

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
 ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
 ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
 «ТЮМЕНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»
 ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
 КАФЕДРА УГОЛОВНОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

ДОПУЩЕНО К ЗАЩИТЕ В ГЭК
 И ПРОВЕРЕННО НА ОБЪЕМ
 ЗАИМСТВОВАНИЯ

Заведующий кафедрой
 уголовного права и процесса
 д-р юрид. наук, профессор
 Р.Д. Шарапов
 16.12 2016 г.

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

ЗАЩИТА ПРАВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО В УСЛОВИЯХ
 СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

40.04.01 – Юриспруденция
 магистерская программа
 «Уголовное право, уголовный процесс»

Выполнил
 студент 3 курса
 заочной формы обучения



Окруадзе
 Георгий
 Мерабович

Научный руководитель
 д-р юрид. наук, доцент



Смахтин
 Евгений
 Владимирович

Рецензент
 Адвокат
 Западно-Сибирской коллегии
 Адвокатов Тюменской Области



Беридзе
 Георгий
 Михайлович

Тюмень 2016

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
Глава 1. ПОНЯТИЕ ЗАЩИТЫ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ	8
1.1. История развития и современное состояние защиты прав в сфере уголовной юстиции	8
1.2. Адвокат-защитник в уголовном судопроизводстве и его правовое положение	25
Глава 2. ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО ОБВИНЯЕМОГО В УСЛОВИЯХ СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА	41
2.1. Осуществление полномочий адвоката в процессе собирания доказательств: проблемы и пути их решения	41
2.2. Участие адвоката в следственных действиях: сложность и конфликт интересов	57
2.3. Проблемы защиты прав обвиняемого в суде	67
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	85
СПИСОК ИСТОЧНИКОВ	94

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность проведенного исследования заключается в том, что хотя защите прав подозреваемого и обвиняемого посвящено немало научных трудов, по-прежнему данные категории участников уголовного судопроизводства больше других подвергаются нарушению своих основных прав. На сегодняшний день конституцией провозглашено, а государство гарантирует соблюдение важнейших прав и свобод человека и гражданина. В тоже время, Россия является лидером по количеству поданных против неё жалоб в Европейский суд по правам человека, так за 2013 год в отношении России было вынесено 129 постановлений, в 119 из них виновность была доказана. Европейский суд по правам человека признал больше всего нарушений прав: На свободу и неприкосновенность личности 63, права не подвергаться бесчеловечному и унижающему достоинство обращению 49, не считая процедурных нарушений и нарушений, которые могут произойти в случае высылки, выдачи лица, права на эффективные внутригосударственные средства правовой защиты от предполагаемых нарушений прав 30, права на справедливое судебное разбирательство 25, не считая чрезмерной длительности разбирательств и длительного неисполнения судебных актов, права на эффективное расследование жестокого обращения 16, права на жизнь по существу и в части, касающейся эффективного расследования лишения жизни 15¹.

Такое положение дел свидетельствует о несовершенстве существующего механизма защиты прав подозреваемого, обвиняемого и недостаточно проработанной системы реализации прав защитника.

¹ Публикация статистики Европейского суда по правам человека за 2013 год. [WWW-Europeancourt] - URL: <http://europeancourt.ru/statistika-evropejskogo-suda/> (дата обращения: 17 апреля 2015)

Остается не решенным вопрос об участии защитника в собирании доказательств путем приобщения предметов, документов и иных сведений, а также опроса лиц с их согласия.

Кроме того, трудности видятся и при участии стороны защиты в следственных действиях, так в практике встречаются ситуации, когда следователь необоснованно отказывает в удовлетворении ходатайств защиты, а также знакомит подозреваемого, обвиняемого и защитника с постановлением о назначении судебной экспертизы уже после её проведения, когда готово заключение эксперта, тем самым не позволяя реализовать перечень предусмотренных для них прав.

Наиболее серьезно отсутствие должного праворегулирования встречается при избрании судом меры пресечения в виде заключений под стражу.

Исходя из данных судебной практики Калининского районного суда г. Тюмени за 2015 год по вопросам применения меры пресечения в виде заключения под стражу в 2015 году органами предварительного расследования было заявлено 318 ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, из них отказано было в 23 из них в 4 случаях в качестве меры пресечения судом был избран домашний арест, а 19 обвиняемому была избрана подписка о невыезде и надлежащем поведении².

В тоже время исходя из практики применения меры пресечения в виде домашнего ареста за 2015 год Калининским районным судом г. Тюмени было рассмотрено всего 7 ходатайств об избрании меры пресечения в виде домашнего ареста, из них в 2-х было отказано.

При решении вопроса о продлении сроков заключения под стражу ситуация строиться подобным образом.

Исходя из статистических данных за период 2015 года в Калининском районном суде г. Тюмени было рассмотрено 322 ходатайства о продлении срока содержания под стражей, из которых не было удовлетворенно 4

² Архив Калининского районного суда г. Тюмени, дата обращения (05.08.2016 г.)

ходатайства, в 3 случаях судом мера пресечения была изменена на домашний арест, а по 1 производство было прекращено в связи с отсутствием предмета разбирательства.

Вместе с тем, ходатайств о продлении домашнего ареста было заявлено 17, в том числе в отношении одного и того же лица данный вопрос рассматривался 3 раза, из них неудовлетворённым осталось только в 1³.

Принимая решения о избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и продлении сроков содержания под стражей судьи руководствуются действующим УПК который лишь формально оговаривает основания и обстоятельства, учитываемые при избрании меры пресечения, что в свою очередь не позволяет на должном уровне обеспечить защиту прав и свобод личности в уголовном процессе.

В соответствии с этим целью моей работы является исследование основных теоретических и практических аспектов понятия защиты, а также правового положения защитника в условиях состязательного процесса, с точки зрения современного уголовно процессуального права Российской Федерации и выработка предложений по его совершенствованию.

Для достижения поставленной цели определим следующие задачи:

1. Рассмотреть нормативно-правовую основу регулиующую деятельность адвоката-защитника в уголовном процессе.
2. Исследовать историю развития защиты прав в сфере уголовной юстиции.
3. Изучить полномочия адвоката-защитника в процессе собирания доказательств по уголовному делу, а также при участии в следственных действиях.
4. Проанализировать материалы правоприменительной практики, охватывающие деятельность по защите прав подозреваемого и обвиняемого.
5. Исследовать осуществление защиты прав обвиняемого в суде при избрании меры пресечения.

³ Архив Калининского районного суда г. Тюмени, (дата обращения 05.08.2016 г.)

б. Выявить проблемы правового регулирования защиты прав подозреваемого и обвиняемого, выработать предложения по совершенствованию законодательства.

Объектом исследования моего диссертационной работы являются общественные отношения по защите прав подозреваемого и обвиняемого с точки зрения современного Российского законодательства.

Предметом исследования данной дипломной работы являются правовые аспекты деятельности защитника в процессе собирания доказательств по уголовному делу, его участия в следственных действиях, а также при осуществлении защиты прав обвиняемого в суде.

Теоретическая основа. Основывается на научных работах и трудах российских авторов, посвященных изучению деятельности защитника в уголовном процессе, с современной точки зрения. Это такие авторы как: Баранов Д.П., Бойков А.Д., Героев А.Д., Грудицина Л.Ю., Давлетов А.А., Мартынчик Е. Г., Ю.Ф., Мищенко Е.В., Мельниковский А.А., Лебедева В.М., Лубшев М.С., Кронов Е. В., Калиновский К.Б., Петрухин И.Л., Попов В.С., и другие.

Нормативно-правовая основа. Которой выступает Конституция Российской Федерации, Уголовный кодекс Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, Федеральный Закон «Об Адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», иные законы и другие нормативные правовые акты, регулирующие данный вид профессиональной деятельности.

Методологическая основа. Которая состоит из общетеоретических положений диалектики, как всеобщего метода познания. Кроме того, использовались методы научного познания, общенаучные и частнонаучные: исторический, формально – логический, статистический, системно-структурный, конкретно-социологический, дедуктивный, сравнительно – правовой и другие методы познания.

Апробация исследования. Результаты проведенного исследования

прошли апробацию и были опубликованы в научном журнале «Молодой ученый». В частности, нашли свое отражение в статьях «К проблеме реализации прав адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе» Библиографическое описание: Окруадзе Г. М. К проблеме реализации прав адвоката-защитника на собирание доказательств в уголовном процессе // Молодой ученый. — 2015. — №3. — С. 663-666, «О проблеме реализации прав подозреваемого, обвиняемого при производстве судебной экспертизы» Библиографическое описание: Окруадзе Г. М. О проблеме реализации прав подозреваемого, обвиняемого при производстве судебной экспертизы // Молодой ученый. — 2016. — №3. — С. 696-699, «К проблеме продления меры пресечения в виде заключения под стражу» Библиографическое описание: Окруадзе Г. М. К проблеме продления меры пресечения в виде заключения под стражу // Молодой ученый. — 2016. — №24. — С. 356-358, «К вопросу избрания заключения под стражу в качестве меры пресечения» Библиографическое описание: Окруадзе Г. М. К вопросу избрания заключения под стражу в качестве меры пресечения // Молодой ученый. — 2016. — №24. — С. 358-361.

В дальнейшем результаты исследования могут применяться в практической деятельности.

Структура диссертации. Выполненная работа состоит из введения, двух глав, которые включают пять параграфов, заключения, списка источников.

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ ЗАЩИТЫ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

1.1 История развития и современное состояние защиты прав в сфере уголовной юстиции

В научной литературе существует различные определения права обвиняемого на защиту.

Одним из них является мнение Э.Ф. Куцовой определяющей право обвиняемого на защиту — как «предусмотренную и гарантированную законом возможность деятельности обвиняемого, его законного представителя, защитника, в целях защиты законных интересов обвиняемого»⁴.

Вместе с тем В.М. Савицкий считал, что право обвиняемого на защиту, можно определить через цель наделения этим правом, которая заключается в том, чтобы не допустить необоснованного привлечения лица к уголовной ответственности и тем более неправильного и незаконного осуждения. Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что принцип обеспечения обвиняемому права на защиту влияет так же на состязательность и обеспечивает конституционные гарантии защиты прав и законных интересов.

Вместе с тем, большинство взглядов на понятие права обвиняемого на защиту сформировались в литературе в период действия предыдущего уголовно-процессуального закона, тем неимение они остаются актуальными и находят отражение в современной правовой действительности.

Исходя из приведенных выше понятий сформулируем общее определение, право на защиту – это комплекс прав подозреваемого, обвиняемого и защитника, которые они могут реализовать на всех стадиях уголовного процесса, направленный на защиту прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого, с целью опровержения или уменьшение

⁴ Куцова Э.Ф. В сборнике Научные труды. Российская академия юридических наук. - М.: Издательство «Юрист» Москва, 2012. С. 501-504.

обвинения, исключения или смягчения ответственности, а также осуществлению принципа состязательности и правильному разрешению уголовного дела.

Вместе с тем, для более глубокого понимания сути института права на защиту обратимся к истории его возникновения и развития. Институт защиты зародился в античный период в государствах древней Греции, деятельность по защите интересов лиц в суде в впервые оформляется в публичную самостоятельную форму в Древних Афинах в V веке до н.э.

Обвиняемому было предоставлено право, защищаться путем публичного выступления с речью в суде. Для подготовки судебной речи он мог пользоваться помощью представителя.

Роль представителя сводилась к подготовке и написанию судебной речи, вписавшаяся для сторон без сокрытия авторства и заучиваемая тяжущимися для выступления в суде.

С 338 года до н.э. во время правления Филиппа Македонского институт претерпевает ряд значительных изменений, появляется возможность наряду с личным выступлением в суде, пользоваться помощью представителя, появляется стадия предварительного следствия, предшествующая судебному производству. Стороны, по-прежнему, обязаны участвовать в суде, однако появляется возможность, выступления представителя с повторной речью.

Применительно к Российскому уголовному процессу первые упоминания института права обвиняемого на защиту прослеживается с 14 века основные положения которого были закреплены в «Русской Правде», однако сравнение с современным пониманием этого термина не представляется возможным.

Лицо в отношении, которого осуществлялось уголовное преследование безусловно могло и должно проявлять активность и предпринимать меры по своей защите, однако методы и средства, использовавшиеся при доказывании коими являлись поединки, ордалии, клятвы, сводили к минимуму все

достоинства этой формы процесса и возможности, которые были у обвиняемого.

В тоже время применялись и средства доказывания, требующие свободной судебной оценки. Речь идет о «видоках», ими являлись свидетели, очевидцы преступлений и «поличном», то есть о вещественных доказательствах, найденных у подозреваемого лица.

Следующий этап изменений в уголовном процессе обуславливается усилением централизованного государства. Уголовным процесс приобретает все больше публичных начал и государственной инициативы. Судебник 1497 г. под определял преступление, не только как нанесение материального и морального ущерба, «обиду», но и нарушение установленных норм, предписаний, а также воли государя⁵.

На первый план выдвигается защита существующего социального и правового порядка и появление понятия государственного преступления». Процесс становился инквизиционным, при котором права обвиняемого на защиту сводились к минимуму, а затем были ликвидированы целиком. Возможность защищаться у обвиняемого практически полностью отсутствовала. Судебника 1497г. в ст. 13 предусматривал «Если с поличным приведут его (вора) в первый раз, а возведут его на обвинение человек пять или шесть, что он заведомый вор и прежде того неоднократно совершал кражу, то вора казнить смертною казнию, а сумму иска заплатить с его имущества».

Из данной нормы можно сделать вывод, что показания 5 или 6 честных людей были неопровержимым доказательством виновности лица и достаточным основанием для применения в отношении него смертной казни.

Необходимо отметить, что Судебник 1497г. предусматривал нормы о представительстве. Статья 49 предусматривала возможность участия в поединке не самого ответчика, а его наемного бойца при условии, что сам

⁵ Судебник 1497 года [Электронный ресурс]. –URL: <http://his95.narod.ru/1497.htm> (дата обращения 3.10.2016 года).

ответчик являлся «попом, или монахом, или монахиней, или вообще лицом женского пола».

Данное представительство не имело ничего общего с защитой, однако связующей чертой для них является цель, представительство интересов обвиняемого, в ситуации, когда он самостоятельно не может их защищать.

Очередным нормативным документом в котором нашло отражение право на защиту стал принятый в 1715 году Артикул воинский, которые были объединены в раздел «Краткое изображение процессов и судебных тяжб».

Артикул устанавливал систему формальной оценки доказательств, подробно регулировалось применение пыток и оценки их результатов⁶.

Несмотря на это важно отметить, что ответчику разрешалось, подавать письменные жалобы по существу дела. Так же имелось право пользоваться услугами адвоката и направлять его в процесс в место себя. Однако право пользоваться помощью адвокатов не распространялось на розыскные дела⁷.

Кроме того, в п. 3 часть 2 глава 3 «О свидетелях», обвиняемому предоставлялись права и при исследовании доказательств. При допросе свидетеля судом, он мог уличить свидетеля и «порок его объявить и притом просить об ниспровержении того свидетельства».

Именно с этих норм, получила свое начало тенденция, которая затем приобрела статус правила, благоприятствующего защите в исследовании доказательств. В соответствии с п. 14 часть 2 глава 3 «О свидетелях», сначала в суде исследуются доказательства челобитчика, а затем — доказательства ответчика.

Пожалуй, основным и последним дореволюционным нормативно-правовым актом, регламентирующим право на защиту стал принятый в 1864 году Устав уголовного судопроизводства. В соответствии с ним на предварительном следствии обвиняемый имел право присутствовать при

⁶ ч. 2 гл. 6 «О распросе с пристрастием и о пытках». Артикул воинский [Электронный ресурс]. –URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/articul.htm> (дата обращения 3.10.2016 года).

⁷ ч. 1 гл. 4 «Об ответчике», глава 5 «Об адвокатах» Артикул воинский [Электронный ресурс]. –URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/articul.htm> (дата обращения 3.10.2016 года).

всех следственных действиях. Лишь в случаях необходимости или при неявке обвиняемого следователь мог сначала допросить свидетеля в отсутствие обвиняемого⁸.

При допросе свидетеля, в отсутствие обвиняемого, материалы допроса оглашались последнему. Обвиняемый имел право опровергать сделанные против него показания, а также ходатайствовать перед следователем о предложении свидетелю своих вопросов.

Так же, обвиняемый мог представлять доказательства в опровержение собранных против него доказательств. Обвиняемому представлялись бесплатно копии всех следственных актов, по окончании следствия и все акты следствия, задавал вопрос о том, не желает ли он представить еще что-либо в свое оправдание. Если обвиняемый указывал на новые доказательства, то следователь обязан был проверить те из них, которые имели отношение к делу⁹.

Статья 491 Устава закрепляла право обвиняемого приносить жалобы на следственные действия, нарушающие или стесняющие его права. Законом не устанавливалось ограничений по кругу действий следователя, которые могли быть обжалованы. Жалобы на действия следователя приносились в окружной суд, причем могли подаваться и до поступления дела в суд.

Кроме того, Уставом провозглашалось равенство прав в суде обвиняемого с прокурором и частным обвинителем.

Несмотря на обширный перечень прав, обвиняемого по осуществлению защиты от предъявленного обвинения, уголовный процесс того времени предполагал ряд ограничений, ставя его в неравное положение с прокурором.

На стадии предания суду судьба заявленного ходатайства зависела от того, кем оно было заявлено: если ходатайства прокурора о вызове любых

⁸ Ст. 465 Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. [Электронный ресурс]. // Справочно поисковая система Гарант –URL: <http://base.garant.ru/57791498/> (дата обращения 3.10.2016 года).

⁹ Ст. 475 Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. [Электронный ресурс]. // Справочно поисковая система Гарант –URL: <http://base.garant.ru/57791498/> (дата обращения 3.10.2016 года).

свидетелей всегда удовлетворялись, то обвиняемому в таких ходатайствах могло быть отказано¹⁰.

Несмотря на создание адвокатуры, внесшей огромный вклад в состязательность уголовного процесса, участие защитника в досудебных стадиях процесса не предусматривалось.

