СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ 3

ГЛАВА 1. УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА ПРИ ПРЕДЪЯВЛЕНИИ ОБВИНЕНИЯ 5

1.1. Предъявление обвинения 5

1.2. Допрос обвиняемого 18

ГЛАВА 2. УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА В СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЯХ 25

2.1. Следственный эксперимент 25

2.2. Предъявление для опознания 31

2.3. Обыск 38

2.4. Производство судебной экспертизы 50

ЗАКЛЮЧЕНИЕ 77

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ 79

# ВВЕДЕНИЕ

Умение дать грамотную юридическую консультацию или отстоять интересы подзащитного в суде – это целая наука, по – настоящему доступная лишь специалисту. Сложность и особенности гражданского и уголовного процесса, постоянные изменения и дополнения норм права послужили причиной специализации профессиональных адвокатов, в большинстве своем, по определенным группам и даже категориям дел: кто – то – гражданские (хотя специализация – явление чисто условное и при необходимости большинство опытных адвокатов могут провести дело любой сложности, независимо от его отрасли), кто – то – арбитражные. Этим адвокаты добиваются наиболее благоприятного результата для своего клиента.

Не будет лишним заметить, что в последние годы законодательная база значительно изменилась – было заменено практически все действовавшее многие десятки лет процессуальное законодательство – но и, с точки зрения адвокатов, усложнилась введением новых институтов.

Статья 48 Конституции РФ определяет, что каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. Обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту закреплено как один из принципов уголовного судопроизводства в ст.16 УПК РФ. Таким образом, уголовно – процессуальный закон гарантирует право на защиту, установленное ст. 48 Конституции РФ, причем в отличие от ее положений, УПК предусматривает практическую реализацию этого права, возлагая на дознавателя, следователя, прокурора и суд обязанность обеспечить подозреваемому обвиняемому возможность защищаться установленными в законе средствами и способами (ч.2 ст.16 УПК РФ). Соответственно, подозреваемый или обвиняемый может защищаться самостоятельно, и в связи с этим одним из положений, характеризующих правовой статус указанных лиц, является знание сущности подозрения или обвинения (ст.46, 47 УПК РФ), кроме того, подозреваемый или обвиняемый может прибегнуть к помощи адвоката (защитника) и реализовать право на защиту совместно с ним.

В ходе судебной реформы правовое положение подозреваемых и обвиняемых, процессуальные возможности защиты их интересов были значительно расширены, однако в литературе высказано мнение, что в российском уголовном судопроизводстве позиции обвинения гораздо сильнее, нежели защиты, поэтому ему присущ обвинительный уклон, особенно в стадии предварительного расследования.[[1]](#footnote-1) Разделяя данное мнение, следует сказать, что новый УПК РФ в определенной мере препятствует обвинительному уклону, усиливая позиции защиты с точки зрения состязательности уголовного процесса.

Вопрос об обеспечении права на защиту относится к числу исключительно важных для судопроизводства в силу того, что гуманное правосудие не может иметь обвинительный уклон, и поэтому одна из задач судебно – правовой реформы состоит в разработке реальных гарантий реализации права на защиту для каждого подозреваемого или обвиняемого.

Поэтому я взял эту тему в силу ее актуальности на сегодняшнее время. Вопрос о возможностях защиты подозреваемого или обвиняемого на стадии предварительного следствия стоит особо остро и это я попытался наглядно показать в своей работе.

# ГЛАВА 1. УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА ПРИ ПРЕДЪЯВЛЕНИИ ОБВИНЕНИЯ

## 1.1. Предъявление обвинения

После того как будет возбуждено уголовное дело и определен статус (подозреваемый, обвиняемый) лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, включается механизм реализации прав участников уголовного судопроизводства со стороны защиты, которые предусмотрены главой 7 УПК РФ так, например, с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого и приобретения, таким образом, этим лицом статуса обвиняемого, последний получает возможность лично либо с помощью адвоката осуществлять предоставленный ему ст. 47 УПК РФ широкий спектр прав, которые в своей совокупности являются проявлением конституционного права лица на защиту от предъявленного обвинения.

Так, согласно п.1 ч.4 ст.47 УПК РФ обвиняемый вправе знать, в чем он обвиняется. Данное право привлекаемому к уголовной ответственности лицу предоставлено законом для того, чтобы это лицо знало объем, содержание и характер предъявляемого обвинения и могло эффективно осуществлять защиту от него. С этой целью законом определен порядок привлечения лица в качестве обвиняемого и порядок предъявления ему обвинения.[[2]](#footnote-2)

Многие адвокаты и следователи относятся к данному следственному действию как к формальной процедуре определения процессуального положения привлекаемого к уголовной ответственности лица, а к самому постановлению о привлечении лица в качестве обвиняемого как к некоему техническому документу данной стадии уголовного судопроизводства. При этом следователи, как правило, содержание самого постановления сводят лишь к формальному изложению в нем обстоятельств совершенного деяния. Указанная позиция является совершенно неприемлемой, поскольку данное следственное действие имеет очень важное значение не только для стороны защиты, которая будет выстраивать свою позицию применительно к объему предъявленного обвинения, содержание которого как раз и должно быть определено в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого, но и для стороны обвинения, поскольку следователь именно перед предъявлением обвинения обязан выполнить требование ч.1 ст.88 УПК РФ и оценить каждое собранное доказательство см точки зрения его относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в своей совокупности – достаточности для привлечения лица в качестве обвиняемого и наделение последнего статусом обвиняемого в совершении общественно опасного деяния.[[3]](#footnote-3)

Содержание же самого постановления о привлечении в качестве обвиняемого и его предъявление лицу, в отношении которого осуществляется уголовное преследование должно будет ориентировать не только дальнейшее направление всего хода предварительного следствия, но затем и стать основой содержания такого итогового документа, как обвинительное заключение, которое, в свою очередь, уже на стадии судебного производства, должно будет определять пределы судебного разбирательства, а следовательно, и правовой спор сторон в судебном процессе об уголовной ответственности лица, привлеченного ранее, на стадии предварительного следствия, в качестве обвиняемого. Поэтому привлечение лица в качестве обвиняемого нельзя рассматривать как некое одномоментное следственное действие, которое сводится всего лишь к предъявлению следователем постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, в котором сформулировано обвинение, с разъяснением прав обвиняемого. Именно с проведением данного следственного действия следует связывать основное осуществление уголовно – процессуальных правоотношений между стороной обвинения, представляющей государственную власть, в данном случае в лице следователя, и стороной защиты в лице обвиняемого в совершении преступления и его защитника.

Однако следует отметить то обстоятельство, что само предъявление лицу обвинения не означает признание его виновным в совершении того или иного общественно – опасного деяния, поскольку у стороны обвинения нет таких полномочий.

Встречаются факты, когда органы следствия, решая вопрос по существу предъявленного обвинения, не учитывают данные о личности обвиняемого, которые дают возможность сделать окончательный вывод о наличии или отсутствии в его действиях признаков преступления. В том случае, если и сторона защиты по данному вопросу проявит близорукость, то обвиняемый может быть подвергнут незаконному осуждению.

Такая ошибка была допущена Челябинским областным судом в отношении Ивана, осужденного по п. «Б» ч.2 ст.159 и п.п. «Д», «Ж» ч.2 ст.105 УК РФ.

Отменяя приговор суда в части осуждения Ивана по п. «Б» ч.2 ст.159 УК РФ и прекращая дело по основаниям п.2 ч.1 ст.24 УПК РФ (отсутствие состава преступления), судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала, что Иван ко времени совершения преступления не достиг 16 – летнего возраста, тогда как в соответствии со ст.20 УК РФ уголовной ответственности подлежат лица, достигшие ко времени совершения преступления 16 – летнего возраста. Частью 2 указанной статьи предусмотрена уголовная ответственность за ряд преступлений, в перечень которых преступление, предусмотренное ст.159 УК РФ, не входит.

После того как будет пройдена формальная часть ознакомления с постановлением о привлечении в качестве обвиняемого, сторона защиты должна будет сосредоточить свое внимание на самом содержании этого постановления.

Так, на основании п.4 ч.2 ст.171 УПК РФ в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого, следователь обязан описать на только преступление с указанием времени и места его совершения, но и иные обстоятельства, подлежащие доказыванию в соответствии со п.п.1-4 ч.1 ст.73 УПК РФ, к которым закон относит событие преступления (время, место, способ его совершения); виновности лица в совершении преступления, форма его вины и мотив; характер и размер вреда, причиненного преступлением, иными словами, следователь обязан конкретный состав преступления, предусмотренный определенной статьей УК РФ, описать и применить к обстоятельствам совершенных лицом действий. Поэтому описание состава преступления в структуре предмета доказывания по уголовному делу должно определять ключевой момент описательной части полстановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. Кроме этого, в постановлении должны быть указаны обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого.[[4]](#footnote-4)

Таким образом, если следователь, принимая во внимание всю совокупность собранных до предъявления обвинения доказательств, определяет их достаточность и предъявляет лицу обвинение, то все указанные в постановлении фактические обстоятельства совершенного деяния, входящие в предмет доказывания по уголовному делу и отраженные в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого, на момент предъявления обвинения должны быть подкреплены конкретными доказательствами, круг которых определен ч.2 с.74 УПК РФ, и находится в материалах дела в виде надлежащим образом оформленных протоколов, при этом датированных сроками до проведения следователем такого следственного действия, как предъявление обвинения.[[5]](#footnote-5)

Если впоследствии выяснится, что реальные доказательства отсутствовали на момент предъявления обвинения и не были надлежащим образом закреплены в материалах дела протоколами следственных действий, а были установлены и зафиксированы после предъявления обвинения, о чем будут говорить даты составления протоколов следственных действий, то постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого, не подкрепленное на момент его предъявления конкретными доказательствами, подлежит признанию в суде незаконным и необоснованным, т.е. как предъявленное с нарушением ч.1 ст.171 УПК РФ, поскольку было вынесено преждевременно, в отсутствие достаточных доказательств наличия признаков состава преступления в действиях лица, привлекаемого к уголовной ответственности.

Но прежде чем определить достаточность доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении преступления, следователь, в первую очередь, среди обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, должен установить обстоятельства, относящиеся к событию преступления. Если событие преступления не установлено, то обвинение предъявлено быть не может.[[6]](#footnote-6)

Ивану и Степану было предъявлено обвинение в том, что они, являясь наркоманами и зная друг друга по совместному отбыванию наказания в местах заключения, с целью хищения морфия ночью 11 января, с применением технических средств, взломали решетку окна аптеки №5 г. Красноярска, после чего Иван проник внутрь аптеки, а Степан остался снаружи. Однако не найдя морфия, Иван вышел из аптеки и вместе со Степаном был задержан сотрудником милиции Васильевым и сторожем фабрики школьных принадлежностей Морозовым.

Суд не согласился с предъявленным Ивану и Степану обвинением и оправдал последних за неустановлением органами следствия события преступления, указав следующее.

Иван и Степан как в процессе предварительного следствия, так и в судебном заседании в предъявленном обвинении виновными себя не признали и показали, что 11 января около 23 часов они действительно встретились у аптеки, где были задержаны работником милиции Васильевым. Иван показал также, что Васильев знал его, как ранее судимого, и дал в отношении него неправдивые показания. Указанные доводы обвиняемых органами следствия опровергнуты не были.

Все обвинение в отношении Ивана и Степана основано на показаниях сотрудника милиции Васильева, которые не находят своего подтверждения в материалах дела, не подкреплены другими доказательствами и к тому же сами по себе являются противоречивыми.

На первом допросе во время следствия Васильев показал, что 11 января в 24 часа он заметил двух молодых людей, в одном из которых узнал Ивана, ранее судимого. Эти молодые люди вошли во двор аптеки, сняли с окна решетку, разбили стекло, и один из них проник в аптеку, после чего он позвал сторожа фабрики и вместе с ним задержал их. На очной ставки с обвиняемым Иваном Васильев утверждал, что он услышал скрип и видел, как Иван через окно проник внутрь аптеки.

В судебном же заседании Васильев заявил, что он, заметив, как один из осужденных проник внутрь аптеки, сам, без чьей либо помощи задержал Ивана и Степана, применяя оружие.

Между тем в протоколе осмотра места происшествия, вопреки утверждениям Васильева о том, что стекло аптеки было разбито и решетка снята, указано, что окно аптеки было открыто и одна спица решетки согнута. Из этого же протокола усматривается, что все товары в аптеке находились на своих местах, а на столе были обнаружены следы чьих – то ног. Кем были оставлены эти следы, по делу не установлено.

Кроме этого, органами следствия не обсуждался вопрос о том, могли ли обвиняемые проникнуть в аптеку при условии, что решетка оставалась на месте и была согнута лишь одна спица. Следственный эксперимент для проверки данного обстоятельства не проводился.

Допрошенный по делу свидетель Морозов показал, что когда они с работником милиции вошли во двор аптеки, то Иван и Степан шли в сторону двора, при этом он не видел, что решетка от окна аптеки была снятой.

Заведующий аптекой заявил, что в аптеке находилось много ценных товаров, которые остались нетронутыми.

При таких обстоятельствах предъявленное Ивану и Степану обвинение нельзя признать обоснованным и дело в отношении них подлежит прекращению за неустановлением события преступления.

Установление события преступления означает, что имело место деяние, причинившее вред охраняемым уголовным законом отношениям. Деяние – это всегда конкретное общественно опасное действие (бездействие) определенного лица. Поэтому в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого должно быть указано, какие конкретно действия (бездействия) совершил обвиняемый и что именно от действий (бездействий) последнего наступили преступные последствия. Из чего следует, что предъявленное обвинение в совершении преступления не может быть признано обоснованным, если органами следствия не было установлено, что преступные последствия наступили именно в результате действий (бездействий) обвиняемого.[[7]](#footnote-7)

Установление места совершения преступления является обстоятельством, подлежащим доказыванию по уголовному делу. Невыполнение этого положения закона влечет нарушение права обвиняемого на защиту.

Так, судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ отменила приговор Смоленского областного суда в отношении Ивана, осужденного по п. «А» ст.131 УК РФ, по причине того, что суд первой инстанции признал местом совершения преступления чердак дома, в то время как в обвинительном заключении местом совершения преступления значился другой дом по этому же переулку. Судебная коллегия в своем определении указала на то обстоятельство, что суд не привел мотивов произвольного указания места совершения преступления, чем нарушил право обвиняемого на защиту.

Определение места совершения преступления имеет особое значение и в связи с решением вопросов о действии уголовного закона в пространстве, квалификации содеянного в тех случаях, когда место совершения преступления выступает в качестве обязательного признака состава преступления, что, в свою очередь, влияет на законность и обоснованность предъявленного обвинения.

Правильное установление места совершения преступления определяет также и территориальную подследственность между органами предварительного следствия. Нарушение территориальной подследственности является основанием признать предъявленное обвинение незаконным.

Но не только нарушение территориально подследственности является основанием признания предъявленного обвинения незаконным, но и нарушение родовой (предметной) подследственности, по которой распределяются дела между следователями различных органов в зависимости от категорий преступлений по УК РФ, также является основанием признать предъявленное обвинение незаконным. Например, производство по уголовному делу было проведено следователем органа дознания вместо следователя органа предварительного следствия. В этом случае сторона защиты, но уже при судебном разбирательстве уголовного дела, должна будет поставить вопрос о признании предъявленного обвинения незаконным и исключении всех протоколов следственных действий, представленных стороной обвинения в подтверждение предъявленного обвинения, как недопустимых доказательств по делу, обосновывая такое заявленное ходатайство тем, что производство по делу производилось ненадлежащим субъектом уголовного судопроизводства.[[8]](#footnote-8)

На практике также встречаются случаи, когда определить точное место совершения преступления не представляется возможным. В таких случаях сторона защиты должна знать о том, что уголовное дело может быть возбуждено по месту обнаружения преступления или по месту наступления вредных последствий от его совершения. Оспаривать предъявленное обвинение не по месту совершения преступления в таких случаях будет неправомерно.[[9]](#footnote-9)

Другим обстоятельством, подлежащим доказыванию по уголовному делу является время совершения преступления. Невыполнение предписаний ст.73 УПК РФ в этой части ставит под сомнение предъявленное обвинение и в безусловном порядке влечет нарушение права обвиняемого на защиту.

Место, время, способ и другие обстоятельства, имеющие отношение к предъявленному обвинению, имеют важное значение для понимания сущности и роли объективной стороны того преступления, в совершении которого обвиняется конкретное лицо, поэтому отражение в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого этих обстоятельств очень важно для стороны защиты, поскольку позволит сосредоточить свои усилия в установлении того, мог ли обвиняемый совершить то преступление, в котором его обвиняют и действительно ли обвиняемый находился в то время и в том месте, когда было совершено преступление.

