актов уголовного преследования.

4. Согласно пункту 4 части 3; статьи 49 УПК РФ защитник участвует в уголовном деле, в частности, с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления,постановления о назначениисудебно-психиатрической экспертизы. Законодательная идея, заключённая в данном положении, очевидна: назначение судебно-психиатрической экспертизы является принудительным вторжением государства в сферу личной жизни человека; оно может быть сопряжено даже с помещением в психиатрический стационар (статья 203 УПК РФ), что по всем признакам равносильно лишению свободы. Поскольку; такое действие основывается на подозрении в совершении преступления, оно не может расцениваться иначе как начало уголовного преследования, причём начало гораздо более «жёсткое», чем скажем применение меры пресечения подписки о невыезде. Естественно, что оно порождает право на защиту, включающее право иметь защитника.

5. Согласно пункту 5 части 3 статьи 49 УПК РФ защитник допускается к участию в деле, также, в частности, с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иныхпроцессуальных действий*,* затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления. Как и в предыдущем случае, данное положение означает, что орган расследования начал уголовное преследование, от которого гражданин демократического государства с того же самого момента получает право на защиту, в том числе и с помощью профессионального юриста - адвоката.

1. При наличии достаточных доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении преступления, следователь (прокурор, орган дознания) выносит мотивированное постановление о привлечении данного лица в качестве обвиняемого (часть 1 статьи 171 УПК РФ), вызывает лицо, которое становится обвиняемым с момента вынесения данного постановления (часть 1 статьи 47 УПК РФ) и по общему правилу, не позднее трёх суток предъявляет ему в установленном законом порядке обвинение, то есть: извещает обвиняемого о дне предъявления обвинения и одновременно разъясняет ему право самостоятельно пригласить защитника либо ходатайствовать об обеспечении участия защитника; удостоверившись в личности, объявляет ему постановление, о котором идёт речь, разъясняет существо предъявленного обвинения и в присутствии защитника (при его участии в деле) разъясняет обвиняемому его права на предварительном следствии; (статья 172 УПК РФ). Этот комплекс уголовно-процессуальных действий охватывается более общим понятием привлечения в качестве обвиняемого, которое отождествляется с понятием привлечения к уголовнойответственности,что само по себе свидетельствует о важнейшем месте, которое занимает данный комплексный уголовно-процессуальный акт в системе актов уголовного преследования.
2. После привлечения лица в качестве обвиняемого осуществление функции уголовного преследования выражается в следующем:

- собирании дополнительных доказательств,на которых базируется предъявленное обвинение, а так же новыхдоказательств о новых преступлениях или новых эпизодах преступной деятельности; изменении идополнении обвинения*,* что может выражаться в частности в том, что обвиняемому на основе вновьсформированных обвинительныхдоказательствах

инкриминируются новые эпизоды преступной деятельности в рамках той же уголовно-правовой нормы, по которой квалифицировано деяние, уже вменявшееся в вину данному лицу, а так же с изменением квалификации в сторону, ухудшающую положение обвиняемого, а равно инкриминируются совершенно новые обвинения, то есть новые фактические обстоятельства, образующие новый состав преступления и влекущие дополнительную квалификацию по соответствующей статье (части или пункту статьи) Особенной части УК.

8. Деятельность органа предварительного следствия по осуществлению функции уголовного преследования завершается составлением обвинительного заключения, а органа дознания - обвинительногоакта - процессуальных документов, в которых подводятся итоги предварительного следствия и обосновываются главные выводы о том, что обвиняемый- в совершении инкриминируемого ему деяния изобличён, или же прекращением уголовного преследования путём вынесения постановления о прекращении уголовного дела, либо постановления о направлении дела в суд для рассмотрения вопроса о применении принудительных мер медицинского характера. В двух последних случаях уголовное преследование прекращается.

Как деятельность прямо противоположная уголовному преследованию функция защиты в уголовном судопроизводстве своим содержанием имеет опровержение вышеперечисленных уголовно-процессуальных действий и решений (актов) органов уголовного преследования (дознавателя, органа дознания, следователя и прокурора), их оспаривание, противопоставление им своих собственных, противоположных или смягчающих, оценок, выводов и предложений, а также обжалование этих актов. Среди обжалуемых и оспариваемых актов можно выделить следующие:

-возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица (своего подзащитного);

-законности и обоснованности задержания данного лица в порядке статьи 91 УПК РФ;

-применения иных мер принуждения или: производства иных процессуальных действий, основывающихся на подозрении лица в совершении преступления и затрагивающих его права и свободы;

-применения в отношении данного лица меры пресечения;

-назначения в отношении лица, подозреваемого в совершении преступления, судебно-психиатрической экспертизы;

-привлечения лица в качестве обвиняемого;

-изменения обвинения в сторону, ухудшающую положение обвиняемого;

-решения органа расследования об окончании производства- следственных действий; с составлением обвинительного заключения (акта) и направления дела прокурору, а также самого обвинительного заключения (акта);

-постановления органа расследования (прокурора) о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям.

Защита осуществляется самим лицом, в отношении которого предпринято уголовное преследование, его защитником и законным представителем, а также гражданским ответчиком и его представителем, которые согласно главе 7 УПК РФ представляют сторону защиты. Причём решающее значение в её осуществлении имеет участие в деле защитника - адвоката, профессионального юриста, выполняющего конституционную задачу оказания гражданам квалифицированной юридической помощи.

Социально-правовое предназначение работ защитника отметил ещё в 1885 году знаменитый адвокат С.ААндреевский, который отметил, что «убеждённая, защита есть законный противник и следственной власти; и прокурорского надзора, и обвинительной камеры. Он вправе сказать им: до сих пор вы работали без нас, но мы пришли, как люди свежие, обозрев то, что вы сделали, мы ясно видим, как вы глубоко ошиблись, всё, что вы нашли и усмотрели, только сбивает с дороги. Истина вовсе не там, где вы её искали. Вот в какой стороне, вот где она, по нашему убеждению, эта истина!». При этом необходимо отметить, что деятельность защитника и пределы её распространения формировались и зависели во многом от уровня развития уголовно-процессуальных отношений, правовой культуры.

Законодательство об осуществлении функции защиты в уголовном процессе, развиваясь в тесной неразрывной связи с законодательством об уголовном преследовании, прошло такой же сложный путь своего развития, в котором как в капле воды отражается судьба и биография российского уголовного процесса, который в свою очередь является индикатором общественно-политического и нравственного климата в стране. Исторические особенности развития нашей страны - существование на протяжении почти всего XX века в условиях тоталитарного режима -во многом предопределили характер предстоящих перемен. Достаточно напомнить, что в досудебное производство по уголовному делу защитник был допущен только на предварительное следствие (а не дознание) после кодификации советского уголовно-процессуального законодательства в конце 50-х в начале 60-х годов прошлого века, и что за истекшие с тех пор 40 лет принципиальных, существенных нововведений в арсенал его процессуальных средств осуществления функции защиты и участия в уголовно-процессуальном доказывании не вносилось (исключением можно назвать возрождение в узких пределах института судебного контроля за применением меры пресечения в виде заключения под стражу на предварительном следствии и продления срока содержания под стражей в названной стадии - 1992г., - когда защитник получил право обжаловать указанные следственно-прокурорские решения и действия в судебном порядке). Становилась очевидной необходимость провозглашения и соблюдения прав и свобод человека, причём акцент должен был быть поставлен именно на соблюдение, потому что провозглашение прав имело место и при- прежнем законодательстве и режиме.

Но осуществление органом расследования функции уголовного преследования по времени не всегда совпадает с возбуждением уголовного дела.

И, наконец, следователь вправе самостоятельно, без
предварительного контроля со стороны прокурора и суда
прекратить уголовное дело по реабилитирующим основаниям: за
отсутствием события преступления, за отсутствием состава
преступления и за недоказанностью участия обвиняемого в
совершении преступления, что во всех отношениях равнозначно
судебному оправданию, иначе говоря, является полной
реабилитацией подозреваемого, обвиняемого со всеми;
вытекающими отсюда восстановительными и компенсационными
последствиями, предусмотренными законодательством. Причём,
если реабилитирующее прекращение следователем уголовного
дела состоялось по результатам его дополнительного
расследования, после отмены частично или даже полностью
исполненного обвинительного приговора, то вступившее в
законную силу постановление следователя является надлежащим
формальным основанием для восстановительно-компенсационных правоотношений, возникших в связи с причинением невиновному вреда не только на предварительном следствии, но и вреда, причинённого в связи с осуждением и отбыванием наказания по отменённому приговору. Это следует рассматривать не с точки зрения осуществления следователем функции разрешения уголовного дела, а с позиции отказа следователя от уголовного иска, ведь даже часть 4 статьи 27 закрепляет положение, согласно которому допускается прекращение уголовного преследования в отношении подозреваемого, обвиняемого без прекращения уголовного дела. Те же функции осуществляются и органом дознания с той лишь разницей, что при производстве дознания привлечение в качестве обвиняемого и составление обвинительного акта, который является аналогом обвинительного заключения следователя ,возбуждается не в отношении конкретного лица, а по признакам объективной стороны преступления, уголовному преследованию предшествует следственная деятельность по исследованию самого события преступления и версий о том, кто его совершил. Эту следственную функцию принято называть функцией доказывания фактических обстоятельств или функцией исследования обстоятельств дела.

До появления в деле процессуальной фигуры подозреваемого следственная функция уголовного преследования заключается в исследовании обстоятельств дела и проявляется в чистом виде, не пересекаясь ни с какими другими по той простой причине, что других ещё нет. Но осуществление данной функции при успешном развитии процесса расследования приводит к установлению оснований для начала уголовного преследования определённого лица, его задержания, привлечения в качестве обвиняемого, применения меры пресечения и т.д.. А начало уголовного преследования с неизбежностью означает и начало осуществления функции защиты, то есть процессуальной деятельности прямо противоположного направления, однако исследование обстоятельств дела на этом не прекращается, оно продолжает развиваться во взаимодействии с функциями обвинения и защиты.

Осуществляя уголовное преследование, следователь одновременно причастен и к осуществлению защитительных действий, потому что, устанавливая подлинную картину события преступления, он обязан объективно выявлять как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также не только отягчающие, но и смягчающие его ответственность обстоятельства. Это значит, что он, будучи обвинителем, тем не менее, не имеет права отдавать предпочтение обвинительной версии, игнорируя фактические обстоятельства, и должен одинаково относиться и к обвинительным, и к оправдательным доказательствам.

Не претерпела существенных изменений и прокурорская компетенция по осуществлению функции уголовного преследования. Как орган надзора за исполнением законов органами дознания и предварительного следствия (статья 1 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»), для которого функция уголовного преследования является основной, прокурор по действующему уголовно-процессуальному законодательству сохранил всю полноту своих процессуальных полномочий в обоих аспектах отношений с органами расследования в сфере осуществления данной функции.

«Многоплановость» российского следователя, дознавателя и прокурора внутренне порочна, она способна любого из них при производстве по уголовному делу поставить в драматическое положение в психологическом и нравственном отношениях, когда тот или другой представитель стороны обвинения (возьмём следователя) будет вынужден опровергать самого себя, ставить под сомнение результаты своей же деятельности, добросовестно предпринятой в одном направлении и разрушать их собственными действиями, предпринятыми с другого направления. Так, например, задержав лицо по подозрению в совершении преступления и объявив ему о сущности подозрения, а затем, заключив подозреваемого под стражу и предъявив ему обвинение, следователь обязан выслушать и проверить оправдывающие обвиняемого показания, например, заявление об алиби. И если в результате такой проверки приоритет приобретёт оправдательная версия обвиняемого, следователь обязан отложить собственную обвинительную версию, и довести проверку контрверсии до логического завершения и реабилитировать невиновного гражданина, который пострадал от ошибочных властно-принудительных действий того же самого должностного лица, при этом в соответствии с требованиями статьи 135 УПК определить размер и вынести постановление о производстве выплат в возмещение причинённого вреда.

Ещё более глубокий коллизионный смысл имеет и ситуация, когда оправдательную версию выдвигает защитник, ходатайствующий о проведении конкретных следственных действий, результаты которых призваны эту версию подтвердить. Следователь не вправе отказать в производстве следственных действий по собиранию доказательств, если обстоятельства, об установлении которых заявлено ходатайство, могут иметь значение для дела (часть 2 статьи 159 УПК РФ). Значит он обязан в пику своей собственной обвинительной версии и, невзирая на то, что на основании этой версии он выполнил ряд процессуальных действий, связанных с уголовным преследованием (задержание, арест, временное отстранение от должности), и ответственен за них, добросовестно выполнить следственные действия, о которых ходатайствует защита, чтобы добыть оправдательные доказательства, либо дать объективную оценку установленным защитой обстоятельствами, поставив под сомнение проделанную им работу и свою собственную профессиональную пригодность.

Так, например, если следователь задержал лицо, затем заключил его под стражу и предъявил обвинение в получении взятки, что, как правило, проводится в первые дни производства предварительного расследования, а в последствии принял ходатайство защиты о производстве обыска у взяткодателя, хранящего документы, отражающие тот факт, что взятка спровоцирована, следователь обязан, перестав быть обвинителем, «наступить на горло» самому себе, удовлетворить ходатайство защиты и произвести тщательный обыск, чтобы добыть обстоятельства, опровергающие обвинение, им же предъявленное, удостоверить свою собственную ошибку ,выразившуюся в привлечении к уголовной ответственности невиновного со всеми вытекающими отсюда нравственными и психологическими, юридическими и служебными последствиями, а затем, осуществляя функцию разрешения уголовного дела, прекратить его за отсутствием в действиях обвиняемого состава преступления, реабилитировать гражданина, разъяснить жертве следственной ошибки правовые последствия реабилитации и обеспечить реальное осуществление прав и законных интересов им же кровно обиженного человека. Я уже не говорю о ситуации, которая совсем не кажется нереальной, когда следователю придётся «объясняться» за свою позицию перед вышестоящими должностными лицами. В силу указанных обстоятельств предварительное следствие страдает неизлечимым недугом обвинительным уклоном и правовым нигилизмом. Согласно данным специального исследования, проведённого более десяти лет тому назад научно-исследовательским институтом проблем укрепления законности и правопорядка 35 % следователей подвержены обвинительному уклону; 42 % проявляют пренебрежительно нигилистическое отношение к выполнению предписаний уголовно-процессуального законодательства, а каждый второй следователь полагает, что в его работе «цель оправдывает средства». По сегодняшней ситуации можно сказать, что эти цифры за прошедший период могли только увеличиться, так как никаких оснований для обратной тенденции в настоящее время нет.

Положение адвоката-защитника в современном российском уголовном процессе, трудности и проблемы осуществления им своей функции органически связаны с изъянами правового регулирования и организации предварительного следствия, когда следователь сам устанавливает фактические обстоятельства дела, он же осуществляет функцию уголовного преследования, разрешает ходатайства стороны защиты и даже сам разрешает уголовное дело путём его прекращения по реабилитирующим основаниям и при всём при этом вмонтирован в структуры исполнительной власти и поднадзорен другому органу уголовного преследования - прокуратуре. Многоплановость следственной работы, иначе говоря «многовластие» следователя имеет глубокие историко-политические корни, произрастающие из тоталитарного, карательно-репрессивного прошлого государства, наследницей которого является Россия и её система правоохранительных органов. Основанное на демократических принципах и подчинённое целям обеспечения подлинного правосудия, независимое и объективное предварительное расследование не было нужно режиму, господствующему в советское время, такое расследование априори не могло вписаться в действовавший механизм государственной власти, как не могло вписаться в него и само подлинное правосудие. Ещё И.Я. Фойницкий в своих работах точно определил, что розыскной процесс усиливается «по мере политического угнетения личности». Не могли вписаться в такой процесс в реальности не только демократические принципы, но и люди с либеральными взглядами на действующие нормы, так как система в целях своей неуязвимости не позволяла создавать прецеденты.

В тоталитарном государстве, где весь механизм государственной власти подчинён тому, чтобы удерживать в узде народ, общество и влиять даже на отдельные личности, система органов, которая именуется уголовной юстицией в самом широком смысле данного слова, то есть политический и уголовный сыск, дознание, предварительное следствие, прокурорский надзор за ними и даже само правосудие по уголовным делам, а так же мощная пенитенциарная система, будучи обособленными лишь условно, для отвода глаз обывателя, на самом деле представляли из себя единый конвейер перемалывания судеб людей, которые так или иначе не вписались в установленные системой рамки или по каким-либо другим причинам стали неугодны власть имущим. Именно этот механизм не только предопределил такое построение предварительного расследования, при котором следователь и орган дознания под надзором прокурора выступают полновластными вершителями судьбы уголовного дела, следовательно, и обвиняемого, но и породил ряд уродливых тенденций практики, отражающих тот факт, что следователь в уголовном процессе выступает не просто обвинителем, а обвинителем страстным, заинтересованным, а это значит предвзятым, необъективным, иначе говоря, не следователем в подлинном, изначальном смысле данного понятия, а судебная практика закрепила этот вывод чрезвычайно низким процентом оправдательных приговоров. Декларируемая законом независимость имеет место только на бумаге. На всех уровнях, особенно в системе МВД, доминируют спецслужбы и спецподразделения оперативного реагирования: РУБОП, угрозыск, ОБНОН и др.. Следователь в их понимании только лицо, которое должно придавать законную процессуальную форму их оперативно-розыскным данным, основанным зачастую на догадках и предположениях, построенных из личных корыстных или профессиональных интересов. Да и сама структура построения следователя и оперативного работника построена так, что следователь во многом зависим от работников уголовного розыска, что не может не иметь обратного влияния на следователя, заключающегося в искусственной подгонке данных следствия к оперативной информации.

Одна из этих тенденций, обладающих огромной инерционной силой и поэтому сохранившаяся до наших дней, заключается в том, что законная форма окончания уголовного процесса - оправдание подсудимого и даже досудебное прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям, получила совершенно ненормальное толкование. Независимо от конкретных обстоятельств дела, она повсеместно расценивается как свидетельство нарушения органами расследования закона со всеми вытекающими неблагоприятными организационными выводами служебного характера. Самостоятельный взгляд следователя на этапные решения постоянно подвергается ревизии и усиленному контролю, особенно если это влечёт облегчение положения преследуемого лица. Согласно ведомственной инструкции2 в системе следственных органов внутренних дел города Москвы установлен следующий порядок изменения меры пресечения арестованному лицу: постановление следователя районного отделения милиции должно быть «санкционировано» начальником следственного отдела милиции, начальником следственного отдела округа и начальником Главного следственного управления г. Москвы, что не имеет ничего общего с законом, но широко распространено на практике.