В дальнейшем внесенный в 1908 г. на рассмотрение Государственной думой законопроект о допуске защитника на предварительное следствие был отклонен. Тем не менее одним из первых декретов Советской власти были осуществлены попытки допустить защитника на этапе предварительного расследования по уголовным делам.

Декрет Съезда Народных Комиссаров от 24 декабря 1917 г. «О суде», определял, что в роли обвинителя и защитника допускаются в стадию предварительного следствия, все неопороченные граждане обоих полов, пользующиеся гражданскими правами».

Декрет «О суде №2», принятый в 1918 году, установил гласность судебного разбирательства и подтвердил возможность участия защитника на предварительном следствии и в суде. В соответствии с положениями указанного Декрета, кроме официальных защитников по делу мог дополнительно выступить один защитник из публики. Предусматривалось также создание коллегии правозаступников, состав которой избирался Советами.

30 октября 1918 г. на основании Положения о народном суде РСФСР следственная комиссия получила право своими постановлениями ограничивать участие защитника в процессе расследования «по мотивам обеспечения интересов установления истины». Тем самым фактически упразднялось участие защитника на этапе предварительного расследования, сокращая возможности предоставленного ранее права на защиту.

¹⁰ Ст. 532 Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. [Электронный ресурс]. // Справочно поисковая система Гарант –URL: <http://base.garant.ru/57791498/> (дата обращения 3.10.2016 года).

В связи с положением о народном суде РСФСР, утвержденном декретом ВЦИК 20 октября 1920 года, вопрос о допуске защитника в судебное разбирательство решался в распорядительном заседании суда или непосредственно в судебном заседании в зависимости от характера дела и от личности подсудимого. Однако, допуск защитника к обвиняемым содержащимся под стражей, было обязательным. В случаях наличия в судебном процессе обвинителя суд обязан был допустить и защитника.

Исходя из данных норм можно сделать вывод о том, что обеспечение прав граждан при производстве предварительного следствия провозглашалось хотя и важным, но далеко не главным требованием. Уголовный процесс оставался розыскным с характерными для этого типа процесса чертами, изобличение виновных с последующим наказанием в назидание как преступнику, так и всем окружающим.

С принятием первого Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в 1922 году продолжилось ущемление прав подозреваемого, обвиняемого на защиту

Право обвиняемого присутствовать при производстве любого следственного действия правом следователя отказать ему в осуществлении данного права. Ограничение права на свободу и личную неприкосновенность обвиняемого, а также на неприкосновенность жилища решалось следователем самостоятельно, путем вынесения мотивированного постановления о производстве таких следственных действий или постановлений об избрании соответствующей меры пресечения. Избрание или назначение защитника было возможно лишь со стадии предания суду, которое разъяснялось обвиняемому при вручении ему копии обвинительного заключения.

Существенные ограничения права на защиту имели место при судебном рассмотрении дела в революционных трибуналах. Допуск к участию в трибунале обвинения и защиты был необязательным, и данный вопрос решался каждый раз в зависимости от важности дела и особого политического или общественного интереса. При этом, даже в случае

допущения защиты в процесс революционный трибунал вправе был не допустить избранного обвиняемым защитника, который хотя формально являлся правомочным, но, по мнению суда, не соответствовал для «выступления по данному делу в зависимости от особого характера дела»¹¹.

По определенным категориям дел подсудимый не имел права на получение копии обвинительного заключения, ему предоставлялась лишь выписка из него¹².

Кроме того, приговоры революционных трибуналов кассационному обжалованию не подлежали, а вопрос о допуске кассационных жалоб лиц, осужденных к расстрелу, решался губернскими горисполкомами, то есть полномочия судебной власти были возложены на исполнительные органы.

УПК РСФСР принятый 15.02.1923 года устанавливал случаи обязательного участия защитника по делам, по которым участвовал государственный обвинитель, а также по делам лиц, лишенных в силу физических и психических недостатков способности правильно воспринимать те или иные явления, при вступлении защитника в дело народный судья разрешал ему свидание с подсудимым, находящимся под стражей.

У подсудимого и защитника было право знакомиться с делом и выписывать из него любые сведения, необходимые им для осуществления защиты. Обязанность разъяснять обвиняемому подсудимому его права и обеспечить их реализацию закон возлагал на следователя и судью.

Вместе с тем УПК 1923 г. установил новые ограничения права на защиту: право на обжалование действий следователя, допускалось только прокурору района или суда, к которому относился следователь,

¹¹ Ст. 416 УПК РСФСР от 25.05.1922 года [Электронный ресурс]. – URL: <http://docs.cntd.ru/document/901757376> (дата обращения 3.10.2016 года).

¹² Ст. 435 УПК РСФСР от 25.05.1922 года [Электронный ресурс]. – URL: <http://docs.cntd.ru/document/901757376> (дата обращения 3.10.2016 года).

кассационный срок на обжалование приговора был сокращен с 14 до 5 суток¹³.

Действующие нормы, вплоть до 1958 г. допускали защитника к участию в уголовном деле лишь на стадии судебного следствия.

Уголовно-процессуальным Кодексом РСФСР 1960 г. была введена беспрецедентная по тем временам норма, на основании которой защитник допускался к участию на предварительное следствие с момента его окончания, и лишь по делам несовершеннолетних и лиц, которые в силу своих физических и психических недостатков не могут сами осуществлять свое право на защиту с момента предъявления обвинения¹⁴.

Указом Президиума Верховного Совета СССР от 31 августа 1970 г. «О внесении изменений в ст. 22 Основ уголовного судопроизводства СССР и союзных республик», определялись категории дел, по которым было обязательно участие защитника на этапе предварительного следствия и судебного разбирательства к ним относились уголовные дела в отношении несовершеннолетних, немых, глухих.

В перечисленных случаях защитник допускался к участию с момента предъявления обвинения, в остальных же, с момента окончания предварительного следствия и предъявления обвиняемому материалов дела для ознакомления. Однако при наличии мотивированного постановления прокурора защитник мог быть допущен с момента предъявления обвинения. Важно отметить, что допуск защитника с момента предъявления обвинения распространялся не на все формы уголовного судопроизводства. Статья 120 УПК РСФСР определяла, что при производстве дознания защитник не участвовал.

¹³Ст. 346 УПК РСФСР от 15.02.1923 [Электронный ресурс]. Справочно-поисковая система КонсультантПлюс – URL: http://www.lawrussia.ru/bigtexts/law_3915/index.htm (дата обращения 3.10.2016 года).

¹⁴Ст. 47 «Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» (утв. ВС РСФСР 27.10.1960) [Электронный ресурс]. Справочно-поисковая система КонсультантПлюс – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_3275/ (дата обращения 3.10.2016 года).

В то же время следует заметить, что «непредоставление законом обвиняемому права иметь защитника в ходе дознания прямо противоречит принципу, содержащемуся в ст. 158 Конституции 1977 г., в соответствии с которым обвиняемый должен быть обеспечен правом на защиту», Н.Н. Короткий отмечал, что допуск защитника по решению прокурора порождал на практике много неясностей, влекущих коллизии правоприменения, что в итоге ущемляет права обвиняемого и нередко отрицательно сказывается на результатах расследования¹⁵.

В последствии принятый от 23 мая 1992 года ФЗ «О внесении изменений и дополнений в УПК РСФСР» статья 120 УПК РСФСР была исключена. Данное обстоятельство позволяет сделать вывод о укреплении и совершенствовании института права подозреваемого, обвиняемого на защиту в Российском уголовно-процессуальном праве.

Следующим витком развития права на защиту стала принятая в 1993 году Конституция Российской Федерации, в которой наиболее широко за все предыдущие исторические периоды нашло свое отражение право на защиту.

Действующая Конституция РФ закрепляет право на судебную защиту и в связи с прямым действием данных норм, является проявлением права обвиняемого на защиту проявляясь в праве обвиняемого обжаловать в суд действия и решения должностных лиц на стадии досудебного производства, а также решения ниже стоящих судов.

В месте с тем ст. 48 Конституции РФ закреплено право на получение квалифицированной юридической помощи, которое так же входит в комплекс прав на защиту.

Кроме того, действующий УПК РФ в главе 18 обозначает круг субъектов, имеющих право на реабилитацию, ее основания, виды ущерба, подлежащего возмещению лицу, заявившему требование о реабилитации,

¹⁵ Короткий Н.Н. Процессуальные гарантии неприкосновенности личности подозреваемого и обвиняемого в стадии предварительного расследования. - М.: ВНИИ МВД СССР, 1981. С. 481.

порядок признания и реализации права на реабилитацию, должностных лиц, которые решают вопросы реабилитации.

Вместе с тем, в соответствии с действующим законодательством вопрос о соотношении понятий права подозреваемого, обвиняемого на защиту и обеспечения права подозреваемого, обвиняемого на защиту остается открытым.

В ст. 16 Уголовно-процессуальный кодекс закрепляет обеспечение права, подозреваемого и обвиняемого на защиту, которая предусматривает следующее:

1. Подозреваемому и обвиняемому обеспечивается право на защиту, которое они могут осуществлять лично либо с помощью защитника и (или) законного представителя.

2. Суд, прокурор, следователь и дознаватель разъясняют подозреваемому и обвиняемому их права и обеспечивают им возможность защищаться всеми не запрещенными законом способами и средствами.

3. В случаях, предусмотренных УПК РФ, обязательное участие защитника и (или) законного представителя подозреваемого или обвиняемого обеспечивается должностными лицами, осуществляющими производство по уголовному делу.

4. В случаях, предусмотренных УПК и иными федеральными законами, подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно.

Исходя из этого, мы можем сделать вывод о том, что обеспечение права, подозреваемого и обвиняемого на защиту более широкое понятие, так как подразумевает кроме осуществления подозреваемым, обвиняемым или защитником комплекса прав, еще и деятельность других участников процесса по осуществлению прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого в целях правильного разрешения уголовного дела.

Этими участниками являются суд, прокурор, следователь и дознаватель, в обязанность которых входит разъяснить подозреваемому,

обвиняемому его права, а также обеспечить возможность защищаться всеми, не запрещенными законом способами и средствами. Важнейшим среди способов такого обеспечения указанного права обвиняемого является обеспечение участия защитника в случаях, если его участие по закону является обязательным, в том числе бесплатно.

Следует так же отметить, что не менее важное значение имеет закрепление в законе четко определенной системы процессуальных гарантий, основанной на том, что каждому из прав, которым наделен обвиняемый, соответствует обязанность суда, дознавателя, следователя и прокурора обеспечить осуществление данного права.

Для того что бы оценить какую роль играет реализация системы права на защиту рассмотрим правоприменительную практику отмены судебных приговоров связанную с нарушением обязанности должностных лиц обеспечить реализацию данного права.

Так, Апелляционным постановлением судьи Нижегородского областного суда был отменен приговор Кстовского городского суда Нижегородской области от 12.09.2014 в отношении Б., осужденного по ч.1 ст.228 УК РФ. Уголовное дело возвращено Кстовскому городскому прокурору, в порядке ст.237 УПК РФ, для устранения препятствий его рассмотрения судом.

Согласно материалам дела, обстоятельств, исключающих производство дознания в сокращенной форме, предусмотренных ст.226.2 УПК РФ, установлено не было. Таким образом, имелись предусмотренные законом условия для производства дознания в сокращенной форме. Вместе с тем, из материалов уголовного дела следует, что осужденному Б. до начала его первого допроса не было разъяснено право ходатайствовать о производстве дознания в сокращенной форме.

Апелляционная инстанция, с учетом позиции Б., пришла к выводу о необходимости отмены приговора и возвращении уголовного дела прокурору, поскольку на стадии предварительного расследования были

допущены нарушения, которые ограничили доступ обвиняемого к правосудию, так как Б. был лишен возможности выбрать более благоприятный для него порядок разрешения уголовного дела, в условиях производства дознания в сокращенной форме, предусмотренный ст.226.9 УПК РФ¹⁶.

Исходя из данного постановления суда, можно сделать вывод, что нарушение уголовно-процессуального закона выразилось в не разъяснении обвиняемому на стадии дознания права воспользоваться правилами главы 32.1 УПК РФ о производстве дознания в сокращенной форме, что привело к возвращению уголовного дела прокурору.

В соответствии со ст.226.4 УПК РФ при наличии условий для производства дознания в сокращенной форме до начала первого допроса дознаватель обязан разъяснить подозреваемому право ходатайствовать о производстве дознания в сокращенной форме, порядок и правовые последствия производства дознания в сокращенной форме, о чем в протоколе допроса, подозреваемого делается соответствующая отметка.

Данный пример свидетельствует, о определяющем значении права на защиты при вынесения законного и обоснованного решения по уголовному делу.

Кроме того, в науке уголовного процесса остается не решенным вопрос о гарантиях реализации прав личности. Одной из точек зрения под уголовно-процессуальными гарантиями выделяются средства, предусмотренные нормами уголовно-процессуального права, которые способствуют реализации прав участниками уголовного процесса¹⁷.

Другие источники рассматривают процессуальные гарантии как правовые средства и основанную на законе деятельность ведущих процесс

¹⁶ Апелляционное постановление Нижегородского областного суда от 12.09.2014 (дата обращения 19.10.2016 г.)

¹⁷ Брагин А. П. Российский Уголовный процесс: учебно-практическое пособие. - М.: Евразийский открытый институт. 2011. С. 211.

органов по обеспечению возможности реализации прав и законных интересов¹⁸.

Исходя из выше изложенного, под обеспечением права подозреваемого, обвиняемого на защиту следует понимать деятельность государственных органов и их должностных лиц, направленную на создание условий для беспрепятственного осуществления подозреваемым, обвиняемым и его защитником своих прав, закрепленных законом, а также препятствующую и предупреждающую нарушения права обвиняемого на защиту.

Считаем, что к процессуальным гарантиям следует отнести и принципы уголовного процесса. Важную роль принципы права занимает в отраслях, которые допускают аналогию права. В данном случае обеспечительное значение принципов уголовного процесса выражается в том, что их последовательное воплощение в процессе способствует реализации права на защиту.

Таким образом полагаем, что к процессуальным гарантиям реализации права обвиняемого на защиту можно отнести:

1. Обязанность должностных лиц в чьем производстве находится уголовное дело разъяснить права подозреваемому, обвиняемому и обеспечить возможность их дальнейшей реализации.
2. Возможность защищаться лично и с помощью защитника.
3. Равенство подозреваемого, обвиняемого и защитника с другими участниками процесса в представлении доказательств, заявлению и исследованию ходатайств.
4. Личное участие в судебном разбирательстве, в судах первой инстанции, так и при рассмотрении приговора вышестоящими судами.

¹⁸ Багаутдинов Ф.Н. Обеспечение публичных и личных интересов при расследовании преступлений. - М.: 2004. С. 53.

5. Право обвиняемого выступать в судебных прениях после обвинителя, в том числе при рассмотрении дела в апелляционном и кассационном инстанции.

6. Недопустимость поворота к худшему, ухудшению положения, осужденного при пересмотре приговоров судами всех инстанций.

7. Свобода при обжаловании действий и решений государственных органов и должностных лиц, осуществляющих правоприменение.

В обеспечении гарантий права на защиту высказался и Верховный Суд РФ, «...Судам необходимо иметь в виду, что право обвиняемого на защиту включает в себя не только право пользоваться помощью защитника, но и право защищаться лично и (или) с помощью законного представителя всеми не запрещенными законом способами и средствами (часть 2 статьи 16, пункт 11 части 4 статьи 46, пункт 21 части 4 статьи 47 УПК РФ), в том числе давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении его подозрения либо отказаться от дачи объяснений и показаний; возражать против обвинения, давать показания по предъявленному ему обвинению либо отказаться от дачи показаний; представлять доказательства; заявлять ходатайства и отводы; давать объяснения и показания на родном языке или языке, которым он владеет, и пользоваться помощью переводчика бесплатно, в случаях, когда обвиняемый не владеет или недостаточно владеет языком, на котором ведется судопроизводство; участвовать в ходе судебного разбирательства в исследовании доказательств и судебных прениях; произносить последнее слово; приносить жалобы на действия, бездействие и решения органов, осуществляющих производство по делу; знакомиться в установленном законом порядке с материалами дела. Процессуальные права обвиняемого не могут быть ограничены в связи с участием в деле его защитника и (или) законного представителя»¹⁹.

Кроме того, к значимым гарантиям права обвиняемого на защиту относятся обязательное получение подсудимым копии приговора,

¹⁹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 9

постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, кассационного определения, надзорного постановления, а также обвинительного заключения, жалоб иных участников процесса и представлений прокурора, принесенных по данному уголовному делу.

Согласно ч. 4 ст. 359 УПК РФ предусматривается право обвиняемого и его защитника ознакомиться с протоколом судебного заседания. Именно ознакомление с протоколом дает обвиняемому и его защитнику возможность принести обоснованную жалобу на приговор, законом предоставляет право принесения как основной, так и дополнительной жалобы.

Вместе с тем одной из главных гарантий права обвиняемого на защиту выступает принцип состязательности.

Свое отражение он нашел в ст. 15 УПК РФ:

1. Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон.

2. Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо.

3. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

4. Стороны обвинения и защиты равноправны перед судом²⁰.

Состязательность подразумевает наличие равноправных спорящих сторон и независимого субъекта, разрешающего спор между сторонами.

Конституция РФ в части 3 статьи 123 провозгласила о том, что судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон.

Основным законом так же предусматривается, что человек его права и свободы являются высшей ценностью, а их защиту и охрану — обязанностью

²⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

государства. Независимо от того, субъектом каких отношений является человек (гражданин), нормами какой отрасли права урегулированы данные отношения, во исполнение конституционных предписаний права человека (гражданина) всегда обеспечиваются защитой со стороны государства²¹.

Вопросы прав личности в уголовном процессе, гарантии их реализации и способы защиты остаются дискуссионными и в настоящее время.

Таким образом на современном этапе развития Российского уголовного процесса институт права на защиту условно можно разделить на:

1. Совокупность всех прав, предоставленных подозреваемому, обвиняемому на защиту, с помощью которых можно осуществить защиту от предъявленного обвинения;

2. Обеспечение права обвиняемого на защиту, через обязанность государственных органов и должностных лиц;

3. Защиту в смысле совокупности процессуальных действий, направленных на реализацию права обвиняемого на защиту;

4. Деятельность субъектов защиты подозреваемого, обвиняемого, защитника, законного представителя, наделенных правами или обязанностями использовать все указанные в законе средства и способы для охраны законных интересов обвиняемого.