По многим уголовным делам установление мотива преступления является необходимым условием правильной квалификации содеянного. Однако данные требования закона органами следствия зачастую просто игнорируются. К сожалению, в некоторых случаях необоснованно предъявленное обвинение находит свое подтверждение и в приговоре суда. Такая судебная практика только подкрепляет уверенность у многих следователей в халатном отношении к своим прямым обязанностям и должна искореняться только судебными решениями о признании предъявленного обвинения незаконным и необоснованным.[[10]](#footnote-10)

Обязательному доказыванию при производстве по уголовному делу подлежит характер и размер вреда, причиненного преступлением. Уголовное право признает вред одним из основных признаков общественной опасности совершенного деяния, поскольку характер и степень последней во многом определяется именно причиненным вредом. Вред, как уголовно – правовая категория, является разновидностью преступных последствий содеянного и классифицируется от содержания того или иного охраняемого уголовным законом объекта. В связи с чем в теории уголовного права принято выделять несколько видов вреда, а именно имущественный, физический, политический, экономический, хозяйственный, организационный и пр. Так, например, установление характера и размера имущественного или физического вреда в материальных составах преступлений напрямую связано с вопросами уголовно – правовой квалификации. Поэтому в составах преступлений, в который требуется четкое измерение вреда, квалификация содеянного дифференцируется относительно величины причиненного вреда, образуя простой либо квалифицированный, либо особо квалифицированный, либо привилегированный состав преступления. И в том случае, если органы следствия не смогли установить или доказать характер и размер вредоносных последствий от совершенного деяния, то данное обстоятельство будет являться основанием признать предъявленное обвинение в совершении преступления незаконным и необоснованным.

Непременным условием законности и обоснованности постановления о привлечении в качестве обвиняемого является наличие причинной связи между действием (бездействием) обвиняемого и наступившими вредными последствиями. Речь в данном случае идет о том, что органы следствия перед предъявлением обвинения должны с полной достоверностью установить наличие причинной связи между действием (бездействием) лица и вредными последствиями, а не исходить при привлечении лица к уголовной ответственности из каких – либо догадок и предположений. А для того, чтобы установить наличие причинной связи, органы следствия должны подтвердить доказательствами тот факт, что действие (бездействие) лица было необходимым условием и причиной наступления вредных последствий.[[11]](#footnote-11)

При определении причинной связи всегда следует помнить о том, что любая причина включает в себя необходимое условие наступления результата, но не всякое необходимое условие является причиной последствий, поскольку причина может породить последствие, а условие таким свойством обладать не может, так как само условие может способствовать лишь появлению причины, которая должна быть исследована относительно конкретных условий места и времени ее действия.[[12]](#footnote-12)

Установление причинной связи является объективным основанием привлечения лица в качестве обвиняемого. Кроме этого, наличие одной причинной связи между действием (бездействием) или вредными последствиями не является достаточным основанием для предъявления обвинения, поскольку в предмет доказывания по уголовному делу, кроме установления конкретных преступных действий (бездействий), вредных последствий и причинной связи между ними необходимо установить и субъективную сторону состава преступления, т.е. субъективное основание предъявления обвинения – вину. Поэтому в некоторых случаях предъявление обвинения лицу исключается не из – за отсутствия причинной связи, хотя и были этим лицом созданы условия для наступления преступного результата, а за отсутствием вины.[[13]](#footnote-13)

Органами прокуратуры Ивану было предъявлено обвинение в убийстве Степана. В постановлении о привлечении в качестве обвиняемого указывалось, что, находясь на платформе железнодорожной станции, Иван, будучи в нетрезвом состоянии, подошел к незнакомому ему ранее Степану и из хулиганских побуждений стал трясти его за лацканы пиджака. Потерпевший через пять минут после таких действий Ивана неожиданно упал на платформу, забился в конвульсиях, изо рта у него пошла кровавая пена и он скончался.

Однако судебно – медицинская экспертиза установила, что потерпевший страдал редким заболеванием сосудов головного мозга, впоследствии чего действия Ивана оказались для него смертельными.

Суд оправдал Ивана в предъявленном обвинении за отсутствием в его действиях состава преступления, а именно вины, указав в приговоре, что Иван не знал и не мог знать о наличии у потерпевшего такого заболевания.

Суд установил, что налицо случайное причинение смерти.

Особую сложность на практике вызывают дела, когда требуется установить наличие причинной связи при бездействии, т.е. в том случае, когда лицо должно было и могло совершить в данных конкретных условиях определенные действия, но не сделало этого. Иными словами, когда лицо не выполнило возложенные на него обязанности, в результате чего был причинен вред охраняемым уголовным законом объектам. По делам данной категории, в первую очередь, следует установить, должно и могло ли лицо действовать, чтобы воспрепятствовать наступлению вредных последствий. При отсутствии причинной связи между бездействием лица и наступившими вредными последствиями эти последствия не могут быть вменены ему в вину.

Из положения п.4 ч.1 ст.171 и п.3 ч.1 ст.73 УПК РФ следует, что обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого, также должны быть отражены в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого. Невыполнение органами следствия данных требований закона должно признаваться существенным нарушением, а само предъявленное обвинение – незаконным и необоснованным.

Закон не только требует выносить постановление о привлечении в качестве обвиняемого при наличии достаточных к тому оснований, которые бы позволяли стороне защиты оценить данное постановление с точки зрения наличия информации о том, кем именно, где, когда, каким образом и какое преступное деяние было совершено, но и обязывает следователя описывать в постановлении все обстоятельства, подлежащие доказыванию по делу в конкретном их выражении. Невыполнение следователем данных требований к содержанию постановления о привлечении в качестве обвиняемого должно расцениваться на стадии предварительного следствия как нарушение права на защиту. А при рассмотрении уголовного дела по существу уже на стадии судебного разбирательства по предъявленному обвинению с неконкретным содержанием судом должно быть отказано стороне обвинения в вынесении обвинительного приговора.[[14]](#footnote-14)

Содержание постановления о привлечении в качестве обвиняемого должно быть не только конкретно относительно обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, но и не противоречиво относительно этих обстоятельств. Внутренняя противоречивость содержания постановления о привлечении в качестве обвиняемого является основанием признать в судебном порядке такое постановление незаконным и необоснованным.

Представители стороны обвинения на данный счет могут возразить тем, что к моменту предъявления обвинения следователь в определенных случаях не может располагать полными данными обо всех обстоятельствах, подлежащих доказыванию, что, в свою очередь, не может исключать правильного вывода о совершенном обвиняемым преступлении. Однако подобная позиция таит в себе опасность привлечения в качестве обвиняемого невиновного либо непричастного к совершению преступления лица, поскольку решение следователя о привлечении лица в качестве обвиняемого не может базироваться на полном или частичном отсутствии доказательств либо носить предположительный характер и восполняться только убежденностью следователя в виновности и причастности лица к совершенному преступлению.

Поэтому, если законом установлен конкретный порядок предъявления обвинения, то его нарушение должно влечь признание в суде незаконным состоявшегося привлечения лица в качестве обвиняемого со всеми вытекающими отсюда последствиями, к которым могут быть отнесены – признание недопустимым доказательством всех протоколов следственных действий, производимых впоследствии с участием лица, незаконно привлеченного в качестве обвиняемого, избранная в отношении последнего мера пресечения и прочие неблагоприятные последствия для стороны обвинения.

Проверяя законность и обоснованность предъявленного обвинения, сторона защиты должна уделять пристальное внимание не только выполнению следователем требований закона о порядке предъявления обвинения, но и соответствие содержания постановления о привлечении в качестве обвиняемого требованиям ч.2 ст.171 и ч.1 ст.73 УПК РФ, причем относительно каждого эпизода предъявленного обвинения, если каждый отдельный эпизод в итоге самостоятельно квалифицируется следователем отдельной уголовно – правовой нормой. Отсутствие в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого данных о том, какие конкретные действия вменялись в вину обвиняемому, совершившему, например, несколько преступлений, должно влечь признание предъявленного обвинения незаконным и необоснованным.

В практике встречаются случаи, когда в содеянном вообще отсутствуют признаки общественно опасного деяния, но органы следствия все же умудряются предъявлять обвинение невиновному лицу по одной лишь причине, что это лицо последним видело потерпевшего, что свидетельствует о том, что к предъявлению обвинения органы следствия относятся формально, не придавая всей серьезности и значимости самому важному процессуальному документу предварительного следствия – постановлению о привлечении лица в качестве обвиняемого.

## 1.2. Допрос обвиняемого

Непосредственно перед допросом следователь должен выяснить у обвиняемого готовность к даче показаний по существу предъявленного обвинения. Если же обвиняемый потребует времени для подготовки к допросу, то следователь не вправе на основании ч.3 и п.9 ч.4 ст.47 УПК РФ отказать в этом. Данная норма закона должна быть разъяснена обвиняемому именно следователем, а не адвокатом, в чем ошибаются многие представители стороны обвинения, полагая, что сам обвиняемый или его адвокат должны заявлять ходатайства о предоставлении времени для обсуждения тех или иных вопросов перед первым допросом обвиняемого. Заявление и разрешение такого ходатайства должно следовать после разъяснения следователем всех прав обвиняемому, предусмотренных ч.4 ст.47 УПК РФ перед началом допроса последнего в данном статусе, с обязательным подтверждением данного факта подписью обвиняемого в протоколе допроса последнего, поскольку заявлять ходатайства является, на основании п.5 ч.4 ст.47 УПК РФ, правом обвиняемого, которое начинает реализовываться после того, как таковое будет разъяснено следователем. И если после разъяснения прав обвиняемого от последнего или его защитника было заявлено ходатайство о предоставлении времени для подготовки к допросу, то следователь обязан объявить перерыв, с указанием об этом в протоколе допроса обвиняемого, до решения стороны защиты о готовности дальнейшего участия в данном следственном действии. Нарушение следователем указанных прав обвиняемого влечет признание протоколов проведенных следственных действий незаконными.

Кроме разъяснения прав обвиняемого, следователь обязан ознакомить последнего и с положениями ст.14 УПК РФ, разъяснив при этом, что обвиняемый при допросе не обязан отвечать на вопрос о том, признает он свою виновность или нет, и что отказ отвечать на данный вопрос не может быть истолкован ему во вред. Далее следователь должен довести до сведения обвиняемого, что молчание последнего при первом его допросе будет истолковываться стороной обвинения как непризнание им своей виновности, а также разъяснить положения ч.4 ст.173 УПК РФ о том, что повторный допрос обвиняемого по тому же обвинению в случае его отказа от дачи показаний на первом допросе может проводиться только по просьбе самого обвиняемого.

Стороне защиты необходимо со всей ответственностью отнестись к данному следственному действию, поскольку изложение обстоятельств невиновности либо непричастности, либо причин содеянного имеет важное значение для определения правовой позиции стороны защиты, которая в дальнейшем обеспечит построение тактики защиты не только на следствии, но и в суде. Поэтому если обвиняемый и его адвокат перед допросом сомневаются в правильности выбранного пути по изложению в протоколе допроса обстоятельств произошедшего, то в этом случае необходимо отказаться от дачи показаний и воспользоваться ст.51 Конституции РФ. при этом закон не обязывает обвиняемого объяснять какие – либо мотивы отказа от дачи показаний, а следователь не вправе их домогаться. И только после того, как обвиняемый и его адвокат выработают окончательную позицию по делу, можно заявлять ходатайство о повторном допросе, отказать в котором, в силу ч.4 ст.173, следователь также не вправе.[[15]](#footnote-15)

Кроме этого, обвиняемый может в любое время ходатайствовать о проведении дополнительного допроса и следователь обязан удовлетворить желание последнего. Если же следователь игнорирует законные требования обвиняемого и уклоняется от проведения дополнительного допроса, не желая обременять себя лишней работой по опровержению дополнительных доводов невиновности либо непричастности обвиняемого к совершенному преступлению, то данное бездействие следователя можно также обжаловать в суд в порядке ст.125 УПК РФ, так как следователь, в данном случае, нарушит право лица на защиту от предъявленного обвинения, поскольку именно показания лица в качестве обвиняемого являются не только источником доказательства, но и средством защиты от предъявленного обвинения.

Именно в своих показаниях обвиняемый вправе изложить свою версию произошедшего, выдвинуть алиби, привести доводы своей непричастности либо невиновности в совершенном деянии, которые в обязательном порядке подлежат проверке со стороны следователя и должны быть опровергнуты собранными и представленными стороной обвинения доказательствами. Так, например, не опровергнутое следователем алиби обвиняемого будет являться весомой преградой на пути вынесения судом обвинительного приговора.

Свердловским областным судом Иван был признан виновным по ч.3 ст.131 УК РФ (изнасилование малолетней) и осужден.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда приговор отменила и дело направила на новое рассмотрение, указав следующее.

Анализ исследованных в суде доказательств показывает, что судебное разбирательство по делу проведено не полно и поверхностно, в результате многие важные обстоятельства, исследование которых могло оказать существенное влияние на обоснованность приговора, проверены не были.

Как видно из показаний, данных Иваном во время допроса в качестве обвиняемого и протокола судебного заседания, Иван категорически отрицал свою причастность к изнасилованию и заявлял, что в день совершения преступления против потерпевшей Зины 14 октября в поселке, где было совершено изнасилование, не был, а находился в пути, следуя по железной дороге в Московскую область. А с 16 октября выполнял художественные работы по договору в столовой г. Белово Московской области. Иван как на предварительном следствии, так и в судебном заседании заявлял о проверке указанного факта. Однако ни органы предварительного следствия, ни суд данный факт не проверил, ущемив тем самым право обвиняемого на защиту.

Если проанализировать данное дело, то можно сделать вывод о том, что если бы обвиняемый в совершении преступления не заявил о своем алиби в стадии предварительного следствия, а сделал бы это, например, во время судебного разбирательства, то такая позиция могла бы быть расценена вышестоящим судом как попытка уйти от ответственности. Последовательность же обвиняемого в изложении своей позиции по делу, напротив, только подкрепила уверенность суда в достоверности показаний подсудимого и заставила суд усомниться в предъявленном обвинении.

Поэтому здесь мне бы хотелось сразу обозначить свою позицию относительного того момента, стремиться или нет обвиняемому давать показания на стадии предварительного следствия либо дождаться выполнения требований ст.217 УПК РФ и уже с учетом изученных материалов уголовного дела подготовиться к даче показаний в суде. По данному вопросу следует заявить однозначно. Адвокат не должен быть сторонником игры в молчание со следователем. И на данное утверждение есть свои причины.

Первая заключается в том, что на стадии предварительного следствия в протоколе допроса обвиняемого есть возможность зафиксировать показания допрашиваемого лица в полном объеме. В суде же, в большинстве своем, показания допрашиваемых лиц записываются в лучшем случае через предложение, в худшем – секретарь ограничивается всего лишь несколькими предложениями, поскольку, согласно ч.6 ст.259 УПК РФ, составление протокола находится в исключительной компетенции секретаря и председательствующего в процессе судьи и таких жестких требований к ведению протокола судебного заседания, как это предусмотрено для ведения протокола на стадии досудебного производства, к сожалению, законом не отрегулировано и достоверность судебного протокола, согласно все той же норме, удостоверяется опять таки лишь только подписями председательствующего и секретаря судебного заседания.

Несмотря на то, что уголовно – процессуальный закон и содержит определенные требования к ведению протокола судебного заседания, несмотря на то, что с постоянной периодичностью, после обобщения судебной практики, Верховный Суд РФ в постановлениях Пленума обязывает суды общей юрисдикции неукоснительно соблюдать положения норм УПК РФ о протоколе судебного заседания, данная проблема остается актуальной и на сегодняшний день. Качество протокола оставляет желать лучшего. В некоторых случаях можно наблюдать явную фальсификацию протокола, когда требуется суду подкрепить обвинительный приговор.

Не случайно один из разработчиков УПК РФ 2001 г., депутат Государственной думы РФ Е. Б. Мизулина, в августе 2003 г. сделала заявление следующего характера: «При рассмотрении уголовного дела в суде в качестве бесспорного доказательства остается протокол судебного заседания. А протокол судебного заседания пишет секретарь, а потом переписывается им и зачастую переписывается под диктовку судьи. И в этом протоколе часто появляются записи, которые не совсем точно, скажем корректно, отображают то, что происходило в судебном заседании». Такое откровение из уст официального лица такого высокого ранга о судебном протоколе было сделано впервые. Но пока, это всего лишь слова которые ничего не меняют. И УПК оставляет адвоката один на один с судьей, который при рассмотрении поданных замечаний на протокол судебного заседания всегда примет решение в пользу уже состоявшегося судебного решения.

Составление и ведение протокола на досудебной стадии производства в целях обеспечения его полноты и достоверности регулируется более конкретными и жесткими положениями закона. Так, например, в ст.166 УПК РФ содержится положение о том, что после окончания следственного действия протокол сразу предъявляется для ознакомления всем лицам, участвовавшим в следственном действии. При этом указанным лицам разъясняется их право делать подлежащие внесению в протокол замечания о его дополнении и уточнении. Все внесенные замечания о дополнении и уточнении протокола должны быть оговорены и удостоверены подписями этих лиц. В окончательном своем оформлении протокол проведенного следственного действия подписывается следователем и лицами, участвовавшими в данном следственном действии.[[16]](#footnote-16)

В том случае, если следователь при оформлении протокола следственного действия искажает содержание последнего, например, при допросе лица в качестве обвиняемого записывает в протокол допроса не все, что говорит допрашиваемый и отказывается, по просьбе последнего, дополнять и уточнять протокол допроса, впоследствии такой протокол будет признан недопустимым доказательством по делу, поскольку ч.6 ст.190 УПК РФ императивно обязывает следователя удовлетворять ходатайство допрашиваемого о дополнении и об уточнении протокола, а ч.8 той же нормы содержит положение о том, что сам факт правильности записей в протоколе удостоверяет своей подписью само допрашиваемое лицо, при этом подписывая каждую станицу протокола.