На рубеже 20-го и 21-го столетий (1996-2001г.г.) на пути разделения процессуальных функций уголовного преследования, защиты и разрешения уголовного дела, становления состязательных начал в уголовном процессе и возвращения правосудию его подлинного изначального смысла Конституционным Судом РФ и законодателем был предпринят ряд важных шагов: суд был лишён права и обязанности, подчиняясь советской доктрине о его «активной роли», возбуждать уголовное дело в отношении конкретного лица, продолжать судебное разбирательство, несмотря на отказ государственного обвинителя поддерживать обвинение, по своей инициативе возвращать уголовное дело для производства дополнительного расследования в целях пополнения обвинительных доказательств, предъявления более тяжкого обвинения или привлечения к уголовной ответственности новых лиц.

Эти коррективы в распределении уголовно-процессуальных функций в осуществление функций защиты привнесли новизну в том плане, что точнее сориентировали сторону защиты относительно своего процессуального оппонента: суд теоретически перестал быть таким оппонентом как для обвиняемого, так и для защитника, а также для законного представителя и гражданского ответчика, процессуальное противостояние окончательно определилось как противостояние только с государственным или частным обвинителем; потерпевшим и фажданским истцом. Этот внешне не броский поворот в действительности имеет стратегическое значение для всего построения уголовного судопроизводства и для деятельности адвоката-защитника, учит его другому профессиональному мировоззрению и новым тактическим приёмам защиты.

Однако эти меры в целом принесли лишь частичный результат и достигли цели лишь в смысле «очищения» судебной деятельности от несвойственных судебной власти действий и решений, имеющих отношение к уголовному преследованию. Правосудию возвращено его изначальное предназначение органа, осуществляющего только функцию рассмотрения уголовного дела и разрешения его по существу. В досудебных же стадиях принцип состязательности и равноправия сторон при осуществлении судопроизводства, провозглашённый статьёй 123 Конституции РФ в полной мере реализовать не удалось предварительное расследование в российском уголовном процессе сохранило свои черты полурозыскного; его фундаментальные позиции здесь остались нетронутыми.

Согласно статье 15 действующего УПК, которая помещена в главе 2 под названием «Принципы уголовного судопроизводства» и сама называется «Состязательность сторон», «уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон, «Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо», «Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создаёт необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав», «Стороны обвинения и защиты равноправны перед судом».

Вопреки этому в статьях 38, 171, 213 и 215 УПК РФ, посвященных компетенции следователя, предусматривается, что этот орган уголовного преследования не только возбуждает уголовные дела, самостоятельно направляет ход расследования в целях установления фактических обстоятельств дела и лица, совершившего преступление, не только привлекает лицо в качестве обвиняемого и составляет обвинительное заключение, то есть не только осуществляет функцию доказывания и уголовного преследования, но и прекращает уголовные дела (самостоятельно или с согласия прокурора) как по нереабилитирующим, так и по реабилитирующим основаниям, то есть осуществляет функцию разрешения дела по существу.

Вышеизложенные проблемы предварительного следствия в России находятся в непосредственной» причинно-следственной связи с проблемами осуществления функции защиты в досудебной стадии уголовного судопроизводства. Зависимость стороны защиты в своих ходатайствах о производстве следственных действий органа уголовного преследования, да ещё ведомственно подчинённого, и единственная возможность обжалования отказа в удовлетворении такого ходатайства другому органу уголовного преследования существенным образом снижает эффективность данной формы деятельности адвоката-защитника и ставит его в унизительное положение, подобно тому, в котором оказывается жалобщик, приносящий жалобу тому, чьи действия обжалуются.

Решение проблем, о которых идёт речь, выходит далеко за рамки нашей темы. Однако исходные посылки такого решения очевидны. Исходя из истины, что никто не может быть судьёй в собственном деле, предварительное расследование по уголовным делам должно быть организовано и урегулировано с таким расчётом, чтобы ходатайства сторон (как стороны защиты, так и потерпевшей стороны) о производстве следственных действий, получении новых доказательств и приобщении доказательств, представленных ими«(сторонами) разрешались бы должностным лицом, не принадлежащим ни к одной из них. Таким лицом может быть только представитель судебной власти, то есть. судья. Без этого состязательность на предварительном следствии была, несмотря на реформирование уголовно-процессуального: законодательства, и остаётся ущербной, иллюзорной, осуществление процессуальной функции защиты в досудебном производстве трудным \* и малоэффективным, отодвигающим подлинное состязание сторон и реальное осуществление конституционного права обвиняемого на защиту «на потом», то есть в судебное разбирательство. А с учётом того, что на сегодняшний, день при: рассмотрении дел в судах имеет место обвинительный уклон, унаследованный от прежней системы, то право на защиту, предусмотренное Конституцией РФ, на практике, фактически, трудно реализуемо.

.2. УЧАСТИЕ В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ КАК СРЕДСТВО ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ: ФУНКЦИИ ЗАЩИТЫ

В научной литературе доказывание в уголовном процессе (уголовно-процессуальное доказывание, доказывание по уголовному делу) определяется как осуществляемая в соответствии с требованиями процессуального закона деятельность лиц, производящих дознание, следователей, прокуроров и судей при участии иных должностных лиц, представителей общественности и граждан по собиранию, проверке и оценке фактических данных об обстоятельствах, достоверное установление которыхнеобходимо для правильного разрешения дела.

За тридцатилетие, истёкшее с момента опубликования монографии, содержащей приведённую дефиницию, вошедшую в широкий научный и учебный обиход, мало что изменилось. Лишь вместо фактических данных, с которыми связывалось понятие доказательства в статье 69 УПК РСФСР, теперь в законе (статья 74 УПК РФ) применяется выражение «сведения о фактах», а имеющее идеологический подтекст указание на представителей общественности как на субъектов доказывания утратило актуальность. Главный же смысл определения сохранился: в отличие от доказывания в общеупотребительном значении этого слова, то есть от логического доказывания, где доказать - значит по правилам логики обосновать выдвинутое положение (тезис) и вывести умозаключение, уголовно-процессуальное доказывание не сводится к чисто мыслительной деятельности, к логическим операциям с готовыми знаниями, понятиями и фактами; в основной своей части оно состоит из практических действий по установлению этих фактов - собирания и проверки сведений о них И лишь на заключительном этапе, когда необходимые сведения собраны, проверены, а факты установлены, уголовно-процессуальное доказывание может представлять обычную мыслительную деятельность, подчинённую задаче логического обоснования позиции сторон или промежуточного или итогового процессуального решения по уголовному делу. Эта деятельность,по смыслу вышеприведённого определения и его литературным трактовкам относится к оценке доказательств.

Ни потерпевший и его представитель, ни гражданский истец, ни субъекты уголовно-процессуальной деятельности со стороны защиты в. определении понятия доказывания по уголовному делу прямо не названы. Однако в свете предпринятых: в ходе судебно-правовой реформы крупных шагов по: восстановлению состязательных начал в уголовном судопроизводстве, усиления в нём роли сторон и возвращения суду его истинного положения арбитра в споре сторон определение уголовно-процессуального доказывания выглядит устаревшим и неправильным, конечно, прежде всего, из-за отсутствия в нём указания на участие сторон — движущей силы всего уголовного процесса, в споре которых рождается истина. Соответственно сказанному этот обязательный признак данного понятия нуждается в теоретической разработке, что по сути дела требует нового подхода к определению понятия: уголовно-процессуального доказывания, отказа от понимания доказывания только как деятельности органов уголовного преследования, в обязательном порядке включающей все три элемента - собирание доказательств, их проверку и оценку. Этот вывод вытекает не только из господства состязательности и усиления роли сторон на всех стадиях уголовного судопроизводства, но и из: новых взглядов на цель уголовно-процессуального доказывания. В советское время такой: целью безоговорочно считалось установление объективной истины. Вопрос отыскания истины по уголовному делу как предназначения уголовного судопроизводства в настоящее время является одним из самых дискуссионных.Учёными-правоведами по данному вопросу высказываются различные, порой диаметрально противоположные точки зрения. Данная тема выходит за рамки диссертационного исследования, но стоило бы отметить, что, несмотря на различные точки зрения учёных-правоведов по данному вопросу, ни один из них не подвергал сомнению тот обстоятельство, что такая обязанность не может быть возложена на адвоката-защитника.

 Философская категория истины применительно к уголовному процессу означает полное соответствие выводов следствия и суда объективным фактам действительности. Взгляд на истину как на цель уголовного процесса имел солидную опору в законодательстве, в частности в формулировке задачи уголовного судопроизводства (статья 2 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, статья 2 УПК РСФСР 1960г.), требовавших быстрого и полного раскрытия преступления, изобличения виновного и обеспечения правильного применения закона с тем, чтобы каждый совершивший преступление был привлечён к уголовной ответственности и осужден, а также в содержании статьи 14 упомянутых Основ и статьи 20 УПК РСФСР, требовавших не только от прокурора, следователя и лица, производящего дознание, но и от суда принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела,выявлять как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства.

Термин «истина» употреблялся в статье 89 УПК РСФСР 1960 г., устанавливавшей основания для применения мер пресечения (одним из таких оснований служило опасение, что обвиняемый, находясь на свободе, «воспрепятствует установлению истины по уголовному делу»), а также в статье 243 этого УПК, которая требовала от председательствующего в судебном заседании принимать меры « к всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств дела и установлению истины».

Однако в период действия УПК РСФСР 1960 г. существовали: реабилитирующее основание прекращения уголовного дела в виде недоказанности участия обвиняемого в совершении преступления, когда исчерпаны все возможности для собирания дополнительных доказательств (пункт 2 части первой статьи 208 УПК РСФСР 1960 г.) и основания постановления оправдательного приговора в виде неустановления события преступления и недоказанности участия подсудимого в совершении преступления (пункты 1 и 3 части третьей статьи 309 УПК РСФСР 1960 г.).

Очевидно, что реабилитация обвиняемого по указанным основаниям, будь то на предварительном следствии или в суде, осуществлялась в гносеологическом отношении в существенно иной обстановке, нежели при положительном установлении, что событие преступления не имело место или что обвиняемый (подсудимый) данного преступления не совершил, он к этому преступлению не причастен, оно совершено другим лицом. Термины «недоказанность» и «неустановление» означают, что орган расследования и суд не достигли объективной истины, они оказались не в состоянии ответить на вопрос, в чём она, виновен или невиновен обвиняемый (подсудимый), существовало ли событие преступления (например, имел ли место факт дачи ~ получения взятки) и этот ли гражданин, оказавшийся субъектом уголовного преследования, или кто-то другой совершил преступление, которое без сомнения имело место. Невиновность обвиняемого в подобных случаях констатируется не на основе истинного вывода, а в силу действия презумпции невиновности, которая устанавливает тождество доказанной невиновности» и недоказанной виновности.

Действующий УПК не содержит никаких упоминаний об объективной истине, допуская при определённых обстоятельствах разрешение уголовного дела по существу без проведения судебного разбирательства, то есть, без исследования доказательств (глава 40 - Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, статьи 314-317 УПК РФ); в нём сохранено основание оправдания в виде неустановления события преступления (пункт первый части второй статьи 302 УПК РФ). При этом категоричные формулировки основания реабилитации: отсутствие состава преступления, непричастность подсудимого к совершению преступления (пункты 2 и 3 части первой статьи 302 УПК РФ) могут применяться в ситуации, когда истина не достигнута (недоказанность состава преступления, недоказанность участия обвиняемого в совершении преступления).

Осуществление же функции защиты и участие стороны защиты в уголовно-процессуальном доказывании может быть вообще не подчинено цели отыскания объективной истины. Обвиняемый и его защитник, опровергая обвинение, могут всеми доступными или законными средствами (не запрещёнными УПК РФ средствами и способами) положительно доказывать определённые факты и обстоятельства; (например, алиби обвиняемого), но в зависимости от обстоятельств дела и избранной в связи с ними
тактики защиты могут на равном законном основании и построить
свои действия по принципу: «Я не намерен доказывать
невиновность (свою, моего подзащитного); но я докажу, что
обвинитель ничего не доказал». В последнем случае вопросы об
объективной истине в том смысле, который в него вкладывается
(соответствие установленных фактов объективной

действительности), вообще не имеет смысла.

Вышеизложенное позволяет, по крайней мере в теоретическом плане, говорить об относительно обособленной разновидности доказывания в уголовном процессе - о доказывании со стороны защиты, об адвокатском доказывании, признаками — характеристиками которого являются следующее: 1) адвокатское доказывание начинается с началом уголовного преследования, как деятельность ответная, а предмет такого доказывания жестко связан с содержанием актов уголовного преследования (постановления о возбуждении уголовного дела, протокола задержания, постановления о привлечении в качестве обвиняемого, постановления об изменении обвинения, обвинительного заключения, обвинительного акта и др.) и ограничен этим содержанием;

2) такое доказывание имеет прямо противоположное направление направлению доказывания, избранному органами уголовного преследования;

3) оно осуществляется путём: а) собирания внепроцессуальными способами сведений об источниках доказательств и самих вещественных и документальных источников доказательств и их представления тому, в чьём производстве находится уголовное дело; б) заявления ходатайств о производстве следственных действий с целью получения оправдательных доказательств и обжалования отказов в удовлетворении таких ходатайств; в) личного участия защитника в производстве следственных действий на предварительном следствии и в судебном исследованиидоказательств в стадии судебного разбирательства; г) изложения суду своего мнения по существу обвинения и его доказанности, оценки всех доказательств, собранных по уголовному делу и. логического обоснования своей» позиции в прениях сторон, кассационных и надзорных жалобах; д) доказывание по уголовному делу, осуществляемое; адвокатом—защитником подозреваемого и обвиняемого, не подчинено задаче установления истины.

Вытекающие из презумпции невиновности правила/ согласно которым бремя доказывания лежит на обвинителе, все сомнения толкуются в пользу обвиняемого (подсудимого), а не доказанная виновность юридически абсолютно тождественна доказанной невиновности и; ставят защитника в процессе уголовно-процессуального доказывания в «привилегированное» положение, суть которого заключается в том, что положительное установление фактов и обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу (статья 73 УПК РФ), их истинность, соответствие объективной реальности, не входит в его задачу (хотя такая деятельность защитнику не возбраняется). В подавляющем большинстве случаев адвокатское участие в уголовно-процессуальном доказывании подчинено задаче доказать недоказанность предъявленного обвинения или его отдельных элементов. Причём такая задача по смыслу демократического уголовного судопроизводства является и законной и безупречно нравственной.

 По всей вероятности именно специфика сущности доказывания, осуществляемого защитником в уголовном процессе, вызвала к жизни, казалось бы, на первый взгляд неуместный вопрос, является ли доказывание (участие в доказывании) по уголовному делу процессуальной обязанностью адвоката-защитника, и, если является, то какую ответственность и перед кем он несёт за выполнение или ненадлежащее выполнение данной обязанности. В юридической литературе была высказана оригинальная мысль, что «доказывание обстоятельств, оправдывающих обвиняемого и смягчающих его ответственность, не процессуальная обязанность, а задача, призвание, право защитника».

Эти высказывания тем более удивительны, что опубликованы они во время действия УПК РСФСР 1960 года, статья 51 которого носила заголовок «Обязанности и права защитника», а часть первая этой статьи гласила: «Защитник обязан использовать все указанные в законе средства и способы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих их ответственность, оказывать им необходимую юридическую помощь». В действующем УПК аналогичной нормы нет, как нет и вообще ни статьи, ни отдельной нормы об общих обязанностях защитника. Упоминается лишь, что в случае, если защитник участвует в производстве по уголовному делу, в материалах которого содержатся сведения, содержащие государственную тайну, и не имеет соответствующего допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении (часть пятая статьи 49 УПК РФ), а также, что адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого.

Зато в статье 7 Федерального закона «Об адвокатуре и; адвокатской деятельности», которая так и озаглавлена«Обязанности адвоката» говорится, в частности, что он обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещёнными законодательством Российской Федерации средствами. Применительно к уголовному судопроизводству это не может означать ничего иного, кроме как всеми не запрещёнными или обвиняемого обстоятельства, либо хотя бы смягчающие его ответственность, путём опровержения, оспаривания актов уголовного преследования и оказывать своему подзащитному необходимую юридическую помощь. А опровергать, оспаривать что-либо — значит осуществлять «контрдоказывание», обосновывать свою позицию средствами (в процессуальных формах), о которых уже шла речь.

С теоретической точки зрения участие в уголовном процессе при отсутствии обязанностей - нонсенс. Общеизвестно, что уголовный процесс (уголовное судопроизводство) - это деятельность, урегулированная нормами УПК и обеспеченная в форму правоотношений. Вне таких правоотношений уголовный процесс не существует. Правоотношения же есть не что иное, как возникающая на основе норм права индивидуализированная общественная связь между лицами, характеризуемая наличием- прав и обязанностей.