5. Совокупность знаний о процессуальных нормах об обвиняемом, его правах, обязанностях, гарантиях реализации его прав на различных стадиях уголовного судопроизводства.

Исходя из приведенных выше норм права можно сделать вывод, о том, что в настоящее время в Российской Федерации действующий закон заложил все необходимые условия для обеспечения и дальнейшего развития института права на защиту.

Вместе с тем, совокупность правовых гарантий, относящихся к право на защиту занимает определяющую роль для принятия законного, обоснованного и справедливого решения по уголовному делу.

²¹ Собрание законодательства Российской Федерации 2014. № 31. Ст. 4398

1.2. Адвокат-защитник в уголовном судопроизводстве и его правовое положение

В настоящее время законом определено, что защитником является лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых, и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу²².

В рамках уголовного процесса, деятельность защитника нацелена на обеспечение и реализацию права подозреваемого, обвиняемого на защиту. Являясь независимым участником уголовно-процессуальных правоотношений, защитник свободен в выборе средств и тактики защиты прав и интересов лица. Однако его позиция по делу непосредственно связана с мнением своего подзащитного при совершении наиболее важных процессуальных действий и решений по делу, в частности это правило проявляется в отсутствии возможности разногласий в вопросе доказанности виновности с доверителем.

Кроме того, в своей деятельности защитник стремится выявить обстоятельства, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого или смягчить его ответственность, так же в связи с этим он может пренебречь установлением истины. Это значит, что защитник не может способствовать выявлению обстоятельств, изобличающих подозреваемого, обвиняемого, поддерживать обвинение или согласиться с ним, если его подзащитный не признаёт вину, чем сопутствует вынесению справедливого, законного и обоснованного приговора.

Кроме всего прочего, защитником осуществляется контроль за соблюдением прав и свобод своего подзащитного на протяжении всего уголовного процесса, что позволяет обеспечить надлежащую реализацию закрепленной государством гарантии от совершения судебных ошибок.

²² Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

Вместе с тем мнение о ненадлежащем, исполнении защитником своих обязанностей, исходящее от лиц осуществляющих правоохранительную деятельность или суда, не может являться основанием для вынесения частных определений в адрес защитника. Тем самым наделяя его независимостью от остальных участников уголовного процесса, и позволяя свободно выбирать законные средства и методы защиты²³.

Таким образом, участие в уголовном процессе защитника является важной гарантией права, подозреваемого и обвиняемого на защиту, а также способствует всестороннему, полному и объективному расследованию уголовного дела.

На сегодняшний день, законом устанавливается возможность выбора из максимально широкого круга лиц допускающихся в качестве защитников.

В качестве защитников допускаются адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката²⁴.

В круг близких родственников закон включает: супругов, родителей, детей, усыновителей, усыновленных, родных братьев и сестёр, дедушек, бабушек, а также внуков.

Однако, на досудебных стадиях уголовного процесса для допуска защитника кроме ходатайства, обвиняемого, необходимо соблюдение еще одного условия: близкий родственник или иное лицо должны быть объективно способными оказывать обвиняемому именно юридическую помощь.

По данному вопросу в своем постановлении высказался и Конституционный Суд: «...Согласно части 2 статье 48 Конституции РФ каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с

²³ Ковриги З.Ф. Уголовный процесс России. - М.: 2004. С. 87.

²⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. Однако по своему содержанию право на самостоятельный выбор адвоката (защитника) не означает право выбирать в качестве защитника любое лицо по усмотрению подозреваемого или обвиняемого и не предполагает возможность участия в уголовном процессе любого лица в качестве защитника. Закрепленное в части 2 статье 48 Конституции РФ право пользоваться помощью адвоката (защитника) является одним из проявлений более общего права, гарантированного статьей частью 1 статьи 48 Конституции РФ, согласно которой, каждому человеку гарантируется - право на получение квалифицированной юридической помощи. Поэтому положения части 2 статьи 48 Конституции Российской Федерации не могут быть истолкованы в отрыве и без учета положений части 1 этой же статьи. Критериями квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве, исходя из необходимости обеспечения принципа состязательности и равноправия сторон, закрепленного в части 3 статьи 123 Конституции РФ, устанавливает законодатель путем определения соответствующих условий допуска тех или иных лиц в качестве защитников».

Гарантируя право на получение именно квалифицированной юридической помощи, государство должно обеспечить условия, способствующие подготовке квалифицированных юристов для оказания гражданам различных видов юридической помощи, в том числе в уголовном судопроизводстве, и установить с этой целью определенные профессиональные и иные квалификационные требования, и критерии. Участие в качестве защитника в ходе предварительного расследования дела любого лица, по выбору подозреваемого или обвиняемого может привести к тому, что защитником окажется лицо, не обладающее необходимыми

профессиональными навыками, что несовместимо с задачами правосудия и обязанностью государства гарантировать каждому квалифицированную юридическую помощь²⁵.

В месте с тем, на основании ФЗ «Об адвокатуре в РФ» Адвокатом - является лицо, получившим в установленном законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации. Адвокат фактически является независимым советником обвиняемого по правовым вопросам, и он не вправе заниматься другой оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности. Так же адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого. Одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых, если интересы одного из них противоречат интересам другого²⁶.

Наличие и характер противоречий между интересами обвиняемых определяется дознавателем, следователем, прокурором и судом, судьей в зависимости от обстоятельств дела, а также самим защитником.

Допущенный к участию в деле адвокат, убедившись при согласовании позиций с обвиняемым или ознакомлении с некоторыми материалами дела, что интересы одного из его подзащитных противоречат интересам другого, обязан ходатайствовать об освобождении его от защиты одного из обвиняемых. При этом достаточно лишь элементарного, очевидного, а не только существенного противоречия, чтобы начал действовать указанный запрет²⁷.

Основанием для запрета является наличие установления реальной коллизии интересов обвиняемых, а не предположения, что коллизия при защите может проявиться в ходе дальнейшего производства по делу.

²⁵ Постановление Конституционный Суд РФ от 28 января 1997 г. N 2-П по делу о проверки конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и СВ. Абрамова // Российская газета. -1997. - 18 февраля.

²⁶ Баранов Д.П. Адвокатское право: адвокатская деятельность и адвокатура России: учебник для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям. - М.: 2008. С. 87.

²⁷ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. N 4. С. 11.

Одно и то же лицо не может быть защитником и подсудимого, и соучастника, признанного невменяемым, если интересы одного из них противоречат интересам другого²⁸.

Таким образом можно сделать вывод, что на сегодняшний день адвокат является единственным защитником на досудебных стадиях уголовного процесса, у которого есть возможность оказания именно квалифицированной юридической помощи обеспечив надлежащую реализацию права на защиту.

Адвокат участвует в уголовном процессе в качестве защитника, на основании соглашения с клиентом об оказании юридической помощи, которое составляется в простой письменной форме в соответствии с п. 1, 2 ст. 25 ФЗ «об адвокатуре». Так же участие адвоката обязательно при назначении его в качестве защитника органами дознания, предварительного следствия, прокурора и суда, которые обязаны обеспечить его участие по просьбе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого на основании п. 10 ст. 25 ФЗ «об адвокатуре» и ч. 2 ст. 50 УПК РФ.

Реализация полномочий адвоката-защитника начинается с момента допуска его к участию в уголовном деле. Процессуально это проявляется в принятии дознавателем, следователем и судом ордера подтверждающего полномочия данного адвоката.

Уголовно-процессуальное законодательство устанавливает, что участие защитника в уголовном деле допускается по основаниям, перечисленным в ч. 3 ст. 49 УПК РФ:

1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого п. 2-5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ при отсутствии других оснований более раннего вступления адвоката в уголовное дело;

2) с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица;

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

²⁸ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. N 4. С. 14.

- а) по основаниям и в порядке, предусмотренным ст. 91, 92 УПК РФ;
- б) применения к лицу меры пресечения в виде заключения под стражу в соответствии со ст. 100 УПК РФ;

3.1) с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления;

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

5) с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления.

б) с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления;

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что участие адвоката-защитника возможно с момента начала осуществления каких-либо мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий в отношении лица.

Кроме того, при отсутствии приглашенного или назначенного защитника в течение 5 дней, дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе предложить подозреваемому пригласить другого защитника, а в случае его отказа – принять меры к назначению защитника. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение 5 дней не может принять участие в производстве конкретного следственного действия, а подозреваемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует об этом, дознаватель, следователь вправе выполнить данное следственное действие без участия защитника, за исключением случаев, когда участие защитника обязательно²⁹.

²⁹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

В случае задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу, если явка защитника, избранного им, невозможна в течение 24 часов, дознаватель, следователь принимают меры к назначению защитника. При отказе подозреваемого, обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением случаев, когда участие защитника является обязательным.

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 51 УПК участие защитника при производстве дознания, предварительного следствия и в судебном разбирательстве является обязательным, кроме случаев отказа подозреваемого, обвиняемого от защитника. Такой отказ допускается только по собственной инициативе в письменной форме в порядке ст. 52 УПК РФ. Если отказ от защитника подаётся во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе этого действия. Отказ от защитника в последующем не лишает подозреваемого, обвиняемого права ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу. Повторный допуск защитника не является причиной повторения следственных действий, которые были уже совершены в его отсутствие.

Не смотря на возможность отказа от защитника, его участие в производстве по уголовному делу обязательно в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 51 УПК, в случаях если:

- 1) подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ;
- 2) подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним;
- 3) подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;
- 3.1) судебное разбирательство проводится в отсутствии подсудимого по п. 6 ст. 247 УПК РФ;

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

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

6) уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей;

7) обвиняемым заявлено ходатайство о рассмотрении уголовного дела в особом порядке;

8) подозреваемым было заявлено ходатайство о производстве по уголовному делу дознания в сокращенной форме.

Кроме замены и отказа от участия в деле адвоката-защитника закон в ч. 1 ст. 72 УПК РФ предусматривает иные обстоятельства, исключающие его участие:

1) Если он, ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого;

2) Является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего либо принимающего участие в производстве по данному уголовному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты;

3) Оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

Решение об отводе защитника в ходе досудебного производства по уголовному делу принимает дознаватель, следователь или прокурор, а в

судебном производстве - судом, рассматривающим уголовное дело, или судьёй, председательствующим в суде с участием присяжных заседателей.

Вместе с тем как самостоятельный и независимый участник процесса, в целях поддержания состязательности адвокат-защитник при осуществлении защиты прав, подозреваемого и обвиняемого обладает, широким кругом полномочий в рамках досудебного и судебного производства по уголовному делу в порядке ст. 53 УПК РФ.

После того как защитник допускается в дело он имеет право:

Иметь свидание до первого допроса с подозреваемым или обвиняемым наедине и конфиденциально, без ограничения их числа и продолжительности.

Так же участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого и прочих следственных действиях, производимых с их участием. Участвуя в производстве следственного действия защитник, оказывая юридическую помощь вправе задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия.

Следователь может отвести вопросы защитника, однако обязан занести их в протокол следственного действия. Вместе с тем, замечания, дополнения и исправления которые заносятся в протокол обязательно согласовываются и подтверждаются подписями защитника.

Участие защитника в собирании и представлении доказательств, необходимых для оказания юридической помощи защитником, обеспечивает поддержание принципа состязательности. Он может принимать участие в собирании доказательств фактических обстоятельств, которые в последующем используются в качестве доказательств по уголовному делу. Для этого он может получать предметы, документы и иных сведения, осуществлять опрос лиц с их согласия, истребования справки, характеристик, иные документы из организаций, которые обязаны представлять запрашиваемые документы или их копии.

Им так же могут быть привлечены специалисты, для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в их профессиональную компетенцию.

При назначении и производстве экспертизы защитник совместно с подозреваемым и обвиняемым вправе: знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве экспертизы в ином экспертном учреждении, ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных лиц либо о производстве экспертизы в конкретном экспертном учреждении, ходатайствовать о внесении в постановление, о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту, присутствовать с разрешения следователя при производстве экспертизы, давать объяснения эксперту, знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта, ходатайствовать о назначении повторной либо дополнительной экспертизы.

Очередное правом защитника, заключается в праве присутствия при предъявлении обвинения, предъявляемого с его участием не позже 3 суток с момента вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого.

Параллельно этому праву следователь обязан уведомить обвиняемого о дне предъявления обвинения и одновременно разъяснить ему право самостоятельно пригласить адвоката или ходатайствовать об обеспечении участия защитника, предоставляемого государством. При предъявлении обвинения, следователь оглашает обвиняемому и его адвокату постановление о привлечении в качестве обвиняемого, разъясняет обвиняемому суть предъявленного обвинения и его права, о чем обвиняемого и защитника дают расписку с указанием времени и даты предъявления обвинения. Копия постановления о привлечении в качестве обвиняемого вручается после его предъявления.

Если в ходе предварительного расследования предъявленное обвинение в той или иной части не нашло своего подтверждения, следователь своим

уголовное преследование в этой части прекращается, о чем следователь уведомляет как обвиняемого, так и его защитника.

Адвокат-защитник так же в праве ознакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, с протоколами следственных действий, проведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, а также прочих документов, предъявляемых подозреваемому, обвиняемому.

При рассмотрении судом ходатайства следователя об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу. Защитник выступает в обосновании своей позиции по данному вопросу. Вместе с тем, постановление суда об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу может быть обжаловано защитником в апелляционном порядке в течение 3 суток после его вынесения в вышестоящий суд.

После окончания предварительного расследования, следователь ознакомливает обвиняемого совместно с защитником либо отдельно со всеми материалами уголовного дела, при этом они в праве выписывать из него любые сведения в любом объеме, снимать копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств за свой счет.

Следователь обязан предъявить обвиняемому и его адвокат-защитнику подшитые и пронумерованные материалы уголовного дела, вещественные доказательства; по просьбе обвиняемого или его защитника аудио и видеозаписи, фотографии и иные приложения к протоколам следственных действий. Если уголовное дело, состоит из нескольких томов, обвиняемый и его защитник вправе повторно обратиться к любому из них, выписывать любые сведения и в любом объеме, снимать копии с документов.

Право заявлять ходатайства и отводы, позволяет адвокату-защитнику заявить ходатайство о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений для установления обстоятельств, имеющих значение в уголовном деле, тем самым способствуя обеспечению прав и законных интересов доверителя. Ходатайства подаются дознавателю,

следователю, а также в суд, исходя из того в чьем производстве находится дело, что не лишает возможности заявить его в любой момент производства по уголовному делу. Ходатайства, направляемые в письменной форме, приобщаются к материалам уголовного дела, а устные подлежат занесению в протокол следственного действия³⁰.

Все ходатайства подлежат рассмотрению и разрешению непосредственно после его заявления. Однако если немедленное принятие решения по ходатайству невозможно, оно должно быть разрешено не позднее 3 суток со дня его заявления. Решение об удовлетворении ходатайства защитника или о полном или частичном отказе в его удовлетворении дознаватель, следователь, суд формулируют в постановлении, которое направляется защитнику, с правом дальнейшего обжалования, если ходатайство было отклонено, защитник не лишается права вновь заявлять данное ходатайство.

Осуществляя свою деятельность на предварительном расследования адвокат-защитник при наличии указанных законом оснований, может заявлять отвод следователю, дознавателю, прокурору, осуществляющему надзор за расследованием, переводчику, специалисту и эксперту.

Адвокат-защитник так же в праве приносить жалобы на действия или бездействия и решения дознавателя, следователя, прокурора и участвовать в их рассмотрении судом. Таким образом, действия и решения органов предварительного расследования и прокурора могут быть обжалованы защитником в той части, в которой проводимые действия и принимаемые решения нарушают законные права и интересы его подзащитного.

Жалобы на действия и решения дознавателя и следователя могут быть направлены прокурору, который обязан рассмотреть их в течение 3 суток со дня получения и незамедлительно поставить в известность адвоката-защитника о решении, принятом по жалобе, а также дальнейшем порядке его

³⁰ Баранов Д.П. Адвокатское право: адвокатская деятельность и адвокатура России: учебник для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям. – М.: 2008. С. 90

обжалования. В исключительных случаях, когда для проверки жалобы необходимо истребование дополнительных материалов либо принятие иных мер, допускается рассмотрение жалобы защитника прокурором в срок до 10 суток с извещением об этом заявителя³¹.

Действия дознавателя, следователя, прокурора которые могут нанести вред конституционным правам и свободам участников уголовного процесса либо затруднить доступ к правосудию, могут быть обжалованы адвокатом-защитником в суд по месту проведения предварительного расследования на основании статьи 125 УПК РФ. Жалоба может быть подана защитником непосредственно в суд или через лицо, производящее предварительное расследование, либо прокурора. Не позднее чем через 5 суток судья проверяет законность и обоснованность действий и решений дознавателя, следователя, прокурора в судебном заседании с участием защитника и лиц, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием или решением.

Адвокат-защитник вправе использовать иные не запрещенные законом средства и способы защиты. Это право означает, что адвокат не ограничен только теми возможностями защиты, которые прямо продиктованы законом. Однако он так же не может использовать незаконные методы и средства.

Действующее законодательство предусматривает обеспечение мер безопасности, ограждающих защитника от противоправного воздействия со стороны прочих участников процесса и других лиц, в ситуации, когда имеется реальная угроза его жизни, здоровью, имуществу и возможности осуществления профессиональной деятельности.

Недопустимым является нарушение адвокатской тайны через прослушивание телефонных и иных переговоров защитника, обследование помещений, в которых он оказывает юридическую помощь, досмотр, изъятие материалов и документов, составляющих досье адвоката по уголовным делам

³¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

в отношении его подзащитных, проведение иных оперативно-розыскных мероприятий³².

Помимо этого, решение о возбуждении уголовного дела в отношении адвоката, а равно о привлечении его в качестве обвиняемого, если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления, принимается руководителем следственного органа Следственного комитета Российской Федерации по субъекту Российской Федерации³³.