Основное, что должна выработать сторона защиты в лице адвоката – защитника и привлекаемого к уголовной ответственности лица до допроса последнего в качестве обвиняемого – это правовая позиция по делу. Цель, которую ставит перед собой в данном случае сторона защиты – это не допустить погрешностей в последовательности показаний обвиняемого в изложении фактических обстоятельств случившегося, исключить возможность противоречивости его показаний.[[17]](#footnote-17)

Работа адвоката – защитника очень ответственная на данном этапе. Главное, не ошибиться в выборе избранной правовой позиции, что сродни установления врачом диагноза больному. Адвокату необходимо, в первую очередь, выяснить у своего клиента все обстоятельства произошедшего. При этом самому привлекаемому к уголовной ответственности лицу всегда следует помнить одно правило «Что утаил от адвоката, то обратил против себя».

# ГЛАВА 2. УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА В СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЯХ

## 2.1. Следственный эксперимент

Статья 181 УПК РФ предусматривает возможность для следователя, в целях проверки и уточнения данных, имеющих значение для уголовного дела, произвести следственный эксперимент путем воспроизведения действий, а также обстановки или иных обстоятельств определенного события. При этом проверяется возможность восприятия каких – либо фактов, совершения определенных действий, наступление какого – либо события, а также выявляются последовательность произошедшего события и механизм образования следов.

Из смысла указанной нормы следует, что следственный эксперимент может быть произведен только в целях проверки и уточнения уже имеющихся у следователя тех или иных данных, которые стали известны последнему из конкретных источников доказательств, находящихся в материалах уголовного дела. Из чего выходит, что следователь из конкретных источников доказательств должен располагать сведениями о том, какими конкретными действиями, в какой обстановке и при каких обстоятельствах было совершено преступление, а именно, следователь до проведения следственного эксперимента должен располагать сведениями о месте, времени, способе совершения преступления. То есть, следователь, исходя из нормы закона, путем проведения следственного эксперимента, должен проверить уже собранные по делу доказательства.[[18]](#footnote-18)

Однако такой подход к определению значимости следственного эксперимента, как одного из средства доказывания по уголовному делу, существенно занижает его роль в уголовном процессе, поскольку следственный эксперимент может быть с успехом применен не только для проверки и уточнения уже имеющихся доказательств, но и для проверки, например, иных версий по делу, а также для получения новых доказательств.

Следственный эксперимент – это самостоятельное следственное действие, а следовательно, и самостоятельный источник доказательств. Поэтому, если исходить из смысла ст.74 УПК РФ, которая под доказательством подразумевает любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, то получается, что установление таких обстоятельств является общей целью всех следственных действий, в том числе и следственного эксперимента. А если исходить еще и из того, что общее определение доказательства, содержащиеся в указанной ст.74 УПК, применимо в своей основе ко всем без исключения следственным действиям, то смысловая нагрузка на то определение, которое дано в норме закона относительно конкретного следственного действия, значительно больше последнего, поскольку помимо этого определение включает в себя и признаки общего понятия доказательства, содержащегося в ст.74 УПК. Поэтому не будет являться нарушением закона, если следственный эксперимент будет проведен не с целью проверки и уточнения уже собранных по делу доказательств, а с иной целью, которая будет служить установлению любого иного обстоятельства, имеющего значение для уголовного дела, в том числе и для опровержения возникших подозрений в отношении конкретного лица в совершении преступления или опровержения уже предъявленного обвинения.[[19]](#footnote-19)

На досудебной стадии уголовного судопроизводства сторона защиты может быть участником следственного эксперимента, если данное следственное действие производиться с участием подозреваемого или обвиняемого. Во всех остальных случаях сторона защиты лишь на стадии выполнения требований ст.217 УПК или уже на судебной стадии вправе проверить законность проведения и процессуального оформления органами следствия следственного эксперимента и обозначить свою позицию относительно допустимости протокола следственного эксперимента в качестве доказательства по делу.

Если сторона защиты поставила перед собой цель посредством проведения следственного эксперимента, который после его завершения и процессуального оформления будет являться доказательством по делу, проверить показания подозреваемого или обвиняемого, т.е. посредством одного доказательства проверить другое, то следует помнить о том, что следственный эксперимент возымеет положительный результат только в том случае, если подозреваемый или обвиняемый в своих показаниях подробно опишет обстоятельства и условия, в которых произошло то или иное событие, а именно укажет его конкретное место, время, погодные условия, освещение, обстановку, предметы, которые были на этом месте. При этом сторона защиты должна помнить и о том, что показания подозреваемого или обвиняемого в этой части в обязательном порядке будут проверяться следователем перед проведением следственного эксперимента путем сравнительного анализа посредством изучения других материалов уголовного дела, например, протокол осмотра места происшествия, протокол обыска, показаний иных лиц (потерпевших, свидетелей) и пр., так как данные протоколы также будут являться для следователя источником информации об условиях и обстановке проверяемого факта, тех или иных проверяемых определенных действий.[[20]](#footnote-20)

И все же, как бы следователь не старался максимально приблизить условия и обстановку проведения следственного эксперимента к реальным условиям и обстановке ранее произошедшего события, следственный эксперимент всегда будет являться искусственным воспроизведением обстоятельств этого события, поскольку нельзя с максимальной точностью воспроизвести те действия лица, которые были им предприняты ранее.[[21]](#footnote-21)

Надо отметить и то обстоятельство, что все же во многих случаях следственный эксперимент не может с достаточной точностью проверить опытным путем возможность или невозможность при определенных условиях и в определенной обстановке совершить те или иные действия. Особенно это касается дорожно – транспортных происшествий, при которых фактор неожиданности на дороге играет очень важную роль в определении выбора способа действий.[[22]](#footnote-22)

Органами следствия г. Белово, Московской области, в отношении Ивана было возбуждено уголовное дело по ч.2 ст.264 УК РФ. давая показания в качестве подозреваемого, Иван сообщил о том, что не смог остановить автомашину перед неожиданно выбежавшим на проезжую часть человеком. С целью проверки показаний подозреваемого был произведен следственный эксперимент.

Как следует из протокола данного следственного действия, следователь перед производством следственного эксперимента подробно разъяснил подозреваемому и понятым, в каком месте дороги появится на проезжей части манекен, изготовленный специально для проведения опытного действия.

При непосредственном проведении следственного эксперимента подозреваемый сел за руль и повел автомашину. В том месте, где на проезжей части перед ним появился манекен, он пытался затормозить, но все же совершил наезд на манекен. Данные опытные действия были произведены три раза и заканчивались наездом автомашины на манекен.

Как видно при проведении данного следственного эксперимента, фактор неожиданности для водителя отсутствовал полностью. О достоверности полученных результатов здесь говорить уже не приходится.

Само воспроизведение при следственном эксперименте действий подозреваемого или обвиняемого является повторением последним именно тех действий, которые им были совершены во время расследуемого события. В определенных случаях следственный эксперимент позволяет выявить самооговор подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления. Но при самооговоре лицо может и отказаться участвовать в проведении следственного эксперимента. Ведь принудительно заставить подозреваемого или обвиняемого принять участие в данном следственном действии ни следователь, ни защитник не смогут.

Сторона защиты может заявить ходатайство о проведении следственного эксперимента в целях проверки и уточнения данных, содержащихся, например, в показаниях потерпевшего или свидетеля стороны обвинения, с которыми сторона защиты не согласна и о которых узнала, скажем, при проведении очной ставки. Однако участвовать даже в качестве наблюдателя при проведении следственного эксперимента стороне защиты, скорее всего, будет отказано. Мотивировать такую позицию следователь будет тем, что подозреваемый или обвиняемый не является участником этого следственного действия.[[23]](#footnote-23)

Поэтому если сторона защиты не являлась участником следственного эксперимента, а прокол этого следственного действия с иным участником уголовного судопроизводства используется стороной обвинения для подтверждения предъявленного лицу обвинения, то в этом случае сторона защиты должна дать оценку доказательственному значению результатов следственного эксперимента и, в первую очередь, проверить правильность оформления следователем протокола этого следственного действия. Аналогичные действия сторона защиты должна предпринять и том случае, если результаты следственного эксперимента говорят в пользу позиции стороны защиты. В последнем варианте, если выяснится, что следователем был нарушен порядок проведения следственного эксперимента или нарушены требования закона к ведению протокола следственного действия, то сторона защиты должна будет заявить ходатайство о признании такого протокола недопустимым доказательством по делу и одновременно должно последовать ходатайство о проведении повторного следственного эксперимента с тем же участником уголовного судопроизводства, с которым проводилось это следственное действие. Проверяя протокол следственного эксперимента, сторона защиты должна убедиться в том, что протокол составлен в соответствии с требованиями УПК РФ.

Затем стороне защиты необходимо оценить результаты следственного эксперимента на предмет их достоверности. Это означает, что зафиксированный в протоколе результат эксперимента действительно имел место и что именно такой результат был неизбежен при производстве данного конкретного эксперимента, произведенного при указанных в протоколе условиях, которые при сравнительном анализе с другими материалами дела (протокол осмотра места происшествия и пр.) были подготовлены следователем для производства эксперимента с максимально приближенной точностью к условиями произошедшего в прошлом события. Невыполнение органами следствия данных требований должно признаваться нарушением порядка проведения следственного эксперимента с признанием такого протокола недопустимым доказательством по делу.

Результаты следственного эксперимента могут быть представлены в распоряжение судебного эксперта при производстве по делу судебной экспертизы, от выводов которой во многом зависят и выводы следствия относительно виновности лица в совершенном преступлении. А от правильности результатов представленных эксперту исходных данных, к которым можно отнести и прокол следственного эксперимента, напрямую зависит и качество заключения эксперта.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что оценка стороной защиты протокола следственного эксперимента на предмет его достоверности и допустимости в качестве доказательства по делу должна включать в себя:

1. Проверку условий, в которых проводился эксперимент, путем сравнительного анализа протокола следственного эксперимента с другими доказательствами по делу, которые содержат описание условий, в которых произошло проверяемое событие.
2. Проверку достоверности результатов следственного эксперимента.
3. Сопоставление результатов следственного эксперимента с другими доказательствами по делу.
4. Правильность оформления протокола следственного эксперимента.

В заключении следует сказать о том, что закон допускает производство следственного эксперимента только в том случае, если при его проведении не создается опасность для здоровья участвующих в нем лиц. Ответственность в таких случаях при проведении следственного эксперимента ложиться полностью на следователя.

## 2.2. Предъявление для опознания

Для подкрепления своей версии о причастности лица к совершенному преступлению, с целью привлечения последнего в качестве обвиняемого либо с целью опровержения участия последнего в непосредственном совершении преступления, что очень важно для стороны защиты, сторона обвинения использует такой институт уголовно – процессуального законодательства России, как предъявление лица для опознания.

Данное следственное действие, оформленное протоколом предъявления лица для опознания, имеет существенную доказательственную значимость по уголовному делу, поскольку опознающий, по сохранившимся в памяти чертам лица, росту, телосложению, а в своей совокупности – образу человека, устанавливает тот факт, является ли предъявляемое для опознания лицо именно тем человеком, который непосредственно находился в конкретном месте, в указанный день и час и наблюдался опознающим при определенных обстоятельствах, т.е. устанавливает тождество опознаваемого с лицом, совершившим преступное посягательство либо опознающий, наоборот, показывает отрицательный результат, т.е. устанавливает тот факт, что никого из предъявленных для опознания лиц ранее никогда не видел.

Часть 4 ст.193 УПК РФ частично регулирует порядок предъявления лица для опознания, а именно то, что лицо предъявляется для опознания вместе с другими лицами, по возможности внешне сходными с ним. Общее же число лиц, предъявляемых для опознания, должно быть не менее трех. Других требований к процедуре опознания закон не содержит. Однако нередко и такие скудные требования закона относительно самой процедуры предъявления лица для опознания стороной обвинения при проведении данного следственного действия нарушаются.

Статья 193 УПК РФ, регулирующая порядок предъявления для опознания, практически продублировала ст.165 УПК РСФСР 1960 г., но последний не содержал законодательную форму бланков по процессуальному оформлению проводимых следственных или судебных действий. Данные формы разрабатывались совместными усилиями МВД РФ и Генеральной прокуратуры РФ и утверждались приказом Генерального прокурора РФ, после которого процессуальные формы оформления протоколов следственных действий применялись на практике.

В настоящее время получается, что протокол предъявления лица для опознания имеет законодательно установленную процессуальную форму и следователю нет необходимости записывать в протоколе основные приметы предъявляемых для опознания лиц, поскольку сама форма протокола таких указаний следователю не содержит и последний не станет утруждать себя описывать в протоколе их внешние данные, дополнительно при этом преследуя еще одну цель – лишить в дальнейшем сторону защиты возможности, указанному в протоколе описанию внешних данных предъявленных для опознания лиц и выявленных при этом каких – либо отличительных признаков между внешними данными последних, поставить под сомнение законность проведенного следственного действия.[[24]](#footnote-24)

Как же тогда в дальнейшем, скажем, в суде, можно будет проверить выполнение следователем требований закона о предъявлении для опознания лиц, внешне которые должны быть сходными друг с другом? Как можно проверить то обстоятельство, что следователь каким – либо образом, например одеждой или головным убором, не выделил предъявляемое для опознания лицо среди статистов или наоборот? Иными словами, как можно добиться лицу, которого предъявляют на стадии предварительного следствия для опознания, и его адвокату «чистоты» проведения данного следственного действия и нужно ли добиваться таковой? Думается, на данный вопрос нельзя ответить однозначно. К его решению по конкретному уголовному делу сторона защиты должна подходить индивидуально, в зависимости от сложившейся ситуации. Поэтому обсудим несколько вариантов позиции стороны защиты в решении рассматриваемого вопроса и обратим внимание на следующее.

Во – первых, основная задача лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование и которое действительно считает себя причастным к совершенному преступлению – это защита от обвинения, которая может выражаться как в виде возражений на незаконные действия по поводу нарушения порядка проведения опознания, с занесением заявленных возражений в протокол предъявления лица для опознания, так и в их умолчании на момент проведения опознания, поскольку допущенные следователем нарушения порядка предъявления лица для познания уже в суде можно будет использовать для заявления ходатайства о признании указанного протокола недопустимым доказательством по делу.

Во – вторых, опознаваемый, если он считает себя абсолютно невиновным, должен для себя решить, желает ли он добиться путем проведения опознания, основанному на законе, снятия с себя всяческих подозрений или обвинений в причастности к совершенному преступлению.

Если по результатам опознания опознающий указал на опознаваемого, как на лицо, причастное к совершению преступления, то на стадии выполнения ст.217 УПК РФ необходимо тщательным образом ознакомиться с показаниями опознающего, касающихся изложения последним обстоятельств, при которых он видел предъявляемое для опознания лицо, а также приметы и особенности, которые он описал в своих показаниях и по которым изъявлялись намерения опознать предполагаемого преступника.

В данном случае сторона защиты должна будет применить так называемую систему «словесного портрета» и проверить, как в показаниях описывались признаки лица, совершившего преступление.

Допрос следователем опознающего должен быть проведен и оформлен протоколом до предъявления лица для опознания. Именно такие требования выдвигает ч.2 ст.193 УПК. Поэтому если в протоколе допроса опознающего содержатся совершенно иные сведения относительно внешних данных опознаваемого лица, то проведение опознания должно быть признано незаконным со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Так, по вышеприведенному делу Ивана обвиняемого в совершении убийства, был допрошен свидетель Клавдия, кото­рая в день убийства показала, что видела человека, выбегающего из подъезда после выстрела в этом подъезде, и описал его внеш­ние данные: на вид 35 лет, среднего роста, примерно 170 –175 см, светлые волосы, длиной ниже ушей, светло серые глаза. Через несколько дней этому свидетелю был предъявлен для опознания подозреваемый Иван, которого Клавдия опознала, как лицо, выбегавшее из подъезда после выстрела. Однако у опознающего были совершенно иные внешние данные, чем указывал свидетель в протоколе допроса, оформленного следователем в день совер­шения убийства, а именно: темные, коротко стриженные воло­сы, каре-зеленые глаза, рост выше среднего – 180 см. Суд, при­знавая протокол предъявления лица для опознания недопустимым доказательством по делу, в своем постановлении указал на то, что данный протокол не может быть признан допустимым до­казательством по делу по причине существенных противоречий между описанием свидетелем внешних данных опознающего в протоколе допроса свидетеля и реальных внешних данных предъявленного для опознания подозреваемого.

В данном случае сторона защиты должна обращать внимание не только на описание в протоколе допроса опознающего примет и особенностей, по которым, при проведении опознания, был опознан опознаваемый, но и на последовательность в описании этих примет и особенностей в показаниях опознающего, если по­следний был два и более раза допрошен следователем об обстоя­тельствах, при которыхон видел опознаваемого. Следует обращать также внимание и на то, не являются ли данные показания противоречивыми по своему содержанию относительно описания внешних данных опознаваемого. Установление того обстоятель­ства, что показания опознающего являются непоследовательны­ми и противоречивыми, должно являться основанием признания самого проведения опознания недопустимым доказательством по делу.