Каждое процессуальное действие защитника в рамках
его участия в доказывании по уголовному делу порождает
уголовно-процессуальное правоотношение: представление им
добытого документального или вещественного источника
доказательств порождает обязанность органа расследования
рассмотреть адвокатское ходатайство о приобщении данного
источника к материалам расследования и использовании его в
уголовно-процессуальном; доказывании и принять соответствующее решение, сообщив о нём защитнику. Аналогичные правоотношения складываются и по поводу других действий защитника, связанных с доказыванием; вне правоотношений на пути; участия защитника в уголовно-процессуальном доказывании не может быть сделано ни шага. За неисполнение или ненадлежащее исполнение своих процессуальных обязанностей защитник несёт полную меру ответственности:

А) перед лицом, с которым было заключено соглашение. Согласно статье 25 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» соглашение представляет собой гражданско-правовой договор, заключаемый в простой письменной форме между доверителем и адвокатом (адвокатами), на оказание помощи самому доверителю или назначенному им лицу. Среди существенных условий соглашения в части 4 данной статьи предусматривается размер и характер ответственности адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения. Частью 7 данной статьи также предусмотрена обязанность адвоката страховать свою профессиональную деятельность. Отношения, регулируемые в рамках гражданского законодательства, могут иметь место лишь на основе добровольных договорных отношений сторон, соглашения, в частности адвоката и клиента. В то же время ни одна сторона не может быть принудительно обязана строить отношения именно на основе таких договорённостей. Это может повлечь отрицательные последствия как для адвоката, так и для клиента, помешать их сотрудничеству, основанному, как правило, на доверительных отношениях. Между тем, вопрос об ответственности отнюдь не праздный. Ведь не секрет, что и со стороны адвокатов часто имеют место формальное отношение к своим обязанностям, особенно по делам «по назначениям» в порядке статьи 51 УПК РФ. Отсутствие оплаты, как правило, по таким делам порождает у участвующего адвоката формальный подход к делу, фактически выступая лишь ширмой соблюдения законности при осуществлении правосудия. Существенно низкая оплата по сравнению с оплатой по соглашению никак не может являться оправданием нарушения этических требований, но профессиональная ответственность своим имуществом при таких обстоятельствах тоже не может являться нормой построения отношений в рамках законодательства и сегодняшней реальности. В действительности, воля законодателя - это попытка построить цивилизованные отношения между сторонами, носящими сегодня, прямо сказать, латентный характер, когда стороны смогут добиваться исполнения обязанностей, заключённых в соглашении, например, в судебном порядке. Приживётся ли она на практике однозначно ответить невозможно, теоретическая часть вопроса в законодательстве так же пока не разработана, порядок страхования адвокатом профессиональной ответственности не урегулирован. Этот вопрос, по моему мнению, имеет перспективу на будущее, сегодня же такие отношения сторон больше регулируются адвокатским сообществом.

Б) Перед адвокатурой: Жалобы о неисполнении или ненадлежащем исполнении адвокатом своих обязанностей рассматриваются квалификационной комиссией (статья 33 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»). Совершение поступка, умаляющего авторитет адвокатуры (а неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом своих обязанностей в уголовном процессе при определённых условиях может быть квалифицировано таким образом) может служить основанием для прекращения статуса адвоката, (пункт 5 части первой статьи 17 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»). Кроме того, пункт 6 части статьи 17 вышеуказанного закона предусматривает возможность прекращения статуса адвоката в случае неисполнения решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции.

Верховный Суд РФ занимает позицию, согласно которой бездеятельность адвоката-защитника в уголовном процессе не образует основания для вынесения судом частного определения в отношении данного адвоката. Ивановский областной суд вынес и направил в областную коллегию адвокатов частное определение в отношении адвоката А., который, по мнению суда, приняв на себя защиту со стадии предварительного расследования несовершеннолетнего Беляева; обвинявшегося в разбое, ненадлежащим образом исполнял свои обязанности когда следователь грубо нарушил права обвиняемого, отказал последнему в ознакомлении с материалами дела в присутствии законного представителя (матери подростка), защитник сразу не отреагировал, а сделал это лишь в конце судебного заседания, попросив суд при постановлении приговора лишь учесть нарушения закона следователем, тогда как должен был ходатайствовать о возвращении дела для производства дополнительного следствия. Судебнаяколлегия Верховного Суда РФ позицию областного суда не поддержала, частное определение отменила и указала, что уголовно-процессуальный закон для вынесения частного определения не содержит оснований о ненадлежащем исполнении адвокатом своих обязанностей по защите интересов обвиняемых.

Это судебное решение в литературе было прокомментировано следующим образом: «..Вопрос о том, плох адвокат-защитник в данном уголовном процессе, или хорош, компетентен или некомпетентен, добросовестен или недобросовестен, проблема существующая только между клиентом и адвокатом, адвокатом и юридической консультацией, а также иной коллегией. Суду же здесь повода к реагированию нет, если, конечно, поведение адвоката не подпадает под нормы, нарушение которых квалифицируется как нарушение порядка в судебном заседании или нарушении закона».

Если же в процессе уголовно-процессуального доказывания защитником допущены незаконные действия, суд был обязан раньше и обязан сейчас отреагировать на это своим частным определением, обратив на указанные нарушения внимание соответствующих организаций (часть вторая статьи 21-2 УПК РСФСР 1960 года, часть четвёртая статьи 29 УПК РФ). Президиум Верховного Суда РФ признаёт обоснованным вынесение частного определения в отношении адвоката, который выступая защитником в суде присяжных, предпринимал недобросовестные попытки опорочить допустимые доказательства, а также упоминал обстоятельства, не подлежащие исследованию в судебном разбирательстве с участием присяжных заседателей, что повлекло отмену приговора вышестоящим судом.

Принцип состязательности, закреплённый, в частности, в статье 15 УПК, развёл по разные стороны защиту и обвинение. Само понятие: состязания предопределяет наличие коллизий, противоположных интересов между сторонами, разрешение которых должно производиться в рамках уголовно-процессуального законодательства, при этом оценку деятельности адвоката призваны определять квалификационная комиссия и совет адвокатской палаты, а в отношении следователя (дознавателя) таким органом являются либо вышестоящие следственные органы, либо прокурор, осуществляющий надзор за их процессуальной деятельностью. Так что утверждение, будто закон не предусматривает никаких уголовно-процессуальных санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом-защитником своих процессуальных обязанностей в уголовном судопроизводстве, не соответствует действительности и во многом вредит авторитету института адвокатуры, выставляя адвоката лицом «вседозволенным», «бесконтрольным» и «безответственным». Во многом такое мнение обусловлено указанной мною выше конфиденциальной формой отношений между адвокатом-защитником и его доверителем, когда все коллизии разрешаются в результате приватных переговоров, а адвокат-защитник органами уголовного преследования зачастую ассоциируется со своим доверителем; что является следствием низкой правовой культуры. Но самой суровой такой' моральной санкцией является, конечно, постановление неправосудного приговора, особенно осуждение невиновного, находящееся в причинно-следственной связи с неисполнением или ненадлежащем исполнении адвокатом-защитником своих обязанностей в сфере уголовно-процессуального доказывания. Ни по юридическим, ни по нравственным критериям со статусом адвоката подобный образ его профессиональных действий принципиально несовместим. Вопросы о пределах участия адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании оказались в самом центре дискуссии, развернувшейся в ходе длительной подготовки проекта нового законодательного акта об адвокатуре и адвокатской деятельности. Господствующее положение в этой дискуссии заняла идея существенного расширения компетенции адвоката-защитника в этой области. Эта идея высказывалась ещё на. научно-практической конференции в городе Ленинграде в 1964 году. Позже она получила отражение в ряде научных публикаций в юридической печати, а также в разработанной Общественной палатой при Президенте Российской Федерации ФедеральнойПрограмме обеспечения прав и свобод человека (1998 - 2002 г.г.). Один из авторов ещё в 1990 году писал по этому поводу: «.. адвокат вместо привычной процессуальной роли «юриста по найму» должен видимо, принять на себя функцию неизмеримо более высокого гражданского значения, став по существу своеобразным «следователем от общества», действующим в уголовном процессе наряду со следователем «от государства». Таким образом, коренная идея перестройки, состоящая в установлении контроля гражданского общества над государством, получила бы в уголовном процессе непосредственное воплощение, конечно, при условии перестройки деятельности самой адвокатуры, превращения её в действительно независимую общественную организацию». И хотя автор прямо неговорит о том, в чём должно выражаться превращение нынешнего адвоката-защитника в «следователя от общества», очевидно, что здесь подразумевается, прежде всего, решительное расширение его возможностей в уголовно-процессуальном доказывании; потому что, во-первых, без этого защитник никак не может ассоциироваться со следователем («от общества»), а во-вторых, в оценке материалов уголовного дела, которые собраны без его участия и представлены ему, адвокат-защитник и сейчас, по сути дела, не стеснен ничем и каких-то значительных пожеланий в этом отношении его положение не вызывает.

Подобная радикальная идея в ещё более причудливом виде высказывалась ещё столетие назад в ходе судебной реформы в Российской Империи 19 века. Некоторые учёные предлагали предоставить защитнику на предварительном следствии право производить собственное дознание, требовать от судебной власти закрепления отдельных доказательств, а также обращаться к помощи для расследования обстоятельств.

Но она не получила воплощения ни в отечественном, ни в зарубежном уголовном в судопроизводстве, а существующее в США «адвокатское расследование» по оценке российских исследователей этого вопроса ничем не отличается от обычной внепроцессуальной деятельности адвоката-защитника в подготовке к участию в деле, подобной той, что существует ив нашей стране.

В пятилетие, непосредственно предшествующее обновлению законодательства об адвокатуре и адвокатской деятельности, об уголовном и гражданском судопроизводстве, сформировалось преобладающее мнение и учёных и практиков о том, что в уголовно-процессуальном доказывании адвокат-защитник вооружён недостаточно и что он нуждается в полномочиях самостоятельно собирать доказательства (подразумевается оправдательные).

В проектах Федерального закона об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации этой проблеме было уделено значительное внимание. Причём вариант решения, содержащийся в проекте, который был опубликован в печати, несколько отличается от того варианта, который содержится в документе, внесённом несколько позже Президентом Российской Федерации в Государственную Думу в соответствии со статьёй 84 Конституции Российской Федерации.

Так, в частности, в опубликованном проекте содержалось положение (п.1.1. статьи 13), согласно которому адвокат имеет право собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе у граждан с их согласия, а также запрашивать справки, характеристики и иные документы из государственных и иных органов, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций любых форм собственности, которые обязаны в установленном порядке выдавать эти документы или их копии. В проекте Федерального Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в РФ», направленном в Государственную Думу Президентом РФ в январе 1995 года к этому положению присовокуплено ещё одно, в высшей степени примечательное право — предложение «осуществлять частные расследовательские меры». В определённой связи с приведёнными положениями находится такое же содержание другого (четвёртого) пункта той же самой 13 статьи опубликованного в печати проекта- закона, где говорится, что адвокат имеет право запрашивать с согласия клиента мнение специалистов для разъяснения возникающих в связи с оказанием юридической помощи вопросов, требующих специальных познаний, а также пункт 6 статьи 13, где предусматривалось право адвоката: применять технические, средства(компьютеры, видео-, звукозаписывающую и фотоаппаратуру, множительную и другую технику) при оказании юридической помощи в процессе дознания, предварительного следствия и судебного разбирательства. Аналогичные положения содержалисьв статье 13 Проекта Федерального Закона об адвокатуре, который опубликован не был. Заметный след идея расширения прав защитникав уголовно-процессуальном доказывании оставила и в законодательных материалах, связанных с подготовкой нового УПК Российской Федерации, но появилась она не сразу. Ни в Модельном Уголовно-процессуальном кодексе для государств -участников СНГ (принят 17 февраля 1996 года на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств -участников СНГ), ни в подготовленной в Институте государства и права Академии наук СССР Теоретической модели УПКидея предоставления защитнику права собирания доказательств ещё не предусматривалась. Эта идея в наиболее радикальном виде была выражена в проекте Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, разработанном в Государственном правовом управлении при Президенте РФ, в части четвёртой статьи 161 которого предусматривалось, что в качестве доказательств по уголовному делу могут использоваться протоколы «частных следственных действий» в виде частного осмотра, частного освидетельствования, частного предъявления для опознания, частной выемки, частного обыска, частного следственного эксперимента и частной проверки показаний на месте. Тогда же, но уже не в столь революционном ключе она нашла отражение в других проектах, представленных разработчиками.

В Проекте Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, подготовленном под эгидой Министерства Юстиции РФ, в части третьей статьи 76 Проекта предусматривалось, что защитник, допущенный в установленном УПК порядке к участию в деле, вправе представлять и собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе опрашивать частных лиц, а также запрашивать справки, характеристики и иные документы из различных учреждений, организаций, предприятий, которые обязаны в установленном порядке выдавать эти документы или их копии; запрашивать с согласия подзащитного мнение специалистов для разъяснения возникающих в связи с оказанием юридической помощи вопросов, требующих специальных познаний; прибегать к услугам частных детективных предприятий для получения относящихся к делу сведений, в порядке, определяемом законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в РФ».

Точно в такой же формулировке данная норма была включена в виде части третьей статьи 80 в Проект УПК РФ, который в первом чтении был одобрен Государственной Думой в 1997 году и после чего в законопроектных работах по подготовке УПК наступил длительный перерыв.

 В УПК РФ, введенном в действие 1 июля 2002 года норма, о которой идёт речь, закреплена и теперь применяется в следующей редакции: Защитник вправе собирать доказательства путём:

1. получения предметов, документов и иных сведений;
2. опроса лиц с их согласия;
3. истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы и их копии (часть третья статьи 86 УПК РФ).

А в Федеральном законе «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» от 31 мая 2002 года, который начал действовать день в день с УПК РФ, полномочия адвоката в сфере, о которой идёт речь, сформулированы шире и подробнее. Он, оказывая юридическую помощь, в том числе и по уголовным делам, вправе:

1. 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 ли их заверенные копии;
2. опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь;

 3)собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации;

4) привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической-помощи (пункты 1-4 части третьей статьи 6 «Полномочия адвоката» ФЗ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в РФ»).

Сегодня на практике эти процессуальные новеллы, касающиеся полномочий адвоката, не всегда находят понимание даже у юристов. Так, судебная коллегия по уголовным делам Московского областного суда в ходе рассмотрения кассационной жалобы по делу X., обвиняемого в совершении преступления, ч предусмотренного ст. 162 ч.З п. «б» УК РФ, отказала в приобщении протокола опроса адвокатом лица на том основании, что он не заверен нотариусом и возможна его фальсификация. Определённые проблемы возникают и при получении документов от органов государственной власти, организаций и учреждений, которые, как и прежде, отказываются предоставлять информацию и копии запрашиваемых документов по адвокатскому запросу, ссылаясь на обязанность предоставления информации только по судебным запросам и запросам органов следствия. Органы суда же не всегда поддерживают ходатайства защиты об истребовании дополнительных документов, либо интересы обвиняемого (подсудимого) не позволяют обратиться для содействия в полученииг документов в правоохранительные органы. По уголовному делу по обвинению Ш. в совершении преступления, предусмотренного ст. ст. 163 ч.З и 222 ч.1 УК РФ, согласно его показаниям, в ходе проведения мероприятий по его задержанию была допущена фальсификация - ему было подложено оружие. В ходе судебного разбирательства подсудимый заявил о том, что при проведении оперативно-розыскных мероприятий применялись технические средства фиксирования, что отрицали в своих показаниях сотрудники милиции, ссылаясь на отсутствие у них соответствующих технических средств. Из материалов дела следовало, что оперативно-розыскные мероприятия проводились в соответствии с вынесенным: постановлением о проведении
оперативного эксперимента, согласно которому надлежало
«провести мероприятия согласно утверждённому плану». В ходе
судебного процесса защитой был поставлен вопрос о направлении
судебного запроса с целью истребования из органов,
осуществлявших ОРМ, утверждённого плана обязательных
мероприятий, подлежащих проведению по проверке имевшегося
заявления «потерпевшего», а также проверки показаний
оперативных работников милиции об отсутствии соответствующих
технических возможностей для проведения ОРМ, однако судьёй
было отказано в этом с мотивировкой, что «оснований не доверять
показаниям сотрудников милиции нет». Изложенное
свидетельствует о необходимости законодательного совершенствования механизмов, обеспечивающих право защитника оказывать квалифицированную юридическую помощь. Без таких механизмов порой трудно говорить об эффективности защиты и её квалифицированности.

Среди законодательных решений, продиктованных стремлением к упрочению начал состязательности в стадии предварительного расследования, защите прав и законных интересов лиц, расширение пределов участия адвоката в уголовном деле. Во многом это обусловлено сложившейся порочной практикой, когда в отношении лица, формально являющегося свидетелем, фактически производится уголовное преследование, когда оказывается давление, в том числе и психологическое, на фаждан, вовлечённых в орбиту уголовно-процессуальных отношений, общее недоверие к правоохранительным органам и органам следствия, в частности. При таких обстоятельствах роль адвоката заключается не столько в защите лица от конкретного обвинения или подозрения, как это определяется статьёй 49 УПК РФ, а в обеспечении конституционных прав, предусмотренных статьёй 48 частью 1 Конституции РФ. Таким образом, законодатель пытается предотвратить возможные негативные последствия, ставя акцент не на восстановление нарушенного права, а на недопущение нарушения права гражданина. Некоторая ущербность позиции адвоката при указанных выше обстоятельствах была устранена внесёнными в УПК РФ изменениями, когда адвокату, присутствующему при допросе свидетеля и оказывающему ему юридическую помощь, было предоставлено право пользоваться полномочиями, предусмотренными частью 2 статьи 53 УПК РФ для защитника. Примечательны в этом плане рекомендации адвокатской палаты города Москвы, озвученные в средствах массовой информации в ноябре 2003 года в связи с попытками Генеральной прокуратуры РФ вызова для допроса адвокатов по уголовному делу по обвинению X.: адвокатская палата рекомендовала являться в данном случае на допрос с участием нескольких защитников, которые впоследствии могли бы подтвердить факт отказа вызванного адвоката от дачи показаний. Это лишний раз свидетельствует о том, что, несмотря на то, что данная норма не совсем точно вписывается в права и обязанности участников уголовного процесса, в теорию уголовно-процессуальных функций, её существование обусловлено объективной действительностью. А кажущееся противоречие отсутствует, так как законодатель разделяет процессуальное положение и полномочия адвоката и защитника, участвующих в досудебном производстве.

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

2.1.СОБИРАНИЕ И ПРЕДСТАВЛЕНИЕ

ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Принципиальное законодательное решение, согласно которому собирание доказательств защитник может производит во внепроцессуально, 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, смягчающи 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» делам1. А с учётом того, что следствие может длиться годами, это не могло не сказываться отрицательно на правах и законных интересах преследуемых граждан.

Ещё в советское время, когда тема о расширении полномочий адвоката-защитника ещё не считалась столь острой и не владела массовым сознанием как в конце XX века, видные процессуалисты старшего поколения учёных обращали внимание, что предоставление защитнику права самому собирать доказательства по уголовному делу (в процессуальном смысле) приведёт к усилению обвинительной функции следователя, который будет считать своим долгом добывать только обвинительные доказательства, а адвокат — оправдательные. Внешне это будет выглядеть как состязательность, а по существу приведёт к усилению; обвинительного уклона. Кроме того, защита станет многим недоступна по материальным соображениям, так как расходы адвоката по собиранию доказательств тяжёлым грузом лягут на плечи подзащитного.