Адвокат не может быть вовлечен в осуществление негласного сотрудничества с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Вместе с тем при участии в производстве по уголовному делу, адвокат-защитник несет ряд процессуальных обязанностей.

1) Не принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручения, если оно имеет заведомо незаконный характер;

2) Не принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение в случаях, если он: имеет иной интерес по предмету соглашения с доверителем, не схожий с интересом доверителя; участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста, переводчика, будучи по данному делу потерпевшим или свидетелем, а также, если он являлся должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решения в интересах данного лица; состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица; оказывает помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица;

³² Аванесов Г.А. Мотивационная криминология и базовые мотивы преступного поведения. Учебное пособие. – М.: 2013. С. 121.

³³ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

- 3) занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя;
- 4) делать публичные заявления о доказанности вины своего доверителя, если тот эту вину отрицает;
- 5) разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием подзащитному юридической помощи, без согласия с ним;
- 6) отказаться от принятой на себя защиты.

За нарушение своих обязанностей адвокат может быть осужден судом чести при адвокатской палате субъекта Российской Федерации; квалификационной комиссией в порядке дисциплинарного производства принимается решение о прекращении адвокатской деятельности, путем приостановления или лишения его статуса адвоката.

По проведённому исследованию правового положения адвоката-защитника можно сделать следующие выводы.

На основании ст. 48 Конституции РФ, в нашей стране каждому гарантируется право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, а также обеспечивается право на защиту. Главным образом конституционные гарантии, а также право на защиту реализуются через институт защиты.

В качестве защитника по уголовному делу на досудебной стадии расследования допускается адвокат, а в судебное следствие и иные лица, занимающиеся частной юридической практикой. Адвокат - лицо, получившее в установленном законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность.

Адвокат-защитник является самостоятельным участником уголовного процесса, он сам осуществляет выбор способов, методик и тактики защиты.

Цель его деятельности состоит в выявлении обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смягчающих его ответственность, в связи с этим он может быть безразличным к установлению истины по делу, однако он призван защищать права и интересы подзащитного только законными

средствами и способами. Для осуществления своей деятельности адвокат-защитник наделен обширным кругом полномочий.

Своевременно реализуя права и исполняя обязанности, адвокат-защитник тем самым содействует вынесению всестороннего, законного и обоснованного приговора, способствует решению задач уголовного процесса и правосудия, участвует в поддержании законности и построения правового государства. Основным правом и нравственной обязанностью адвоката-защитника является защита личности. При этом не имеет значения, кем является подзащитный правонарушителем или уголовным преступником³⁴.

Выполняя государственную функцию защиты, совместно со следователями, прокурорами и судьями, он должен обеспечить как реализацию права на защиту лица, так и основных целей, и задач уголовного процесса, стремясь не просто к сухому исполнению формы возложенных на него обязанностей, а максимально консолидировать работу всех правоохранительных органов, для поддержания справедливости, прозрачности и доступности современной системы правосудия.

³⁴ Лебедева В.М. Научно-практический комментарий к УПК России. – М.: 2012.С.101.

Глава 2. ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО ОБВИНЯЕМОГО В УСЛОВИЯХ СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА.

2.1. Осуществление полномочий адвоката в процессе собирания доказательств: проблемы и пути их решения

В Российской Федерации подозреваемому и обвиняемому обеспечивается право на защиту, которое они могут осуществлять лично, либо с помощью защитника. Понятие права на защиту составное, в него входит множество процессуальных гарантий и правомочий в частности право на судебную защиту нарушенных прав и свобод, систему установленных законодательством возможностей для эффективной защиты от предъявленного подозрения, обвинения в рамках ныне действующего состязательного процесса России.

Наиболее важным проявлением равенства и состязательности сторон в уголовном процессе является уголовно процессуальное доказывание, на этапе собирания доказательств, значение которого заключается в том, что все последующие действия осуществляются на основе собранных доказательств. Участвуя в доказывании защитник, с помощью собираемых доказательств, в последующем предоставляя их следователю или в суд, в противовес доказательствам полученным стороной обвинения. Тем самым реализуя гарантированную законом состязательность уголовного процесса и обеспечивает право на защиту подозреваемого и обвиняемого.

Собирание доказательств защитником необходимо для решения главной задачи, стоящей перед ним – опровержение обвинения, смягчения наказания. Для надлежащей реализации конституционного права на защиту, адвокат-защитник должен обладать достаточным объёмом прав.

Согласно ч. 3 ст. 86 УПК РФ Защитник вправе собирать доказательства следующим с помощью:

- 1) Получения предметов, документов и иных сведений;
- 2) Опроса лиц с их согласия;

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

Данный перечень средств и способов должен обеспечить защитнику надежный механизм участия в доказывании, который должен позволить в полном объеме осуществить право на защиту. Не смотря на это в практической деятельности защитник сталкивается с трудностями которые приводят к ущемлению его роли в доказывании и тем самым нарушая право на защиту подозреваемого, обвиняемого.

Прежде всего, это проблема, возникающая при получении предметов, документов, иных сведений. Закон в п. 1, ч. 3, ст. 86 УПК РФ не перечисляет характера предметов, документов, сведений, а также не называет возможных способов их получения и predания им процессуально допустимой формы.

Однако органы ведущие предварительное расследование имеют возможность осуществить четко регламентирована процессуальная процедура. При необходимости изъятия определенных предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела по основаниям и в порядке 182, 183 УПК РФ производится выемка.

Такая неопределённость у стороны защиты приводит к многочисленным спорам, а порой к отказу в приобщении подобных сведений к материалам уголовного дела, нарушая равное со стороной обвинения право на собиание и предоставление доказательств. Зачастую органы предварительного расследования не мотивированно отказывают адвокату в приобщении данных сведений или заявляют о том, что они получены не процессуальным путём.

Так примером из практики может служить, заявленная надзорная жалоба защитника А. на отказ следователя о приобщении к делу дополнительных документов.

По результатам рассмотрения данных ходатайств, в производстве которого находится уголовное дело, вынесены постановления об отказе в их удовлетворении, о чем заявитель был уведомлен.

Не согласившись с решениями следователя, адвокат А. действуя в защиту интересов обвиняемого Г., обратился в суд в порядке ст. 125 УПК РФ о признании их незаконными.

Суд, рассмотрев данную жалобу, выслушав пояснения заявителя, а также мнение следователя, исследовав представленные материалы, пришел к выводу о несостоятельности изложенных в ней доводов и об отсутствии оснований для их удовлетворения. Этот вывод суда следует признать обоснованным по следующим основаниям.

В соответствии с положениями ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 29, ст. 125 УПК РФ суд не наделен полномочиями по осуществлению надзора за деятельностью органов предварительного расследования, в период досудебного производства осуществляет лишь контроль за соблюдением конституционных прав участников уголовного судопроизводства, в том числе, за соблюдением прав граждан на доступ к правосудию.

То есть, суд не может в рамках расследуемого уголовного дела обязать следователя выполнить определенное процессуальное действия, в данном случае приобщить к материалам уголовного дела дополнительные документы.

В её удовлетворении суд отказал, мотивируя свою позицию тем, что надзор за деятельностью органов предварительного расследования, в период досудебного производства осуществляется лишь путём контроля, за соблюдением конституционных прав участников уголовного судопроизводства, в том числе, за соблюдением прав граждан на доступ к правосудию³⁵.

³⁵ Постановление Московского городского суда от 1 июля 2011 г. N 4у/5-4870// - С. 2. [Справочная правовая система КонсультантПлюс], (дата обращения: 23 января 2016г.)

Так из приведённой надзорной жалобы вытекает, что судебный контроль над принимаемыми решениями правоохранительных органов в процессе предварительного расследования невозможно осуществить, если они прямо не направлены против конституционных прав граждан. Конечно приобщение предметов, документов и иных сведений защитником, не является конституционно гарантированным, но если защитник будет лишён возможности приобщать полученные им сведения, это не даст реализовать в целом право на защиту, тем самым нарушив законные права подозреваемого, обвиняемого.

Считаем необходимым установление процессуальной формы для сведений, которые могут быть представлены адвокатом в качестве доказательств и возможность их отклонения лишь по основаниям несоответствия данным требованиям, что в полной мере обеспечит осуществление данного права.

В соответствии с законом процессуально допустимыми формами закрепления доказательств являются:

Добровольное предоставление гражданами - это осмотр и приобщение к делу в качестве вещественных доказательств;

В случаях, когда граждане отказываются добровольно предоставить эти предметы и документы, с помощью их осмотра и выемки, которые часто осуществляются в ходе проведения следственного действия - обыска.

Право защитника на производства обыска не может быть реализовано, так как подобные действия существенно затрагивают права граждан, и потому не могут осуществляться без проведения установленных законом процессуальных процедур, специально уполномоченными на то должностными лицами.

Для защитника наиболее приемлемым способом самостоятельного получения предметов и документов, являться только добровольная их передача гражданами. Во всех остальных случаях он должен ходатайствовать

дознавателю, следователю или суду о производстве необходимых процессуальных действий.

В юридической литературе также активно обсуждается вопрос о том, в каком виде должны приобщаться подобные доказательства.

Сторонники теории адвокатского расследования полагают, что собирание и закрепление доказательств адвоката должно производиться по аналогии с существующими правилами, действующими для органов предварительного расследования, используя протоколы следственных действий³⁶.

На основании действующего законодательства, возможностью закрепления предметов, документов и иных сведений обладают лишь дознаватель, следователь и суд, а роль адвоката сводится только к представлению собранных им сведений для последующего приобщения их к материалам дела.

Васильев Е. Г., Шагеев Р. М. предлагают закрепить в УПК РФ норму, которая бы обязывала следователя, дознавателя в обязательном порядке приобщать в качестве доказательства предметы и документы, представляемые адвокатом - защитником, при условии их относимости к делу³⁷.

Мы полагаем, что такая норма не корректна, так как она является грубым нарушением принципа свободной оценки доказательств, согласно которой следователь, дознаватель, суд оценивают доказательства «по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью».

Следователь, дознаватель, суд, приобщая предметы и документы, должен быть уверен не только в относимости доказательства, но и в его

³⁶ Мартынчик Е. Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрина адвокатского расследования. – М.: ЮНИТИ-ДАНА. 2012. С. 189.

³⁷ Еникеев З. Д. Вопросы уголовного судопроизводства в решениях Конституционного Суда Российской Федерации - М.: Издательство Юрайт, 2013, С. 703.

достоверности. Презумирование достоверности как установленной данности приведёт к нарушению их процессуальной самостоятельности, вторжение в пределы их компетенции. Кроме того, такое автоматическое признание доказательств защиты допустимыми полностью противоречит состязательности уголовного процесса и справедливости рассмотрения уголовного дел.

Наличие определенной законом процессуальной формы могло бы значительно упростить процесс приобщения предметов, документов и иных сведений, исключив коллизии и сделав отказ от их приобщения к материалам дела возможным только по основаниям, применяемым к оценке доказательств.

Для решения данной проблемы необходимо ввести п. 33.1 ст. 5 УПК РФ:

«Получение предметов, документов и иных сведений защитником – являются добровольная передача гражданами защитнику в рамках осуществления им защиты по уголовному делу предметов, документов и иные сведения оправдывающих или смягчающих вину подзащитного, совместно с документом, содержащим описание характера полученных сведений, а также заверенный подписями защитника и лица передавшего данные сведения».

Отказа от приобщения сведений, соответствующих вышеназванным требованиям, будет являться основаниям к обжалованию таких действий по ч. 1 ст. 125 УПК РФ как нарушающее конституционное право на защиту.

Полагаем, что в этом случае процедура собирания предметов, документов, иных сведений у лиц, будет достаточной для закрепления их в качестве доказательств и последующего исследования на общих основаниях.

Не менее значимой проблемой собирания доказательств адвокатом, путем опрос лиц с их согласия. В результате того, что УПК РФ не раскрывает понятия опроса лица, а также не разъясняет основания, порядок его проведения, способы фиксации информации, зачастую приобщение данных

сведений к материалам дела является проблематичным, нарушая право адвоката на представление доказательств, что так же не дает в полной мере реализовать право на защиту, нарушая состязательность уголовного процесса.

В литературе высказывается мнение о том, что адвокат не может иметь права собирать какие-либо сведения путем опроса лиц, либо вести со свидетелями предварительные беседы. Бойков А.Д. утверждает, что общение адвоката с лицами, в распоряжении которых могут быть сведения, важные для защиты, недопустимо, поскольку нельзя исключить, что защитник может повлиять на будущего свидетеля³⁸.

Однако в таком случае нельзя исключить и возможность оказание влияния на свидетеля со стороны следователя и сотрудников уголовного розыска, которые выполняя свои должностные обязанности находятся в прямой заинтересованности в рамках расследуемого ими дела. В связи с этим данное мнение ученых представляется нам весьма неоднозначной, оставляющим много вопросов.

Неясно, каким образом адвокат должен строить защиту подозреваемого, обвиняемого и предоставлять суду в соответствии с требованиями состязательности списки свидетелей защиты, ведь без предварительной опроса он не может знать, какого рода информацией располагает такой свидетель, оправдывает ли эта информация подзащитного или изобличает его.

Наиболее последовательной считаем мнение исследователей, которые полагают, что защитник не может осуществлять допрос свидетелей в порядке ст. 187 - 191 УПК РФ, поскольку это следственное действие затрагивающие права граждан. Вместе с тем это не значит, что он не должен опросить лицо и

³⁸ Бойков А.Д., Капинус Н.И. Адвокатура России: Учебное пособие. - М.: Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова. - 2009. С. 376.

в тех случаях, когда гражданин хочет сообщить сведения, оправдывающие либо смягчающие вину его подзащитного³⁹.

Полагаем что именно такая позиция нашла свое отражение в действующем законе. Тем не менее ни ст. 86 УПК РФ, ни иные процессуальные нормы не установили порядка опроса лиц защитником, способов фиксации, полученной им информации, не давая возможности в полной мере реализовать данное правомочие.

В этой связи в литературе предлагается несколько вариантов фиксации результатов опроса свидетеля адвокатом.

Так, по мнению Е. В. Кронова, защитник может самостоятельно опросить гражданина с последующей просьбой изложить сведения в письменном виде лишь в двух случаях: при отказе следователя допросить свидетеля по ходатайству защиты и при заявлении свидетеля о применении к нему незаконных методов допроса⁴⁰.

С такой позицией трудно согласиться. В первом случае адвокат, ходатайствуя о допросе свидетеля, в целях осуществления функции защиты должен иметь представления о характере сведений, которыми обладает опрашиваемое лицо. Второй же случай может стать поводом вынужденных злоупотреблений со стороны адвоката в виде рекомендаций свидетелю написать заявление о применении к нему незаконных методов допроса.

Так же в литературе существует предложение закреплять результаты опроса в протоколе следственного действия. что также недопустимо потому, что осуществлять следственные действия и фиксировать их соответствующим протоколом может лишь лицо, осуществляющее расследование⁴¹.

В тоже время Давлетов А.А. рекомендует представлять опрос лица защитником в виде беседы защитника с гражданином, выразившим согласие

³⁹ Пикалов И.А. Уголовный процесс Российской Федерации: Учебное пособие. - М.: 2005. С. 78

⁴⁰ Кронов, Е. В. Опрос защитником-адвокатом лиц с их согласия: сущность, значение, механизм производства. Адвокатская практика. - М.: 2008. №3. С. 7.

⁴¹ Следственные действия: психология, тактика, технология. Еникеев М.И., Образцов В.А., Эминов В.Е. - М.: Проспект, 2011. С. 216.

на это, с целью получения сведений, относящихся к уголовному делу и позволяющих доказать невиновность или меньшую виновность подзащитного, результаты которой фиксируются в произвольной форме. В качестве формы фиксации он предлагает протокол опроса с указанием места и времени начала и окончания опроса, анкетных данных опрашиваемого и защитника, а также дополнительно вести видеозапись допроса⁴².

В правоприменительной практике приобщение опроса лица к материалам уголовного дела так же вызывает затруднения.

Следователем вынесено постановление об отказе в удовлетворении ходатайства обвиняемого о приобщении к материалам уголовного дела полученного защитником протокола опроса Д.

Адвокат Х., осуществляющий защиту обвиняемого Б.И., обратился в суд с жалобой, в которой просил признать незаконными и необоснованными указанные выше постановления следователя.

Постановлением суда в удовлетворении жалобы адвоката Хохлова Ю.Н. отказано.

В соответствии с ч. 1 ст. 125 УПК РФ допускается обжалование в судебном порядке постановлений дознавателя, следователя, руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию.

Определением судебной коллегией по уголовным делам Московского городского суда при рассмотрении кассационной жалобы защиты по делу Х., суд отказал в приобщении опроса Д. к материалам дела.

⁴² Давлетов А.А., Юсупова Л. Правомочия защитника по собиранию доказательств в современной модели уголовного процесса России. - М.: 2009. N 3. С. 78.

Суд вынес такое решение, ссылаясь на тот факт, что следователь законно отказал в приобщении опроса Д. исходя из фактических обстоятельств дела на основании внутреннего убеждения. Так же суд отметил, что отказ следователя в удовлетворении ходатайства обвиняемого не лишает заинтересованных лиц права вновь заявить его на последующих этапах уголовного судопроизводства⁴³.

Мотивировкой такой позиции является обоснованной, и не противоречит действующему законодательству, так как надзор, осуществляемый судами за деятельностью органов предварительного расследования, в период досудебного производства ограничивается лишь контролем, за соблюдением конституционных прав участников уголовного судопроизводства, в том числе, за соблюдением прав граждан на доступ к правосудию.

Полагаем, что приобщение опроса лиц полученного защитником с их согласия, не является конституционно гарантированным, но если защитник будет лишён возможности приобщать полученные в результате опроса сведения, это помешает реализации права на защиту в целом.

В настоящее время так же нет никакой возможности, осуществив судебный контроль повлиять на решения стороны обвинения на досудебной стадии процесса и действующий кодекс в норме ч. 1 ст. 125 УПК РФ полностью закрепляет приоритет принятия решений за органами предварительного расследования, исключая судебный контроль над принимаемыми ими решениями.