Так, Верховный Суд РФ отменил все состоявшиеся решения по делу Ивана, осужденного за совершение убийства, в связи с тем, что по делу были допущены грубейшие нарушения уголовно – процессуального закона. В частности, в постановлении Прези­диума Верховного суда был сделан следующий вывод: «Не дока­зывают причастности Ивана к убийству приведенные в приговоре суда показания свидетеля Клавдии о том, что в день происшествия она видела возле потерпевшего мужчину, в котором опознала впо­следствии Ивана. Ее показания о внешнем виде и других приметах этого мужчины были непоследовательны, противоречивы. Так, в одном случае она показана, что мужчина имел короткие волосы, на нем были брюки темного цвета, подвернутые внизу, в другом волосы длинные, до воротника, на брюки не обратила внимания. Судя по протоколу опознания, Клавдия, опознала Ивана не по тем приме­там, о которых показывала при допросах, а по общему внешнему виду и по взгляду».

Президиум Верховного суда все состоявшиеся судебные реше­ния отменил и дело в отношении Ивана прекратил за недоказаннос­тью его участия в совершении преступления.

Предварительный допрос опознающего перед проведением опознания очень важен для последующей оценки объективности проведенного опознания, поскольку без описания опознающим в его допросе перед опознанием примет и особенностей опозна­ваемого практически невозможно убедиться в достоверности ре­зультатов такого следственного действия, как предъявление лица для опознания. Поэтому сторона защиты на содержание таких показаний опознающего должна обращать особо пристальное внимание. Целесообразно будет сравнить объяснения опознающего о приметах и особенностях, по которым он опознал предъявленное для опознания лицо, изложенные в самом протоколе предъявления лица для опознания с его первоначальными показаниями относительно этих примет и особенностей. Выяснение данных обстоятельств может повлиять на весь исход по уголов­ному делу.[[25]](#footnote-25)

К сожалению, закон не только не раскрывает понятие «внеш­нее сходство», но и не содержит императивного требования для следователя подбирать статистов, для предъявления вместе с опознаваемым для опознания, имеющих те же внешние данные, что и последний, поскольку диспозиция ч.4 ст.193 УПК содер­жит положение о том, что статисты подбираются внешне сход­ные с опознаваемым лишь «по возможности». Данная конструк­ция нормы на практике приводит к многочисленным злоупотреблениям со стороны следователей, поскольку в ряде случаев последние не обременяют себя организационными сложностями соблюдения порядка предъявления лица для опознания и прово­дят опознание с явно выраженными различиями внешних данных и одежды предъявленных для опознания лиц.

Так, Азик, армянин по национальности, подозревался в соверше­нии грабежа, в связи с чем был предъявлен для опознания потер­певшему. В качестве статистов следователем были приглашены лица также армянской национальности, с разницей лишь в том, что один из статистов был ростом 185 см, сам же опознавае­мый был ниже среднего роста – 160 см, а второй статист был на 12 лет старше опознаваемого. Кроме этого, оба статиста были приглашены для участия в следственном действии с ближайшей стройки и были одеты в камуфляжную форму. Впоследствии суд исключил протокол опознания Азика в качестве доказа­тельства по делу, указав в постановлении, что опознаваемый Азик был выделен как внешностью, так и одеждой из числа лиц, предъявленных для опознания вместе с последним.

Но указанные обстоятельства можно проверить только в том случае, если внешнее описание статистов и опознаваемого со­держится в протоколе предъявления лица для опознания, кото­рый должен следователем составляться так, чтобы из него можно бы было получить всю информацию относительно содержания внешних данных предъявленных для опознания лиц и всего хода проведения опознания.

Но не только внешнее сходство между опознаваемым и стати­стами должно контролироваться стороной защиты при проведе­нии данного следственного действия. Необходимо учитывать и такие обстоятельства, как наличие у опознаваемого каких – либо резко выделяющихся примет, например, родимое пятно на лице, отсутствие конечности, шрам на видном месте. В этом случае следует опознаваемого и статистов предъявить для опознания таким образом, чтобы эти приметы были скрыты от опознающе­го.[[26]](#footnote-26)

Если в законе существуют пробелы или норма закона многое не договаривает непосредственному правоприменителю, то прак­тика начинает вносить свои коррективы. Так и с предъявлением лица для опознания. Если следователь не описал в протоколе внешние данные предъявленных для опознания лиц и их одежду, что исключает в дальнейшем проверить «чистоту» данного следственного действия, такой протокол должен признаваться судом недопустимым доказательством по делу, поскольку существует большая вероятность злоупотреблений органов следствия при использовании данного института уголовного процесса при рас­следовании уголовных дел и привлечению в качестве обвиняе­мых непричастных или невиновных в совершении преступления лиц.[[27]](#footnote-27)

## 2.3. Обыск

Обыск, как никакое другое следственное действие, всегда тес­но связан с вторжением органов следствия в личную, семейную, деловую жизнь человека.

К сожалению, при производстве данного следственного дейст­вия со стороны представителей государства в лице следователя и оперативных работников нередки случаи необоснованного ограничения прав личности и даже открытого беззакония, выражен­ного в подбрасывании улик. Проблема соблюдения законности при производстве обыска была, есть и остается до настоящего времени. Не случайно и Генеральная прокуратура РФ, в результа­те поступающих многочисленных жалоб граждан на произвол органов следствия при производстве обыска, была вынуждена уделить данному вопросу особое внимание и после проведения ряда проверок, изучения данной проблемы, издать приказ № 5 за подписью Генерального прокурора РФ «О мерах по усилению прокурорского надзора за законностью производства обыска и выемки». Обобщив итоги проверок, Генеральная прокуратура констатировала тот факт, что «имеющиеся в Генеральной проку­ратуре данные свидетельствуют об ослаблении в последнее время прокурорского надзора за законностью производства обыска и выемки. Нередко обыски, несмотря на отсутствие не терпящих отлагательства обстоятельств, проводятся без санкции прокурора, об их проведении прокурор своевременно не уведомляется. Уча­стились случаи необоснованного привлечения сотрудников спец­подразделений к производству обысков и выемок под предлогом обеспечения безопасных условий для производства следственных действий. Этот фактор используется подчас как способ оказания психологического давления. Подобные действия противоречат требованию закона, нарушают конституционные права и свободы граждан, дезорганизуют нормальную деятельность юридических лиц, подрывают авторитет правоохранительных органов».

Ни одному из следственных действий Генеральная прокурату­ра РФ не уделяла столь пристального внимания, как обыску. И вслед за вышеуказанным приказом № 5 Генеральная прокуратура издает приказ № 39, в котором на прокуроров всех уровней воз­лагалось обеспечение немедленных проверок каждого случая проведения обыска или выемки в жилище без судебного реше­ния, правовых оценок фактов незаконных обысков либо противо­правного изъятия предметов, заведомо не относящихся к делу либо изъятых из оборота.

Поэтому для стороны защиты важно знать установленные за­коном правила производства обыска, не допускать случаев зло­употреблений, а в случае выявления таковых, незамедлительно реагировать, путем обжалования действий представителей сторо­ны обвинения.

Основания и порядок производства обыска регламентируются ст.182 УПК РФ. Так, основанием производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела. Обыск может производиться также и в це­лях обнаружения разыскиваемых лиц и трупов.

В целях проверки законности и обоснованности данного след­ственного действия сторона зашиты должна обращать внимание, в первую очередь, на его надлежащее процессуальное оформле­ние. Согласно ч.2 ст.182 УПК для производства обыска следова­тель обязан вынести постановление и санкционировать его у про­курора. А в том случае, если обыск намечено было произвести в жилище, то на основании п.5 ч.2 ст.29, ч.3 ст.182, ст.165 УПК следователь обязан возбудить уже перед судом ходатайство о производстве данного следственного действия, о чем также выне­сти соответствующее постановление, которое предварительно, перед направлением в суд, должно быть санкционировано проку­рором. Формы указанных документов определены в приложении №77 – 78 к ст.476 УПК.

Закон допускает, в исключительных случаях, когда производ­ство обыска в жилище не терпит отлагательства, произвести ука­занное следственное действие на основании постановления сле­дователя без получения санкции прокурора и судебного решения. К сожалению, закон не перечисляет, в каких именно «исклю­чительных случаях» возможно проведение обыска без санкции прокурора и судебного решения. Получается, что основания не обращаться к прокурору и в суд в таких случаях законом для сле­дователя предусмотрены, а перечень и содержание этих самых случаев отсутствуют, Но ведь одно из важнейших предназначе­ний уголовного процесса – это регулирование процессуальной процедуры производства следственных действий. Предусматри­вая порядок производства обыска и обязывая следователя санк­ционировать его проведение у прокурора и в суде, закон тем са­мым на прокурора и суд возлагает обязанность контроля за орга­нами следствия в целях не допустить безосновательного проведения обыска и предупредить возможные нарушения при его на­значении. В рассматриваемом случае получается, что функции предупреждения нарушения закона у прокурора и суда отсутст­вуют, и следователю законом предоставляется возможность ру­ководствоваться только своим собственным правосознанием, ко­торое зачастую оставляет желать лучшего.[[28]](#footnote-28)

Если в законе имеются пробелы, правоприменительная прак­тика начинает самостоятельно вносить свои коррективы посред­ством либо судебного прецедента, либо составлением различного рода инструкций, приказов и прочих нормативных подзаконных актов. Так, в вышеупомянутом приказе №5 Генерального проку­рора РФ говорится о том, что к исключительным случаям, не тер­пящих отлагательства, следователи должны признавать случаи, когда:

1. неотложность обыска диктуется обстановкой только что со­вершенного преступления;
2. неотложное производство обыска необходимо для пресече­ния дальнейшей преступной деятельности;
3. имеются данные о том, что лицо, в распоряжении которого  
   находятся существенные для дела предметы или документы,  
   принимает меры к их уничтожению либо сокрытию.

Это не рекомендация, а приказ Генеральной прокуратуры, т.е. нормативный акт, которым должны руководствоваться все ниже­стоящие прокуроры при проверке законности и обоснованности уже свершившегося такого следственного действия, как обыск.

Итак, если был произведен обыск в жилище в случаях, не тер­пящих отлагательства, то в силу ч.5 ст.165 УПК следователь в течение 24 часов с момента начала обыска обязан уведомить про­курора и судью о производстве данного следственного действия. Следует отметить, что срок в 24 часа начинает истекать имен­но с момента начала производства обыска и заканчивается мо­ментом направления судье уведомления о том, что данное след­ственное действие было совершено.[[29]](#footnote-29)

Лишение стороны защиты права присутствовать в судебном заседании при решении вопроса о законности и обоснованности производства следователем обыска в жилище, в случаях, не терпящих отлагательства, должно признаваться на­рушением принципа состязательности и равноправия сторон, предусмотренного ст.15 УПК.

Если же право стороны защиты на участие в указанном судеб­ном заседании будет нарушено, а суд признает законным прове­дение следователем обыска в жилище, без предварительного по­лучения согласия суда, то необходимо воспользоваться уже пре­дусмотренным главой 16 УПК правом на обжалование состояв­шеюся судебного решения. Кроме этого, следует заметить, что данным правом могут воспользоваться не только участники уго­ловного судопроизводства, но и иные заинтересованные лица, чьи права и законные интересы были нарушены при производст­ве обыска (Постановление Конституционного суда РФ от 23.01.1999 г.).[[30]](#footnote-30)

Постановлением судьи Московского городского суда в порядке ст.125 УПК РФ была удовлетворена жалоба Ивана и его адвоката. Суд признал незаконными проведенные 22 декабря 2003 г. обыски по месту жительства Ивана и в помещениях ряда организа­ций. Суд в своем постановлении обязал следственные органы устранить допущенные нарушения, возвратить все документы и другое имущество, изъятые в ходе проведенных обысков.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда Московской области по представлению прокурора отменила поста­новление судьи о проверке нарушения норм уголовно - процес­суального закона по процедуре проведения обыска, указав сле­дующее.

Проверяя законность произведенных обысков, суд был не вправе предрешать вопросы, могущие стать предметом судеб­ного разбирательства при рассмотрении уголовного дела по су­ществу.

Проверка законности процедуры проведенных обысков связа­на с оценкой доказательств с точки зрения их допустимости, что на данном этапе судебного контроля за законностью и обоснованностью процессуальных актов органов дознания, сле­дователя и прокурора недопустимо.

Думается, такая практика судебных органов противоречит Конституции РФ и действующему уголовно – процессуальному зако­нодательству, поскольку любое незаконное вторжение в частную жизнь граждан может стать предметом судебного разбирательст­ва, в том числе, если такое вторжение было произведено хотя и в рамках уголовного судопроизводства, но незаконным способом или незаконными методами. Любое лицо, права которого были затронуты и нарушены при производстве обыска, может и долж­но получить доступ к правосудию для защиты попранных прав. И сторона защиты должна бороться за торжество законности при производстве данного следственного действия, вплоть до обжа­лования действий следователя в порядке ст.125 УПК РФ.

В том же случае, если производство обыска было надлежащим образом процессуально оформлено, то сторона защиты должна проверить обоснованность производства обыска и обратить вни­мание, в первую очередь, на какие именно достаточные данные для его производства ссылался следователь в своем постановле­нии о производстве обыска в жилище в случаях, не терпящих от­лагательства. Именно конкретные и достаточные данные закон обязывает следователя указывать в постановлении.[[31]](#footnote-31)

Что же можно принять за такие достаточные данные? Бес­спорно, к таковым можно отнести доказательства по делу, соб­ранные до вынесения постановления о производстве обыска и находящиеся в материалах дела, например, показания свидетеля, потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, документы, зафик­сированные как в письменном, так и в ином виде, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном ст.86 УПК. Однако здесь следует заметить, что со многими дока­зательствами сторона защиты получает возможность ознакомить­ся лишь на стадии выполнения требований ст.217 УПК, при оз­накомлении со всеми материалами уголовного дела – по оконча­нии предварительного следствия.

Нередко в постановлении следователя можно встретить фразу, что данными для производства такого обыска в жилище послу­жили материалы оперативно – розыскного дела. В этом случае, такой записью следователь, как говорят, убивает сразу двух зайцев, он указывает в своем постановлении фактические данные произ­водства обыска, как того требует закон, и одновременно лишает сторону защиты возможности проверить содержание оперативно – розыскного дела на предмет наличия в последнем информации, давшей основание для производства обыска, поскольку материа­лы оперативно – розыскного дела являются секретными и для оз­накомления стороне защиты представлены быть не могут. Дан­ные материалы вправе проверить только прокурор, при решении вопроса о санкционировании обыска, или суд, осуществляя пол­номочия, предусмотренные п.5 ч.2 ст.29 УПК. Поэтому реше­ние вопроса о допустимости обоснованности вынесения следова­телем постановления о производстве обыска на момент ознаком­ления с последним является для стороны защиты открытым и по­требует своего разрешения в дальнейшем, при судебном рас­смотрении уголовного дела по существу.[[32]](#footnote-32)

Присутствуя при производстве обыска и заметив тот факт, что понятые были поставлены следователем лишь перед фактом предъявляемой им вещи, как обнаруженной и изъятой в месте проведения обыска, сторона защиты должна зафиксировать дан­ное обстоятельство. Вопрос лишь в том, каким образом полезнее для стороны защиты сделать это. Рассмотрим несколько вариан­тов разрешения данного вопроса.

Первый – это зафиксировать данный факт только лично для себя, без отражения в протоколе обыска. Цель в данном случае будет преследоваться следующая: оставить разрешение вопроса о допустимости положительных результатов обыска в качестве до­казательства по делу на стадию судебного разбирательства и пу­тем допроса понятых, показания которых будут являться доказа­тельством по делу, доказать несостоятельность полученных по­ложительных для стороны обвинения результатов произведенно­го обыска, если изъятые в процессе обыска орудия преступления, предметы, документы и ценности представлены по уголовному делу в качестве вещественных доказательств. В этом случае, если понятые в суде о ходе производства обыска дадут показания о том, что не присутствовали в момент обнаружения изъятых в процессе обыска тех или иных предметов и увидели последние только в тот момент, когда их принес следователь, и где их тот взял, пояснить не смогут, то не только сам протокол обыска дол­жен быть признан недопустимым доказательством по делу, но и признанные впоследствии в качестве вещественных доказа­тельств предметы, изъятые в процессе производства обыска, так­же будут являться недопустимыми доказательствами по делу по принципу «плодов отравленного дерева».[[33]](#footnote-33)

Кроме этого, обосновать в суде заявленное ходатайство о при­знании недопустимым доказательством протокола обыска сторо­на защиты может еще и следующим. На основании ч.12 ст.182 УПК при производстве обыска составляется протокол, в соответ­ствии со ст.166 и ст.167 УПК. Согласно ч.4 ст.166 УПК следо­ватель в протоколе обыска обязан описывать все свои процессу­альные действия в том порядке, в каком они производились, а также выявленные при их производстве существенные для данно­го уголовного дела обстоятельства, к которым, при производстве обыска, и следует отнести обнаружение тех или иных предметов в том или ином конкретном месте. Кроме этого, ч.13 ст.182 УПК напрямую обязывает следователя указывать в протоколе о том, в каком месте и при каких обстоятельствах были обнаружены предметы, документы или ценности. Поэтому факт отсутствия указанной информации в протоколе обыска будет являться до­полнительным основанием к признанию протокола обыска недопустимым доказательством по делу.[[34]](#footnote-34)

Однако в данном варианте присутствуют и отрицательные моменты. Понятые к моменту рассмотрения уголовного дела в суде могут, например, забыть про те или иные детали производ­ства обыска. Сам факт участия в данном следственном действии они подтвердят, но что делал следователь в тот или иной момент производства последнего сказать не смогут либо дадут уклончи­вый, неконкретный, предположительный ответ.