Позднее идея «частных адвокатских расследований» критиковалась и с гораздо более принципиальных, теоретических позиций, а самые смелые радикальные предложения оказались не подкреплёнными ни историческим опытом, ни надежными теоретическими построениями.

Наряду с вышесказанным в плане совершенствования адвокатской деятельности по собиранию доказательств на предварительном следствии и повышения её эффективности почти десять лет тому назад была опубликована оригинальная идея, суть которой заключается в том, чтобы в законодательном порядке установить следующие правила: в случаях, когда защитник нуждается в производстве следственного действия в целях-собирания доказательств, ему следует обратиться к судье, который был бы уполномочен дать разрешение на производство такого действия, а производил бы его соответствующий; орган расследования. При этом адвокат-защитник участвует в производстве следственного действия и получает копию протокола, которую потом мог бы использовать в качестве доказательства в судебном процессе. Эта идея была высказана профессором Петрухиным И.Л. на конференции, посвященной проблемам реформы уголовно-процессуального законодательства в проектах УПК РФ ещё в 1995 году. Одной из самых ценных и убедительных в этом предложении является мысль о том, что ходатайства стороны защиты о производстве следственных действий по собиранию доказательств должны, в конечном счёте, разрешаться судебной властью. В ходе проведения круглого стола на тему «Новый уголовно-процессуальный кодекс России в действии» в ноябре 2003 года в целях устранения очевидного неравенства сторон в досудебном производстве И.Л. Петрухиным было предложено в качестве одной из мер возможное «введение фигуры судебного следователя, который был бы лишён обвинительных функций и проводил расследование объективно, всесторонне и полно». Данная концепция имеет исторические корни: так и было в уголовном судопроизводстве Российской Империи.

Однако, в конкретных деталях на сегодняшнем этапе предложение о непосредственном обращении в суд порождает некоторые сомнения. Прямое, непосредственное обращение сразу к судье, минуя того, в чьём производстве находится уголовное дело, с ходатайством о производстве конкретного следственного действия, вряд ли оправдано хотя бы потому, что орган расследования может быть и сам не против этого. Поэтому гораздо логичнее представляется конструкция, когда обращение защитника к судебной власти допускалось бы лишь в случае отказа органа расследования в удовлетворении ходатайства о производстве соответствующего следственного действия или нарушении процессуального срока рассмотрения ходатайства. Словом, речь должна идти, с нашей точки зрения, о расширении пределов судебного обжалования действий (бездействия) органов расследования. Хотя и сегодняшняя формулировка в статье 125 УПК РФ, предусматривающая возможность обжалования в судебном порядке решений и действий (бездействий) органов уголовного преследования, затрудняющих; доступ граждан к правосудию достаточна широка, но несколько размыта, предоставляющая судье возможность оценочно подходить к понятию «причинения ущерба конституционным правам свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднения доступа к правосудию, что не исключает широких субъективных начал при разрешении имеющихся противоречий.

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.

Таким образом, в теоретическом, законодательном и практическом планах проблема собирания доказательств защитником, как форма его участия в уголовно-процессуальном доказывании на предварительном следствии сводится к следующим вопросам:

- в чём юридическая сущность внепроцессуальной деятельности защитника по собиранию доказательств вообще применительно к различным способам получения информации(опрос, получение документов и др.) в частности;

* каковы тактические основы деятельности защитника по добыванию информации из различных источников;
* какова законодательная, теоретическая; и тактико-практическая основы, представления собранных защитником материалов для приобщения их к уголовному делу и использования в дальнейшем доказывании.

Первым из путей (способов) собирания доказательств защитником УПК (пункт 1 части третьей статьи 86) называет получение предметов, документов и иных сведений. В приведённом законоположении прежде всего бросается в глаза разнородность понятий, которые здесь поставлены в один ряд: в первую и вторую очереди названы предметы и документы, то есть овеществлённые источники сведений, информации, фактических данных, а в третью - иные сведения, что, во-первых, никак нельзя поставить в один ряд с предметами и документами, а, во-вторых, совершенно непонятно, что же имеется в виду.

Предметы (в нашем контексте) 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:

1) которые служили орудиями преступления или
сохранили на себе следы преступления;

1. на которые были направлены преступные действия;
2. иные предметы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств дела.

Сам процесс (технология) 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 конфиденциальност, 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 стем 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.

 Эта процессуальная позиция основана на следующи аргументах.Широко распространённое мнение, будто при оценке любого доказательства безраздельно господствует принцип «суд (прокурор, следователь, орган дознания) должен знать всё» ошибочно, тем более с учётомсостязательных начал и функциисуда по разрешению дела. Знать всё не может быть самоцелью. В уголовном процессе знать нужно ровно столько, сколько необходимо, чтобы можно было проверить, а в результате проверки убедиться в достоверности (или недостоверности) фактических данных, которые несёт данный предмет или документ. В силу этого соображения в ряде случаев судебное исследование с целью получения ответов на все вопросы, связанные с происхождением, движением предмета или документа к уголовному делу лишено смысла и может быть предпринято исключительно из любопытства, то есть за рамками требования относимости. Но ещё чаще ситуация складывается так, что такое исследование не было бы излишним. Однако, в силу каких-то обстоятельств оно невозможно. Тем не менее, и без такого исследования представленный в уголовный процесс предмет или документ, отвечает требованиям и допустимости, и относимости, имеет определённое, хотя ограниченное (по кругу фактических данных) значение, хотя, конечно, не освещает всех элементов предмета доказывания (время, место преступления, виновность и т.д. - статья 73 УПК РФ). Так, например, если следователю кем быто ни было представлен фотографический снимок, который наглядно отражает определённое обстоятельство, представляющее интерес с точки зрения предмета доказывания (например, тот факт, что изображённые на нём лица знакомы друг с другом, что имеет немаловажное значение по делам о взятке и т.п.), то отбросить этот снимок, как недопустимый в качестве доказательства - значит прегрешить и перед здравым смыслом и перед теорией доказательств. Очевидно, что этот снимок следует подвергнуть экспертному исследованию на предмет ответа на вопрос, не является ли изображение результатом фотомонтажа и в зависимости от заключения эксперта решить вопрос о приобщении его к делу в качестве вещественного доказательства, конечно, косвенного. Доказательственная весомость такого фотоснимка, который, например, обнаружен при осмотре места происшествия в кармане неопознанного трупа: и в том и в другом случаях неизвестно, как, когда, где и кем он изготовлен, но этот «немой» свидетель «кричит» о том, что имеет отношение к делу.

 Другой пример. Следователю анонимно подброшен документ, раскрывающий механизм финансовой аферы, которая расследуется по уголовному делу. Его подлинность удостоверена экспертизой. Отказаться от использования этого документа в уголовно-процессуальном доказывании по мотивам неизвестности, кто, зачем и как его выкрал и прислал было бы абсолютно нелогично. Перечень подобных примеров можно было бы продолжить до бесконечности. Проблема использования представленных следователю документов, способ получения которых не раскрыт, традиционно рассматривалась в рамках крупномасштабной проблемы легализации материалов оперативно-розыскной деятельности, прежде всего милиции, что получения таких предметов, так как на практике это может вызывать определённые трудности. Более того, оценку доказательству в соответствии с законом будет давать должностное лицо - следователь, дознаватель или прокурор, - что накладывает на защитника дополнительную ответственность, чтобы не допустить сомненийв источнике доказательства; и его допустимости. Поэтому, как правило, адвокат-защитник на практике заявляет ходатайство с просьбой приобщить предмет в качестве доказательства, после чего следователь (дознаватель), в случае, если указанные обстоятельства имеют значение для данного уголовного дела, производят выемку с составлением протокола. При этом законодательный запрет на допрос защитника освобождает его от обязанности указывать источник получения предмета. Так, СО при ОВД «Замоскворечье» было возбуждено уголовное дело по обвинению Ш. в совершении преступления, предусмотренного ст. ст. 222 ч.1 и 163 ч.З УК РФ. Согласно заявлению потерпевшего он подвергся вымогательству со стороны обвиняемого. В свою очередь обвиняемый последовательно давал показания о том, что в действительности потерпевший должен ему крупную сумму денег, что письменно не оформлялось в связи с их близкими дружескими отношениями. В ходе предварительного следствия защитнику была предоставлена аудиокассета с записью разговора об имеющихся между потерпевшим и обвиняемым финансовых обязательствах, которые потерпевший отрицал, причём запись производилась самим потерпевшим. Естественно, что лицо, предоставившее данную аудиокассету, находясь в определённых отношениях с потерпевшим и обвиняемым, не желало фигурировать в рамках уголовного дела, а адвокат, защищенный законом от обязанности давать показания, не обязан был документировать источник происхождения и объясняться следователю по другим обстоятельствам, которые могли бы поставить под сомнение столь важное доказательство вполне объяснимо именно органы, осуществляющие такую деятельность являются по роду своей службы основными «поставщиками» таких предметов и документов.

Однако, она небезынтересна и с позиции защитника подозреваемого, обвиняемого в уголовном процессе. Может показаться, что причины, по которым в определённых случаях орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность и адвокат-защитник не имеют возможности раскрыть источник и способ получения предметно-документальных источников важной доказательственной информации внешне сходны: первый связан положением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», согласно статье 12 которого сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедрённых в организованные преступные группы, штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также организация и тактика проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Адвокат же связан условиями сохранения профессиональной тайны, которой являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю (часть первая статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Было бы неправильно полагать, что требование адвокатской тайны распространяется исключительно на область сведений, сообщённых ему подзащитным, то есть обвиняемым или подозреваемым. Высший нравственный смысл адвокатской тайны заключается в том, что в роли защитника в уголовном процессе адвокат в силу специфики своей профессии не вправе разглашать вообще никакую конфиденциальную информацию, полученную им при осуществлении своей обязанности честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещёнными законодательством средствами (часть первая статьи 7 Федерального, закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»), а следователь не вправе допрашивать его по поводу такой информации. Не будь такого правила адвокат-защитник просто не смог бы быть таковым. Поэтому, если в его распоряжении оказалась конфиденциальная информация об источниках, доказательства из которых могут быть получены только следственным путём, защитник вправе ходатайствовать о производстве следственного действия, не раскрывая источника своей осведомлённости. Точно так же, если в распоряжении защитника оказался предмет или документ, но подзащитный или другое лицо, передавшее ему их по каким-то причинам не желает раскрывать свою причастность к этому предмету или документу, защитник не вправе поступить вопреки их воле. Но, если этот предмет или документ несёт доказательственную информацию, достоверность которой не зависит от того, кто передал его адвокату, равно как и от других его «биографических» признаков, не представить его следователю то же означает невыполнение обязанности защитника отстаивать интересы доверителя всеми законными средствами и способами. Недопустимо также сравнение деятельности адвоката-защитника с лицами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность: у них разные задачи, полномочия, права и обязанности. Отсутствие в законодательстве регламентации порядка получения предметов для уголовно-процессуального доказывания освобождает защитника от необходимости документировать саму процедуру.

Установление и приобщение в качестве доказательства данной аудиокассеты способствовало переквалификации действий подсудимого на ст. 330 ч.2 УК РФ.

Приуказанных взглядах на данную проблему необходимо уточнить одно важное положение это вопрос допустимостиданного доказательства. Длядачи такой оценки ,иногда необходимо знать источник получения: доказательства. И
если какое-либо доказательство, хотя и не лишено здравого смысла и раскрывает какие-либо детали; необходимые для доказывания по уголовному делу, но стороной защиты утверждается, что они получены из ненадлежащего источника или
ненадлежащим; субъектом, то может быть поставлен вопрос недопустимости такого предмета или документа как доказательства. Так, если, например, фотография или схема финансовых нарушений попала в руки следователя от недобросовестного защитника или от родственника обвиняемого который не был предупреждён следователем о его правах, предусмотренных статьёй 51 Конституции РФ, то, безусловно, это свидетельствует о нарушении законодательно установленных
требований к доказательствам; что влечёт в свою очередь нарушение прав обвиняемого. Не смотря на здравый смысл и может быть даже его достоверность, такое доказательство и полученные от него производные доказательства не могут быть положены в основу обвинения, так как получены в нарушение
установленного процессуального порядка. Издесь, несмотря на равенство сторон в уголовном процессе, нельзя также забывать о принципе презумпции невиновности, закреплённо законодательстве. Если есть какие либо сомнения в допустимости таких доказательств, основанные на нарушении закона, то бремя опровержения должно лежать на представителе органов обвинения. И этот принцип, закреплённый в уголовно-процессуальном законодательстве в главе 34 «Предварительное слушание», должен распространяться и на стадию предварительного расследования при решении вопроса об исключении доказательства, полученного с нарушением закона (как быть, если получена видеозапись в результате скрыто установленной в квартире или в кабинете видеокамеры; запись есть, она не смонтирована, но получена незаконным путём: если не устанавливать вопросы происхождения данного вещественного доказательства1 или источник происхождения установить невозможно, то невозможно будет при наличии у защиты сомнений поставить вопрос о допустимости).

В научной литературе уже высказывались предположения о том, чтобы в законе предусмотреть правило, согласно которому предметы и документы, представленные органами, осуществляющими оперативно розыскную деятельность, могли бы использоваться в уголовно-процессуальном доказывании на общих основаниях, если указаны источник и способ их получения, а также в том случае, когда эти обстоятельства не играют роли для оценки их достоверности.

К сожалению, говорить сегодня об упрощении порядка предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности органам следствия представляется не совсем обоснованным. Такая позиция может реально сильно затруднить достижение целей уголовного судопроизводства, усилия адвоката-защитника, направленные на установление объективных обстоятельств, ведь. надо отдавать отчёт, что зачастую оперативные работники милиции прибегают к недобросовестным и незаконным методам. Сами принципы оперативно-розыскной деятельности, отсутствие гласности при их проведении, затрудняют контроль за законностью таких действий, что в свою очередь не даёт достаточных гарантий достоверности представленных материалов ОРД . На практике часто приходится сталкиваться с многочисленными злоупотреблениями при проведении оперативно-розыскных мероприятий, усилия; адвокатов, направленные на установление объективной действительности, как правило, не приводят к положительным результатам, так как органы следствия (как правило, системы МВД) не могут фактически контролировать оперативные подразделения, осуществляющие сопровождение по данному делу или являющиеся вышестоящими органами в системе: правоохранительных органов. «В иерархической пирамиде МВД следователю отведено место на нижнем ярусе.В этих условиях следователь не тот ответственный деятель, каким он представлен в законе, а бесправный третье степенный чиновник». И даже в ходе судебного следствия оперативные работники ссылаются на государственную тайну, а суды боятся или не хотят брать на себя ответственность для истребования дел оперативного учёта, что приводит к обвинительному уклону при разбирательстве дел в судах. Многочисленные дела «об оборотнях» в милицейских погонах явно свидетельствуют только об одном, что факты, положенные в основу таких дел, как правило, имели место задолго до привлечения лиц к уголовной ответственности, а последние обстоятельства имеют место, как правило, не в связи с действиями прокуратуры или адвоката-защитника в рамках производства какого-либо конкретного уголовного дела, что свидетельствует об избирательности, но не свидетельствует о торжестве принципа законности. При таких обстоятельствах упрощение порядка предоставления таких материалов органам следствия может иметь отрицательный результат, так как фактически это и имеет место на практике, когда задач следователя сводится к подгонке материалов следствия к оперативно-розыскной информации, часто даже по делам с большим общественным резонансам.

 Представляется, что такое законоположение следовало бы адресовать субъектам доказывания со стороны защиты. Такая норма, не отменяя разработанных наукой уголовного процесса общепризнанных критериев допустимости доказательств, значительно расширила бы возможности участников процесса со стороны защиты, отстаивающих в уголовном деле собственный интерес, в частности адвоката-защитника обвиняемого или подозреваемого.

 Из содержания части первой статьи 119 УПК РФ явствует, что формой обращения защитника к органу или должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело, носит форму и название ходатайства. Значит официальным обращением защитника в отношении предмета, который он, защитник, хотел бы видеть в числе доказательств по данному уголовному делу, является адресованное дознавателю, следователю или прокурору ходатайство о приобщении предмета в качестве вещественного доказательства. Вручение должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело, ходатайства вместе с самим предметом, и является представлением доказательства стороной защиты в смысле части второй статьи 86 УПК РФ, которая гласит, что подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их в качестве доказательств. Представление защитником предмета в целях приобщения к делу, порождает правоотношения, основным элементом содержания которого является обязанность дознавателя, следователя, прокурора рассмотреть ходатайство защитника. При этом подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу и гражданскому ответчику или-их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной;экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела (часть вторая статьи 159 УПК РФ).

Дознаватель, следователь и прокурор обязаны исследовать предмет путём следственного осмотра (статьи 176-177 УПК РФ), назначения экспертизы, а равно любого иного следственного действия, необходимого для решения вопроса об относимости, допустимости и достоверности данного источника сведений и решить вопрос по существу ходатайства защитника. Положительным решением в данном случае является имеющее форму постановления решение о приобщении предмета в качестве вещественного доказательства по уголовному делу (часть вторая статьи 81 УПК РФ), а отрицательным - постановление об отказе в удовлетворении ходатайства защитника со всеми вытекающими отсюда последствиями - правоотношениями: правом на обжалование отказа прокурору, осуществляющему надзор за расследованием данного уголовного дела, а также право защитника повторить своё ходатайство перед судом и представить предмет суду. Кроме того, согласно части второй статьи 120 УПК РФ отклонение ходатайства не лишает заявителя права вновь заявить ходатайство.

2.2. СОБИРАНИЕ И ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Согласно части первой статьи 84 УПК РФ иные документы допускаются в качестве доказательств, если изложенные в них сведения имеют значение для установления« обстоятельств, указанных в; статье 73 УПК РФ. Именно иные документы могут быть собраны и: представлены защитником, потому что другая разновидность доказательств под названием протоколы следственных действий и; судебного заседания (статья 83 УПК РФ) в данном случае вне темы.