Считаем необходимым установление процессуальной формы для опроса лица адвокатом, которые могут быть представлены в качестве доказательств и возможность их отклонения лишь по основаниям несоответствия данным требованиям, данные меры призваны обеспечить как

⁴³ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 1 июня 2011 г. N 22-7543/- С. 2. [Справочная правовая система КонсультантПлюс], (дата обращения: 23 января 2016 г).

комплекс гарантированного права на защиту, так и поддержать равноправие со стороной обвинения.

Решить эту проблему поможет введение определения в п. 23.1 ст. 5 УПК РФ которое бы раскрыла его сущность: опрос лиц с их согласия – опрос лица, лиц с их согласия защитником в рамках осуществления им защиты по уголовному делу, содержащий сведения, оправдывающие либо смягчающие вину его подзащитного, которые фиксируются в документе, заверенном подписями защитника и лица, лиц дающего пояснения.

Впоследствии он будет прилагаться к ходатайству защитника о вызове свидетеля для допроса на предварительном следствии либо в суде, по усмотрению стороны защиты. Использование при этом дополнительных средств фиксации опроса, не противоречит действующему законодательству, но такое требование не должно быть императивным.

Отказа от приобщения опроса, соответствующего вышеназванным требованиям, будет являться основанием к обжалованию таких действий по ч. 1 ст. 125 УПК РФ как нарушающее конституционное право на защиту.

По мимо всего прочего нельзя не отметить и положительные тенденции, которые свидетельствуют о том, что законодатель предпринимает активные шаги по реформированию правового положения адвоката-защитника.

Ранее осуществляя доказывание проблемы вызывал п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ, регламентирующий полномочий защитника в процессе доказывания, по средствам истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций.

У органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций существовала обязанность предоставлять необходимые адвокату сведения. В тоже время ни УПК РФ не какой-либо иной Федеральный Закон не определял форму такого запроса, ни уважительных причин отказа при невозможности предоставления указанных

сведений, ни ответственности указанных лиц, за неисполнение возложенной на них обязанности.

В сложившейся ситуации только Федеральным законом «об адвокатской деятельности и адвокатуре» было предусмотрено, обязанность органов государственной власти, местного самоуправления, а также общественных объединений и иных организаций выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии не позднее, чем в месячный срок со дня получения запроса⁴⁴.

Однако и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» не определял форму адвокатского запроса, ни уважительных причин отказа при невозможности предоставления указанных сведений, ни ответственности указанных лиц, за неисполнение возложенной на них обязанности. При отсутствии механизма ответственности за не предоставление информации, реализация данного права особенно ущемлялась. В совокупности всё это не давало адвокату-защитнику в полной мере и надлежащим образом защитить права и законные интересы своего подзащитного, чем нарушается конституционное право каждого предоставления ему квалифицированной юридической помощи.

Единственным возможным выходом для адвоката отреагировать на не предоставление ему запрашиваемых сведений является обращение к дознавателю, следователю или в суд с ходатайством об истребовании необходимых справок, характеристик, документов. В частности, УПК определяет, что адвокат «вправе заявить ходатайство о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство, или представляемого им лица соответственно»⁴⁵.

⁴⁴ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2016. № 23. Ст. 3284

⁴⁵ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

Зависимость адвоката от органов предварительного расследования и суда при собирании доказательств не отвечало принципу состязательности сторон в уголовном процессе.

Направляя запросы в органы государственной власти, местного самоуправления, общественные объединения и организации, адвокат не всегда обладает возможностью заранее установить, какого рода доказательство он получит. В случае если доказательство, запрашиваемое адвокатом наносит вред позиции его подзащитного, тогда как оно было получено через органы предварительного расследования или суд это сведёт на нет деятельность, направленную на защиту его прав и законных интересов, а также подорвёт конституционное право каждого на защиту. При таких обстоятельствах действующий УПК не позволяет в полной мере защитить интересы подозреваемого, обвиняемого, не предъявляя полученное по запросу суда, следователя, дознавателя доказательство для приобщения к делу.

Однако на сегодняшний день утверждены и вступили в законную силу поправки от 02.06.2016 в ст. 6.1 Федерального Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», которые определяют порядок получения адвокатом-защитником необходимых сведений.

Адвокатский запрос:

1. Адвокат вправе направлять в органы государственной власти, органы местного самоуправления, общественные объединения и иные организации в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, официальное обращение по входящим в компетенцию указанных органов и организаций вопросам о предоставлении справок, характеристик и иных документов, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи (далее - адвокатский запрос).

2. Органы государственной власти, органы местного самоуправления, общественные объединения и иные организации, которым направлен адвокатский запрос, должны дать на него ответ в письменной форме в

тридцатидневный срок со дня его получения. В случаях, требующих дополнительного времени на сбор и предоставление запрашиваемых сведений, указанный срок может быть продлен, но не более чем на тридцать дней, при этом адвокату, направившему адвокатский запрос, направляется уведомление о продлении срока рассмотрения адвокатского запроса.

3. Требования к форме, порядку оформления и направления адвокатского запроса определяются федеральным органом юстиции по согласованию с заинтересованными органами государственной власти.

4. В предоставлении адвокату запрошенных сведений может быть отказано в случае, если:

1) субъект, получивший адвокатский запрос, не располагает запрошенными сведениями;

2) нарушены требования к форме, порядку оформления и направления адвокатского запроса, определенные в установленном порядке;

3) запрошенные сведения отнесены законом к информации с ограниченным доступом.

5. Неправомерный отказ в предоставлении сведений, предоставление которых предусмотрено федеральными законами, нарушение сроков предоставления сведений влекут ответственность, установленную законодательством Российской Федерации.

6. В случаях, если законодательством Российской Федерации установлен особый порядок предоставления сведений, рассмотрение адвокатского запроса осуществляется в соответствии с требованиями, установленными законодательством Российской Федерации для соответствующей категории сведений⁴⁶.

Кроме того, вступили были внесены изменения и в Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации от 02.06.2016 года, которые определяют меры ответственности за отказ в предоставлении и не своевременное предоставления необходимой адвокату информации.

⁴⁶ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2016. № 23. Ст. 3284

Неправомерный отказ в предоставлении гражданину, в том числе адвокату в связи с поступившим от него адвокатским запросом, и (или) организации информации, предоставление которой предусмотрено федеральными законами, несвоевременное ее предоставление либо предоставление заведомо недостоверной информации -

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от одной тысячи до трех тысяч рублей⁴⁷.

Считаем, что право адвоката собирать доказательства по уголовному делу должно быть подкреплено не только возможностью заявления ходатайств, но и реальным механизмом его реализации иначе данная норма будет являться просто декларированной, не как не будет способствовать реальной реализации прав защитника. Отсутствие такого механизма часто способствует тому, что адвокатские запросы просто игнорируются.

Данные нововведения позволяют укрепить позицию защитника как равноправного участника со стороны защиты, обеспечат надлежащую реализацию права на получения квалифицированной юридической помощи и то что не менее важно права на защиту. Усилив состязательность в уголовном процессе и способствуя собиранию доказательств, а значит установлению истины по уголовному делу.

Таким образом можно сделать вывод по проведенному исследованию полномочий адвоката-защитника в процессе собирания доказательств по уголовному делу.

Не смотря на то что законом предусмотрен широкий круг полномочий защитника по собиранию доказательств, его задача усложняется отсутствием проработанного и законодательно закрепленного механизма реализации данных прав. Так в настоящее время не существует понятий предоставления предметов, документов и иных сведений защитнику, а также понятия опроса лиц с их согласия. Для того чтобы эти нормы не были декларированными необходимо принять ряд изменений в УПК РФ, которые позволят защитнику

⁴⁷ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2016. № 42. Ст. 5900

в полной мере осуществить свою роль в собирании и предоставлении доказательств.

Полагаем необходимым отметить и нововведения которые, существенно расширяющей права адвоката-защитника собирании доказательств. Это касается внесенных изменений в адвокатский запрос, вводящих понятие — это средства получения необходимой для дела информации, а также ответственности за отказ и несвоевременное предоставление информации.

Считаем, что эти изменения должны послужить основой для дальнейшего реформирования, и упрочнения правового положения адвоката-защитника в собирании доказательств, тем самым способствуя реализации принципа состязательности, права на защиту и получение квалифицированной юридической помощи.

2.2. Участие адвоката в следственных действиях: сложность и конфликт интересов

Конституционное право на защиту следует рассматривать как совокупность социальных возможностей личности пользоваться всеми не запрещенными законом способами для защиты своих интересов в сфере судопроизводства. Право подозреваемого, обвиняемого, на защиту составляет совокупность процессуальных прав, дающих им возможность защищаться от предъявленного обвинения, отстаивать свои права и законные интересы⁴⁸.

К данной совокупности прав на защиту относится назначение и производство судебной экспертизы, так как оно весьма существенно затрагивает права граждан, в сфере уголовного судопроизводства. В связи с этим, закон наиболее полно оговаривает круг возможностей, предоставляемых подозреваемому, обвиняемому при производстве судебной экспертизы.

В соответствии с ч. 3 ст. 195 УПК РФ следователь знакомит с постановлением о назначении судебной экспертизы подозреваемого обвиняемого, его защитника и разъясняет им права, предусмотренные ст. 198 УПК РФ, к которым относится:

- 1) Право знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;
- 2) Право заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;
- 3) Ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;

⁴⁸ Гуценко К.Ф. Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов – М.: «Зерцало», 2005. С. 736

4) Ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;

5) Присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;

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

Однако не смотря на все гарантии на практике чаще всего происходит такая ситуация, что следователь знакомит подозреваемого, обвиняемого и его защитника с постановлением о назначении судебной экспертизы одновременно с заключением эксперта. Данная ситуация приводит не только к нарушению состязательности уголовного процесса, но и серьёзно ограничивает право на защиту подозреваемого, обвиняемого.

Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в своем решении от 18.06.2014 года № 53-О14-9С определила, что во время предварительного следствия обвиняемые в нарушение ст. 195 УПК РФ ознакомились с постановлениями о назначении экспертиз после их проведения. При этом отводы экспертам, заявления и ходатайства, в том числе о выяснении дополнительных вопросов по проведенным во время предварительного следствия экспертизам, обвиняемые не подали. Указанные обстоятельства не лишили их возможности заявлять в суде ходатайства о проведении повторной или дополнительной экспертизы, а также о признании недопустимыми доказательствами заключений экспертов. При выполнении положений ст. 217 УПК РФ с указанными постановлениями они были ознакомлены и каких-либо заявлений по этому поводу не подали. Поэтому Судебная коллегия не усмотрела в описанных обстоятельствах нарушения права, осужденных на защиту.

Таким образом сложившаяся практика идет по пути того, что постановление о назначении судебной экспертизы и постановление об ознакомлении с заключением эксперта подаются следователем одновременно.

Однако, право на ознакомление с постановлением о назначении экспертизы является базовым, и реализация большинства прав, связанных с проведением судебной экспертизы вытекает именно из него. Если же ознакомление с постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта происходит совместно, целый ряд правомочий стороны защиты теряет свою эффективность.

К ним относится п. п. 2 - 5 ч. 1 ст. 198 УПК РФ:

1. право на отвод эксперта или право на заявление ходатайства о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении.
2. право ходатайствовать о привлечении выбранного обвиняемым эксперта либо конкретного экспертного учреждения.
3. право ходатайствовать о постановке в постановлении дополнительных вопросов эксперту.
4. право ходатайствовать о присутствии при производстве экспертизы, давать объяснения эксперту.

Возможность их реализации остаётся в случае, если следователь удовлетворит ходатайство защиты, заявленное на основании ст. 206 УПК РФ, о проведении дополнительной или повторной экспертизы. На что практикующие адвокаты указывают: «На практике среднестатистический отечественный следователь разрешает ходатайства адвоката о постановке дополнительных вопросов эксперту исходя из своих обвинительных интересов: то, что выгодно обвинителю, оставит, то, что выгодно защите, - уберет»⁴⁹.

Своевременное ознакомление с постановлением о назначении судебной экспертизы позволит обвиняемому и его защитнику узнать о предстоящем экспертном исследовании, предмете данного исследования, подготовить эксперту вопросы, возможно, предложить следователю в качестве эксперта определенное лицо, являющееся в представлении обвиняемого достаточно

⁴⁹ Гаспарян Н. С. Недопустимые доказательства. Теория и систематизированная судебная практика - М.: ИнформПраво, 2011. С. 106

компетентным для проведения исследования. Что в свою очередь без сомнения поддержит состязательность и равноправие сторон в уголовном процессе, а также поможет более широко и полно реализовать конституционное право подозреваемого, обвиняемого на защиту.

Подобное мнение поддерживается и в литературе, несвоевременное ознакомление обвиняемого, подозреваемого с постановлением о назначении экспертизы, во-первых, несомненно нарушает его право на защиту, а во-вторых, нарушает нормы не только УПК РФ, но и Конституции РФ, а, следовательно, законность уголовного судопроизводства⁵⁰.

Исходя из вышеизложенного, особое значение имеет временной момент, поскольку ознакомление, после направления в экспертное учреждение или, после проведения исследования с постановлением о назначении судебной экспертизы не только не способно обеспечить реализацию прав указанными лицами, но и влечет нарушение их прав.

По данной проблеме так же неоднократно высказывался и Конституционный Суд Российской Федерации, консолидировано его позиция содержится в определении от 5 февраля 2015 г. N 257-О по жалобе гражданина Шилова Сергея Яковлевича на нарушение его Конституционных прав положениями статей 195 и 198 уголовно-процессуально кодекса Российской Федерации.

«...ознакомление с постановлением о назначении судебной экспертизы подозреваемого, обвиняемого, его защитника должно быть осуществлено до начала производства экспертизы, в противном случае названные участники процесса лишаются возможности реализовать связанные с назначением экспертизы и вытекающие из конституционных принципов состязательности и равноправия сторон права, закрепленные статьей 198 УПК Российской Федерации, и что соответствующее требование части третьей статьи 195 данного Кодекса распространяется на порядок назначения любых судебных

50 Лазарева В.А., Не ознакомление защитника с постановлением о назначении экспертизы как основание признания заключения эксперта недопустимым доказательством. – М.: Уголовный процесс. 2009. N 1. С. 100-101

экспертиз, носит императивный характер и обязательно для исполнения следователем, прокурором и судом на досудебной стадии судопроизводства во всех случаях.

Ознакомление подозреваемого, обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы после ее производства должно расцениваться как недопустимое нарушение права на защиту, принципа состязательности и равноправия сторон.

Иными словами, ознакомление подозреваемого, обвиняемого, его защитника с постановлением о назначении экспертизы до начала ее производства - при отсутствии объективной невозможности это сделать - является обязательным.»

Таким образом считаем, что в случае нарушения следователем порядка ознакомления с постановлением о назначении судебной экспертизы и постановления об ознакомлении с результатами экспертизы нарушит нормы действующего УПК РФ и согласно принципу законности повлечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств⁵¹.

Согласно ст. 75 УПК РФ недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса.

Для решения сложившейся проблемы необходимо, чтобы обвиняемый, подозреваемый и его защитник, были наделены правом на своевременное ознакомление с протоколом о назначении судебной экспертизы, и его реализация обязательно должна осуществляться до направления постановления эксперту.

Кудрявцев А.В. полагает, что, реализуя право указанных лиц следует вменить в обязанность следователя своевременно знакомить не только с

⁵¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28. Ст. 4559

постановлением о назначении судебной экспертизы, но и с материалами, направляемыми на исследование⁵².

Поддерживая его позицию полагает, что необходимо внести в нормы УПК РФ указания на то, что ознакомление с постановлением судебной экспертизы и с материалами, направляемыми на исследование проводится до исследования.

Изменить п. 1 ч. 1 ст. 198 УПК дополнив: «При назначении и производстве судебной экспертизы подозреваемый, обвиняемый, его защитник, потерпевший, представитель вправе: 1) до направления постановления о назначении судебной экспертизы, знакомиться с указанным постановлением, а также с материалами, направляемыми на исследование, о чем должен быть составлен протокол».

Внести изменения ч. 11 ст. 47 УПК РФ: «знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту до направления указанного постановления эксперту и знакомиться с заключением эксперта»;

Считаем, что подобные изменения позволят обеспечить надёжную реализацию прав, подозреваемого, обвиняемого на защиту, а также поддержать состязательность сторон на досудебных стадиях уголовного процесса.

Важность такого следственного действия как судебная экспертиза весьма велика, так как именно от результатов той или иной экспертизы зависит квалификация действий обвиняемого, мера пресечения, а также дальнейшая процессуальная перспектива уголовного дела. Поэтому участие активное участие подозреваемого, обвиняемого и защитника в производстве судебной экспертизы очень важно для отстаивания своих интересов, К сожалению, правоприменительная практика в большинстве случаев идет по пути явного ущемления стороны защиты в производстве экспертизы.

⁵² Кудрявцева А.В. Судебная экспертиза в уголовном процессе России: Монография. – М.: Изд-во ЮУрГУ, Челябинск. 2001. С. 260

Несоблюдение при назначении и производстве экспертизы предусмотренных ст. 198 УПК РФ прав подозреваемого, обвиняемого, защитника, в том числе и несвоевременное ознакомление с постановлением о назначении экспертизы, должно быть предметом обжалования как руководителю следственного органа, прокурору, так и в суд.

Принимая во внимание сложившуюся судебную практику, защитнику, столкнувшемуся с ситуацией позднего ознакомления с постановлением о назначении экспертизы, необходимо обжаловать его незаконность, а также заявить ходатайство о назначении повторной или дополнительной экспертизы с постановкой дополнительных вопросов эксперту.

Для состязательного процесса так же большое значение имеет обстоятельство как реализуются ходатайства, заявленные защитником во время предварительного расследования.

Заявление ходатайств относится к одному из средств и способов эффективной защиты. Выполняя функцию доказывания для истребования и проверки доказательств невиновности или смягчения обвинения, защитник может заявить ходатайство об их истребовании.

В правоприменительной практике не редки случаи отказа и игнорирования доводов, приводимых ходатайствами защитника. Такая ситуация, не позволяет адвокату-защитнику должным образом принять участие в доказывании, что ведет к нарушению права на защиту.