Второй вариант: воспользоваться правом, предусмотренным ч.6 ст.166 УПК, и непосредственно отразить вышеуказанное об­стоятельство в дополнениях и уточнениях к протоколу обыска перед его подписанием участниками производства обыска со стороны защиты.[[35]](#footnote-35)

Поскольку производство данного следственного действия бу­дет уже закончено и весь его ход будет уже зафиксирован в про­токоле, в котором будет либо укачано либо нет, каким образом были обнаружены и изъяты те или иные предметы, то сторона защиты будет не только вправе, но должна дополнить и уточнить в протоколе то обстоятельство, что последние были обнаружены следователем без наблюдения в момент их обнаружения за его действиями со стороны понятых, которые были лишь поставлены перед фактом предъявления уже изъятых предметов. В этом слу­чае сторона защиты может столкнуться с противодействием со стороны следователя сделать такую запись в протоколе обыска, поскольку именно такая запись сведет производство обыска к бесполезно потраченному времени, так как протокол данного следственного действия с такой записью будет являться недопустимым доказательством по делу.

Какое же противодействие может оказать следователь стороне защиты в этом случае? Например, следователь может продолжить производство обыска и в это время протокол переписать заново, с указанием места обнаружения искомого предмета. При этом, в протоколе обязательно будет подробно описан тот факт, что изъ­ятый предмет был обнаружен в присутствии какого – нибудь опе­ративного работника, которые в большинстве случаев присутст­вуют при производстве обыска, и последний без всяких сомнений сможет подтвердить данный факт, хотя самого факта обнаруже­ния предмета и не видел. Кроме этого, следователь может воспользоваться положениями ст.167 УПК и самолично сделать за­пись в протоколе о том, что сторона защиты вообще отказалась подписать протокол обыска без объяснения под запись в прото­коле причин такого отказа. Но перед тем как сделать такую за­пись в протоколе, следователь постарается удостоверить прото­кол подписями участвовавших в производстве обыска понятых.[[36]](#footnote-36)

Данные действия следователя фактически будут являться злоупотреблением его должностными полномочиями. Однако дока­зать данный факт будет затруднительно и тем более в том случае, если протокол обыска был подписан не только понятыми, но и дополнительно иными лицами, принимавшими участие в данном следственном действии, например, представителями ЖЭКа или потерпевшим по делу, который вправе с разрешения следователя участвовать в данном следственном действии. И все же сторона защиты должна будет доказывать свою правоту. Какие действия для этого следует предпринять? В первую очередь, необходимо будет написать заявление о возбуждении уголовного дела в от­ношении следователя, как должностного лица, злоупотребившего своим должностным положением, поскольку, прибегнув к ст.167 УПК без реальных на то оснований, следователь тем самым фак­тически, используя свое должностное положение, совершит дей­ствия по фальсификации протокола следственного действия. За­тем следует сразу же заявить оформленный в письменном виде отвод следователю, и дополнительно обратиться с заявлением к прокурору или с жалобой в суд о признании проведенного след­ственного действия незаконным. Если добиться возбуждения уголовного дела в отношении следователя не удастся, то отвод последнего от расследования уголовного дела должен быть удов­летворен. Если таковой состоится, то все следственные действия, проведенные данным следователем до его отвода, будут призна­ны недопустимыми доказательствами по делу по причине того, что последние были проведены лицом, подлежащим отводу.[[37]](#footnote-37)

Однако стороне зашиты также следует иметь в виду и то об­стоятельство, что не всегда полезно будет в процессе производст­ва обыска указывать следователю на допущенные им нарушения закона. О некоторых из них следует и умолчать, для того чтобы использовать допущенные следователем нарушения при заявлении ходатайства о признании

протокола обыска недопустимым доказательством по делу. Например, если следователь изъятые в процессе обыска предметы не упаковал, не опечатал и не заверил подписями участвующих в обыске лиц, как того требует ч.10 ст.182 УПК, то такое нарушение будет являться существенным основанием для признания протокола обыска недопустимым до­казательством по делу.

Далее, на основании ч.13 ст.182 УПК следует, что в протоко­ле обыска все изымаемые предметы, документы и ценности должны быть перечислены с точным указанием их количества, меры, веса, индивидуальных признаков и по возможности стои­мости.

В этом случае сторона защиты не только должна проверить протокол обыска на наличие в последнем указанной информации об изъятых предметах, поскольку отсутствие в протоколе такой информации позволит поставить указанный протокол под сомне­ние, но впоследствии необходимо также провести и сравнитель­ный анализ описания индивидуальных признаков изъятого пред­мета по другим процессуальным документам уголовного дела, например, по протоколу осмотра, по постановлению о приобще­нии в качестве вещественных доказательств, по постановлению следователя о назначении судебной экспертизы или по описательно – мотивировочной части самого заключения эксперта. В практике можно столкнуться с ситуацией, когда в протоколе обыска изъятый предмет описывается с одними индивидуальны­ми признаками, а в экспертном заключении указываются совер­шенно иные его индивидуальные признаки.[[38]](#footnote-38)

Так, например, в отношении Ивана было возбуждено уголовное дело по ч.4 ст.228 УК РФ (незаконное хранение в целях сбыта наркотических средств в особо крупном размере). Из протокола обыска следовало, что у Ивана было обнаружено порошковое ве­щество белого цвета, которое затем было направлено па судеб­ную экспертизу на предмет выяснения принадлежности данного вещества к наркотическим средствам. В заключение эксперта был сделан вывод о том, что данное вещество является нарко­тическим средством героином. Ивану было предъявлено обви­нение и дело затем было направлено в суд. Однако при ознаком­лении с заключением эксперта было обнаружено, что на экспер­тизу поступил порошок не белого, а серого цвета, поскольку в описательно – мотивировочной части своего заключения эксперт достаточно подробно описал индивидуальные признаки поступившего на экспертизу вещества. В связи с чем сторона защиты поставила протокол обыска и заключение эксперта под сомне­ние, просила признать данные доказательства недопустимыми и убедила суд во всей тщетности предъявленного Ивану обвинения. Казалось бы, такая маленькая деталь в различии по описанию цвета изъятого при обыске вещества в различных процессуальных документах, но именно эта деталь сыграла существенную роль в судьбе человека.

Также стороне защиты при проверке законности производства обыска следует помнить о том, что обыск в ночное время, кроме случаев, не терпящих отлагательства, не допускается. Согласно п.21 ст.5 УПК ночным признается промежуток времени с 22 до 6 часов по местному времени. Из данного требования закона вытекает следующее: если следователь не закончил производство обыска к 22 часам вечера, то он обязан объявить перерыв в производстве данного следственного действия, о чем должна быть сделана запись в протоколе обыска, и возобновить его производство не ранее чем после 6 часов утра следующего дня. Если же следователь посчитает возможным продолжить обыск и в ночное время, то в этом случае по ранее вынесенному постановлению о производстве обыска протокол уже законченного данного следственного действия должен быть оформлен в окончательном его варианте. Затем следователь обязан вынести новое постановление о производстве обыска в случаях, не терпящих отлагательства, и продолжить обыск с составлением нового протокола. В против­ном случае все действия следователя в ночное время и оформ­ленные в это время процессуальные документы будут являться недопустимыми доказательствами по делу.[[39]](#footnote-39)

## 2.4. Производство судебной экспертизы

К одним из видов доказательств по уголовному делу, в силу п.3 ч.2 ст.14 УПК РФ, относятся заключение и показания эксперта. Безусловно, в уголовном судопроизводстве судебной экс­пертизе принадлежит очень важная роль, а в некоторых случаях и решающая, поскольку может решить исход всего уголовного де­ла. Особое значение судебной экспертизе придается на стадии предварительного следствия, когда идет процесс доказывания по уголовному делу и для установления тех или иных обстоятельств, имеющих значение для дела, а также для проверки других дока­зательств, с целью их подтверждения или опровержения, привле­каются работники государственной судебно – экспертной деятель­ности, а также иные эксперты из числа лиц, обладающих специальными знаниями, в связи с чем и может быть проведена судеб­ная экспертиза, которая, на данной стадии процесса, согласно ч.1 ст.195 УПК может быть назначена только следователем.

УПК РФ назначение судебной экспертизы, проведение экс­пертных исследований и дачу заключения экспертом определяет общим названием «производство судебной экспертизы».

Из смысла ст.195 УПК, которая содержит положения о поряд­ке назначения судебной экспертизы, получается, что назначение экспертизы на стадии предварительного следствия зависит на­прямую от усмотрения следователя. Именно следователь, устано­вив фактические и юридические основания для назначения и производства судебной экспертизы, может совершить процессу­альные действия по назначению последней, т.е. вынести соответ­ствующее постановление.[[40]](#footnote-40)

Основным поводом для назначения судебной экспертизы является необходимость привлечения специальных познаний в об­ласти науки, техники, искусства или ремесла для исследования обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

Очень часто на практике возникают вопросы назначения экс­пертизы подозреваемому или обвиняемому, для того чтобы за­фиксировать на его теле следы телесных повреждений, которые впоследствии могут послужить доказательством совершенного против него, например, нападения и применения последним средств и способов защиты в целях самообороны или, например, при расследовании дорожно-транспортных преступлений, когда, при том или ином состоянии здоровья, водитель теряет сознание и, как следствие, происходит потеря управления автомобилем, что, в свою очередь, в определенных случаях, приводит к причи­нению вреда здоровью или смерти другого человека. Как прави­ло, следователь уклоняется от проведения такой экспертизы в отношении подозреваемого или обвиняемого либо всячески ста­рается потянуть время ее назначения, преследуя тем самым цель снизить до минимума ее результаты. Поэтому адвокату никогда не надо забывать про то, что следователь является представите­лем стороны обвинения, работа которого заключается не в том, чтобы опровергать собранные им самим обвинительные доказа­тельства с целью подтверждения позиции стороны защиты, а совсем наоборот. Из материалов судебной практики усматривается, что не все адвокаты проявляют настойчивость в достижении по­ставленной цели защиты своих клиентов от необоснованно предъявленного обвинения.[[41]](#footnote-41)

Так, уже на ста­дии судебного разбирательства родственниками подсудимого с адвокатом было заключено соглашение о защите в суде несовершенно­летнего Ивана, обвиняемого по ч.1 ст.105 и ч.3 ст.30 УК РФ (по­кушение на убийство). Из материалов уголовного дела следовало, что Иван неоднократно допрашивался, начиная с момента его за­держания, на протяжении всего срока предварительного след­ствия. Было оформлено шесть протоколов его допросов, в кото­рых он последовательно, без каких –либо противоречий заявлял о том, что вынужден был применить кухонный ножик в целях са­мообороны от зверского избиения его потерпевшим Степаном. Из показаний подозреваемого Ивана следовало, что он подвергся не­однократному за весь вечер 19 октября избиению со стороны Степана, который наносил ему удары руками и ногами по лицу, голове и телу. И только в тот момент, когда от ударов Иван уже стал терять сознание, то выставил перед собой кухонный но­жик, применение которого позволило прекратить насильствен­ные действия Степана по отношению к Ивану. В результате у Степана впоследствии были обнаружены две колото – резанные проникающие в брюшную полость раны, которые, по заключению судебно –медицинской экспертизы, были признаны как причинив­шие тяжкий вред здоровью, а Иван оказался в изоляторе временно­го содержания ГУВД г. Москвы. Последний при его допросе в ка­честве подозреваемого просил следователя вызвать врача для оказания ему медицинской помощи и направить его на медицин­ское освидетельствование, однако в данной просьбе подозревае­мому было отказано, а адвокат Андрей, присутствовавший при этом, ограничился молчанием, поскольку из протокола допроса Ивана и из материалов дела можно установить, что адвокат Андрей не пред­принял никаких мер для того, чтобы его подзащитному была не­замедлительно оказана медицинская помощь и назначена судеб­но – медицинская экспертиза для фиксирования следов избиения и установления тяжести причиненных Ивану телесных повреждений. При неоднократных допросах уже в качестве обвиняемого Иван постоянно заявлял следователю о проведении в отношении него судебно-медицинской экспертизы и самолично писал жалобы на имя прокурора об игнорировании следователем его заявлений.

Наконец 12 ноября, спустя почти месяц после избиения, следо­ватель выносит постановление о назначении судебно - меди­цинской экспертизы в отношении обвиняемого Ивана, в котором ставит перед экспертом следующие вопросы: 1. Имеются ли у Ивана какие – либо телесные повреждения, если да, то каковы их ха­рактер, локализация, количество и время причинения? 2. Каков механизм образования у Ивана телесных повреждении и могли бы они быть причинены при обстоятельствах, которые указывает обвиняемый? 3. Какова степень тяжести телесных поврежде­ний у Ивана?

С самим постановлением о назначении СМЭ Иван был ознаком­лен только 22 ноября, а сама экспертиза проводилась 28 ноября, т.е. спустя 40 дней после избиения. При проведении данной экс­пертизы у Ивана, было установлено лишь одно повреждение – это кровоподтек в области правого предплечья. Данное повреждение и было указано в выводах эксперта.

Становится совершенно очевидным то обстоятельство, что следователь выиграл время и добился своего, поскольку через 40 дней после избиения у человека не останется и следа не только от любых ушибов, синяков, ссадин и других повреждений на те­ле, но за это время пропадают и симптомы сотрясения головно­го мозга, ушибов внутренних органов живота и пр. Поэтому Иван на стадии предварительного следствия остался без доказа­тельств, подтверждающих факт его избиения потерпевшим Степаном и применения ножа, как адекватного способа защи­ты своего здоровья, а возможно, и жизни. И данная заслуга при­надлежит прежде всего адвокату, который защищал в тот мо­мент интересы обвиняемого Ивана. Не дай бог кому – либо повстречаться с этим адвокатом в период такого несчастья, ко­торое обрушилось 19 октября на несовершеннолетнего Ивана, а ведь данный адвокат работал за плату по соглашению с родителями обвиняемого. Конечно, в данном случае, об итоговом результате предварительного следствия гадать уже не приходится. Уголовное дело поступило в суд с обвинением Ивана в покушении на убийство Степана. Немалых трудов потребовалось вновь вступив­шему в дело адвокату, чтобы доказать в суде факт избиения Ивана и применения им правомерных способов защиты. Были сделаны запросы в ИВС ГУВД г. Москвы, куда был доставлен Иван после задержания. Из выписки мед. журнала приема и оказания мед. помощи подозреваемым, поступившим и содержащимся в ИВС ГУВД г. Москвы следовало, что при поступлении Ивана в ИВС де­журный фельдшер поставила следующий диагноз: многочислен­ные ушибы мягких тканей головы, лица и тела, многочисленные кровоподтеки, сильные боли в голове и по всему телу. Адвокатом был установлен ряд свидетелей, которые видели Ивана в момент задержания его сотрудниками милиции. Данные свидетели без колебаний описывали внешность Ивана, как всего кем – то избитого, так как все лицо было в крови. А из показаний в суде одного сви­детеля прозвучала очень содержательная фраза: «Когда я уви­дела Ивана, которого вели сотрудники милиции, у меня сложилось впечатление, что его всего кто – то обвалял в грязи и крови». С фактом избиения Ивана Степаном пришлось согласиться и проку­рору при выступлении последнего в прениях.

Следует особо отметить то обстоятельство, что если бы на стадии предварительного следствия был установлен и под­твержден документально факт избиения Степаном Ивана, то уголовное дело было бы прекращено по основаниям ст.37 УК РФ (необходимая оборона) еще на данной стадии уголовного судо­производства.

В определенных случаях следователь безмотивно вообще от­казывается назначать такую экспертизу, поскольку в УПК РФ, в отличие от ст.20 прежнего УПК РСФСР, норма о полном, объек­тивном и всестороннем исследовании обстоятельств дела, выяв­лении как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого об­стоятельствах, отсутствует. Поэтому сторона защиты, в данных ситуациях, незамедлительно должна заявлять ходатайство о про­ведении той или иной экспертизы, рассмотреть и разрешить ко­торое в силу ст.121 УПК РФ следователь обязан незамедлитель­но с вынесением постановления. В случае отказа в удовлетворе­нии заявленного ходатайства, постановление следователя подле­жит обжалованию в суде в порядке ст.125 УПК РФ.[[42]](#footnote-42)

В том же случае, если следователь своим постановлением все же назначил судебную экспертизу, то сторона защиты, при со­вершении указанных действий следователя, должна обращать внимание, в первую очередь, на законность и обоснованность процессуального оформления постановления следователи о на­значении судебной экспертизы, а также на обеспечение со сторо­ны следователя реализации прав участников уголовного судопроизводства со стороны защиты при назначении и производстве судебной экспертизы. Аналогичные действия сторона защиты должна предпринимать и в тех случаях, когда судебная эксперти­за была назначена не по ее ходатайству, а по инициативе следо­вателя.[[43]](#footnote-43)

Итак, признав необходимым назначение судебной экспертизы, следователь выносит об этом постановление, в котором обяза­тельно указываются дата и место его вынесения, кем вынесено и по какому уголовному делу. Указывается также уровень экспер­тизы, ее класс, род, вид или подвид. Специально оговаривается, если экспертиза назначается не первичная, а дополнительная, по­вторная, комиссионная или комплексная.