Согласно части второй той же статьи 84 УПК РФ документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и ином виде. К ним могут относиться материалы фото- *,* киносъёмки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном статьёй 86 УПК РФ. Принципиальное отличие собирания и представления защитником документовот собирания и представления вещественных доказательств заключается в том, что собирании доказательств в законодательстве говорится гораздо подробнее. В этом отношении положение пункта 1 части третьей статьи 86 УПК РФ о праве защитника получать документы связано с положением пункта 3 той же части той. же статьи, где; говорится, что защитник вправе собирать доказательства путём:

1. получения предметов, документов и иных сведений;
2. опроса лиц с их согласия;

3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны представлять запрашиваемые документы и их копии.

Они образуют, по сути дела, одну норму: защитник вправе собирать документы путём их истребования от государственных органов, общественных объединений и организаций, которые обязаны представлять запрашиваемые документы или их копии. Аналогичное правило закреплено и в Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». Ни включение нормы о праве защитника истребовать документы в УПК РФ, ни словесное усиление формулировки этого права (истребовать от требовать, а требовать - значит просить в категорической форме, будучи убеждённым в своём праве на то, что эта просьба будет выполнена) ничего существенного в реализацию идеи снабдить защитника реальной возможностью получать документы от «документодержателей» не привносят. Никаких санкций для последних за неисполнение правила об обязанности выдавать документы или их копии по требованию адвоката законом не предусмотрены, а отсутствие у адвоката авторитета носителя государственной власти превращает его право что-либо требовать в фикцию, потому что право требовать может принадлежать власть имущему. Так по уголовному делу №1-993/03 3. был осужден по статье 105 УК РФ к 10 годам лишения свободы с отбыванием наказания в исправительно-трудовой колонии строгого режима. После принятия защиты для представления его интересов в кассационной инстанции, адвокатом-защитником среди прочих был поставлен вопрос о необходимости проверки алиби Согласно его показаниям на момент совершения убийства он находился в Сберегательном банке, где снимал деньги со своей книжки, что в ходе предварительного следствия и судебного разбирательства не было проверено. Для проверки алиби в порядке статьи 6 Федерального Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» адвокатом-защитником был сделан запрос руководителю филиала СБ РФ с просьбой предоставить информацию о времени проведения кассовой операции осужденным 3., откуда был получен ответ, что такую информацию они могут предоставить только по запросу следственных. или судебных органов. Такая информация в действительности была: предоставлена после отмены приговора только по запросу районного суда. Но ведь в случае, если бы приговор не был бы отменён кассационной инстанцией, маловероятно, что данное обстоятельство заинтересовало бы судей надзорной инстанции, тем более отсутствует механизм обращения адвоката-защитника в надзорные инстанции для оказания содействия в истребовании документов. Указанные выше нормы закона порождают предельно простые и ясные правоотношения: защитник вправе истребовать соответствующий документ, а тот, кому это требование адресовано, обязан это требование исполнить. Однако, практическая ценность его минимальна, о чём свидетельствует адвокатская практика предыдущих 20 лет, которая складывалась на основании аналогичной нормы, существовавшей в статье 15 Закона РСФСР «Об утверждении Положения об адвокатуре в РСФСР», где говорилось, что член коллегии адвокатов имеет право запрашивать через юридическую консультацию справки, характеристики и иные документы, необходимые в связи с оказанием юридической помощи, из государственных и общественных организаций, которые обязаны в установленном порядке выдавать эти документы или их копии.

Для сравнения: несоизмеримы с адвокатскими возможности собирания документов у стороны обвинения. Если следователю документальные материалы не представлены по его требованию (например, редакцией средств массовой информации, о которой УПК - часть вторая статьи 144 - упоминает специально, то у него всегда остаётся возможность изъять их принудительно путём производства обыска или выемки с привлечением к производству следственного действия органа дознания, располагающего мощнейшей военизированной силовой поддержкой в лице специальных подразделений типа отрядов милиции особого назначения и специальных отрядов быстрого реагирования при подразделениях органов внутренних дел по борьбе с организованными преступлениями.

Острую дискуссию вызывает и доказательственном значении документов, имеющих определённую связь с событием преступления, составленных
самим адвокатом-защитником. Как правило, подобные ситуации
возникают по делам, связанным с ДТП. Так, в юридической печати описывался случай, когда адвокат-защитник обвиняемого, с которого инкриминировалось нарушение правил дорожного движения, повлёкшее смерть пешехода, лично произвёл видеосъемку места происшествия - участка улицы и дороги, где под колёсами автомобиля обвиняемого С. погиб потерпевший. Эта видеосъемка подтверждала показания обвиняемого о том, что участок дороги является очень сложным, с оживлённым движением и постоянными нарушениями пешеходами правил перехода перекрёстков . Несмотря на крайнюю редкость таких ситуаций, существуют в теории и практике мнение о неправильности таких действий, так как адвокат-защитник должен строить защиту на материалах уголовного дела, собранных органом расследования, не подменяя последнего. Тем не менее, видеодокумент, изготовленный защитником при подобных обстоятельствах, может, с нашей точки зрения, быть представлен в качестве обоснования ходатайства защитника о производстве следственных действий в целях проверки обстоятельств, которые оспаривает защита и имеющиеся сомнения подтверждаются данным видео документом, который может быть приобщён к уголовному делу и исследован на общих основаниях наряду с протоколом осмотра места происшествия, справками Государственной инспекции по безопасности дорожного движения, другими документами и другими доказательствами. Относительно недавно в правоприменительной практике по уголовным делам (уже на основании УПК РФ 2001 г.) возник ещё один вопрос аналогичного свойства о праве адвоката-защитника дать свидетельские показания в пользу своего подзащитного. Идея применения этой формы участия адвоката-защитникаоказалась предметом обсуждения в Конституционном Суде РФ в связи с жалобой гражданина Цицкашвили Г.В. на нарушение его конституционных прав пунктом части третьей статьи 56 УП, согласно которому адвокат не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые ему стали известны в связи с оказанием юридической помощи. Заявитель полагал, что такое запретительное правило, не позволяя использовать показания защитника в качестве доказательств по делу не только в случаях, когда это связано с сохранением адвокатской тайны, нарушает его право на получение квалифицированной юридической помощи и противоречит принципу состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе. В основу этих соображений положен тот факт, что Перовский районный суд города Москвы отказал адвокатам; гражданина Г.В. Цицкишвили в удовлетворении ходатайства о допросе в качестве свидетеля адвоката Т.В. Иргашевой, которая могла подтвердить факт фальсификации следователем материалов уголовного дела.Конституционный Суд РФ констатировал, что, освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это было вызвано нежеланием- разглашать конфиденциальные сведения, пункт 2 части третьей статьи 56 УПК вместе с тем не исключает возможности его права давать показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений. Данная норма также не служит для адвоката препятствием в реализации права выступить свидетелем по делу при условии изменения впоследствии его правового статуса и соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших ему информацию. Данная позиция
Конституционного Суда РФ, выраженная в определении, не всем
юристам кажется безупречной. Оспаривая данную позицию они считают, что осведомленность адвоката о том, что материалы уголовного дела, по которому он осуществляет защиту обвиняемого, сфальсифицированы следователем, не делает его свидетелем по данному делу, потому что факт фальсификации в предмет доказывания по нему не входит (статья 73 УПК), а об обстоятельствах преступления, в котором обвиняется его подзащитный, адвокату ничего неизвестно. Словом, сведения о факте фальсификации материалов уголовного дела не обладают признаком относимости и в силу этого показания, содержащие также сведения, с позиции теории доказательств и доказательственного права не являются доказательствами по данному делу и могут быть таковыми по уголовному делу о фальсификации следственного производства должностным лицом (следователем). Осведомлённость адвоката-защитника о фальсификации следственных материалов, согласно вышеизложенной позиции, обязывает его только к одному -посредством ходатайств, жалоб и заявлений об отводе добиваться того, чтобы на всех этапах производства по уголовному делу на эту фальсификацию было обращено внимание, чтобы в этой связи законность и обоснованность обвинения, предъявленного подзащитному, оказалась под сомнением и чтобы сведения о фальсификации вызвали надлежащие меры процессуального реагирования со стороны суда и прокуратуры (направление уголовного дела для производства дополнительного расследования другим следователем и лично прокурором; прокурорская проверка или служебное расследование по поводу сведений о фальсификации материалов следственного производства; возбуждение нового уголовного дела по данному поводу). При теоретической правильности в целом такой позиции, которая, безусловно, имеет право на существование, считаю, что необоснованно ограничивать возможности для защиты и здесь. необходимо отметить следующие моменты. Во-первых, в качестве свидетеля может быть допрошено согласно статье 56 УПК лицо, которому известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для разрешения уголовного дела. Факт фальсификации материалов дела и доказательств виновности, безусловно, имеет значение для правильного разрешения дела. Во-вторых, согласно статье 53 УПК защитник вправе использовать любые средства и способы защиты, не запрещённые законом, что и было подтверждено определением Конституционного Суда РФ. В-третьих, адвокат может просто поздно выявить факт фальсификации материалов дела, что препятствовало ему обжаловать ранее данные обстоятельства, либо тактика защиты предполагала наиболее эффективное; использование данного обстоятельства в ходе судебного разбирательства. Либо, в случае банальной ситуации, когда необходимые действия для защиты от обвинения не были предприняты по вине адвоката-защитника в ходе предварительного расследования. Лишение возможности допросить адвоката в ходе судебного разбирательства, при согласии подзащитного, нарушало бы его права, а постановление приговора в большой степени препятствовало бы впоследствии. требовать проведения проверки законности тех фактов, которые уже положены в основу приговора.

**2.3. ОПРОС ЛИЦ**

Этот способ (или путь, как его называет закон - пункт 2 части! третьей статьи; 86 УПК РФ) собирания доказательств: защитником применяется только с согласия опрашиваемых лиц и представляет из себя внепроцедурный, внепроцессуальный, ничем? не регламентированный диалог защитника с лицом, располагающим какими-то сведениями, относящимися к предмету доказывания по уголовному делу1. На практике сложились разнообразные формы фиксации сведений, полученных при опросе: от обычной г записи в блокнот адвоката до формальных объяснений, заявлений, сообщений и т.д., словомсоставления документа как такового, с предупреждением об уголовной ответственности и прав, предусмотренных ст.51 Конституции РФ. Но независимо ни от того, кто согласился и сообщил защитнику сведения при опросе, ни от того, каким образом они закреплены и зафиксированы, сами по себе эти сведения, уже будучи получены адвокатом, доказательствами не являются до тех пор, пока их в устной форме не воспроизвёл на допросе у дознавателя, следователя, прокурора или в суде (и в суде) носитель этих сведений, участвующий в деле в качестве свидетеля, потерпевшего, обвиняемого или подозреваемого. Вместе с тем, самостоятельным доказательством может послужить и документ, составленный в предварительном порядке по результатам адвокатского запроса. Но, так или иначе, и о приобщении; к делу документа, и о допросе лица, которого опросил адвокат-защитник, последний, чтобы добиться реального результата в доказывании, должен ходатайствовать о приобщении к делу документа и о допросе лица, его подписавшего и только после допроса решается вопрос о допустимости и: относимости полученных сведений, а после проверки - вопрос об их достоверности. При этом, чтобы исключить возможность отказа органов уголовного преследования приобщения к материалам дела протокола опроса лица, произведённого адвокатом-защитником, целесообразно заявлять ходатайство о допросе свидетеля защиты с участием адвоката-защитника, при этом прилагать к ходатайству протокол произведённого адвокатом-защитником опроса.

Из этих тезисов вытекают всё те же выводы: предусмотрев право опрашивать лиц, действующий УПК ничего существенно нового и практически значимого не привнёс беседовать и записывать содержание беседы с согласия беседующих никогда и никому не запрещалось, а ходатайствовать перед органом расследования, прокурором и судом о допросе определённого лица («свидетеля защиты») испокон веков было традиционным оружием защиты. Даже процессуальные оппоненты до принятия нового УПК признавали, что запрета на поиск защитником свидетелей, «предварительные беседы» с ними, а также с потерпевшими, экспертом, закон не содержит и в то же время допускает истребование необходимых материалов и получение объяснений прокурором, следователем и органом дознания ещё до возбуждения уголовного дела (статья 109 УПК РСФСР), хотя при этих предварительных действиях также не исключается определённое влияние на объективность опрашиваемых лиц.

Новые нормы на практике приживаются с трудом по многим причинам, в том числе и в связи с определённым историческим отношением к институту адвокатуры, сложившемся у правоохранительных органов и судов. Так, например, судья Замоскворецкого районного суда города Москвы по уголовному делу № 43921 по обвинению Ш. отказала защите в ходатайстве огласить приобщённый в ходе предварительного расследования следователем в качестве доказательства защиты протокол опроса свидетеля, не явившегося в судебное заседание, на том основании, что опрос, проведённый адвокатом, не является доказательством при этом на сторону защиты «пытаются» возложить обязанность обеспечивать явку свидетелей со стороны защиты. В юридической, литературе также ставится вопрос о возможности встреч и бесед со свидетелями и потерпевшими, уже официально допрошенными; по данному делу. Так, ИЛ. Петрухин высказывает позицию о том, что адвокат должен избегать таких встреч бесед, иначе его могут обвинить в противодействии следствию. Такая позиция как рекомендация имеет право на существование, потому что в своей деятельности, как правило, адвокат руководствуется именно этими соображениями. В то же время, недопустимо упрекать и осуждать адвоката-защитника в случае, если он предпримет попытки опроса свидетелей и потерпевших, допрошенных в рамках уголовного дела. Во-первых, адвокат-защитник может и не знать того, что они уже ранее были допрошены. Во-вторых, в ходе таких бесед или из других источников у защитника может появиться информация о добросовестном или недобросовестном заблуждении свидетеля или потерпевшего. Для разрешения вопроса о заявлении ходатайства о дополнительном допросе данных участников процесса, для постановки вопроса о проведении дополнительного допроса с участием адвоката-защитника он должен: с помощью таких встреч, запротоколированных в форме опроса, заложить основания для проведения повторного допроса. И, естественно, данные, полученные адвокатом, сами по себе доказательственного значения не имеют, они в обязательном порядке должны быть (и будут) проверены в ходе проведения дополнительных следственных действий. Правильно ли будет, если в законодательном порядке запретить адвокату-защитнику в целях установления оправдывающих подозреваемого или обвиняемого обстоятельств встречаться со свидетелями обвинения? Если своими действиями он не нарушает права других участников уголовного судопроизводства, то такой запрет выглядит, на мой взгляд, незаконным и необоснованным.

Представляется необходимым заметить, что действенность права защитника представлять документы зависит не от экзотических сыскных полномочий адвоката-защитника по разведывательному опросу (любые из этих правомочий, где бы они ни были продекларированы - иллюзорны), а в том, чтобы каждое ходатайство защиты о допросе определённого лица в случае
действительной необходимости получало бы удовлетворение со стороны органа уголовного преследования, чтобы решение об этом, равно как качество и объективность допроса находились и под адвокатским контролем и под контролем судебной власти, а не следователя и прокурора, которые сами являются органом
уголовного преследования, при этом могут иметь свой субъективный интерес. Словом, вопрос о собирании защитником доказательств - сведений - это опять-таки не вопрос снабжения адвоката оперативно-следственными функциями и полномочиями, а вопрос совершенствования и повышения надёжности механизма
состязательности уголовного процесса вообще и предварительного следствия в частности и особенности, а не лукавой их декларацией. Гарантии такой надёжности заключаются в учреждении контроля со стороны суда за всеми сторонами «вневедомственного» предварительного расследования,

дистанцированного от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, с одной стороны, и от прокурорской власти - с другой.

Вышеизложенное позволяет ответить и на вопрос о возможности защитника по уголовному делу воспользоваться услугами частного детектива в собирании доказательств. Он (вопрос) уже поднимался в юридической литературе. Согласно Закону Российской Федерации от 11 марта 1992 года «О частной детективной деятельности в Российской Федерации» (пункт 7 части второй статьи 3) частным детективам разрешается сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса. В течение суток с момента заключения контракта с клиентом на сбор таких сведений частный детектив обязан письменно уведомить об этом лицо, производящее дознание, следователя, прокурора или суд, в чьём производстве находится уголовное дело. При соблюдении данного условия - обязанности вполне возможен и контракт с защитником. В ходе частной сыскной деятельности допускаются: устный опрос граждан и должностных лиц (с их согласия), наведение справок, изучение предметов и документов (с письменного согласия их владельцев), внешний осмотр строений, помещений и других объектов, наблюдение для получения информации. При этом допускается использование видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъёмки, иных технических средств, не причиняющих вреда жизни и здоровью граждан и окружающей среде (статья 5 Закона РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации»).

Но никакими властными полномочиями, привилегиями или возможностями частный детектив по сравнению с любым другим частным лицом не обладает и обладать не может в силу действия принципиальной схемы отношений в области уголовной юстиции и тысячелетиями выверенного правила, согласно которому право требовать и право принуждать к исполнению требования в этой области — незыблемая прерогатива специально созданных органов государства - органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда. С этой точки зрения частным расследованием может вообще заниматься любое частное лицо: добывать информацию, не ущемляя ничьих прав, свобод законных интересов и не нарушая норм общечеловеческой этики не возбраняется никому, в том числе и адвокату, в том числе — принявшему на себя защиту по уголовному делу.

Поэтому специальное указание закона на право этого «советника по правовым вопросам» осуществлять частное расследование излишне, а обязанность такого расследования на него не может быть возложена хотя бы потому, что этот участник процесса, и так обязан использовать все указанные в законе средства и способы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого и обвиняемого или смягчающих их ответственность. И если в рамках выполнения данной обязанности адвокат-защитник побеседует с потенциальными свидетелями, наведёт справку или изучит определённый документ, предмет или другой объект, не прибегая к нарушению ничьих прав, свобод и законных интересов и этических норм, или же в целях выявления свидетелей защиты, а равно установления иных источников информации, которая впоследствии может быть использована в уголовно-процессуальном доказывании; воспользуется (с согласия клиента) услугами частного детектива, то есть профессионала, это обстоятельство само по себе не может породить юридическую проблему. Это - «допроцессуальная» и «внепроцессуальная» деятельность, она не основана на правоотношениях ни с органами, в производстве которых находится уголовное дело, ни с носителями информации.