Обвиняемый Х. и адвокат Л. обратились в суд с жалобой в порядке ст.125 УПК РФ, в которой просили признать незаконным и необоснованным постановление следователя В. об отказе в удовлетворении ходатайства адвоката о назначении повторной либо дополнительной судебно-медицинской экспертизы по уголовному.

Рассмотрев данную жалобу постановлением суда первой инстанции жалоба оставлена без удовлетворения.

Суд апелляционной инстанции пришел к следующим выводам:

В соответствии с ч.1 ст.125 УПК РФ постановления дознавателя, следователя, руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в районный суд по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления.

Исходя из положений ч.ч.2, 4 ст.159 УПК РФ к числу решений, которые могут быть обжалованы в порядке, предусмотренном ст.125 УПК РФ, относятся и решения следователя об отказе в удовлетворении ходатайства о производстве судебной экспертизы.

При этом, по смыслу закона, рассматривая такие жалобы, суд не вправе давать оценку собраным в ходе расследования материалам относительно их полноты и содержания сведений, имеющих значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, поскольку эти вопросы подлежат разрешению в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства уголовного дела (п.п.1, 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 года «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст.125 УПК РФ»).

При таких обстоятельствах, принятое следователем и судом первой инстанции решение не ограничивает заявителя и лица, в чьих интересах подана жалоба, в возможности реализации права на судебную защиту и не нарушает их конституционных прав, поскольку за ними сохраняется право на повторное заявление ходатайств о назначении экспертиз в ходе дальнейшего производства по уголовному делу, в том числе и на стадии судебного разбирательства, а также право на обжалование действий (бездействия) и решений следователя в объеме и порядке, предусмотренном ст.125 УПК РФ.

При таких обстоятельствах судом суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены постановления суда⁵³.

Соответственно, при проверке законности и обоснованности принятого следователем решения об отказе в назначении судебной экспертизы, суд должен проверить полномочия разрешившего ходатайство должностного лица и соблюдение им сроков разрешения ходатайства, а также, не является ли решение следователя затрудняющим доступ граждан к правосудию.

По смыслу закона к затрудняющим доступ граждан к правосудию следует относить такие действия (бездействие) и решения, которые создают участнику уголовного судопроизводства препятствие для дальнейшего обращения гражданина за судебной защитой нарушенного права.

Однако защитник вправе не только заявить ходатайство о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, обеспечения права на защиту подозреваемого, обвиняемого, но и использовать любые средства и способы защиты, кроме тех, которые прямо запрещены УПК РФ.

Указанные нормы процессуального законодательства, в их конституционно-правовом истолковании, вытекающем из Определения Конституционного Суда от 25.01.2005 «не допускают отказ суда при рассмотрении заявления, ходатайства или жалобы участника уголовного судопроизводства от исследования и оценки всех приводимых в них доводов, а также мотивировки своих решений путем указания на конкретные, достаточные с точки зрения принципа разумности, основания, по которым эти доводы отвергаются»⁵⁴.

Так же из данного определения Конституционного суда следует, что мотивировка решения суда должна основываться на рассмотрении

⁵³ Апелляционное постановление Мурманского областного суда от 19.01.2016 г. по делу 22-67/2016

⁵⁴ Определения Конституционного суда РФ "По жалобам граждан Астахова П.А., Замошкина С.Д., Карцевой В.К. и Костанова Ю.А. на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 7 и 123, части третьей статьи 124, статей 125, 388 и 408 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" от 25.01.2005 г. №42-О. – с. 6. // Российская газета 15.03.2007 г.

конкретных обстоятельств, нашедших отражение в материалах дела и дополнительно представленных сторонами материалами, основанных на нормах материального и процессуального права, в поддержку вынесения объективного и справедливого приговора⁵⁵.

Решением сложившейся проблемы, может стать внесения изменений в закон конкретизирующих обстоятельства при которых следователь, дознаватель и суд не вправе отказать стороне защиты в удовлетворении ходатайства.

На сегодняшний день ч. 2 ст. 159 УПК РФ изложена в следующей редакции:

При этом подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела.

Считаем необходимым внести изменения в ч. 2 ст. 159 УПК РФ также необходимо уточнить и дополнить, изложив в следующей редакции:

Подозреваемому или обвиняемому, его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении, которых они ходатайствуют, имеют значение для квалификации преступления, уменьшения объема обвинения, проверки алиби, входят в предмет доказывания.

Полагаем что данные изменения будут достаточными и позволят защитнику в полной мере участвовать в доказывании в рамках предварительного расследования, а также обеспечит поддержание состязательности и реализацию права на защиту.

⁵⁵ Там же – с. 3

2.3. Проблемы защиты прав обвиняемого в суде

Право на свободу одно из важнейших гарантий прав человека, закон, допускает его ограничение в связи со строго определенными целями, устанавливая специальную процедуры их применения.

Такое ограничение вызвано необходимостью обеспечения общественных интересов, если они являются соразмерными, отвечают требованиям справедливости, и необходимы для защиты, охраняемых законом общественных отношений.

Таким образом, решая вопрос о применении мер пресечения, в условиях действия презумпции невиновности необходимо соблюсти баланс между публичными интересами и гарантированным правом на свободу и личную неприкосновенность.

Наиболее суровые меры пресечения, существенно ограничивающие права и свободы личности, такие как заключение под стражу и домашний арест применяются лишь в исключительных случаях судом в установленном законом порядке, при условии, что применение более мягкой меры пресечения невозможно.

Конституцией Российской Федерации допускается применение заключения под стражу только по решению суда так как она является самой суровой и влечет большое количество правоограничений для личности⁵⁶.

Меры пресечения представляют собой принудительные меры, временно ограничивающие права личности, применяющиеся органами дознания, следователем и судом к обвиняемым, реже к подозреваемым при наличии предусмотренных в законе оснований полагать что лицо может скрыться от дознания, предварительного следствия и суда, воспрепятствовать производству по уголовному делу, продолжит заниматься преступной деятельностью, а также для обеспечения исполнения приговора.

⁵⁶ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 2.

Содержание мер пресечения состоит в том, что они на определенный период вводят ряд правоограничений затрагивающих личную свободу обвиняемого, к ним относятся ограничение передвижения, общения, совершения определенных действий, а так при избрании наиболее суровой из них изоляции от общества.

Все возможные меры пресечения перечислены в ст. 98 УПК РФ, в статье УПК они располагаются по нарастанию их правоограничительных свойств, их перечень является исчерпывающим. Он включает в себя:

1. Подписку о невыезде и надлежащем поведении;
2. Личное поручительство;
3. Наблюдение командованием воинской части;
4. Присмотр за несовершеннолетним обвиняемым;
5. Залог;
6. Домашний арест;
7. Заключение под стражу.

Целью избрания меры пресечения является, наличие достаточных оснований полагать о том, что обвиняемый, подозреваемый:

- 1) Может скрыться от органов предварительного следствия и суда;
- 2) Может продолжить заниматься преступной деятельностью;
- 3) Может угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу;
- 4) Для обеспечения исполнения приговора⁵⁷.

Исходя из этого можно сделать вывод, что мера пресечения должна применяться к обвиняемому, реже — подозреваемому лишь при наличии специально оговоренных в законе оснований, а также с учетом таких обстоятельств, как тяжесть предъявленного обвинения, данных о личности: возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства.

⁵⁷ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559

В месте с тем при отсутствии необходимости применения меры пресечения у подозреваемого или обвиняемого отбирается обязательство о явке. Которое заключается в письменном обязательстве лица, указанного в ст. 112 УПК РФ, своевременно являться по вызовам дознавателя, следователя или в суд, а в случае перемены места жительства незамедлительно сообщить об этом. Кроме того, лицу разъясняются последствия нарушения обязательства, о чем делается соответствующая отметка в обязательстве.

Рассмотрим порядок и условия применения заключения под стражу в качестве меры пресечения, Конституцией Российской Федерации допускается применение заключения под стражу только по решению суда так как она является самой суровой и влечет наибольшее количество правоограничений для личности.

Под заключением под стражу следует понимать - меру процессуального пресечения по уголовному делу в отношении подозреваемого или обвиняемого, заключающаяся в его временной изоляции до рассмотрения материалов уголовного дела в суде и вынесения приговора.

Избираемая судом по ходатайству следователя с согласия руководителя следственного органа, дознавателя с согласия прокурора.

Лицо, в отношении которого избрана мера пресечения в виде содержания под стражей имеет статус следственно-арестованного и содержится в следственном изоляторе - СИЗО.

Заключение под стражу избирается в качестве меры пресечения в случаях если есть достаточные основания полагать что:

- 1) Лицо может скрыться от органов предварительного расследования или суда;
- 2) Лицо может препятствовать производству по уголовному делу в виде давления на свидетелей и потерпевших, уничтожения или фальсификации доказательств, иных действий;
- 3) Лицо может продолжить заниматься преступной деятельностью;

4) Для обеспечения исполнения приговора с момента провозглашения приговора до его вступления в законную силу.

Таким образом целями избрания заключения под стражу в качестве меры пресечения являются изоляция лица, представляющего общественную опасность, подозреваемого, или обвиняемого в совершении преступления, воспрепятствование его действиям, которые могут помешать следствию, а также для лишения его возможности скрыться от органов предварительного расследования и суда.

Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше трех лет при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения.

При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Такими обстоятельствами не могут являться данные, не проверенные в ходе судебного заседания, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требования статьи 89 УПК РФ.

Вместе с тем в исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до трех лет, если имеется одного из следующих обстоятельств:

- 1) У него нет постоянного места жительства на территории Российской Федерации;
- 2) Его личность не установлена;
- 3) Им нарушена ранее избранная мера пресечения;
- 4) Он скрылся от органов предварительного расследования или от суда.

Ходатайство об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или

военного суда соответствующего уровня с обязательным участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, защитника, если последний участвует в уголовном деле, по месту производства предварительного расследования либо месту задержания, подозреваемого в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд. Подозреваемый, задержанный в порядке, установленном статьями 91 и 92 УПК РФ, доставляется в судебное заседание. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, руководитель следственного органа, следователь, дознаватель⁵⁸.

Для оценки правоприменительной практики обратимся к статистике применения мер пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста в Калининском районном суде г. Тюмени за отчетный период 2015 года.

Исходя из данных судебной практики Калининского районного суда г. Тюмени за 2015 год по вопросам применения меры пресечения в виде заключения под стражу в 2015 году органами предварительного расследования было заявлено 318 ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, из них отказано было в 23 из них в 4 случаях в качестве меры пресечения судом был избран домашний арест, а 19 обвиняемому была избрана подписка о невыезде и надлежащем поведении⁵⁹.

В тоже время исходя из практики применения меры пресечения в виде домашнего ареста за 2015 год Калининским районным судом г. Тюмени было рассмотрено всего 7 ходатайств об избрании меры пресечения в виде домашнего ареста, из них в 2-х было отказано.

Данные статистики свидетельствует о том, что на сегодняшний день заключение под стражу остается широко применяемой мерой пресечения, которая наиболее сурово ограничивает права и свободы личности. При принятии решения о заключении под стражу судьи руководствуются

⁵⁸ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559.

⁵⁹ Архив Калининского районного суда г. Тюмени, дата обращения (05.08.2016 г.)

действующим УПК который лишь формально оговаривает основания и обстоятельства, учитываемые при избрания меры пресечения, что в свою очередь не позволяет на должном уровне обеспечить защиту прав и свобод личности в уголовном процессе.

Судьи, удовлетворяя ходатайства, ссылаются на основания, указанные в ст. 97 УПК РФ, при этом, не приводя конкретных, исчерпывающих данных, подтвержденных доказательствами, основанными на материалах дела.

Такой подход к рассмотрению ходатайств о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, ведет к нарушению статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и конституционного права человека на свободу и личную неприкосновенность.

Распространенными являются случаи, когда в постановлении отмечены сразу все основания, содержащиеся в ст. 97 УПК РФ.

Следователь, дознаватель предполагает о возможности наступления негативных последствий в будущем, т.е. данные «домыслы» носят лишь вероятностный характер. Именно обоснование данных предположений составляет значительную трудность при избрании меры пресечения. Следовательно, это дает возможность применять указанную меру пресечения широко, а в ряде случаев незаконно и не обоснованно.

Примером может стать постановление Калининского районного суда от 05.08.2015 г. в котором следователь ходатайствовал об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении С. 1989 года рождения, гражданина РФ, со средним специальным образованием, женатого, имеющего двоих малолетних детей, не работающего, зарегистрированного в деревне «данные изъяты», проживающего в г. Тюмени, судимости не имеющего. Обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного п. «А» ч. 2 ст. 158 УК РФ.

Следователь мотивировал свое ходатайство тем, что С. обвиняется в совершении преступления средней тяжести, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше трех лет, не трудоустроен

и не имеет регистрации по месту жительства в г. Тюмени, склонен к совершению аналогичных преступлений, в связи с чем, находясь на свободе, может продолжить заниматься преступной деятельностью, скрыться от органов следствия и суда с целью избежания уголовного наказания, иным путем воспрепятствовать установлению истины по делу.

Обвиняемый и его защитник с ходатайством следователя не согласились, указав, что С. имеет постоянное место жительства в г. Тюмени, где проживает с беременной супругой и двумя малолетними детьми, не намерен скрываться от органов следствия и суда.

Суд счел ходатайство следователя законным, обоснованным и подлежащим удовлетворению по вышеизложенным обстоятельствам⁶⁰.

Таким образом разбирая данное постановления суда, можно сделать вывод о необоснованности данного ходатайства следователя.

Так в п. 21 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 N 41 (ред. от 24.05.2016) «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога»: «... Кроме того, в качестве оснований для избрания меры пресечения в виде заключения под стражу могут быть признаны такие фактические обстоятельства, которые свидетельствуют о реальной возможности совершения обвиняемым, подозреваемым действий, указанных в статье 97 УПК РФ, и невозможности беспрепятственного осуществления уголовного судопроизводства посредством применения в отношении лица иной меры пресечения. В частности, о том, что лицо может скрыться от дознания, предварительного следствия или суда, на первоначальных этапах производства по уголовному делу могут свидетельствовать тяжесть предъявленного обвинения и возможность назначения наказания в виде лишения свободы на длительный срок либо нарушение лицом ранее избранной в отношении его меры пресечения, не связанной с лишением

⁶⁰ Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 05.08.2016 г.

свободы»⁶¹.

Однако учитывая, что С. обвинялся по п. А ч. 2 ст. 158 УК РФ – относящегося к категории средней тяжести, с учетом того что он ранее не был судим, дал признательные показания и иных смягчающих обстоятельств, а также судебной практики, применение наказания в виде реального лишения свободы маловероятно, в последствии приговором Калининского районного суда от 11.05.2016 г. С. был осужден к наказанию в виде 3 (трех) лет 6 (шесть) месяцев лишения свободы, на основании ст. 73 УК РФ наказание считать условным с испытательным сроком 3 (три) года 6 (шесть) месяцев⁶².

Вывод суда о том, что находясь на свободе С. может продолжить заниматься преступной деятельностью, иным образом воспрепятствовать производству по уголовному делу не подтвержден фактическими обстоятельствами и не может следовать из положений того, что С. не работает и не имеет легального источника доходов.

В тоже время Постановлением пленума Верховного Суда предусмотрено, «...вывод суда о том, что лицо может продолжать заниматься преступной деятельностью, может быть сделан с учетом, в частности, совершения им ранее умышленного преступления, судимость за которое не снята и не погашена»⁶³.

Несмотря на это из материалов дела следует, что С. ранее не судим, не привлекался к уголовной ответственности, каких-либо сведений о том, что он состоит на учетах в -нарко или -психо диспансерах судом установлено не было.

Согласно с п. 29 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.05.2016 г. – « В решениях об избрании заключения под стражу в качестве меры пресечения и о продлении срока содержания под стражей должно быть указано, почему в отношении лица не может быть применена более мягкая

⁶¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 2.

⁶² Приговор Калининского районного суда от 11.05.2016 г. Архив Калининского районного суда. (дата обращения 17.08.2016г.)

⁶³ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 2.

мера пресечения, приведены результаты исследования в судебном заседании конкретных обстоятельств, обосновывающих избрание данной меры пресечения или продление срока ее действия, доказательства, подтверждающие наличие этих обстоятельств, а также оценка судом этих обстоятельств и доказательств с изложением мотивов принятого решения»⁶⁴.

В связи с этим не одно из вышеуказанных оснований для избрания меры пресечения в виде заключения под стражу хоть и формально соответствовало основаниям, изложенным в ст. 97 УПК РФ, но не нашло фактического подтверждения, так как было основано лишь на предположениях, не подтверждающихся доказательствами.

На наш взгляд каждое оснований избрания меры пресечения подлежат доказыванию, оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности⁶⁵.

Для того, чтобы нарушение конституционных прав и норм УПК РФ не приводило к необоснованному применению чрезмерно суровой меры пресечения, необходимо выработать действенный механизм правового регулирования.

Для этого видится необходимым изменить структуру нормы часть 1 статьи 97 УПК РФ:

Нынешняя редакция:

«Дознаватель, следователь, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиняемому, подозреваемому одну из мер пресечения, предусмотренных настоящим Кодексом, при наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый, подозреваемый:»

Дополненный вариант:

«Дознаватель, следователь, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиняемому, подозреваемому одну из мер

⁶⁴ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 2.

⁶⁵ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559.

пресечения, предусмотренных настоящим Кодексом, при наличии обстоятельств, которые должны подтверждаться достоверными сведениями и доказательствами, о том, что обвиняемый, подозреваемый».

Кроме того, именно ч.1 ст.108 УПК РФ дает право выбрать заключение под стражу при наличии не более чем предположения. Ею так же не учитывается, что столь суровая мера пресечения может быть избрана лицу, совершившему преступление средней категории тяжести, за которое при наличии достаточных смягчающих обстоятельств, и положительных сведений о личности, приговором суда не будет назначено реальное лишение свободы.

В связи с этим считаем целесообразным поднять категорию преступлений с трех до пяти лет, а также при избрании заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, подтверждающимися достоверными сведениями и доказательствами, в соответствии с которыми принимается решение.