Далее следователь в своем постановлении обязан указать ос­нования назначения судебной экспертизы, а именно вкратце из­ложить фактические обстоятельства уголовного дела, установ­ленные на момент назначения судебной экспертизы конкретные обстоятельства, для установления которых требуются специаль­ные знания. Иными словами, следователь должен мотивировать в постановлении свое решение о необходимости назначения судеб­ной экспертизы. Далее указывается само решение следователя о назначении экспертизы, и только затем фиксируется наименова­ние экспертного учреждения, если экспертиза будет произво­диться в экспертном учреждении, или конкретные фамилия, имя, отчество лица, назначенного самим следователем в качестве экс­перта, если экспертиза назначена для производства вне эксперт­ного учреждения.

Затем следователь фиксирует в постановлении вопросы, по­ставленные для разрешения перед экспертом, и указывает, какие именно материалы уголовного дела предоставляются в распоря­жение последнего.

Следует отметить, что закон по ряду обстоятельств, перечис­ленных в ст.196 УПК РФ, требует обязательного проведения су­дебной экспертизы, от назначения которой следователь укло­ниться не может. К таким обстоятельствам относятся установле­ние причин смерти; характера и степени вреда, причиненного здоровью; психического или физического состояния подозревае­мого, обвиняемого, когда возникает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и закон­ные интересы в уголовном судопроизводстве; психического или физического состояния потерпевшего, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, и давать показания; воз­раста подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, когда это имеет значение для уголовного дела, а документы, подтверждающие его возраст, отсутствуют или вызывают сомнение.

Хотелось бы подчеркнуть то обстоятельство, что в определен­ных случаях без проведения судебной экспертизы не только не­возможно решить вопрос о признании лица судом виновным по предъявленному обвинению, но и принять решение о возбужде­нии уголовного дела либо отказе в его возбуждении. Это касает­ся, например, таких категорий дел, как изготовление, приобрете­ние, хранение, пересылка либо сбыт наркотических средств или психотропных веществ, хищение либо вымогательство последних; по ряду экологических преступлений, преступлений против безопасности движения и эксплуатации транспорта и пр.

Из положения ч.2 ст.146 УПК вытекает, что постановление следователя о возбуждении уголовного дела незамедлительно должно быть направлено прокурору для получения его согласия. К этому постановлению, в силу ч.4 указанной нормы, следовате­лем должны быть приложены материалы проверки сообщения о преступлении, а в случае производства отдельных следственных действий по закреплению следов преступления и установлению лица, его совершившего (осмотр места происшествия, освиде­тельствование, назначение судебной экспертизы) - соответст­вующие протоколы и постановления. Выходит, что до возбужде­ния уголовного дела следователь вправе вынести лишь постанов­ление о назначении судебной экспертизы. О производстве судеб­ной экспертизы на этом этапе в законе ничего не говорится. От­сюда напрашивается вывод о том, что судебная экспертиза до возбуждения уголовного дела может быть только назначена, но не проведена.

Кроме этого, производство судебной экспертизы, в силу главы 27 раздела 8 УПК РФ, относится к периоду предварительного расследования, которое может осуществляться только по возбуж­денному уголовному делу, и является следственным действием, которое осуществляется судебным экспертом по поручению сле­дователя, оформленного соответствующим постановлением. По­этому в том случае, если судебная экспертиза была проведена до возбуждения уголовного дела, то заключение такой экспертизы не может являться допустимым доказательством по делу по при­чине того, что была нарушена процедура получения такого дока­зательства.

Как тогда, при вышеуказанных обстоятельствах, должен ре­шаться вопрос, например, о признании того или иного вещества наркотическим средством, о количестве такого вещества, а сле­довательно, и вопрос о возбуждении уголовного дела за его при­обретение, хранение и пр. незаконные действия, указанные в диспозиции ст.228 УК РФ. Проводить судебную экспертизу до возбуждения уголовного дела, как то следует из закона, нельзя. Получается тупиковая ситуация, устроенная самим законом. По­пробуем разобраться в этом.

В материалах уголовных дел по делам данной категории не­редко можно встретить так называемые справки о первичном ис­следовании таких веществ на предмет их относимости к наркоти­ческим средствам. Проводит такое исследование, как правило, работник экспертно – криминалистического отдела управления внутренних дел. При этом последний не признается следователем даже специалистом. В справке такого работника указывается, от­носится или нет исследованное им вещество к наркотическим средствам и выводы, указанные в такой справке, являются основанием для решения вопроса о возбуждении уголовного дела ли­бо о его отказе. Но какими нормами и какого закона руководству­ется следователь, направляя вещество на так называемое первич­ное исследование, УПК РФ никаких положений на данный счет не содержит, ФЗ «О милиции», «О прокуратуре, «Об ОРД» также молчат о данной ситуации. Если более углубиться в рассматриваемый вопрос, то следует сказать и о том, что работник ЭКО УВД, который производит такое исследование, не предупрежда­ется следователем о какой – либо ответственности за дачу ложного заключения, поскольку он не наделяется статусом эксперта или специалиста. Кроме этого, если эксперт наделен законом полно­мочиями единолично вскрывать из упаковки, скрепленной под­писью понятых, присутствующих при изъятии этого вещества, поступившее на исследование вещество, то работник ЭКО УВД таких правомочий не имеет, что не исключает возможности ма­нипулирования этим работником всем содержимым, поступив­шим на так называемое первичное исследование, и возможной подмены последнего либо увеличение его количества.[[44]](#footnote-44)

Сторона защиты в таких случаях должна ставить вопрос о нарушении «чистоты» прохождения вещества от момента его изъятия до направления после первичного исследования на экспертизу.

Кроме того, если судебная экспертиза была назначена до воз­буждения уголовного дела, то, как правило, следователь в таких случаях игнорирует положение ч.3 ст.195 УПК, мотивируя это тем, что вне рамок возбужденного уголовного дела отсутствует правовой статус (подозреваемый, обвиняемый) конкретного лица, а следовательно, знакомить с постановлением о назначении су­дебной экспертизы некого, и разъяснять права, предусмотренные ст.198 УПК, некому.[[45]](#footnote-45)

Думается, данная позиция применима только в том случае, ес­ли в распоряжении следователя отсутствует конкретное лицо, в отношении которого, до решения вопроса о возбуждении уголов­ного дела, фактически осуществляется уголовное преследование на причастность к совершению того или иного преступления. В обратном же случае, следователь обязан выполнять требования ч.3 ст.195 УПК и составить протокол ознакомления данного ли­ца с постановлением о назначении судебной экспертизы, с разъяснением этому лицу прав, предусмотренных ст.198 УПК. При таких обстоятельствах со стороны следователя должна приме­няться процессуальная аналогия, не запрещенная нормами УПК, согласно которой конкретное так называемое «заподозренное» и совершении общественно –опасного деяния лицо имеет право пользоваться теми же правами при назначении судебной экспер­тизы, что и лицо, обладающее статусом подозреваемого или об­виняемого в рамках уголовного дела. В противном случае запрет со стороны следователя пользоваться «заподозренному» всеми правами, предусмотренными УПК при назначении судебной экспертизы, влечет в дальнейшем признание заключение эксперта недопустимым доказательством по делу.

При рассмотрении данного вопроса необходимо заострить внимание на следующих положениях уголовно – процессуального закона. Как уже было сказано, на основании п. 1 – 2 ч.1 ст.198 подозреваемый, обвиняемый, его защитник вправе знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, заявлять от­вод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экс­пертизы в другом экспертном учреждении. Но о каком праве на отвод может идти речь, если следователь знакомит перечислен­ных выше лиц с постановлением о назначении судебной экспер­тизы, в котором указано только лишь наименование экспертного учреждения, куда направляется постановление следователя для исполнения, а фигура конкретного эксперта возникает лишь после того, как руководитель экспертного учреждения, после полу­чения постановления следователя, поручит исполнение последне­го одному из работников данного экспертного учреждения. Сам же следователь узнает о личностных данных эксперта, которому было поручено проведение судебной экспертизы, лишь после то­го, как руководитель экспертного учреждения на основании ч.2 ст.199 УПК уведомит его об этом.

Получается, что подозреваемый, обвиняемый, его защитник, при ознакомлении с постановлением о назначении судебной экс­пертизы, могут лишь реализовать свое право заявлять ходатайст­во о производстве судебной экспертизы в другом экспертном уч­реждении либо в конкретном экспертном учреждении, либо хода­тайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных сто­роной защиты лиц, если сама экспертиза в указанном в постанов­лении следователя экспертном учреждении по тем или иным заявленным причинам проведена быть не может.[[46]](#footnote-46)

Поэто­му, как ни странно это будет звучать, но правом на отвод эксперту сторона защиты может воспользоваться лишь при ознакомле­нии с самим заключением эксперта, т.е. после того, как судебная экспертиза уже будет проведена конкретным экспертом. Остается только догадываться, с какой целью законодатель, таким образом, сконструировал данную норму закона, вредит ли она стороне защиты или играет на руку. И вообще, всегда ли следует стороне защиты, при установлении какого – либо основания для отвода эксперту, проявлять особую активность в устранении данного ненадлежащего субъекта при производстве самой экспертизы ли­бо ходатайствовать перед следователем о признании заключения эксперта недопустимым доказательством по делу после ознаком­ления с последним. Думается, при решении данного вопроса не­обходимо исходить из презумпции полезности конкретной экс­пертизы для стороны защиты.

Следует особо отметить, что назначение судебной экспертизы во время судебного разбирательства возможно лишь по тем об­стоятельствам, которые не являлись предметом исследования на стадии предварительного следствия. Однако на практике, если возникают подобные случаи, некоторые суды принимают, мягко говоря, очень хитроумные решения. Приведем пример.

При рассмотрении уголовного дела в отношении Ивана, обвиняе­мого в совершении преступления, предусмотренного ч.1 ст.105 и ч.1 ст.222 УК РФ, сторона защиты заявила суду ходатайст­во об исключении из числа доказательств заключение судебно – медицинской экспертизы трупа. Данное ходатайство было обосновано тем, что постановление о назначении судебной экс­пертизы было вынесено в рамках возбужденного уголовного дела следователем Степаном, не принявшим уголовное дело к своему произ­водству, как это требуется ст.156 УПК. Поэтому проведение всех следственных действий ненадлежащим субъектом уголов­ного судопроизводства признается недопустимым доказатель­ством по делу. Не является исключением и назначение таким следователем судебной экспертизы. Что сделал суд? Был вызван для дачи показаний судебный эксперт, который подтвердил в суде свои полномочия на право проведения судебной экспертизы. По ходатайству стороны обвинения суд вынес постановление о назначении судебно – медицинской экспертизы трупа. Судебный эксперт в свое новое заключение полностью переписал данные первоначального заключения и представил последнее суду. Сто­рона защиты, возразив на подобные незаконные действия суда, заявила повторное ходатайство об исключении заключения су­дебно – медицинской экспертизы из числа доказательств по делу. Суд удовлетворил заявленное ходатайство и исключил из числа доказательств заключение эксперта, оформленное на стадии предварительного следствия, оставив при этом в силе заключе­ние, оформленное экспертом во время судебного разбирательст­ва уголовного дела. Такие действия суда являются противоза­конными, поскольку суд вынес постановление о назначении судебно – медицинской экспертизы именно трупа, но которая фактически проводилась экспертом по документам, в случае обви­нительного приговора в отношении Ивана, сторона защиты использовала бы данное обстоятельство в качестве довода для отме­ны приговора. По данному уголовному делу это сделать не пона­добилось по причине вынесения судом в отношении Ивана оправда­тельного приговора.

В рамках рассматриваемой темы необходимо обратить внима­ние и на следующие моменты, используя при этом познания не только в области уголовно – процессуального законодательства, регулирующего вопросы производства судебной экспертизы, но ФЗ «О государственной судебно –экспертной деятельности в Рос­сийской Федерации» от 31.05.2001 г., а также инструкцию Мин­здрава РФ № 161 от 24.04.2003 г. «По организации и производст­ву экспертных исследований в бюро судебно – медицинской экспертизы».

Так на основании ч.2 ст.199 УПК следует, что руководитель экспертного учреждения после получения постановления следо­вателя о назначении судебной экспертизы поручает производство последней конкретному эксперту или нескольким экспертам из числа работников данного учреждения и уведомляет об этом следователя. При этом руководитель экспертного учреждения, за исключением руководителя государственного судебно – эксперт­ного учреждения, разъясняет эксперту его права и ответствен­ность, предусмотренные ст.57 УПК. Здесь хотелось бы обратить внимание на то обстоятельство, что вышеуказанная норма преду­сматривает неравные процессуальные правомочия для экспертов государственных и негосударственных экспертных учреждений. Если правомочия эксперта негосударственного экспертного уч­реждения, в силу ч.2 ст.199 УПК, определяются только положе­ниями ч.3 ст.57 УПК, то правомочия для эксперта государствен­ного судебно – экспертного учреждения помимо правомочий, за­крепленных в ч.3 ст.57 УПК, предусмотрены также дополнительные правомочия, зафиксированные в ст.17 ФЗ «О государст­венной судебно – экспертной деятельности в РФ».

Кроме этого, если руководитель негосударственного эксперт­ного учреждения разъясняет своему эксперту только лишь права и ответственность, предусмотренные ч.ч.3, 5, 6 ст.57 УПК, при­чем ч.2 ст.199 УПК не обязывает, а лишь предусматривает последнего совершать эти действия, то руководитель государственного судебно – экспертного учреждения, в силу ст.14 ФЗ «О государственной судебно – экспертной деятельности в РФ», уже обязан не только разъяснять эксперту или комиссии экспертов их права, но и их обязанности, предусмотренные ст.16 одноименного за­кона, а также запреты, установленные ч.4 ст.57 УПК.

Исходя из положений ч.2 ст.199 УПК можно сделать вывод о том, что эксперт негосударственного экспертного учреждения обладает лишь правами, предусмотренными ч.3 ст.57 УПК, и предупреждается об ответственности, установленной для данного эксперта в ч.ч. 5 – 6 ст.57 УПК, в связи с чем особо следует под­черкнуть то обстоятельство, что ч.2 ст.199 УПК предписывает разъяснять эксперту негосударственного экспертного учреждения исключительно только его права и ответственность по ст. ст. 307, 310 УК РФ, о чем письменно оформляется и фиксируется подпи­сью эксперта соответствующий документ, который затем руково­дителем экспертного учреждения направляется следователю и приобщается последним к материалам уголовного дела. А то, что делать эксперт не вправе при производстве судебной экспертизы, т.е. то, что запрещено ч.4 ст.57 УПК, о разъяснении эксперту данного положения закона и оформления на данный счет пись­менного документа, об этом ч.2 ст.199 УПК умалчивает. Из чего следует, что эксперт негосударственного экспертного учрежде­ния без ведома следователя может вести переговоры с участни­ками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы; самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования; проводить без разре­шения следователя исследования, могущие повлечь полное или частичное уничтожение объектов либо изменение их внешнего вида или основных свойств; уклоняться от явки по вызовам сле­дователя. А поскольку отдельного ФЗ «О негосударственной экс­пертной деятельности в РФ», в котором бы прописывались ука­занные запреты, как это сделано в ФЗ для государственных су­дебных экспертов, не существует, и УПК не предусматривает для эксперта негосударственного экспертного учреждения обязатель­ного разъяснения ему установленных в ч.4 ст.57 запретов, то положение эксперта негосударственного экспертного учреждения при производстве экспертизы более чем завидное. Поэтому если руководитель негосударственного экспертного учреждения по собственной инициативе не оформит письменный документ, в котором разъяснит эксперту положения ч,4 ст.57 УПК, то отсутствие такого документа нельзя признать, как невыполнение обя­занностей руководителем негосударственного экспертного учреждения, возложенных на последнего ч.2 ст.199 УПК, поскольку данная норма, как об этом уже говорилось, предусматривает лишь правомочия последнего по разъяснению эксперту его прав и предупреждение об ответственности по ст. ст.307, 310 УК РФ. Из чего следует, что ели эксперт негосударственного экспертного учреждения не дал подписку не совершать все те действия, пере­чень которых предусмотрен в ч.4 ст.57 УПК, а в процессе производства экспертизы, скажем, вел переговоры с участниками уголовного производства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы, то само заключение эксперта по причине возникших сомнений в его объективности будет поставлено под сомнение со всеми вытекающими отсюда последствиями для данного заключения, как доказательства по делу. Сам же эксперт избежит в этом случае любой ответственности, поскольку не­большое упущение в законе, в частности в ч.2 ст.199 УПК, не позволит привлечь эксперта к таковой.