**2.4. ЗАЯВЛЕНИЕ ХОДАТАЙСТВ И ПРИНЕСЕНИЕ ЖАЛОБ КАК ФОРМА УЧАСТИЯ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ДОКАЗЫВАНИИ**

Эта форма осуществления процессуальной функции защиты выражается в заявлении адвокатом-защитником официальных просьб (ходатайств) по конкретному уголовному делу, адресованных должностному лицу, в производстве которого это дело находится в данный момент, а также обжаловании отказа в удовлетворении таких ходатайств. Как сторона в уголовном процессе адвокат-защитник вправе заявить ходатайство о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений в целях установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, а также в целях обеспечения своих прав и законных интересов, а также прав и законных интересов своего подзащитного. Ходатайство заявляется дознавателю, следователю, прокурору либо в суд в любой момент производства по уголовному делу как письменно, так и устно; в последнем случае оно заносится в протокол следственного действия или судебного заседания. Отклонение заявленного ходатайства не лишает заявителя права вновь заявить его позже, как на данной стадии, так и на последующих стадиях уголовного судопроизводства, как данному должностному лицу, так и другому или в другой орган (речь идёт, прежде всего, о том, что ходатайства, отклонённые в досудебных стадиях уголовного судопроизводства, могут быть повторно заявлены в суде). Ходатайство подлежит рассмотрению и разрешению непосредственнопосле его заявления, во всяком случае, не позже 3 суток со дня его заявления. Об удовлетворении ходатайства, либо полном или частичном отказе в его удовлетворении, дознаватель, следователь, прокурор, судья выносят постановление, а суд - определение, которое доводится до сведения лица, заявившего ходатайство. К вопросу об участии адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании, иначе говоря, отношение к нашей теме имеют ходатайства этого участника процесса о производстве конфетных следственных действий, в результате которых по его, защитника, предположению, могут или должны быть получены оправдательные доказательства. Закон не устанавливает формальных требований к источнику сведений, лежащих в основе таких ходатайств; они могут вытекать и из материалов дела; но ими могут быть и сведения, которые стороне защиты удалось добыть собственным,- внепроцессуальным путём. Сторонам не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела (статьи 119-122, 159 УПК РФ).

Ни действующий УПК РФ, ни новое законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре непосредственно в институт уголовно-процессуальных ходатайств сторон на предварительном следствии существенных изменений не внесли (если только не говорить об установленных законом сроков рассмотрения таких ходатайств); как средство осуществления функции защиты по уголовным делам этот институт сам по себе остался содержательно прежним. Но на его применение определённое влияние теперь оказывает институт судебного контроля за законностью и обоснованностью следственно-процессуальных актов отказ органа расследования или прокурора в удовлетворении ходатайства защиты, если такой отказ способен причинить ущерб конституционным правам и свободам обвиняемого либо затруднить доступ гражданина к правосудию (часть первая статьи 125 УПК РФ), может быть обжалован в суд по месту производства предварительного расследования как самим подозреваемым, обвиняемым, так и его защитником. Поэтому вопрос о том, отказ в каких ходатайствах относится к категории обжалуемых в судебном порядке приобретает на основании упомянутой статьи 125 УПК РФ важнейшее не только теоретическое, но и практическое значение для осуществления функции защиты в уголовном судопроизводстве.

Из приведённой формулировки, согласно которой судебное обжалование отказа допускается лишь в случаях, когда он способен «причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию» явствует, что круг ходатайств стороны защиты, связанных с доказыванием, отказ в которых может быть обжалован в судебном порядке, крайне ограничен. Во-первых, конституционные права граждан, в отношении которых предпринято уголовное преследование, обеспечены целой системой мер предварительногосудебного контроля за законностью и обоснованностью следственно-прокурорских действий и решений: об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста; о продлении срока содержания под стражей; о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы; о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нём лиц; о производстве обыска в жилище и (или) выемки; о производстве личного обыска; о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях; о наложении ареста на корреспонденцию и выемки её в учреждениях связи; о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях; о временном отстранении обвиняемого от должности в соответствии со статьёй 114 УПК РФ; о контроле и записи телефонных и иных переговоров (часть вторая статьи 29 УПК РФ), что, конечно же, гораздо надёжнее, нежели последующий судебный контроль, когда законность и обоснованность актов предварительного расследования проверяется по жалобам.

Что же касается доступа к правосудию, то в этой сфере у обвиняемого, подозреваемого практически вообще не может быть препятствий и, таким образом, не может быть и поводов к судебным жалобам, потому что предварительное расследование как раз и проводится для того, чтобы тот, кто подвергается уголовному преследованию, предстал перед судом. Единственным таким препятствием, с которым обвиняемый может не согласиться, является прекращение начатого в отношении него уголовного преследования по не реабилитирующим основаниям. Но на эти случаи в уголовно-процессуальном законодательстве издавна существуют предельно простое и надёжное средство обеспечения его законных интересов: если обвиняемый возражает против такого прекращения, оно не может состояться, производство по уголовному делу продолжается в обычном порядке (часть вторая статьи 27 УПК РФ) и сторона защиты получает возможность оспаривать инкриминируемое и добивается реабилитации обвиняемого в суде, в условиях, максимально благоприятных для осуществления функции защиты.

И, тем не менее, возможность судебного обжалования стороной защиты отказа органа расследования в удовлетворении её ходатайства не исключается. Так, например, если? орган расследования или прокурор отказал стороне защиты в удовлетворении; ходатайства об отмене меры пресечения в виде подписки о невыезде (статья 98 УПК РФ), такой отказ, как представляется, может быть обжалован в суд в соответствии с частью первой статьи 125 УПК РФ на том, в частности, основании, что необоснованным применением этой меры процессуального принуждения ущемляется конституционное право гражданина на свободу передвижения (часть первая статьи 27 Конституции РФ).

Сама же формулировка закона о «затруднении доступа граждан к правосудию» является общей и процессуально чётко неопределённой, позволяющей судам отказывать в рассмотрении жалоб адвокатов-защитников, поданных в ходе досудебного производства. При этом суд руководствуется широко распространённой на практике позицией, что права обвиняемого и его адвоката-защитника, нарушенные в ходе досудебного производства, впоследствии могут быть реализованы в суде. Необходимо законодательно закрепить права защиты обжаловать в ходе досудебного производства любые действия органов уголовного преследования, нарушающие закон, в судебном порядке. Закреплённое в законодательстве право предстать перед судом не должно означать ограничение возможности и необходимости судебного контроля на досудебных стадиях производства. Употребляемое на практике правило о том, что «свои доводы Вы можете изложить суду в ходе разбирательства дела по существу, который расставит точки в данном вопросе» не совсем правильно, а говоря откровенно, совсем не правильно. Ведь закон говорит о том, что перед судом должно предстать не любое лицо, а только то, в отношении которого имеются достаточные данные, свидетельствующие о его виновности, более того принцип законности должен пронизывать все сферы уголовного судопроизводства. И фажданин вправе оспаривать достаточность таких данных и соблюдение его конституционных прав при их собирании ещё на досудебной стадии. Ведь в ходе предварительного расследования лицо может подвергаться различным мерам процессуального принуждения, вплоть до заключения под стражу, и отодвигать его право на справедливое разрешение дела до судебного разбирательства уголовного дела по существу, лишив его возможности эффективно защищаться в ходе досудебного производства, будет свидетельствовать об ограничении его прав. Более того, при заключении лица под стражу, отказ предстать перед судом в случае прекращения уголовного преследования по нереабилитирущим основаниям и получить, таким образом, право на правосудие, может быть вынужденным, так как гражданин не желает или не в состоянии «состязаться» с органами преследования, ведь это удовольствие не только нервное, но и «дорогое». В одном из своих постановлений Конституционный Суд РФ, мотивируя вынесенное решение1, указал, что отложение проверки законности и обоснованности некоторых действий должностных лиц до стадии судебного разбирательства может причинить ущерб, восполнение которого в дальнейшем окажется неосуществимым. Здесь надо также помнить о конституционном праве граждан обжаловать решения и действия (бездействия) органов государственной власти, должностных лиц в судебном порядке (статья 46 Конституции РФ), при этом часть 3 статьи 55 Конституции РФ предусматривает, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, т.е., никаких оснований для ограничения обжалования нарушения прав участников уголовного процесса в досудебном производстве нет. В научной литературе высказываются различные точки зрения по данной проблеме: о возможности обжалования лишь нарушения конституционных прав в случаях, когда это препятствует передаче дела в суд ограничению этого права в случае нарушения отдельных процессуальных правил, так как непредоставление процессуальных прав участникам следственных действий, если они не нарушают конституционных прав и свобод, не требуют немедленного вмешательства суда; мотивировка о том, что это приведёт к перезагруженное судов. Практика показывает, что любые лазейки в законе будут способствовать лишению граждан возможности обжалования. Мотивировка же о загруженности судов является, на мой взгляд, некорректной, не позволяющей на этом основании лишать граждан права на судебную защиту от произвола должностных лиц. Для устранения нечёткости в толковании нормы статьи 125 УПК процессуалистами предлагается установление в законодательном порядке чётких критериев или блоков вопросов, на основании которых будут разрешаться вопросы о допустимости обжалования в судебном порядке действий должностных лиц в досудебном производстве. Целесообразно было бы в законе закрепить норму о том, что отказ в принятии к рассмотрению жалобы на том основании, что судьёй не усматривается из её содержания нарушение конституционных или процессуальных прав недопустим. Поэтому право на судебный контроль на досудебных стадиях должно существовать, необходимо только добиться того, чтобы этот контроль был эффективным, ведь формальный и необоснованный отказ судебных органов лишит возможности вышестоящие органы прокуратуры реагировать на имеющиеся нарушения, поскольку постановлением судебных органов действия должностных лиц уже признаны законными. В своём постановлении Конституционный Суд РФ указал, что нормы, содержащиеся в статьях 125 и 219 УПК РФ, не только не лишают участников уголовного судопроизводства прав на обжалование решений и: действий (бездействия) дознавателя, следователя, прокурора, на рассмотрение ходатайств, заявленных в ходе ознакомления с материалами; уголовного дела, и на обжалование принятых по этим? ходатайствам решений, но и прямо закрепляют эти права.

Так, по одному из уголовных дел нарушался порядок содержания лица под стражей, так как в нарушение статьи 13 Федерального Закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» гражданин около 4-х месяцев содержался в ИВС (изоляторе временного содержания), что между тем не нарушало его конституционных прав и не затрудняло доступ к правосудию. Прокуратура, несмотря на неоднократные жалобы на нарушение процессуальных норм (ранее данный порядок регулировался и статьёй 96-2 УПК РСФСР), уклонялась от принятия мер прокурорского реагирования и только после обжалования данных действий органа расследования в суд, судьёй было вынесено частное постановление по факту данного нарушения.

 Отсутствие чёткого регулирования данного вопроса в законодательстве и надлежащей практики, обобщенной Верховным Судом РФ, создаёт проблемы для эффективной защиты прав граждан на досудебной стадии производства. Возникают не только проблемы технического характера, когда суд оставляет жалобы без рассмотрения и возвращает их заявителю по непредусмотренным в законодательстве основаниям, например, в связи с отсутствием: копии жалобы или ордера адвоката на подачу жалобы, но и откровенные факты волокиты и бюрократических препонов при подаче жалобы. По уголовному делу № 123070 по обвинению Г. в совершении преступления, предусмотренного частью 3 статьи 163 УК РФ, в ходе предварительного расследования грубо нарушался принцип состязательности при проведении следственных действий: в ходе очной ставки следователь в нарушение требований статьи 192 УПК РФ необоснованно отводил вопросы защиты, а в нарушение статьи 53 УПК РФ допрашивал свидетелей защиты, при этом отказывал адвокату-защитнику в праве присутствовать во время допросов, что не могло не отразиться на полноте и объективности материалов предварительного расследования. Данные действия следователя были обжалованы в надзирающую прокуратуру, которая отказала в удовлетворении жалобы, разъяснив право обратиться в суд. В связи с тем, что нарушение принципа состязательности затрудняло доступ гражданина к правосудию, была подана жалоба в соответствии с требованиями главы 16 УПК РФ в один из районных судов города Москвы, который санкционировал применение меры пресечения - заключение под стражу - по данному делу. Суд отказал в рассмотрении жалобы на том основании, что орган, проводящий предварительное расследование по данному уголовному делу, находится на территории другого суда. Так как судебные документы направляются почтой и чтобы исключить затягивание судебного рассмотрения, защитником сразу же была подана жалоба в указанный в постановлении суд, который также отказал в рассмотрении жалобы на том основании, что в соответствии со статьёй 152 УПК РФ местом производства предварительного расследования является место совершения преступления и направил её в первый' суд, куда ранее подавалась жалоба. Учитывая, что только время по пересылке составит не менее 2-х недель, говорить об эффективности при таких обстоятельствах не приходится. Поэтому, с учётом практики, с целью исключения волокиты и усиления процессуальных позиций лиц, подвергающихся уголовному преследованию, а также масштабов нашей страны и структуры федеральных правоохранительных органов, считал бы необходимым закрепить в законодательстве право на альтернативную возможность обжалования действий должностных лиц, либо по месту ведения предварительного следствия (месту совершения преступления либо нахождения органа, проводящего расследование по данному уголовному делу), либо по месту содержания лица под стражей. Это бы гарантировало также гражданину возможность выбора для более объективного и эффективного рассмотрения жалобы. При этом надо отдавать реальный отчёт тому, что органы следствия, прокуратуры и судов, обладают помимо всего властными полномочиями для принятия решений, чего нет у подозреваемого, обвиняемого или стороны защиты, отстаивающей их интересы, что, естественно, затрудняет реализацию принципа состязательности в уголовном судопроизводстве, так как говорить о том, что суд сегодня осуществляет только функцию разрешения дела по существу не представляется возможным. Но все эти случаи не имеют непосредственного отношения к теме участия защитника в уголовно-процессуальном доказывании на предварительном следствии. С этой темой правовой институт обжалования действий (бездействий) и решений органа расследования или прокурора связан лишь в той части, в которой предметом обжалования выступают следственные решения об отказе в удовлетворении ходатайств защитника о производстве следственных действий по собиранию доказательств. Именно в этих случаях обжалование выступает гарантией права защитника на его участие в собирании: доказательств «руками» органа; государства (органа дознания, следователя, прокурора). Но именно в этой части в законодательстве времён судебно-правовой реформы никаких коренных изменений не произошло, в отличие от обжалования следственно-прокурорских решений о применении мер процессуального принуждения (здесь в последнее десятилетие усилиями законодателя и Конституционного Суда РФ сформирован правовой институт судебной защиты конституционных прав граждан). Ходатайства сторон, в том числе и ходатайства защитника о производстве дополнительных
следственных действий, по результатам которых предполагается получение оправдательных доказательств, как и прежде, адресуются должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело (дознавателю, следователю, прокурору), а отказ в удовлетворении таких ходатайств может быть обжалован
прокурору и подлежит рассмотрению им в порядке статьи 124 УПК
РФ. Такая конструкция является источником серьёзных практических проблем. Главный парадокс, который проистекает из этой «многофункциональности», заключается в том, что сторона защиты свои ходатайства о производстве следственных действий в целях собирания оправдательных доказательств адресует своему процессуальному оппоненту в состязательном производстве, то есть органу уголовного преследования (дознавателю, следователю), который и должен принять по ним решение, а отказ в удовлетворении такого ходатайства, равно как и отказ в самоотводе недобросовестного следователя дознавателя обжалуется другому органу уголовного преследования, то есть другому участнику всё той же оппонирующей противной стороны -прокурору. Предполагаемая конструкция закона может работать только в идеальных условиях, но лицу, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, важно иметь возможность защитить свои права в случае недобросовестных действий органов обвинения, так как от добросовестных действий, как правило, защита не требуется или её необходимость минимальна.

Такое, очевидно, ненормально, оно не соответствует хрестоматийной истине «никто не может быть судьёй в своём деле», не соответствует принципу состязательности и представляет собой атавизм тоталитарного прошлого нашего общества и государства. Оно ставит защищающуюся сторону в унизительное положение просителя, зависимого от воли своего процессуального оппонента и неоднократно подвергалась справедливой критике, особенно в свете общественно-демократических преобразований последнего десятилетия и начавшейся судебно-правовой реформы.

Наиболее сложный узел традиционных теоретических и практических важных проблем, связанных с ходатайствами стороны защиты о производстве дополнительных следственных действий по собиранию доказательств, завязывается на завершающем этапе предварительного производства - при ознакомлении сторон с материалами следственного производства (статьи 215-219 УПК РФ), когда органы уголовного преследования перед судебным разбирательством обязаны полностью «раскрыть все карты» и состязание сторон, таким образом, вступает в качественно новую фазу. Как и раньше, в период действия УПК РСФСР 1960 года, существование и острота данной проблемы обусловлена двумя обстоятельствами.

В настоящее время закон не предусматривает нарушение прав обвиняемого и его защитника при ознакомлении с материалами дела как основание для возвращения дела для производства дополнительного предварительного расследования (статья 237 УПК РФ). Между тем, при таком» нарушении прав обвиняемого затруднительно осуществление правосудия. Согласно части 4 ст.217 УПК РФ по окончании ознакомления с материалами уголовного дела следователь выясняет, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты. Суд может отказать стороне защиты в допросе указанного им в суде свидетеля для установления алиби подсудимого, так как согласно части 6 статьи 234 УПК РФ, ходатайство о допросе свидетеля подлежит обязательному, удовлетворению лишь в случае, если оно заявлялось в ходе предварительного расследования, обеспечить же явку свидетеля на судебное заседание стороне защиты также не всегда предоставляется возможным. Такая же ситуация складывается и при рассмотрении вопроса об изменении меры пресечения при нарушении права на ознакомление с материалами дела. В законе (части 6 статьи 109 УПК РФ) указано, что обвиняемый подлежит немедленному освобождению в случае, если после окончания предварительного следствия материалы уголовного дела были предъявлены обвиняемому и его защитнику позднее, чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под; стражей. Однако такое же нарушение прав обвиняемого и его защитника может быть допущено до истечения предельных сроков содержания под стражей, но нечёткая формулировка даёт возможности органам обвинения для нарушений прав граждан, привлекающихся к уголовной ответственности. Поэтому в законодательстве нет чёткого урегулирования данного вопроса, хотя на практике широкое распространение имеют даже случаи лишения возможности ознакомления с материалами дела. Указанный пробел (а также отсутствие предельных сроков содержания под стражей на предварительном следствии) существенным образом влияет на права и интересы лица, привлекаемого к уголовной ответственности. «Лицо, лишённое свободы и испытывающие все тягости пребывания в местах заключения, ставится перед выбором: или обстоятельно изучать материалы дела и надлежащим образом готовить свою защиту или как можно быстрее выйти на свобод при решении данной проблемы баланс интересов обвиняемого и органов уголовного преследования установлен законодателем в пользу последних».