Изменив ч.1 ст. 108 УПК РФ на:

«Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пяти лет при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Такими обстоятельствами не могут являться данные, не основанные на достоверных сведениях и доказательствах не проверенные в ходе судебного заседания, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований статьи 89 настоящего Кодекса. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении

подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет, при наличии одного из следующих обстоятельств...»

При данном подходе будут соблюдаться, и презумпция невиновности, гарантированная ст. 49 Конституции РФ, так и правила оценки доказательств ст. 88 УПК РФ, все эти обстоятельства в совокупности лягут в основе подкрепления права на защиту.

В тоже время, проблемным остается вопрос об обстоятельствах учитываемых при избрании меры пресечения. Так в подавляющем большинстве случаев, основой мотивировки избрания меры пресечения в виде заключения под стражу служит тяжесть предъявленного обвинения.

Данный вывод подтверждается и позицией Верховного Суда: «На первоначальных этапах производства по уголовному делу тяжесть предъявленного обвинения и возможность назначения по приговору наказания в виде лишения свободы на длительный срок могут служить основанием для заключения подозреваемого или обвиняемого под стражу ввиду того, что он может скрыться от дознания, предварительного следствия⁶⁶.

Однако постановлением либо иным законом не оговаривается понятие первоначального этапа расследования и какую продолжительность он имеет.

Расплывчатая формулировка и отсутствие легального определения, дает возможность для множества коллизий и нарушения прав лиц подвергающихся столь суровой мере пресечения.

В тоже время исходя из правовых позиций того же Постановления Пленума: «Проверяя обоснованность подозрения в причастности лица к совершенному преступлению, суд не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности лица⁶⁷.

⁶⁶ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559.

⁶⁷ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559.

Такое голословное обоснование ограничения свободы лица, в отношении которого действует презумпция невиновности, включает в себе опасность помещения человека, виновность которого даже не обсуждалась в СИЗО. Условия нахождения в котором приравнены к тюремному режиму, самому строгому из всех возможных видов режимов при отбывании наказания в виде лишения свободы.

В правовой литературе возможность придания обоснованному подозрению (обвинению) значения самостоятельного основания не раз подвергалась критике⁶⁸.

«Если признать обвинение (подозрение) основанием применения меры пресечения, произойдет смешение оснований производства различных процессуальных действий, сотрется четкая грань между привлечением в качестве обвиняемого и применением меры пресечения, которые, по общему правилу, хотя и следуют одно за другим, однако по своему характеру и назначению в системе уголовного судопроизводства далеко неравнозначны»⁶⁹.

Кроме того, придание обвинению значения основания, влекущего избрание меры пресечения, по замечанию В.М. Корнукова, открывает возможность для применения этой меры в отношении каждого обвиняемого независимо от наличия или отсутствия действительной в ней необходимости⁷⁰.

Представляется, что такая возможность должна быть ограничена необходимостью соблюдения всех других условий избрания меры пресечения, предусмотренных законом, а также учета обстоятельств совершения личности подозреваемого, обвиняемого наличия у него постоянного места жительства, работы и других обстоятельств.

⁶⁸ Трунов И.Л. Меры пресечения в уголовном процессе. – М.: Юридический центр Пресс, 2003. 356 с.

⁶⁹ Кудин Ф.М. Принуждение в уголовном судопроизводстве. – М.: Красноярск 1985. С. 136

⁷⁰ Коркунов В.М. Вопросы теории и практики применения мер процессуального принуждения в советском уголовном процессе: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1970. С. 22.

Полагаем для того, чтобы тяжесть преступления, в котором обвиняется (подозревается) человек, не становилась причиной необоснованного заключения под стражу, в УПК необходимо внести следующие изменения:

ст. 99 УПК РФ дополнив:

«При решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления и определения ее вида при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, должны учитываться обоснованное подозрение (обвинение) в совершении тяжкого и особо тяжкого преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства.»

Ситуация еще больше усугубляется при решении вопроса о продлении меры пресечения в виде заключения под стражу.

Действующее законодательство предусматривает в ст. 109 УПК РФ:

Содержание под стражей при расследовании преступлений не может превышать 2 месяца.

Верховный Суд РФ в постановлении пленума от 19.12.2013 г. указал, что в случае если предварительное следствие невозможно закончить в срок до 2 месяцев и при отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения, то срок может быть продлен судом соответствующего уровня в порядке, установленном ч. 3 ст. 108 УПК РФ, на срок до 6 месяцев. Последующее продление может быть осуществлено в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, в случаях особой сложности уголовного дела и при наличии оснований для избрания меры пресечения судьей того же суда по ходатайству следователя, внесенному с согласия руководителя соответствующего следственного органа по субъекту Российской Федерации, иного приравненного к нему руководителя следственного органа либо по ходатайству дознавателя в случаях, предусмотренных частью пятой статьи 223 УПК РФ, с согласия

прокурора субъекта Российской Федерации или приравненного к нему военного прокурора, до 12 месяцев.

Свыше 12 месяцев срок содержания под стражей может быть продлен лишь в исключительных случаях в отношении лиц, обвиняемых в совершении особо тяжких преступлений, судьей суда, указанного в части третьей статьи 31 УПК РФ, или военного суда соответствующего уровня по ходатайству следователя, внесенному с согласия в соответствии с подследственностью Председателя Следственного комитета Российской Федерации либо руководителя следственного органа соответствующего федерального органа исполнительной власти, при соответствующем федеральном органе исполнительной власти до 18 месяцев⁷¹.

В настоящее время в правоприменительной практике складывается ситуация при которой более 90% ходатайств следователя о продлении сроков содержания под стражей продлеваются. Мотивировка обстоятельств служащих основанием такого решения носит формальный характер.

Так исходя из статистических данных за период 2015 года в Калининском районном суде г. Тюмени было рассмотрено 322 ходатайства о продлении срока содержания под стражей, из которых не было удовлетворенно 4 ходатайства, в 3 случаях судом мера пресечения была изменена на домашний арест, а по 1 производству было прекращено в связи с отсутствием предмета разбирательства.

В месте с тем, ходатайств о продлении домашнего ареста было заявлено 17 ходатайств, в том числе в отношении одного и того же лица ходатайство рассматривалось 3 раза, из них неудовлетворенным осталось только 1⁷².

Исходя из статистических данных делаем вывод, о том, что при продлении заключение под стражей является наиболее распространённой и фактически безальтернативной мерой пресечения

⁷¹ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559.

⁷² Архив Калининского районного суда г. Тюмени, (дата обращения 05.08.2016 г.)

Практическим примером может служить продление стражи в отношении Р. который обвинялся органами предварительного расследования по п. А ч. 2 ст. 126 УК РФ.

Ходатайство о продлении срока содержания под стражей подавалось неоднократно и общий срок содержания под стражей продлился с 15.09.2012 по 03.10.2013 г., кроме того приговором от 3.10.2013 г. суд изменил квалификацию деяния Р. на п. А ч. 2 ст. 127 УК РФ, ч. 2 ст. 330 УК РФ и на основании ст. 73 УК РФ ему было назначено наказание в виде 3 лет 6 месяцев условно с испытательным сроком три года⁷³.

Р. являлся гражданином Российской Федерации, был трудоустроен, так же ранее не судим, не привлекался к уголовной ответственности, у него имелась регистрация и постоянное место жительства по месту проведения предварительного расследования.

Не смотря на это он провел в общей сложности более 13 месяцев под стражей.

Основой мотивировки столь долгого продления срока содержания под стражей служило обвинение в особо тяжком преступлении, и никакие иные фактические данные положительно характеризующие личность Р. в своей совокупности не могли повлиять на решение суда.

Однако смена квалификации в приговоре на п. А ч. 2 ст. 127 УК РФ, ч. 2 ст. 330 УК РФ – преступления относящиеся к категории средней тяжести, в очередной раз показывает насколько опасно, не брать в расчет презумпцию невиновности.

Таким образом, в результате того, что 90% всех заявленных ходатайств об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу удовлетворяется, и сроки содержания под стражей постоянно продлеваются, растет наполненность следственных изоляторов (СИЗО), тем самым нарушаются норм содержания граждан в СИЗО.

⁷³ Приговор Ленинского районного суда от 03.10.2013 г. Архив Ленинского районного суда (дата обращения 17.09.2016 г.)

Переполненность следственных изоляторов также указывает на необходимость более широкого применения иных мер пресечения.

Верховный Суд так же неоднократно высказывался о продлении сроков содержания под стражей.

Продлевая срок содержания под стражей на любой стадии производства по уголовному делу, суду необходимо проверять наличие на момент рассмотрения данного вопроса, предусмотренных статьей 97 УПК РФ оснований, которые должны подтверждаться достоверными сведениями и доказательствами. Кроме того, суду надлежит учитывать обстоятельства, указанные в статье 99 УПК РФ, и другие обстоятельства, обосновывающие продление срока применения меры пресечения в виде заключения под стражу. При этом обстоятельства послужившие для избрания меры пресечения, не всегда являются достаточными для ее продления.

Необходимым условием для законного и обоснованного применения заключения под стражу, является обоснованное подозрение в совершении лицом преступления определенной категории тяжести. Однако по истечении времени оно перестает быть достаточным.

Суд в каждом конкретном случае должен установить обстоятельства, свидетельствующие о необходимости дальнейшего содержания обвиняемого под стражей.

При производстве предварительного следствия на первоначальных этапах производства по уголовному делу тяжесть предъявленного обвинения и возможность назначения по приговору наказания в виде лишения свободы на длительный срок может служить основанием для заключения подозреваемого или обвиняемого под стражу в связи с тем, что лицо может скрыться от дознания, предварительного следствия. Вместе с тем в дальнейшем одни только эти обстоятельства не могут признаваться достаточными для продления срока действия данной меры пресечения.

Кроме того, Верховный Суд разъяснил о том, что сама по себе необходимость дальнейшего производства следственных действий не может

выступать единственным и достаточным основанием продления срока содержания обвиняемого под стражей. Решение суда о продлении срока содержания под стражей должно основываться на фактических данных, предусмотренных ст.ст. 97, 99 УПК РФ, подтверждающих необходимость сохранения этой меры пресечения⁷⁴.

Однако понятия первоначального этапа производства по уголовному делу в законе не раскрывается, в связи с этим невозможно определить до какого периода сохраняется необходимость применения заключения под стражу.

Кроме того, видится необходимость учитывать, при избрании меры пресечения высокой вероятности назначения по приговору наказания не связанного с лишением свободы.

Для разрешения имеющихся противоречий, необходимо внести изменения в УПК РФ, а именно:

ч. 3 ст. 108 УПК РФ - При необходимости избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу следователь с согласия руководителя следственного органа, а также дознаватель с согласия прокурора возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу и невозможно избрание иной меры пресечения. К постановлению прилагаются материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства. Тяжесть преступления не может выступать в качестве единственного основания для избрания или продления заключения под стражу.

ч. 1 ст. 109 УПК РФ:

Содержание под стражей при расследовании преступлений не может превышать 2 месяца, что является первоначальным этапом предварительного расследования.

Таким образом на наш взгляд, гарантии соблюдения прав и свобод

⁷⁴ Собрание Законодательства Российской Федерации 2016. № 28. Ст. 4559.

будут надлежащим образом гарантированно, если деятельность органов уголовного преследования и суда будет в полной мере урегулирована не декларативными принципами, а реально действующими правовыми нормами, отвечающими требованиям практики.

Этому в значительной степени будет способствовать более продуманное и взвешенное сочетание на законодательном уровне оснований и условий избрания меры пресечения в виде заключения под стражу. При этом решающее значение для вывода о законности и обоснованности избрания в виде меры пресечения заключения под стражу – должно иметь требование, в соответствии с которым оценка указанных обстоятельств, основанная на фактах, формирующая у правоприменителя внутреннее убеждение о необходимости и правомерности избрания в отношении обвиняемого (подозреваемого) данной меры пресечения и невозможности применения иной, более мягкой меры пресечения.

В связи с этим к избранию меры пресечения нужно подходить не менее тщательней чем к вынесению приговора, в связи с тем, что вина человека считается доказанной лишь после вступления в законную силу обвинительного приговора суда.

Поскольку обвиняемый не признан судом виновным, то в силу презумпции невиновности должна распространяться презумпция оставления его на свободе. А на органах обвинения лежит обязанность доказать в каждом конкретном случае, что оставлять обвиняемого на свободе невозможно, что иная мера пресечения не может обеспечить должного поведения обвиняемого на свободе.

Учет предложенных нами изменений законодательства будет способствовать соблюдению права на защиту, а также на свободу и личную неприкосновенность.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По проведенному нами исследованию можно сделать следующие выводы:

На сегодняшний день, ст. 48 Конституции РФ закрепляет право на получение квалифицированной юридической помощи, которое входит в комплекс прав на защиту.

Действующий УПК РФ в статье 16 закрепил обеспечение подозреваемому и обвиняемому право на защиту, под которым следует понимать деятельность государственных органов и их должностных лиц, направленную на создание условий для беспрепятственного осуществления подозреваемым, обвиняемым и его защитником своих прав, закрепленных законом, а также препятствующую и предупреждающую нарушения права обвиняемого на защиту.

В месте с тем судебная практика идет по пути того, что в случае нарушения какого-либо из данного комплекса права должностными лицами, приводит к отмене обвинительного приговора и возвращению уголовного дела прокурору.

Исходя из приведенного исследования института права на защиту, сформулируем следующее понятие.

Право на защиту – это комплекс прав подозреваемого, обвиняемого и защитника, которые они могут реализовать на всех стадиях уголовного процесса, направленный на защиту прав и законных интересов подозреваемого, обвиняемого, с целью опровержения или уменьшение обвинения, исключения или смягчения ответственности, а также осуществлению принципа состязательности и правильному разрешению уголовного дела.

Таким образом, в Российской Федерации действующий закон заложил все необходимые условия для обеспечения и дальнейшего развития института права на защиту.

Вместе с тем, совокупность правовых гарантий, относящихся к право на защиту занимает определяющую роль для принятия законного, обоснованного и справедливого решения по уголовному делу.

2. По проведённому исследованию правового положения адвоката-защитника можно сделать следующие выводы.

На основании ст. 48 Конституции РФ, в нашей стране каждому гарантируется право каждого на получение квалифицированной юридической помощи. Главным образом это право реализуется через институт защиты.

В качестве защитника по уголовному делу на досудебной стадии расследования допускается адвокат, а в судебное следствие и иные лица, занимающиеся частной юридической практикой. Адвокат - лицо, получившее в установленном законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность.

Адвокат-защитник является самостоятельным участником уголовного процесса, он сам осуществляет выбор способов, методик и тактики защиты. Его цель состоит реализации права на защиту, выявлении обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смягчающих его ответственность, в связи с этим он может быть безразличным к установлению истины по делу, однако он призван защищать права и интересы подзащитного только законными средствами и способами. Для решения стоящих перед ним задач защитник обладает широким кругом предусмотренных полномочий.

3. Собираение доказательств защитником необходимо для решения главной задачи, стоящей перед ним – опровержение обвинения, смягчения наказания. Для надлежащей реализации конституционного права на защиту, адвокат-защитник должен обладать достаточным объёмом прав.

Не смотря на это в практической деятельности защитник сталкивается с трудностями которые приводят к ущемлению его роли в доказывании и тем самым нарушая право на защиту подозреваемого, обвиняемого.

Прежде всего, это проблема, возникающая при получении предметов, документов, иных сведений. Закон в п. 1, ч. 3, ст. 86 УПК РФ не перечисляет характера предметов, документов, сведений, а также не называет возможных способов их получения и предания им процессуально допустимой формы.

Такая неопределённость у стороны защиты приводит к многочисленным спорам, а порой к отказу в приобщении подобных сведений к материалам уголовного дела, нарушая равное со стороной обвинения право на соби́рание и предоставление доказательств. Зачастую органы предварительного расследования не мотивированно отказывают адвокату в приобщении данных сведений или заявляют о том, что они получены не процессуальным путём.

Для решения данной проблемы необходимо ввести п. 33.1 ст. 5 УПК РФ:

«Получение предметов, документов и иных сведений защитником – являются добровольная передача гражданами защитнику в рамках осуществления им защиты по уголовному делу предметов, документов и иные сведения оправдывающих или смягчающих вину подзащитного, совместно с документом, содержащим описание характера полученных сведений, а также заверенный подписями защитника и лица передавшего данные сведения».

Отказа от приобщения сведений, соответствующих вышеназванным требованиям, будет являться основанием к обжалованию таких действий по ч. 1 ст. 125 УПК РФ как нарушающее конституционное право на защиту.

Полагаем, что в этом случае процедура соби́рания предметов, документов, иных сведений у лиц, будет достаточной для закрепления их в качестве доказательств и последующего исследования на общих основаниях.

Не менее значимой проблемой соби́рания доказательств адвокатом, путем опрос лиц с их согласия. В результате того, что УПК РФ не раскрывает понятия опроса лица, а также не разъясняет основания, порядок его проведения, способы фиксации информации, зачастую приобщение данных

сведений к материалам дела является проблематичным, нарушая право адвоката на представление доказательств, что так же не дает в полной мере реализовать право на защиту, нарушая состязательность уголовного процесса.

Решить эту проблему поможет введение определения в п. 23.1 ст. 5 УПК РФ которое бы раскрыла его сущность: опрос лиц с их согласия:

«Опрос лица - опрос лица, лиц с их согласия защитником в рамках осуществления им защиты по уголовному делу, содержащий сведения, оправдывающие либо смягчающие вину его подзащитного, которые фиксируются в документе, заверенном подписями защитника и лица, лиц дающего пояснения».

Считаем, что эти изменения должны послужить основой для дальнейшего реформирования, и упрочнения правового положения адвоката-защитника в собирании доказательств, тем самым способствуя реализации принципа состязательности, права на защиту и получение квалифицированной юридической помощи.

4. При производстве следственных действий подозреваемый, обвиняемый и его защитник обладают широким кругом прав и процессуальных гарантий без активной реализации которых не возможна реализация принципа состязательности и права на защиту.