Если же обратиться к приложению № 117 ст.476 УПК, содер­жащему форму бланка постановления о назначении судебной экспертизы, то в последнем говорится уже о разъяснении любому эксперту не только прав, но и его обязанностей, предусмотрен­ных только ст.57 УПК, а также предупреждение об уголовной ответственности эксперта почему – то только по ст.307 УК РФ за дачу заведомо ложного заключения.

Рассмотрим теперь вариант, когда судебная экспертиза прово­дится вне экспертного учреждения. В этом случае следователь на основании ч.4 ст.199 УПК самолично обязан вручить постанов­ление и необходимые материалы эксперту и разъяснить ему пра­ва и ответственность, предусмотренные ст.57 УПК. При этом следует отметить, что форма бланка приложения №117 соответ­ствует данной норме закона, поскольку в последнем напрямую предусмотрено ознакомление самим следователем в самом по­становлении о назначении судебной экспертизы уже конкретно­го, назначенного опять же самим следователем, эксперта с его правами, обязанностями и ответственностью. В данном случае стороне защиты достаточно проверить в постановлении о назна­чении судебной экспертизы присутствие подписи эксперта о разъяснении ему его прав и обязанностей, предусмотренных ст.57 УПК и ответственности, предусмотренной ст. ст.307, 310 УК РФ.[[47]](#footnote-47)

Далее необходимо обратиться к обсуждению вопроса о добро­вольном и принудительном помещении подозреваемого или об­виняемого в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы.

Согласно ст.28 ФЗ «О государственной судебно – экспертной деятельности в РФ» судебная экспертиза в отношении живых лиц может производиться в добровольном или принудительном по­рядке. В случае, если судебная экспертиза производится в добро­вольном порядке, в государственное судебно – экспертное учреж­дение должно быть представлено письменное согласие лица под­вергнуться судебной экспертизе. Из данного положения закона следует, что следователь, перед тем как возбудить перед судом ходатайство о принудительном направлении на судебную экспертизу подозреваемого или обвиняемого, обязан предложить лицу добровольно согласиться участвовать в производстве судебной экспертизы. И только после того, как будет получен отказ от по­дозреваемого или обвиняемого написать заявление о доброволь­ном согласии участвовать в производстве судебной экспертизы, следователь вправе направить в суд соответствующее ходатайст­во уже о принудительном направлении этого лица на экспертизу. Порядок принудительного направления и помещения подозре­ваемого или обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар для производства той или иной экспертизы регулиру­ется нормами, как уголовно – процессуального законодательства, так и ФЗ «О государственной судебно – экспертной деятельности в РФ».

Из положения ч.1 ст.203 УПК следует, что если при назначе­нии или производстве судебно – медицинской либо судебно – психиатрической экспертизы возникает необходимость в стацио­нарном обследовании подозреваемого или обвиняемого, то он может быть помещен в медицинский или психиатрический ста­ционар. Помещение в один из указанных стационаров различно по своему содержанию в отношении лиц содержащихся и не со­держащихся под стражей. Так, на основании ч.2 ст.203 УПК, подозреваемый или обвиняемый, не содержащийся под стражей, помещается в медицинский или психиатрический стационар для производства экспертизы на основании судебного решения, при­нимаемого в порядке, установленном ст.165 УПК. Данная норма закона вытекает из положения п.3 ч.2 ст.29 УПК, согласно ко­торому только суд на стадии предварительного следствия право­мочен принять решение о помещении подозреваемого или обви­няемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства экспертизы. В связи с чем законом предусмотрена специальная процедура оформления такого помещения, согласно которой следователь должен перед судом возбудить ходатайство о помещении подозреваемого или обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар, о чем выносится соответствующее постановление. Данное поста­новление перед направлением его в суд должно быть в обяза­тельном порядке в силу ч.1 ст.165 УПК санкционировано прокурором.[[48]](#footnote-48)

Ходатайство следователя о помещении подозреваемого, обви­няемого в стационар для производства экспертизы подается в районный суд по месту производства предварительного следст­вия и рассматривается судьей единолично не позднее 24 часов с момента поступления указанного постановления. При этом, на основании ч.3 ст.165 УПК, в данном судебном заседании вправе участвовать прокурор и следователь. Для лица, находящегося в статусе обвиняемого и его защитника, такое право также преду­смотрено п.16 ч.4 ст.47 УПК. Подозреваемый же вправе лишь ознакомиться с уже состоявшимся судебным решением по дан­ному вопросу и в случае необходимости обжаловать последнее в вышестоящий суд в течение 10 суток, исчисляемых со дня озна­комления подозреваемого с данным судебным решением.[[49]](#footnote-49)

Сторона защиты в лице обвиняемого и его защитника, если судья рассмотрел ходатайство следователя без участия сторон, должна в первую очередь ознакомиться не только с постановле­нием судьи, но и обязательно проверить, велся ли протокол су­дебного заседания. Очень часто на практике встречаются случаи, когда суд в случаях, предусмотренных п.п. 4 – 9 и 11 ч.2 ст.29 УПК, при единоличном рассмотрении судьей ходатайства следо­вателя о производстве того или иного следственного действия, не ведет протокол судебного заседания. Поэтому в том случае, если такового не окажется, а решение суда будет не в пользу стороны защиты, обязательно подать кассационную жалобу на указанное постановление, изложив в последней любые доводы к его отмене, кроме ссылок на отсутствие протокола судебного заседания, о котором необходимо будет заявить только в самой кассационной инстанции при непосредственном рассмотрении жалобы, в про­тивном случае судья незамедлительно исправит свою оплош­ность. Отсутствие же протокола судебного заседания в силу п.11 ч.2 ст.381 УПК является безапелляционным основанием отмены судебного решения.[[50]](#footnote-50)

Состоявшееся судебное решение по данному вопросу также будет подлежать отмене, если суд не уведомит обвиняемого и его защитника о дате и времени судебного заседания. Нарушение прав обвиняемого на личное присутствие в суде при рассмотре­нии ходатайства следователя о помещении обвиняемого в ста­ционар для производства соответствующей экспертизы должно будет являться одним из первоочередных оснований к отмене судебного решения.

Участвуя же в самом судебном заседании, сторона защиты в своих возражениях на решение следователя о принудительном помещении обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы, должна пред­ставить свои доводы, в опровержение позиции следователя, о том, почему ходатайство последнего надлежит суду оставить без удовлетворения. В том случае, если указанное ходатайство будет удовлетворено, то суд в своем постановлении обязан будет моти­вировать, почему доводы стороны защиты были отвергнуты. Если последнего не произойдет, то постановление судьи также бу­дет подлежать отмене, как незаконное и необоснованное.[[51]](#footnote-51)

Если обратиться к содержанию ФЗ «О содержании под стра­жей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», то можно обнаружить, что ст.6 этого закона предусматривает положение о том, что содержащиеся под стражей подозреваемые, обвиняемые пользуются правами, свободами и несут обязаннос­ти, установленные для граждан РФ, с ограничениями, предусмот­ренными данным законом и иными федеральными законами. Ка­ких – либо ограничений прав содержащегося под стражей лица, относительно принудительного его направления в стационар для производства экспертизы, данный закон не содержит. На основа­нии ч.3 ст.55 Конституции РФ права и свободы человека могут быть ограничены федеральным законом, а из положения ч.1 ст.46 Основного закона следует, что каждому гарантируется су­дебная зашита его прав и свобод. Любое принуждение является ограничением прав и свобод лица. И если одно ограничение свя­зано с лишением свободы лица, т.е. с заключением его под стражу на стадии предварительного следствия, что предусмотрено уголовно –процессуальным законодательством, то это не должно означать применение со стороны именно следователя в отноше­нии лица, уже находящегося под стражей, дополнительных огра­ничений прав и свобод последнего, связанных с принудительным помещением в медицинский или психиатрический стационар, которые могут быть ограничены только судебным решением.

Необходимо также отметить то обстоятельство, что хо­тя судебная экспертиза может быть назначена и до возбужде­ния уголовного дела, но помещение лица в медицинский или психи­атрический стационар может быть осуществлено исключи­тельно в рамках уже возбужденного уголовного дела, поскольку в ст.203 УПК речь идет о помещении в тот или иной стационар именно подозреваемого или обвиняемого, данный статус кото­рого может возникнуть лишь после вынесения следователем по­становления о возбуждении уголовного дела.

На основании п.6 ч.1 ст.198 УПК подозреваемый, обвиняе­мый, его защитник вправе знакомиться с заключением эксперта. Поэтому следователь при получении из экспертного учреждения заключения эксперта обязан на основании ст.206 УПК реализо­вать указанное право и незамедлительно ознакомить сторону за­щиты с поступившим заключением, о чем должно быть составле­но соответствующее постановление. А так как заключение экс­перта относится к числу доказательств по уголовному делу, то стороне защиты необходимо тщательным образом ознакомиться с таким заключением.[[52]](#footnote-52)

Поскольку заключение эксперта – это представленные в пись­менном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим производство по уголовному делу, то, получив возможность ознакомиться с за­ключением эксперта, стороне защиты целесообразнее всего ксе­рокопировать данные материалы уголовного дела. Как показыва­ет практика, наличие на руках копии заключения эксперта позво­ляет стороне защиты начать работу по опровержению выводов эксперта, содержащихся в заключении, если, конечно, данные выводы по тем или иным основаниям не устраивают сторону за­шиты. Однако сторона защиты, при осуществлении права, преду­смотренного п.13 ч.4 ст.47 УПК, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств, может столкнуться с противодействием со стороны сле­дователя при реализации данного права.

Так, например, при расследовании уголовного дела по обвине­нию Ивана в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст.264 УК РФ, были проведены судебная автотехническая и судебная трасологическая экспертизы. При ознакомлении с заклю­чениями указанных экспертиз сторона защиты в лице обвиняе­мого и его адвоката заявила ходатайство следователю о пре­доставлении возможности ксерокопировать данные материалы уголовного дела. Однако следователь, отказывая в удовлетворе­нии заявленного ходатайства, указал в своем постановлении, что снимать копии с материалов уголовного дела допускается только на стадии выполнения требований ст.217 УПК, т.е. при ознакомлении по окончании предварительного следствия со все­ми материалами уголовного дела и, кроме этого, как было указа­но в постановлении, выдавать копии заключения эксперта в пе­риод предварительного следствия не предусмотрено положе­ниями главы 27 УПК, регулирующей вопросы производства су­дебной экспертизы.

Указанное постановление было обжаловано в порядке ст.125 УПК в суде. Суд, удовлетворяя жалобу адвоката, мотивировал свое решение тем, что обвиняемый на стадии предварительного следствия вправе снимать за свой счет копии с материалов уго­ловного дела, в том числе и с помощью технических средств, ес­ли материалы уголовного дела были представлены обвиняемому для ознакомления самим следователем в целях реализации прав обвиняемого, предусмотренных ч.4 ст.47 УПК. Кроме иного, в постановлении судьи было укачано на то обстоятельство, что п.13 ч.4 ст. 47 УПК не конкретизирует момент реализации ука­занного права обвиняемым. Следовательно, данное право может быть осуществлено обвиняемым в период предварительного следствия, в том числе и при ознакомлении с заключением экс­перта.

Всегда следует помнить о том, что хотя при производстве су­дебной экспертизы экспертом применяются специальные позна­ния различных отраслей науки и техники, которыми не обладают юристы, участвующие в производстве по уголовному делу, и вы­воды, которые делает эксперт в своем заключении, во многом способствуют установлению фактических обстоятельств уголов­ного дела и дают возможность правильно применить уголовно – правовую квалификацию содеянного, однако заключение эксперта не являются догмой, его нельзя рассматривать как доказатель­ство, которое имеет какое – либо преимущество перед другими до­казательствами, перечень которых определен в ч.2 ст.74 УПК. Оно может быть по различным основаниям оспорено стороной защиты.[[53]](#footnote-53)

Согласно ч.1 ст.88 УПК каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения его относимости, допустимости и достоверности. Заключение эксперта должно также подвергаться про­верке на предмет его относимости, допустимости и достовернос­ти в качестве доказательства и оцениваться в совокупности с дру­гими доказательствами для решения вопроса о виновности либо причастности лица в инкриминируемом ему преступлении.

Кроме этого, достоверность заключения эксперта должна оце­ниваться исходя из полноты проведенного исследования, приме­ненной экспертом методики исследования, конкретики и опреде­ленности выводов на поставленные перед экспертом вопросы. Несомненно, эксперт в заключении должен конкретно и недву­смысленно дать ответы на поставленные вопросы. Но всегда ли такой подход к оценке заключения эксперта будет оправдан для установления фактических обстоятельств уголовного дела и осо­бенно в тех случаях, когда предположительные выводы эксперта говорят в пользу позиции стороны зашиты.[[54]](#footnote-54)

Так, в рамках расследования уголовного дела, возбужденного по факту ДТП, водитель Иван, автомобиль которого стал причи­ной причинения вреда здоровью четырем лицам, в своих показа­ниях заявил о том, что во время управления транспортным средством внезапно потерял сознание, в результате чего управ­ление автомобилем было потеряно. Для подтверждения или оп­ровержения показаний водителя Ивана была назначена комиссион­ная судебно – медицинская экспертиза, которая установила, что Иван страдает следующими заболеваниями: остеохондрозом и спондилоартрозом шейного отдела позвоночника на фоне клиновидной деформации тела 5 шейного позвонка. Установленные изменения в шейном отделе позвоночника оказали выраженное негативное влияние на кровоснабжение головного мозга. Сниже­ние кровотока и дефицит кровоснабжения соответствующих отделов головного мозга человека характеризуется вестибуляр­ными, координаторными нарушениями с головокружением, рас­стройством статики, координации движения, потемнением в глазах, нередко отмечаются также изменения уровня сознания, вплоть до его утраты.

На основании вышеизложенного, экспертная комиссия сдела­ла вывод о том, что не исключается возможность возникнове­ния у Ивана клинического эпизода, сопровождавшегося изменением уровня сознания, дезориентацией и нарушением координации движения, что могло воспрепятствовать адекватной оценке водителем дорожной обстановки и управлению автомобилем.

Выводы указанного заключения говорят о том, что эксперты уклончиво ответили на поставленные перед экспертизой вопросы о том: «Мог ли водитель Иван при наличии каких – либо заболеваний внезапно потерять сознание? Могли ли какие-либо заболевания Ивана повлечь физическое состояние непосредственно перед ДТП с нарушением ориентации, о которой свидетельствовал Иван?». Од­нако хотя эксперты и не дали однозначного ответа на поставлен­ные вопросы, но данные выводы трудно было проигнорировать стороне обвинения и не принять во внимание при решении во­проса о виновности водителя в ДТП. Данные выводы пусть даже косвенно, но подтверждали показания Ивана. Кроме этого, согласно ч.3 ст.14 УПК все сомнения в виновности обвиняемого толку­ются в пользу последнего.

В любом случае, с каким бы заключением эксперта не столк­нулась сторона зашиты, необходимость проведения сравнитель­ного анализа заключения эксперта с другими собранными, как стороной обвинения, так и стороной защиты по делу доказатель­ствами должно иметь место, поскольку нередки случаи, когда само заключение эксперта безупречно с точки зрения его процес­суального оформления в уголовном деле, но выводы эксперта противоречат другим доказательствам, также надлежащим обра­зом оформленным в рамках производства по уголовному делу. Поэтому заключение эксперта не должно иметь никаких пре­имуществ перед другими доказательствами, собранными по делу, а должно подвергаться обязательной проверке и оценке по пра­вилам, установленным ст. ст.87 – 88 УПК РФ.

По делу может быть также назначена комиссионная или комплексная экспертиза. Вид одной из таких экспертиз должен определяться в зависимости от того, ка­кие задачи и цели преследуют органы следствия или суд, назна­чая такую экспертизу.

Так, при недостаточной ясности или полноте заключения экс­перта, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела может быть назначена дополнительная судебная экспертиза, производство которой, в силу ч.1 ст.207 УПК, поручается тому же эксперту или другому эксперту.

В случаях возникновения сомнений в обоснованности заклю­чения эксперта или наличия противоречий и выводах эксперта или экспертов по тем же вопросам на основании ч.2 ст.207 УПК может быть назначена повторная экспертиза, производство кото­рой поручается другому эксперту.

Комиссионная судебная экспертиза должна производиться не менее чем двумя экспертами одной специальности, а в комплекс­ной судебной экспертизе принимают участие эксперты разных специальностей.

Комиссионная или комплексная экспертиза может быть как первичной, так и дополнительной или повторной.

При дополнительной или повторной экспертизе должен со­блюдаться тот же процессуальный порядок ее назначения, произ­водства и оформления, что и при назначении и проведении пер­вичной судебной экспертизы. Из чего следует, что такие экспер­тизы назначаются и производятся в соответствии со статьями 195 – 205 УПК РФ.