**2.5. УЧАСТИЕ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА В ПРОИЗВОДСТВЕ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ ПО СОБИРАНИЮ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ**

Согласно пункту 5 части первой статьи 53 УПК РФ с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого, либо по его ходатайству или ходатайству защитника. Детализируя это максимально общее установление, УПК (часть третья статьи 195) уделяет особое внимание участию защитника в производстве экспертизы и предусматривает, что следователь обязан ознакомить с постановлением о назначении судебной экспертизы и разъяснить подозреваемому (обвиняемому) и его защитнику права, предусмотренные статьёй 198 УПК, а именно:

1. знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;
2. заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;

3) ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных им лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;

1. ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;
2. присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;

 6) знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также протоколом допроса эксперта.

Об этом составляется протокол, подписываемый следователями и лицами, которые ознакомлены с постановлением.

Кроме того, согласно пункту 6 части четвёртой статьи 56, части пятой статьи 189 и части шестой: статьи 192 УПК, определено, что свидетель как участник уголовного судопроизводства вправе являться на допрос и на очную ставку с адвокатом, который пользуется определёнными; процессуальными правами защитника, закреплёнными в части второй статьи 53 УПК.

Согласно части 11 статьи 182 УПК, посвященной основаниям и процедуре обыска, при производстве данного следственного действия участвуют лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетние члены его семьи. При производстве обыска вправе присутствовать защитник, а также адвокат того лица, в помещении которого производится обыск. Таким образом, участие адвоката в следственных действиях связывается не только с осуществлением им функции защиты, но и. с какой-то другой функцией, которую он выполняет, присутствуя при допросе свидетеля и при обыске. Очевидно, что в обоих случаях речь идёт о его доверителях, которые уголовному преследованию не подвергаются и поэтому защитником этих лиц (в уголовно-процессуальном понимании) адвокат не является. Можно предположить направленность воли законодателя на то, чтобы присутствие адвоката при производстве данных следственных действий; выступало дополнительной» гарантией соблюдения прав и законных интересов участников уголовно-процессуальных отношений: свидетеля и обыскиваемого лица, а сам;адвокат выполняет функцию представителя указанных лиц. Правила, о которых идёт речь, новы; в прежнем УПК их не было. Включение этих правил в новый кодекс было «выстрадано» практикой, в частности, Конституционного Суда РФ. Конечно, можно спросить, в какой юридической помощи нуждается свидетель, единственной обязанностью, гражданским и нравственным долгом которого является дача правдивых показаний. Во-1-х, по сложившейся десятилетиями практике любой свидетель потенциально может оказаться подозреваемым или сразу же обвиняемым. Во-2-х, кто будет гарантировать, что не будет допущено злоупотреблений со стороны должностных лиц, проводящих процессуальные действия: шантаж, угрозы, фальсификация доказательств. В-З-х, достаточно посмотреть социологические опросы, чтобы понять уровень доверия граждан правоохранительным органам и тот «стресс», который испытывает гражданин на данном «островке правопорядка». И последнее, участие адвоката-защитника не влияет никоим образом на обязанности свидетеля, а является лишь дополнительной гарантией соблюдения его прав. Отсюда, в частности, и вытекает оправданность таких новелл, необходимость которых можно подтвердить «мягким» примером из адвокатской практики. По уголовному делу № 123070 по обвинению Г. в совершении преступления; предусмотренного статьёй 163 часть 3 УК РФ, защитником было заявлено ходатайство о допросе лица в качестве свидетеля, причем допрос в соответствии с полномочиями, предусмотренными ст.53 УПК РФ, защитник просил провести с его участием. Данное ходатайство следователем было удовлетворено частично: было признано необходимым допросить свидетеля, так как его показания имеют значение для дела, нов присутствии при допросе защитнику было отказано. Допрос свидетеля защиты был проведён, однако при ознакомлении с материалами уголовного дела в порядке статьи 217 УПК было установлено, что в протоколе не нашли отражение те вопросы, ответы на которые защита хотела получить. Жалоба в органы прокуратуры была оставлена без удовлетворения. После этого была подана жалоба в суд в порядке ст.125 УПК РФ в связи с нарушением процессуальных прав защитника, которая судом была удовлетворена. Суд обязал следователя устранить допущенное нарушение. После возобновления предварительного расследования в ходе дополнительного допроса указанного свидетеля с участием защитника было выяснено, что следователь не только не отразила в протоколе полные показания свидетеля, но и рекомендовала ему не «давать информацию, так как потом затаскают по судам, а реально это ничем не поможет». Можно привести аналогичную практику, затрагивающую вопросы участия адвоката-защитника при проведении обыска. К сожалению, о допускаемых злоупотреблениях при проведении процессуальных действий много говорится ив средствах массовой информации. Поэтому участие адвоката-защитника (это, естественно, не панацея) будет являться дополнительной гарантией соблюдения прав участвующих лиц, а в некоторых случаях предотвращению нарушения прав и законных интересов.

 Право адвоката-защитника участвовать в производстве следственных действий имеет общий характер и не знает исключений, обусловленных видом и характером данного действия. В практическом же плане значение этого правила, его востребованность, существенно различаются. В этом отношении, прежде всего, следует выделить группу следственных действий в составе: наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка (статья 185 УПК), контроль и запись переговоров (статья 186 УПК). Первое предусматривалось и УПК РСФСР 1960г. (статья 174) под названием «Выемка почтово-телеграфной корреспонденции», а второе существует с 2001 года; (включено в арсенал следственных действий путём дополнения УПК РСФСР 1960 г. новой статьёй 174-1 ). Особенность обоих заключается в том, что основная, главная часть осуществляется (на основании судебного решения) непрерывно, длительное время и тайно, негласно, причём не следователем, дознавателем или прокурором, в производстве которых находится уголовное дело, а учреждениями связи (отслеживание почтово-телеграфной корреспонденции) или же; специальными техническими подразделениями спецслужб, которые ни закон, ни опубликованные подзаконные акты даже прямо не называют. Процессуальные действия начинаются лишь тогда, когда почтово-телеграфная корреспонденция задержана и следователь уведомлен об этом или же когда по результатам контроля переговоров органу расследования предоставлена фонограмма записи этих переговоров. Но и на этом этапе процессуальной деятельности присутствует элемент негласности: осмотр, выемка и снятие копий с задержанных почтово-телеграфных отправлений производится следователем в соответствующем учреждении связи с участием понятых из работников данного учреждения (часть 5 статьи 185 УПК). Осмотр задержанной почтово-телеграфной корреспонденции, её копирование и даже изъятие в подлиннике не исключает продолжения отслеживания вновь поступающих писем, посылок, открыток, бандеролей и телеграмм. Указанные обстоятельства в совокупности своей сами по себе обязывают сохранить задержание, осмотр, копирование и выемку почтово-телеграфной корреспонденции в тайне вплоть до момента ознакомления; сторонами с материалами оконченного следственного производства. Участие подозреваемого и обвиняемого в производстве следственного действия, о котором идёт речь, не предполагается, законом не предусмотрено. Значит, по этому признаку в нём не может участвовать и защитник. Словом в теоретическом плане можно всего лишь представить себе, что обвиняемый или его защитник ходатайствуют о наложении ареста на определённую почтово-телеграфную корреспонденцию в целях получения оправдательных доказательств и в силу своей инициативы сторона защиты приобретает право участвовать в производстве следственного действия. По той же логике такое участие может выразиться в присутствии как обвиняемого, так и защитника при осмотре, копировании или изъятии почтово-телеграфной корреспонденции в соответствующем учреждении связи со всеми правами, принадлежащими участнику осмотра: знакомиться с протоколом следственного действия, делать замечания по поводу его содержания, ходатайствовать о внесении изменений и дополнений. Однако, за более чем сорокалетний период применения законодательства о наложении ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию, её осмотре и выемке случаи участия стороны защиты в его производстве практике неизвестны.

Между тем, новое уголовно-процессуальное законодательство может и должно сформировать и новую практику, тем более, что имеются существенные изменения и в правах участников процесса. Так, согласно правам обвиняемого, предусмотренных в части 4 п. 16 ст.47 УПК РФ, он имел право участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций, а также в рассмотрении судом вопроса об избрании в отношении его меры пресечения и иных случаях, предусмотренных частью второй статьи 29 УПК РФ. Среди случаев, предусмотренных частью второй статьи 29 УПК значится наложение ареста на корреспонденцию и выемка её в учреждениях связи: Таким образом, право участвовать в досудебных стадиях производства выводило эту сферу деятельности правоохранительных органов из области скрытой оперативно-розыскной деятельности в область открытых состязательных отношений. Не известно, была ли применена эта норма на практике, но изменениями в УПК от 4 июля 2003 года были внесены ограничения в норму пункта 16 части 4 статьи 47 УПК, согласно которым обвиняемый вправе участвовать при рассмотрении судом только вопросов, предусмотренных пунктами 1-3 и 10 части второй статьи 29 УПК.

Новое уголовно-процессуальное законодательство для такого участия содержит новые, поощрительные нормы -предпосылки. Согласно части 7 статьи 186 УПК, которая, как уже упоминалась, посвящена контролю и записи телефонных переговоров, предусмотрено, что следователь, истребовав от органа, осуществляющего такой контроль и такую запись - фонограмму, имеющую отношение к делу, осматривает и прослушивает её с участием понятых и при необходимости специалиста, а также лиц, чьи телефонные и иные переговоры записаны, о чём составляет протокол, в котором должна быть дословно изложена та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному уголовному делу. Лица, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе в том же протоколе или отдельно изложить свои замечания к протоколу. Это значит, что если контролировались (прослушивались) и записывались телефонные или иные переговоры подозреваемого или обвиняемого, он, при необходимости, как это сказано в части седьмой статьи 186 УПК, может быть привлечён следователем к внешнему осмотру и прослушиванию фонограммы. А если так, то к участию в производстве данного следственного действия с соответствующими правами и обязанностями должен быть привлечён и защитник лица, подвергающегося уголовному преследованию.

Наложение ареста на почтово-телеграфные сообщения, контроль и запись телефонных и иных переговоров как следственные действия спорны в своей теоретической состоятельности. Они имеют оперативно-розыскную природу и происхождение, о чём красноречиво свидетельствует характер их проведения, не свойственный для гласных, открытых, обрядовых следственных действий, с заранее спланированной предсказуемой процедурой от начала до конца. Они дублируют предусмотренные статьёй 6 Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» оперативно-розыскные мероприятия под названием контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений (пункт 9) и прослушивание телефонных переговоров (пункт 10). А если не упускать из виду, что теперь и следственные действия, и оперативно-розыскные мероприятия, о которых идёт речь, производятся только на основании судебного решения ив итоге в качестве доказательства и в том, и в другом случае добывается предмет или документ (посылка, бандероль, письмо, открытка, оригинал телеграммы, фонограмма записи переговоров), несущий информацию, имеющую значение для дела, то такое дублирование не поддается теоретически обоснованному объяснению и оправданию. Вместе с тем, следственные действия, предусмотренные статьями 185 и 186 УПК, объективно являются мощными средствами добывания доказательств по уголовному делу, причём используются в подавляющем большинстве случаев для добывания доказательств обвинительных. Поскольку действующее законодательство содержит минимум предпосылок для участия стороны защиты в уголовно-процессуальном доказывании с применением указанных следственных действий их следовало бы в адвокатской практике по уголовным делам применять гораздо более широко и настойчиво, а в процессе обучения адвокатов и повышения их квалификации всемерно разъяснять и пропагандировать.

Принцип состязательности сторон в уголовном процессе является достаточным основанием для того, чтобы наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, а также о контроле и записи переговоров служили не только оружием органов, осуществляющих уголовное преследование, средствомдля получения только обвинительных доказательств, но и оружием стороны защиты. На основании ходатайств стороны защиты эти следственные действия могут и должны быть использованы в целях получения доказательств оправдательных. При этом, независимо от того, по чьей инициативе произведены указанные действия, сторона защиты вправе ходатайствовать об участии в их исследовании в стадии предварительного расследования, в частности, путём участия во внешнем осмотре и прослушивании фонограммы, полученной в результате контроля переговоров обвиняемого или подозреваемого. Не существует запрета и в отношении ходатайств об участии стороны защиты в осмотре почтово-телеграфной и иных почтовых отправлений. Отсутствие в законе нормы о праве на такое участие в свете части седьмой статьи 186 УПК следует рассматривать, скорее как пробел в законодательстве, подлежащий восполнению. Участие защитника в подобных следственных действиях значительно бы упрочило начала состязательности на предварительном следствии, и смягчило бы свойственные инквизиционному судопроизводству начала тайного, скрытного собирания и исследования доказательств без участия стороны защиты, которые усилились в российском предварительном расследовании в связи с допуском в них разведывательных, оперативно-розыскных по своей природе действий по собиранию доказательств, предусмотренных статьями 185 и 186 УПК.

Во вторую группу в целях удобства рассмотрения вопроса можно объединить: следственный осмотр (статьи 176 -178 УПК), освидетельствование (статья 179 УПК), следственный эксперимент (статья 181 УПК), обыск (статья 182 УПК), выемку (статья 183 УПК), предъявление для опознания (статья 193 УПК) и проверку показаний на месте (статья 194 УПК). Все эти следственные действия обладают главной особенностью: получаемые в результате их производства доказательства представляют из себя сведения, отражающие наблюдения участников этих действий, а также предметы и документы, обнаруженные (или изготовленные) при этом, в том числе с помощью обычной, криминалистической или специальной техники (единство протокола и указанного в нём). Эти действия производятся в присутствии понятых, что и служит одной из важнейших гарантий соблюдения законности: их процедуры и достоверности полученных и зафиксированных результатов. Их присутствие призвано предотвратить нарекания на то, что зафиксированные в протоколе обыска как обнаруженные в результате поиска наркотики, оружие или боеприпасы на самом деле подброшены следственно—оперативной группой, что опознаваемый узнал опознающего не по приметам внешности, а по месту нахождения среди других опознаваемых, а место подсказано, что в ходе следственного эксперимента и проверки-показаний на месте обвиняемый, демонстрировавший фрагменты события преступления, делал это по подсказке оперативных работников, дирижировавших всем по заранее составленному и отрепетированному сценарию и т.д. и т.п..

Но в ряде случаев даже правило об обязательном участии понятых в производстве следственных действий не является достаточно надёжной процессуальной гарантией соблюдения законности процедуры следственного действия и достоверности его результатов. Крен в сторону оперативно-розыскной деятельности и соответственно формирования доказательственной базы в ходе проведения таких действий при уголовном преследовании граждан не мог не дискредитировать и этот в целом положительный и нужный институт. К сожалению, в практике имеют место факты участия в качестве понятых граждан, по каким-то причинам не заинтересованных в том, чтобы фиксировать реальные содержание, ход и результаты следственных действий. Этому способствуют несколько факторов: во-1-х, прямая заинтересованность данных понятых в определённом исходе уголовного дела, что вызвано нелегальным сотрудничеством с оперативно-розыскными органами на постоянной основе. Во-2-х, возможно и последствия тоталитарного периода развития нашего государства, когда граждане либо не хотят ставить под сомнение деятельность правоохранительных органов, либо боятся совершать такие действия, либо пассивны в выполнении гражданских обязанностей. Практике даже известны случаи, когда фактически понятые, участвовавшие при проведении процессуальных действий, в качестве документа, удостоверяющего личность, использовали «документы прикрытия». Так, по уголовному делу № 095559 по обвинению В. и Н. в совершении , предусмотренных частью 1 статьи 222 УК РФ в судебном разбирательстве было установлено, что понятые при составлении протоколов «осмотра и изъятия» предъявили одни документы, удостоверяющие личность, впоследствии же в ходе допроса в рамках предварительного расследования были предъявлены документы с другими личностными данными. Для установления обстоятельств заинтересованности понятых возможности стороны защиты, как правило, ограничены. Требуются усилия, чтобы подвергнуть сомнению законность участия того или иного гражданина в качестве понятого. Рассчитывать на поддержку и проверку таких данных со стороны надзирающих за законностью органов, а также судов, несмотря на жалобы и ходатайства адвокатов-защитников, как правило, не приходится. Следователи по многим уголовным делам даже не производят допросы лиц, участвовавших при проведении процессуальных действий в качестве понятых, ограничиваясь теми «допросами», которые производят работники, осуществляющие оперативно-розыскные мероприятия, или допрос, производимый следователем, носит формальный характер и направлен на закрепление результатов того или иного следственного действия. В этом плане хорошим подспорьем являются нормы нового УПК, где в качестве полномочий защитника, закреплённых в части 1 пункте 5 ст.53 УПК, содержится право участвовать в следственных действиях, производимых по ходатайству самого защитника, причём это право защитника не может быть ограничено следователем. Своевременное заявление такого ходатайства позволяет защитнику участвовать при допросе данного свидетеля - понятого до формирования его показаний лицом; производящим предварительное расследование. Так, по уголовному делу № 107003, где задержанный в порядке статьи 91 УПК гражданин Г. подозревался в совершении преступления, предусмотренного статьёй 228 части 1 УК РФ и заявлял о своей невиновности в инкриминируемом ему деянии, защитник сразу после возбуждения дела заявил ходатайство о допросе сотрудников милиции и понятых с его участием. Однако данное ходатайство следователем было оставлено без удовлетворения, а на поданную в прокуратуру жалобу был получен ответ, из которого следовало, что в удовлетворении жалобы «отказано, так как допросы лиц, указанных в ходатайствах защитника, проводились не на их основании, а по инициативе следствия, как необходимые следственные действия для расследования преступлений данной категории». Это привело к тому, что когда спустя месяц после возбуждения уголовного дела в ходе проведения очной ставки, сотрудники милиции, ссылаясь на большое количество задержаний и длительность прошедшего времени, не ответили ни на один вопрос защиты, направленный на установление объективных обстоятельств задержания. В данном случае нужно говорить о нарушении принципа состязательности и права на защиту, ведь участие адвоката способствовало бы только установлению объективных обстоятельств. Но никакой ответственности, как правило, законом не предусмотрено, и, как видно из приведённого примера, прокуратура будет покрывать действия следователя, а к нарушениям относиться как к формальным, не влияющим на процессуальное движение дела, В результате поданной в судебные органы адвокатом-защитником жалобы в порядке статьи 125 УПК было вынесено постановление, из которого следовало, что «суд находит, что следователь К. после заявления ходатайства о допросе свидетелей - понятых и сотрудников милиции в присутствии защитника обязан был допросить этих свидетелей в присутствии заявлявшего ходатайство защитника, и, допросив этих свидетелей в отсутствие защитника, следователь грубо нарушил право подозреваемого и его защитника на защиту». Также обращает на себя внимание распространенное на практике поведение органов уголовного преследования, когда лицо, привлекаемое к уголовной ответственности и его адвокат-защитник лишаются возможности проведения очных ставок против лиц, свидетельствующих против обвиняемого. По уголовному делу № 223007 гражданин И. был задержан и арестован в порядке статьи 100 УПК. Следователь СО при ОВД Б-го района города Москвы не счёл необходимым при таких обстоятельствах провести очные ставки между потерпевшими лицами по данному уголовному делу и подозреваемыми, предъявив гражданину И. обвинение, основанное на показаниях потерпевшего Г.. Свой отказ в проведении очных ставок следователь мотивировал нормами статьи 192 УПК, предусматривающей право следователя на проведение очных ставок, а не его обязанность.Между тем, данная норма не соответствует требованиям Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Согласно пункту 3 части 3 статьи 6 Конвенции каждый обвиняемый в совершении преступления имеет как минимум право «допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него»2. Необходимо будет «ломать» сложившийся у отечественных правоохранительных органов менталитет пренебрежения правами лиц, преследуемых органами обвинения, и недоверия и непонимания положения защитника в уголовном процессе, разъяснение обязанности применения общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, в которых участвует Российская Федерация. Поэтому участие в следственных действиях, о которых идёт речь, стороны защиты, в частности и в первую очередь адвоката-защитника, то есть профессионального юриста, в принципе, безусловно, было бы фактором положительным, благотворно влияющим на объективность расследования, достоверность получаемых доказательств и соответствующим идее состязательности досудебного производства по уголовному делу.