Сторона защиты должна помнить о том, что заключение эксперта, по своему процессуальному оформлению являющееся не­допустимым доказательством по делу, не может быть положено не только в основу предъявленного обвинения, но и использо­ваться вообще для доказывания любого из обстоятельств, преду­смотренных ст.73 УПК, что означает следующее. Если сторона защиты выяснит то обстоятельство, что заключение эксперта не отвечает требованиям УПК и промолчит об этом, принимая во внимание, что выводы эксперта сделаны в пользу обвиняемого и достоверность таких выводов не вызывает сомнения, то такая по­зиция поставит под удар оправдательный приговор, если таковой будет вынесен по делу. В данном случае речь идет о таком поня­тии, как асимметрия правил о допустимости доказательств, когда сторона обвинения получает доказательство с нарушением закона, но содержание такого доказательства для стороны зашиты не вызывает сомнения в его достоверности. Думается, если доказа­тельство получено с нарушением закона, оно должно признавать­ся недопустимым несмотря на то, в пользу какой из сторон, об­винения или защиты, содержится результат в таком доказатель­стве. Оно должно быть исключено из числа доказательств по де­лу и не должно использоваться в процессе доказывания по уго­ловному делу.[[55]](#footnote-55)

Сторона защиты должна выявлять нарушение закона в оформ­лении доказательств, собранных по делу стороной обвинения и добиваться признания таких доказательств недопустимыми и особенно в тех случаях, когда такое доказательство необходимо исключить в пользу стороны защиты.

Сторона защиты в лице адвоката, в силу п.3 ч.1 ст.53 УПК, также вправе привлечь специалиста, в соответствии со ст.58 УПК, для участия в уголовном судопроизводстве, но адвокат будет вправе разъяснить лицу, привлекаемому в качестве специа­листа до момента совершения последним каких – либо действий, лишь его статус и права, предусмотренные только ч.1, п.1 ч.3 ст.58 УПК. А поскольку адвокат на основании п.4 ч.3 ст.6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» вправе привлекать специалиста лишь на договорной основе и вне рамок производства следователем каких – либо следственных действий, то, соответственно, правомочия специалиста и его ответствен­ность, предусмотренные п.п. 2 – 4 ч.3 и ч.4 ст.58 УПК при взаи­моотношениях с адвокатом отсутствуют.[[56]](#footnote-56)

Из чего следует, что адвокат, заключая соглашение с лицом, которое выбрано в качестве специалиста, вправе предусмотреть в таком соглашении определенные права, обязанности для специа­листа и его ответственность. Но последняя не будет носить уго­ловно – правового характера, а будет ограничиваться только граж­данско-правовыми отношениями.

Статусом специалиста, исходя из смысла п.3 ч.1 ст.53 и ч.1, п.1 ч.2 ст.58 УПК, лицо, обладающее специальными познания­ми, станет обладать лишь после подписания соответствующего договора с адвокатом – участником уголовного судопроизводства по конкретному уголовному делу.

После получения заключения специалиста по интересующим адвоката вопросам, последнее, путем заявленного следователю ходатайства, может быть приобщено к материалам уголовного дела. В этом случае целесообразнее всего адвокату в ходатайстве указать не только просьбу о приобщении заключения специалис­та к материалам уголовного дела, но и просьбу о допросе специа­листа следователем под протокол следственного действия. В слу­чае удовлетворения заявленного стороной зашиты ходатайства и приобщения следователем заключения специалиста к материалам дела, последнее, с этого момента, будет являться официальным, в силу п.1 ч.1 ст.74 УПК, доказательством по делу. При этом следует особо отметить то обстоятельство, что к заключению специалиста закон не выдвигает каких – либо особых требований, как это предусмотрено к заключению эксперта. В связи с чем вопрос о допустимости заключения специалиста в качестве доказательства по делу может возникнуть лишь при рассмотре­нии вопроса о правильном его процессуальном приобщении следователем к материалам дела. Из чего следует, что для того, что­бы заключение специалиста было допустимым доказательством по делу, в материалах уголовного дела должно находиться поста­новление следователя о приобщении заключения специалиста к материалам уголовного дела в качестве доказательства, представ­ленного стороной защиты в порядке ч.3 ст.86 УПК РФ.

Показания специалиста, зафиксированные в протоколе его до­проса, также не будут лишними, поскольку в силу п.3 ч.1 ст.74 УПК являются доказательством по делу.

# ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Заканчивая данную тему мне кажется целесообразным сказать в заключении о том чтобы вопрос о привлечении адвокатов к ответственности был изъят из компетенции тех конкретных работников правоохранительных органов, с которыми данный адвокат сталкивается по конкретному делу. Целесообразно ввести в законодательство в качестве гарантии профессиональной независимости адвоката норму, запрещающую органу, в непосредственном ведении которого находится дело, по которому адвокат осуществляет защиту, проводить в отношении этого адвоката проверку и возбуждать против него административное или уголовное преследование. Если же в действиях адвоката содержится административное или уголовно наказуемое правонарушение, то вопрос о привлечении его к ответственности необходимо согласовывать с президиумом коллегии адвокатов, без согласия которой привлечение к ответственности не должно иметь место.

Отсутствие гарантий профессиональной неприкосновенности адвоката, опасающегося "отмщения" со стороны своего непосредственного процессуального противника, является одним из факторов неэффективной защиты.

Право на защиту – это реальная возможность получения квалифицированной юридической помощи. Защитник должен следить за правильным соблюдением всех процессуальных правил, что позволяет уже с момента задержания следить за соблюдением прав подзащитного и не допускать в отношении него нарушений закона.

С момента образования суверенного Российского государства в 1991 г. Соблюдение прав на защиту прошло эволюционный путь, т.к. до 1991 г. У обвиняемого защитник появлялся на момент окончания предварительного следствия. В 1992 г. Были внесены изменения в УПК[[57]](#footnote-57), которые допустили защитника с момента предъявления обвинения или объявления протокола о задержании в порядке ст. 122 УПК (т.е. как подозреваемого), что указывало на стремление государства следовать курсом на построение демократического общества, где защита прав человека гарантирована законом, т.к. пока задержанный остаётся без защиты, происходят многочисленные нарушения (недозволенные методы допроса, очные ставки и другие процессуальные действия с нарушением закона и т.д.).

Дабы не допустить дальнейшего развития подобных социально опасных действий, которые могли спровоцировать социальный взрыв, и были внесены изменения в УПК. Которые в целом, соответствовали международной практике. Право на защиту содержится во многих международных правовых актах и активно применяется. Это такие акты, как: Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.; Пакт о правах человека, принятый 16 декабря 1966 г. Генеральной Ассамблеей ООН. Эти положения также были закреплены в Декларации прав и свобод человека и гражданина от 22 ноября 1991 г., принятой в Российской Федерации.

Всеми этими актами обусловлено участие адвоката в качестве защитника обвиняемого, подозреваемого, подсудимого. Права, которыми наделяется адвокат для выполнения своих обязанностей, входят в качестве составной части в содержание права на защиту.

Таким образом, правовая база для деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве основана на международном праве, Конституции Российской Федерации и развитом текущем законодательстве, что позволит эффективно осуществлять защиту прав и свобод граждан и в конечном итоге способствовать правосудию – справедливо разрешать уголовные дела.

# СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Постановление Правительства РФ "Об оплате труда адвокатов за счет государства" от 07.10.93

В. Вязов. Адвокатура вчера и завтра. ("Юридический вестник", N 9, 1994).

Конституция РФ.

Уголовно – процессуальный кодекс РФ. – М., 2004.

ФЗ “Об адвокатской деятельности и адвокатуре” от 31.05.2002 №63-ФЗ

ФЗ ”О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений” от 15.07.1995г. №103-ФЗ (в ред. Федеральных законов от 21.07.1998 №117-ФЗ, от 09.03.2001 №25-ФЗ) (с изм., внесёнными Постановлением Конституционного Суда РФ от 25.10.2001 №14-П)

Гринченко А.В. Адвокатура в Российской Федерации: Учеб. пособие / под. ред. А.В. Гриненко. – М.: ТК Велби, 2003. – 424 с.

Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура РФ: Учебник / М.Б. Смоленский. – Ростов н/Д.: Феникс, 2003. – 371 с.

Ю.И.Стецовский. Уголовно-процессуальная деятельность защитника, «Юридическая литература». – М.: 1999. – 230 с.

А.Лобанов “Участие защитника в следственных действиях” // Законность, 1995. - №6

Г.Козырев “Роль адвоката в судебном контроле за арестами” // Российская юстиция, 1995. - № 6

Р.Лисицин “Участие защитника подозреваемого в доказывании” // Законность, 1996. - №5

А.Лобанов “Оценка защитником допустимости доказательств” // Законность, 1995. - №11

Ю.Лубнев “ Защита подсудимого - высокий профессионализм” //Российская юстиция, 1997. - № 4

Дятлов О.В. «права обвиняемого» - учебник / О.В. Дятлов . – С.П.: 1999. – 385 с.

Информационно – поисковая система: Консультант Плюс: Версия Проф.

Качалова О.В. Адвокатура в РФ. Схемы и комментарии: учебное пособие / О.В. Качалова. – М.: Приор, 2002. – 234 с.

Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / под ред. Питулько К.В., Коряковцева В.В. – СПб., 2002. – 304 с.

Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 616 с.

Научно – практический комментарий к УПК РФ / Под ред. П.Н. Панченко. – Н.Н., 2003. – 624 с.

Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда РФ по уголовным делам / Под ред. С.Г. Ласточкина, Н.Н. Хохлова. – М., 2003. – 696 с.

Стецовский Ю.И. судебная власть М., 1999. – 369 с.

1. Стецовский Ю.И. Судебная Власть. М., 1999. – 150 с. [↑](#footnote-ref-1)
2. Я.С. Киселев Сборник статей «Вопросы защиты по уголовным делам», Изд. Ленингр. Университета, 1997. – 49 с. [↑](#footnote-ref-2)
3. Я.С. Киселев Сборник статей «Вопросы защиты по уголовным делам», Изд. Ленингр. Университета, 1997. – 64 с. [↑](#footnote-ref-3)
4. Руководство для следователей / Под ред. Селиванова Н.А. – М., 1998. – 110 с. [↑](#footnote-ref-4)
5. там же [↑](#footnote-ref-5)
6. Р. С. Белкин Профессия – следователь М., 1998. – 144 с [↑](#footnote-ref-6)
7. М. Чельцов – Бебутов О проверке доказательства «Вестник советской юстиции», СПб., 1996. – 178 с. [↑](#footnote-ref-7)
8. А.А. Леви, Г.И. Пичкалева, Н.А. Селиванова Получение и проверка показаний следователем / М., "Юридическая литература", 1997. – 92 с. [↑](#footnote-ref-8)
9. Р. С. Белкин Профессия – следователь М., 1998. – 104 с. [↑](#footnote-ref-9)
10. Гринченко А.В. Адвокатура в Российской Федерации: Учеб. пособие / под. ред. А.В. Гриненко. – М.: ТК Велби, 2003. – 240 с. [↑](#footnote-ref-10)
11. А.Лобанов “Участие защитника в следственных действиях” // Законность, 1995. - №6 [↑](#footnote-ref-11)
12. А.Лобанов “Оценка защитником допустимости доказательств” // Законность, 1995. - №11 [↑](#footnote-ref-12)
13. Там же [↑](#footnote-ref-13)
14. Дятлов О.В. «права обвиняемого» - учебник / О.В. Дятлов . – С.П.: 1999. – 135 с [↑](#footnote-ref-14)
15. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 616 с. [↑](#footnote-ref-15)
16. А.А. Леви, Г.И. Пичкалева, Н.А. Селиванова Получение и проверка показаний следователем / М., "Юридическая литература", 1997. – 202 с. [↑](#footnote-ref-16)
17. Дятлов О.В. «права обвиняемого» - учебник / О.В. Дятлов . – С.П.: 1999. – 385 с. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ю.Лубнев “ Защита подсудимого - высокий профессионализм” //Российская юстиция, 1997. - № 4 [↑](#footnote-ref-18)
19. Гринченко А.В. Адвокатура в Российской Федерации: Учеб. пособие / под. ред. А.В. Гриненко. – М.: ТК Велби, 2003. – 265 с. [↑](#footnote-ref-19)
20. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 616 с. [↑](#footnote-ref-20)
21. Руководство для следователей / Под ред. Селиванова Н.А. – М., 1998. – 109 с. [↑](#footnote-ref-21)
22. Там же [↑](#footnote-ref-22)
23. Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура РФ: Учебник / М.Б. Смоленский. – Ростов н/Д.: Феникс, 2003. – 189 с. [↑](#footnote-ref-23)
24. А.А. Леви, Г.И. Пичкалева, Н.А. Селиванова Получение и проверка показаний следователем / М., "Юридическая литература", 1987. – 214 с. [↑](#footnote-ref-24)
25. М. Чельцов – Бебутов О проверке доказательства «Вестник советской юстиции», СПб., 1996. – 146 с. [↑](#footnote-ref-25)
26. Я.С. Киселев Сборник статей «Вопросы защиты по уголовным делам», Изд. Ленингр. Университета, 1997. – 232 с. [↑](#footnote-ref-26)
27. В. Вязов. Адвокатура вчера и завтра. ("Юридический вестник", N 9, 1994). [↑](#footnote-ref-27)
28. Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура РФ: Учебник / М.Б. Смоленский. – Ростов н/Д.: Феникс, 2003. – 171 с. [↑](#footnote-ref-28)
29. А.А. Леви, Г.И. Пичкалева, Н.А. Селиванова Получение и проверка показаний следователем / М., "Юридическая литература", 1987. – 286 с. [↑](#footnote-ref-29)
30. Дятлов О.В. «права обвиняемого» - учебник / О.В. Дятлов . – С.П.: 1999. – 301 с. [↑](#footnote-ref-30)
31. Качалова О.В. Адвокатура в РФ. Схемы и комментарии: учебное пособие / О.В. Качалова. – М.: Приор, 2002. – 87 с. [↑](#footnote-ref-31)
32. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 393 с. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ю.И.Стецовский. Уголовно-процессуальная деятельность защитника, «Юридическая литература». – М.: 1999. – 155 с. [↑](#footnote-ref-33)
34. Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура РФ: Учебник / М.Б. Смоленский. – Ростов н/Д.: Феникс, 2003. – 200 с. [↑](#footnote-ref-34)
35. Там же [↑](#footnote-ref-35)
36. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 426 с. [↑](#footnote-ref-36)
37. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 440 с. [↑](#footnote-ref-37)
38. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / под ред. Питулько К.В., Коряковцева В.В. – СПб., 2002. – 225 с. [↑](#footnote-ref-38)
39. Научно – практический комментарий к УПК РФ / Под ред. П.Н. Панченко. – Н.Н., 2003. – 424 с. [↑](#footnote-ref-39)
40. А.А. Леви, Г.И. Пичкалева, Н.А. Селиванова Получение и проверка показаний следователем / М., "Юридическая литература", 1987. – 275 с. [↑](#footnote-ref-40)
41. Я.С. Киселев Сборник статей «Вопросы защиты по уголовным делам», Изд. Ленингр. Университета, 1997. – 369 с. [↑](#footnote-ref-41)
42. Гринченко А.В. Адвокатура в Российской Федерации: Учеб. пособие / под. ред. А.В. Гриненко. – М.: ТК Велби, 2003. – 297 с. [↑](#footnote-ref-42)
43. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 458 с. [↑](#footnote-ref-43)
44. Научно – практический комментарий к УПК РФ / Под ред. П.Н. Панченко. – Н.Н., 2003. – 485 с. [↑](#footnote-ref-44)
45. Качалова О.В. Адвокатура в РФ. Схемы и комментарии: учебное пособие / О.В. Качалова. – М.: Приор, 2002. – 218 с. [↑](#footnote-ref-45)
46. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / под ред. Питулько К.В., Коряковцева В.В. – СПб., 2002. – 244 с. [↑](#footnote-ref-46)
47. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / под ред. Питулько К.В., Коряковцева В.В. – СПб., 2002. – 212 с. [↑](#footnote-ref-47)
48. Р. С. Белкин Профессия – следователь М., 1998. – 135 с. [↑](#footnote-ref-48)
49. Там же [↑](#footnote-ref-49)
50. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 495 с. [↑](#footnote-ref-50)
51. Там же [↑](#footnote-ref-51)
52. Качалова О.В. Адвокатура в РФ. Схемы и комментарии: учебное пособие / О.В. Качалова. – М.: Приор, 2002. – 214 с. [↑](#footnote-ref-52)
53. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / под ред. Питулько К.В., Коряковцева В.В. – СПб., 2002. – 179 с. [↑](#footnote-ref-53)
54. Данилов Е.П. Справочник адвоката: Защита в суде. Адвокатская и судебная практика. Комментарий законодательства. Образцы документов. Справочные материалы. Консультации. Е.П. Данилов. – М.: Право и Закон, 2004. – 547 с. [↑](#footnote-ref-54)
55. Гринченко А.В. Адвокатура в Российской Федерации: Учеб. пособие / под. ред. А.В. Гриненко. – М.: ТК Велби, 2003. – 325 с. [↑](#footnote-ref-55)
56. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / под ред. Питулько К.В., Коряковцева В.В. – СПб., 2002. – 249 с. [↑](#footnote-ref-56)
57. Закон “О внесении изменений и дополнений в УПК РСФСР” от 23.05.1992 № 2825-1 [↑](#footnote-ref-57)