Однако, эта общая и ясная идея, постоянно сталкивается с организационными сложностями и трудностями, с которыми неизбежно сопряжено привлечение защитника к участию в следственных действиях, особенно тех, которые носят «внекабинетный» характер, а также, конечно, с интересами сохранения следственной тайны, следования приёмам следственной тактики и методики.

**2.6.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 следователем1, 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 1966г. в результате дополнения УПК РСФСР 1960г. 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 1960г. 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 и! обстоятельства 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 судебный медик, помогающий при осмотре трупа своими- советами и рекомендациями на счёт того, что нужно обязательно увидеть и внести в протокол следственного действия, что затем, в экспертном исследовании обязательно понадобится при ответе на традиционные вопросы о характере телесных повреждений и орудии, которым они. причинены, о времени; наступления смерти и её причинах судебный медик, который; при эксгумации разложившегося трупа помогает изъять образцы для будущего экспертного исследования останков; сапёр, который используя металлоискатель, помогает обнаружить при обыске тщательно припрятанное оружие; водолаз, который при осмотре обширной территории с глубоким водоёмом, способен обследовать его дно, чтобы обнаружить и сообщить следователю, что на нём находится; знаток предметов искусства, наркотических средств и психотропных веществ, помогающий? при^ обыске изъять не; что попало, а что нужно; бухгалтер, помогающий» отобрать из огромного массива нужные финансовые, банковские и? бухгалтерские документы при выемке и обыске.

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.

Подсудимый М. был привлечён следователем Савёловской межрайонной прокуратуры города Москвы к уголовной ответственности по части 2 статьи 318 УК РФ, относящейся к категории тяжких преступлений. Согласно заключению эксперта, данного в ходе предварительного расследования по уголовному делу №101964, им были причинены потерпевшему Б., являющимся сотрудником милиции и находившимся при исполнении служебных обязанностей, повреждения, причинившие легкий вред здоровью по признаку кратковременного расстройства здоровья продолжительностью не более трёх недель. Защита поставила под сомнение выводы эксперта. В связи с необходимостью специальных знаний был привлечён специалист, который на основании предоставленных ему экспертных заключений пришёл к выводу о необоснованности заключения эксперта в части определения тяжести причинённого вреда здоровью. В ходе судебного следствия были допрошены как эксперт, так и специалист, которые обосновали выводы произведённых ими исследований. Суд пришёл к выводу о необоснованности заключения эксперта в части определения тяжести причинённого вреда здоровью, признав в приговоре, что причинёнными повреждениями не был причинён лёгкий вред здоровью, что исключало признак применения насилия, опасного для жизни или здоровья и повлекло переквалификацию действий подсудимого на часть 1 статьи 318 УК РФ.

 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»).

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Проблема участия адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании является главной составной частью более общей проблемы защиты в уголовном процессе, а последняя производна от проблемы состязательности сторон в уголовном судопроизводстве, которая наиболее трудно решаема применительно к стадии предварительного расследования. Если в стадии судебного разбирательства этот принцип теперь действительно господствует, то в нашем предварительном расследовании он по-прежнему имеет ограниченное действие, что обусловлено во многом и объективными факторами, так как сама идея полной состязательности в досудебном производстве практически нереализуема.

 Законодательная попытка усиления начал, состязательности на предварительном следствии путём предоставления адвокату-защитнику права более активно участвовать в доказывании по уголовному делу не полностью оправдала ожиданий сторонников такого решения. Содержащаяся. в части третьей статьи 86 УПК констатация права защитника собирать доказательства путём получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов по сути дела не привнесла ничего нового из-за отсутствия основанного на правоотношениях; механизма реализации этого права. Более того, эта попытка в принципе не могла быть плодотворной, потому что сама идея предоставления защитнику реальной возможности состязаться со стороной обвинения в собирании доказательств в досудебном производстве теоретически несостоятельна онане соответствует исторически сложившемуся смыслу и назначению защитника в уголовном процессе и его реальным возможностям, которые просто несопоставимы с возможностями: правоохранительных органов государства.

Как это неоднократно подчеркивается в тексте диссертации, путь к решению данной проблемы заключается в том, чтобы установить надёжный механизм такого взаимодействия со следствием, который бы позволял защитнику реализовать любое своё намерение получить доказательства «руками» органа дознания или предварительного следствия путём производства следственных действий. Главным звеном такого механизма призван стать судебный контроль за отношениями сторон в стадии предварительного расследования - исторически испытанное средство обеспечения их равенства и принципа состязательности.

 В УПК должно быть закреплено более общее правило о том, что все действия и решения, дознавателя, следователя, прокурора, стесняющие права защитника на предварительном следствии, в том числе ив первую очередь необоснованный отказ в удовлетворении ходатайств защитника о приобщении к делу представленных действий по собиранию доказательств могут быть обжалованы в судебном порядке и разрешаться судебной властью в судебных процедурах.

Собственная, же деятельность адвоката-защитника, направленная ; на обнаружение и; получение сведений. о фактах, подлежащих доказыванию по уголовному делу, а также предметов и документов, содержащих такие сведения, может быть только; внепроцессуальной; В этом отношении защитник практически равноправен и располагает равными возможностями со всеми другими участниками уголовного судопроизводства — частными лицами.

Функция защиты в уголовном досудебном производстве представляет собой уголовно-процессуальную деятельность, ответную, прямо противоположную уголовному преследованию.

 Действующий УПК существенным образом изменил структуру, деятельности участников уголовного судопроизводства по осуществлению обеих противоположных функций — уголовного преследования и защиты ив двух случаях принципиально иначе: определил момент начала такого осуществления, совместив в некоторых случаях: а) возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица и начало уголовного преследования при отсутствии обвинительных доказательств; б) применение мер процессуального принуждения и производство иных процессуальных действий в отношении лица, которое даже не является подозреваемым в процессуальном смысле данного понятия, и начало осуществления функции защиты.

Адвокатское доказывание не подчинено цели установления объективной истины по уголовному делу (для стороны защиты достаточно обосновать тезис «мы доказали, что обвинение не доказано»), а, во-вторых, протекает в следующих специфических формах:

- внепроцессуальное собирание и представление доказательств в виде предметов и документов, а также опроса лиц;

- заявление ходатайств о производстве следственных
действий для установления обстоятельств, имеющих значение для дела;

- личное непосредственное участие адвоката-защитника в производстве дополнительных следственных действий в целях собирания оправдательных доказательств и приобщения их к материалам уголовного дела, а также обжалование решений органа расследования и прокурора? об отказе в удовлетворении таких ходатайств;

- привлечение специалистов к участию в уголовно-процессуальном доказывании.

Проблемы эффективности осуществления функции защиты на предварительном следствии и адвокатского доказывания не автономны, они всецело зависят от общих проблем организации следственной деятельности и роли состязательных начал в ней. Несмотря на расширение прав стороны защиты в уголовном судопроизводстве, следует сказать, что строительство состязательного уголовного процесса в досудебном производстве не нашло своего окончательного завершения обновленное уголовно-процессуальное законодательство провозгласив принцип разделения функций уголовного преследования, защиты и разрешения уголовного дела, полностью реализовать его в стадии досудебного производства полностью не смогло. Осуществляющие досудебное производство по уголовным делам органы расследования остаются по прежнему ведомственны, сращены с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Время заявления ходатайства о производстве следственных действий по собиранию доказательств и жалобы по поводу отказа в их удовлетворении как форма участия защитника в уголовно-процессуальном доказывании зависит от избранной тактики защиты. Согласно общему правилу данные ходатайства наиболее эффективны в применении на заключительном этапе; следственного производства, после ознакомления стороны защиты со всеми материалами дела, когда адвокат-защитник получает полное представление о доказательственном фундаменте обвинения, о его сильных и слабых сторонах. Именно на этом этапе следователь *,* как орган уголовного преследования (сторона обвинения) впервые становится в позицию обороняющегосяот законных ходатайств и жалоб стороны защиты, обнаружившей все изъяны в здании обвинения, что сопряжено со множеством остроконфликтных ситуаций, особенно в тех случаях, когда в них вплетается проблема срока содержания под стражей. Именно на этом этапе судебный контроль за предварительным расследованием приобретает особенно важное значение. Законодатель, спустя год после введения в действие УПК 2001г., путём внесения изменений и дополнений в него (Федеральный закон от 4 июля 2003г.) уже поставил под судебный контроль, коллизии, возникающие на этом ответственном этапе по поводу темпов ознакомления стороны защиты с материалами оконченного следственного производства. На этом пути следовало бы сделать ещё один: шаг, предоставив стороне защиты право судебного обжалования решения органа расследования об отказе в удовлетворении её ходатайств о производстве дополнительных следственных действий.

**СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ**

**Нормативные акты**

Конституция Российской Федерации Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации Уголовно-процессуальный кодекс Российской Советской Федеративной

Социалистической Республики Уголовный кодекс Российской Федерации Федеральный закон от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и

адвокатуре в Российской Федерации». СЗ РФ.2003.№23.Ст.2Ю2 Федеральный закон от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной

деятельности в Российской Федерации». СЗ

РФ.2001.№23.Ст.2229 Федеральный закон от 12 августа 1995г. «Об оперативно-розыскной-

деятельности». СЗ РФ. №33.1995.Ст.3349; 1997.№29.Ст.3502;

1998.№30.Ст.3613; 1999.№2.Ст.233; 2000\_№1.Ст.8;

2001.№13.Ст.1140; 2003.32.Ст.167; №27.(ч.1) Ст.2700 Закон Российской Федерации от 11 марта 1992 г. «О частной детективной и

охранной деятельности в Российской Федерации». Ведомости

Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного

Совета Российской Федерации. 1992.№17.Ст.888; СЗ

РФ.2002.№12.Ст.Ю93; 2003.№2.Ст.167

Бюллетень Верховного Суда РФ. №4.1995

Бюллетень Верховного Суда РФ. №5.1998

Бюллетень Верховного Суда РФ.'№5.1999

Бюллетень Верховного Суда РФ. №10. 1999

Бюллетень Верховного Суда РФ. №2.2000

Бюллетень Верховного Суда РФ. №9.2000;

Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1966

Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1983

Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1991

Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1992

Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного

Совета Российской Федерации. №17. 1992 Ведомости Верховного Совета СССР. №31. М.', 1961 Ведомости Верховного Совета СССР. №6. 1972 Европейская Конвенция **о** защите прав и основных свобод. 1950 Определение Конституционного Суда РФ. Российская газета. 27 мая 2003 г. Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924 — 1977 г.г., М.,1981

**Учебники, монографии и научные статьи**

1. Адаменко В.Д. Субъекты защиты обвиняемого. Красноярск. 1991
2. Алексеев Н.С., Лукашевич В.З. Ленинские идеи в советском судопроизводстве. ЛГУ, 1970
3. Алексеев С.С. Общая теория права, М.: Юрид. лит., 1981.
4. Акатьева Г.А. Некоторые вопросы, возникающие при участии напредварительном следствии. Следователь. №6. 1997.
5. Анашкин Г.З. Права и проблемы. Литературная газета. №41.1969.
6. Баев М.О., Баев О.Я. Защита от обвинения в уголовном процессе. Тактика профессиональной защиты по уголовным делам. Право обвиняемого на защиту. Воронеж. 1995
7. Барщевский М. Адвокатская этика. М., 1999.
8. Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс. Общая часть и досудебные стадии. М., 1998
9. Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России. М., 2003
10. Безлепкин Б.Т. Судебная система, правоохранительные органы и адвокатура России, учебник. М., 2001;
11. Безлепкин Б.Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания// Советское государство и право. №8. 1991.
12. Бойцова Л.В. Ответственность государства за ущерб, причинённый гражданам в сфере правосудия: генезис, сущность, тенденции развития. Дисс.докт. юрид. наук. М., 1994.
13. Бойков А.Д., Карнеева Л. Об участии защитника на предварительном следствии// Советская юстиция. №19.1970
14. Бойков А.Д. Что мешало защите?// Литературная газета. №6. 1970
15. Большая советская энциклопедия. Издательство «Советская энциклопедия». М.,1978 .
16. Большой энциклопедический словарь. Издательство «Советская энциклопедия».М, 1980.
17. Буробин В.Н. Адвокатская деятельность. Учебно-практическое пособие. М.,2003.
18. Варфоломееева Т.В. Криминалистика и профессиональная деятельность. Киев.198
19. Васильев Л.М. Проблемы истины в современном российском уголовномпроцессе. Краснодар. 1998.
20. Ведерников А.Н. Актуальные вопросы участия защитника на стадии предварительного расследования. Дисс. канд. юрид. наук.. М.,1990.
21. Вицин СЕ. «Концепция 1991 года положила начало формированию правового государства в России».
22. Возможности зашиты в рамках нового УПК России. Материалы научно-практической конференции адвокатов. М., 2003.
23. Героев А.Д. Укрепление позиции защиты в УПК. Адвокатские вести. №12.2002.
24. Горя Н. Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе//Советская юстиция. №7. 1990
25. Громов Н.А..Уголовный процесс России. Учебное пособие. М., 1998
26. Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскнойдеятельности. М.,1996.
27. Земскова А.В. Правовые проблемы использования результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовно-процессуальном доказывании. Волгоград. 2000.
28. Зинатуллин З.З., Хайрутдинова Ф.Г. Профессиональная тайна адвоката как гарантия прав совершившего преступление лица .
29. Леви А. Об участии защитника в предварительном следствии. 1987.
30. Информационный бюллетень межпарламентской Ассамблеи Государств —участников СНГ. Минск. 1996.
31. Ижнина Л .П. Участие адвоката-защитника на предварительном следствии. Дисс.канд. юрид. наук. М.,1985.
32. Петрухин ИЛ. Судебная власть. М. 2003.
33. Петрухин ИЛ. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России.,М., 2004
34. Проект УПК РФ. Общая часть// Российская юстиция. №9. 1994.
35. Проблемы российской адвокатуры. Президиум МГКА. М., 1997.
36. Рахунов Р.Д. Участники уголовно — процессуальной деятельности. М.Т,1961 Рассказывают адвокаты. Президиум МГКА; М:, 2000
37. Резник Ю.В. Теоретические основы и практика деятельности адвоката на предварительном следствии. Дисс. канд. юрид. наук, Краснодар.1998.
38. Савицкий В.М. Очерк теории прокурорского надзора. М;, 1975.
39. Смирнов А.В. Эволюция исторической формы советского уголовного процесса -и предварительное расследование// Советское государство и право. №12. 1990.
40. Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. М., 1982.
41. Стецовский Ю.И. Советская адвокатура. Учебное пособие для вузов.-М:, 1989
42. Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. М.,1984.
43. Строгович М.С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности. М., 1939.
44. Строгович М.С. Уголовный процесс, М., 1946.
45. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968.
46. Судебные речи известных русских юристов. М;, 1957.
47. Тащилина С.МЛ Участие адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании по делам, подсудным суду присяжных. Пятигорск.2001.
48. Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.
49. Торянников А.Г. Адвокат в уголовном процессе. М:, 1987 Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР.
50. Теоретическая модель. М., ИГ и ПАН СССР. 1990.
51. Фойницкий ИЛ. Курс уголовного судопроизводства. СПБ. 1896 .
52. Характер, причины и способы устранения ошибок в стадии предварительногоследствия, колл. авт., М., 1990 .
53. Чельцов М.А. О недопустимости применения буржуазных конструкций в советскую уголовно — процессуальную теорию. М:, 1958 .
54. Шахкелдов Ф.Г. Участие защитника в уголовно-процессуальном доказывании
55. на предварительном следствии. М., 2001.
56. Шейфер С.А. Проблемы правовой регламентации доказывания в уголовно-процессуальном законодательстве РФ. 1995.
57. Шейфер С.А. Доказательственные аспекты Закона «Об оперативно-розыскной
58. деятельности». Государство и право. №1.1994.
59. Щегловитов И. Разногласия научной литературы о реформе предварительного
60. следствия. Право. 1902.
61. Элькинд П.С. Сущность советского уголовно — процессуального права. Л., ЛГУ.1963 Ясельская В.В. Деятельность адвоката-защитника по собиранию доказательств на стадии предварительного расследования Дисс. к.ю.н.. Томск.1999.