К данной совокупности прав на защиту относится назначение и производство судебной экспертизы, так как оно весьма существенно затрагивает права граждан, в сфере уголовного судопроизводства. В связи с этим, закон наиболее полно оговаривает круг возможностей, предоставляемых подозреваемому, обвиняемому при производстве судебной экспертизы.

Однако не смотря на все гарантии на практике чаще всего происходит такая ситуация, что следователь знакомит подозреваемого, обвиняемого и его защитника с постановлением о назначении судебной экспертизы одновременно с заключением эксперта. Данная ситуация приводит не только

к нарушению состязательности уголовного процесса, но и серьёзно ограничивает право на защиту подозреваемого, обвиняемого.

Полагаем, что необходимо внести в УПК РФ норму, указывающую на то, что ознакомление с постановлением судебной экспертизы и с материалами, направляемыми на исследование проводится до исследования.

Изменить п. 1 ч. 1 ст. 198 УПК дополнив: «При назначении и производстве судебной экспертизы подозреваемый, обвиняемый, его защитник, потерпевший, представитель вправе: 1) до направления постановления о назначении судебной экспертизы, знакомиться с указанным постановлением, а также с материалами, направляемыми на исследование, о чем должен быть составлен протокол».

Внести изменения ч. 11 ст. 47 УПК РФ: «знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту до направления указанного постановления эксперту и знакомиться с заключением эксперта»;

Для состязательного процесса так же большое значение имеет обстоятельство как реализуются ходатайства, заявленные защитником во время предварительного расследования. Заявление ходатайств относится к одному средств и способов эффективной защиты. Выполняя функцию доказывания для истребования и проверки доказательств невиновности или смягчения обвинения, защитник может заявить ходатайство об их истребовании.

В правоприменительной практике не редки случаи отказа и игнорирования доводов, приводимых ходатайствами защитника. Такая ситуация, не позволяет адвокату-защитнику должным образом принять участие в доказывании, что ведет к нарушению права на защиту.

Решением сложившейся проблемы, может стать внесения изменений в закон конкретизирующих обстоятельства при которых следователь, дознаватель и суд не вправе отказать стороне защиты в удовлетворении ходатайства.

Считаем необходимым внести изменения в ч. 2 ст. 159 УПК РФ также необходимо уточнить и дополнить, изложив в следующей редакции:

Подозреваемому или обвиняемому, его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении, которых они ходатайствуют, имеют значение для квалификации преступления, уменьшения объема обвинения, проверки алиби, входящих в предмет доказывания.

Полагаем что данные изменения будут достаточными и позволят защитнику в полной мере участвовать в доказывании в рамках предварительного расследования, а также обеспечит поддержание права на защиту.

5. Право на свободу является одним из важнейших гарантий прав человека. Законодательством Российской Федерации, допускается возможность ограничения права на свободу лишь в той мере, в которой это требуется определенными законом целями, устанавливая специальную процедуры их применения.

Самой суровой из всех мер пресечения является заключение под стражу. Конституцией Российской Федерации допускается применение этой меры только по решению суда, так как она является самой суровой и влечет наибольшее количество правоограничений для личности.

Судьи, удовлетворяя ходатайства, ссылаются на основания, указанные в ст. 97 УПК РФ, при этом, не приводя конкретных, исчерпывающих данных, подтвержденных доказательствами, основанными на материалах дела.

Распространенными являются случаи, когда в постановлении отмечены сразу все основания, содержащиеся в ст. 97 УПК РФ. Следовательно, дознаватель предполагает о возможности наступления негативных последствий в будущем, т.е. данные «домыслы» носят лишь вероятностный характер.

Для того, чтобы нарушение конституционных прав и норм УПК РФ не приводило к необоснованному применению чрезмерно суровой меры пресечения, необходимо выработать действенный механизм правового регулирования.

Для этого видится необходимым изменить структуру нормы часть 1 статьи 97 УПК РФ:

«Дознаватель, следователь, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиняемому, подозреваемому одну из мер пресечения, предусмотренных настоящим Кодексом, при наличии обстоятельств, которые должны подтверждаться достоверными сведениями и доказательствами, о том, что обвиняемый, подозреваемый:»

Полагаем для того, чтобы тяжесть преступления, в котором обвиняется (подозревается) человек, не становилась причиной необоснованного заключения под стражу, в УПК необходимо внести следующие изменения:

ст. 99 УПК РФ дополнив:

«При решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления и определения ее вида при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, должны учитываться обоснованное подозрение (обвинение) в совершении тяжкого и особо тяжкого преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства.»

Кроме того, именно ч.1 ст.108 УПК РФ дает право выбрать заключение под стражу при наличии не более чем предположения. Ею так же не учитывается, что столь суровая мера пресечения может быть избрана лицу, совершившему преступление средней категории тяжести, за которое при наличии достаточных смягчающих обстоятельств, и положительных сведений о личности, приговором суда не будет назначено реальное лишение свободы.

В связи с этим считаем целесообразным поднять категорию преступлений с трех до пяти лет, а также при избрании заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, подтверждающимися достоверными сведениями и доказательствами, в соответствии с которыми принимается решение.

Изменив ч.1 ст. 108 УПК РФ на:

«Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пяти лет при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Такими обстоятельствами не могут являться данные, не основанные на достоверных сведениях и доказательствах не проверенные в ходе судебного заседания, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований статьи 89 настоящего Кодекса. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет, при наличии одного из следующих обстоятельств...»

Ситуация еще больше усугубляется при решении вопроса о продлении меры пресечения в виде заключения под стражу.

Выходом из сложившейся ситуации может стать принятие изменений в УПК РФ, а именно:

Изменив ч. 3 ст. 108 УПК РФ - При необходимости избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу следователь с согласия руководителя следственного органа, а также дознаватель с согласия

прокурора возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу и невозможно избрание иной меры пресечения. К постановлению прилагаются материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства. Тяжесть преступления не может выступать в качестве единственного основания для избрания или продления заключения под стражу.

Дополнить ч. 1 ст. 109 УПК РФ:

Содержание под стражей при расследовании преступлений не может превышать 2 месяца, что является первоначальным этапом предварительного расследования.

Таким образом на наш взгляд, гарантии соблюдения прав и свобод будут надежнее, если деятельность органов уголовного преследования и суда будет в полной мере урегулирована не декларативными принципами, а реально действующими правовыми нормами, отвечающими требованиям практики.

Учет предложенных нами изменений законодательства будет способствовать соблюдению права на защиту, а также на свободу и личную неприкосновенность.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ:

Нормативно-правовые акты:

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. по сост. на 21.07.2014 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2014. – №31. – Ст. 4398.

2. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 по сост. на 22.11.2016) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2016. – №28. – Ст. 4559.

3. Уголовный кодекс Российской Федерации» от 13.06.1996 по сост. на 22.11.2016 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2016. – №28. – Ст. 4559.

4. Об адвокатской деятельности и адвокатуре: федеральный закон от 31 мая 2002 г. №63-ФЗ по сост. на 2 июня 2016 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2016. № 23. - Ст. 3284.

5. Кодекс профессиональной этики адвоката от 31 января 2003 г. по сост. на 5 ноября 2016 г. – Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» - URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_44841/.

6. Судебник 1497 года [Электронный ресурс]. – URL: <http://his95.narod.ru/1497.htm> (дата обращения 3.10.2016 года).

7. Свода законов Российской Империи, [Электронный ресурс]. – Документ опубликован не был. – Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» - URL: <http://civil.consultant.ru/code/> (дата обращения 3 ноября 2016 года).

8. Судебный устав от 20 ноября 1864г. С изложением рассуждений на коих они основаны, изданные Государственной канцелярию, Санкт-Петербург — 1867г — изд. 2-е дополненное. [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» - URL: http://civil.consultant.ru/sudeb_ustav/ (29 октября 2016г.).

9. Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР от 24 ноября 1917 г. «О суде». [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс». - URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=4029#0> (29 октября 2016г.)

10. Об адвокатуре СССР, Утв. Пост. СНК СССР 16 августа 1939. (СП СССР 1939 г. № 49, ст. 394). [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс». - URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ESU;n=9228#0> (29 октября 2016г.).

11. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР от 01.07.2002. [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс». - URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_3275/ (29 октября 2016г.)

Список литературы:

12. Аванесов Г.А. Мотивационная криминология и базовые мотивы преступного поведения / Г.А. Аванесов – М.: 2013. – 121 с.

13. Адильшаев Э.А. Судебное санкционирование как форма реализации правосудия в уголовном судопроизводстве России. / Э.А. Адильшаев, И.В. Жеребятьев, А.А. Шамардин. – СПб: Оренбург, ООО ИПК «Университет», 2013. – 277 с.

14. Баранова И.В. Право обвиняемого на защиту / И.В. Баранова // Пермский государственный национальный исследовательский университет – 2012. – № 4. – С. 51-58.

15. Баранов Д.П. Адвокатское право: адвокатская деятельность и адвокатура России: учебник для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям. – М.:, 2008. – 87 с.

16. Бойков А.Д. Адвокатура России: Учебное пособие / А.Д. Бойков, Н.И. Капинус - М.: Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова. 2009. – 376 с.
17. Брянская Е.В. Аргументирующая сила доказательств при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции / Е.В. Брянская. – М.: Иркутск, 2015. – 193 с.
18. Васяев А.А. О возможности реализации подозреваемым (обвиняемым) права на защиту в условиях содержания под стражей / А.А. Васяев // Адвокат – 2009. – № 10. – С.17.
19. Власенко Н.А. Теория государства и права. / Н.А. Власенко – М.: 2011. — 416 с.
20. Владимирский -Буданов М.Ф. «Обзора истории русского права» / М.Ф. Владимирский -Буданов // Журнал Министерства юстиции. – 2010. – № 4. – С. 289 – 315.
21. Гаспарян Н. С. Недопустимые доказательства. Теория и систематизированная судебная практика / Н. С. Гаспарян – М.: ИнформПраво, 2011. – 106 с.
22. Ганночка Ю.В. Процессуальные и организационные функции защитника обвиняемого на предварительном следствии: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Ю.В. Ганночка. – КЮИ МВД России – 2012. – 28 с.
23. Героев А.Д. Участие адвоката защитника в доказывании на предварительном следствии: дис. . канд. юрид. наук: 12.00.09 / А.Д. Героев . – ИГИП РАН – Москва, 2004. – 190 с.
24. Научно-практический комментарий УПК РФ / Под ред. А.В. Гриненко. Изд.-2-е. – М.: Эксмо, 2007. – 858с.
25. Дождев Д.В. Римское частное право. / Д.В. Дождев – М.: Инфра-М, Норма, 2010. – 784 с.
26. Еникеев З. Д. Вопросы уголовного судопроизводства в решениях Конституционного Суда Российской Федерации / З. Д. Еникеев – М.: Издательство Юрайт, 2013, – 703 с.

27. Еникеев М.И. Следственные действия: психология, тактика, технология / М.И. Еникеев, В.А. Образцов, В.Е. Эминов – М.: Проспект, 2011. – 216 с.
28. Егоров С.Е.: Права человека в уголовном процессе: международные стандарты и российское законодательство / С.Е. Егоров – М.: Норма, 2006. – 235 с.
29. Калиновский К.Б. Толкование отдельных положений законов о внесении изменений и дополнений в УПК РФ. / К.Б. Калиновский // Журнал российского права. – 2008. – № 8. – С. 91-97.
30. Ковриги З.Ф. Уголовный процесс России / З.Ф. Ковриги, Н.П. Кузнецова. – М.: 2008. – 87 с.
31. Кронов Е. В. Опрос защитником-адвокатом лиц с их согласия: сущность, значение, механизм производства / Е. В. Кронов // Адвокатская практика. – 2008. – №3. – С. 2-5.
32. Уголовный процесс: Учебник для бакалавров / А.П. Кругликов [и др.]; – М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. – 688 с.
33. Кудрявцева В.Н. Курс Российского уголовного права. Общая часть. / В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2011. – 456 с.
34. Кузнецов Н.А. Право защитника собирать доказательства сущность и пределы / Н.А. Кузнецов // Российская юстиция. – 2002. – №8. – С.32.
35. Кучерена А.Г. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» / А.Г. Кучерена. М.: 2009 г. – 47 с.
36. Лазарева В.А. Не ознакомление защитника с постановлением о назначении экспертизы как основание признания заключения эксперта недопустимым доказательством. / В.А. Лазарева // Уголовный процесс. – 2009. – № 1. – С. 100-101.
37. Лебедева В.М. Научно-практический комментарий к УПК России / В.М. Лебедева. – М.: 2012. – 101 с.

38. Малышева О.А. Досудебное производство в российском уголовном процессе: проблемы реализации и правового регулирования: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / О.А. Малышева. – ИГИП РАН – Москва, 2013. – 51 с.
39. Мартынчик Е. Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрина адвокатского расследования. / Е. Г. Мартынчик – М.: ЮНИТИ-ДАНА. 2012. – 189 с.
40. История России. 1917 - 1940. Хрестоматия / В.А. Мазур [и др.]. – М.: Исторические науки Екатеринбург, 2006/ – 75 с.
41. Мельников В.Ю. Права личности в уголовном процессе Российской Федерации / В.Ю Мельников – М.: 2012. – 318 с.
42. Михайлова А.М. Право на защиту в уголовном судопроизводстве, или Защищайтесь, сударь! / А.М. Михайлова // ГАРАНТ.РУ информационно-правовой портал. 2015.
43. Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. / И.Б. Михайловская – М.: 2006. – 317 с.
44. Новицкий С.А. Защита лиц, заключенных под стражу, участниками уголовного судопроизводства / С.А. Новицкий // Право и жизнь. – 2008. – № 10. – С.12.
45. Пилипенко Ю.С. Адвокатская тайна: комментарии к дисциплинарной практике / Ю.С. Пилипенко – М.: 2009. – 64 с.
46. Пикалов И.А. Принципы отечественного уголовного процесса. / И.А. Пикалов – М.: 2012. – 256 с.
47. Приходько И.А. Допустимость правосудия и закон об адвокатуре / И.А. Приходько // Юридический консультант. –2002. –№7. – С.9-12.
48. Публикация статистики приговоров, вынесенных за 2013 год, [Электронный ресурс]. – Доступ из «Газета.ru» - URL: <http://www.gazeta.ru/social/2014/02/11/5901105.shtml> (26 февраля 2016 года).

49. Публикация статистики Европейского суда по правам человека за 2013 год [Электронный ресурс]. – Доступ из <http://europeancourt.ru/statistika-evropejskogo-suda/>, (26 февраля 2016).

50. Рыжаков А.П. Право на защиту в уголовном процессе / А.П. Рыжаков // Дело и Сервис. –2016. – № 2. – 15-18.

51. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. / М.С. Строгович – М.: Издательство «Наука», 1970. – 534 с.

52. Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство / Ю.И. Стецовский – М.: 2007. – 359 с.

53. Сергеева И.Е. Вы и представитель закона: как защитить свои права: разъяснения и комментарии / И.Е. Сергеева – М.: Омега, 2009. – 64 с.

54. Уголовный процесс. Практикум. / Таран А.С. [и др.]; – М.: ЮСТИЦИЯ, 2016. – 432 с.

55. Тарасов А.А. Уголовно-процессуальное право. Актуальные проблемы теории и практики: учебник для магистров / под ред. В.А. Лазаревой, А.А. Тарасова. – М.:, 2012. – 476 с.

56. Трунов И.Л. Экзамен на звание адвоката: учебно-практ. пособие: ответы на вопросы, утв. Советом Федеральной палаты адвокатов России 30 ноября 2010 г. / под ред. И.Л. Трунова, Л.К. Айвар. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Юрайт, 2013. – 1012 с.

57. Томин В.Т. Уголовный процесс России. Проблемные лекции: учебное пособие / В.Т. Томин, А.П. Попов, И.А. Зинченко – СПб: «РИА-КМВ» Пятигорск, 2014. – 412 с.

58. Криминалистика: учебник / В.Ю. Шепитько, [и др.]; – М.: Право, 2011. – 464 с.

Судебная практика:

59. Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Моисеев против России» от 9 октября 2008 г (№ 62936/00). Электронный

ресурс (Справочно-Поисковая система «КонсультантПлюс») – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=87988#0>.

60. «По делу о проверки конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова»: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 января 1997 г. № 2–П // Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации. – 2–П/1997.

61. «По делу о проверки конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами гражданина В.И. Маслова»: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П // Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации. – 11-П/2000.

62. «По жалобе о нарушении конституционных прав и свобод положениями статей 7 и 123, части третьей статьи 124, статей 125, 388 и 408 уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации по жалобам граждан Астахова Павла Алексеевича, Замашкина Сергея Дмитриевича, Карцевой Веры Константиновны и Костанова Юрия Артемовича»: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 января 2005 г. № 42-О // Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации. – 42-О/2005.

63. «По жалобе гражданина Шилова Сергея Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 195 и 198 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2015 г. № 257-О // Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации. – 257-О/2015.

64. О практике применения судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 16 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – № 12. – 2012.

65. О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 № 41 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – № 8. – 2013.

66. О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве: постановление Пленума ВС РФ от 30 июня 2015 г. № 29 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – № 6. – 2015.

67. Постановление Московского городского суда от 1 июля 2011 г. по делу № 4у/5-4870 [Электронный ресурс]. – Доступ из справочно-правовой системы «Гарант», (дата обращения 29.09.2016г.).

68. Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 1 июня 2011 г. по делу № 22-7543 [Электронный ресурс]. – Доступ из справочно-правовой системы «Гарант» (дата обращения 29.09.2016г.).

69. Приговор Ленинского районного суда г. Тюмени от 03 октября 2013 г. по делу по делу № 1-560/2013. Архив Ленинского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

70. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 25 января 2015 г. по делу № 1-108-2016. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

71. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 30 сентября 2015 г. по делу № 3/2-223-2015. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

72. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 30 сентября 2015 г. по делу № 3/2-224-2015. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

73. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 29 октября 2015 г. по делу № 3/2-251-2015. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

74. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 02 ноября 2015 г. по делу № 3/2-259-2015. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

75. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 03 декабря 2015 г. по делу № 3/2-279-2015. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

76. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 03 декабря 2015 г. по делу № 3/12-31-2015. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

77. Приговор Калининского районного суда г. Тюмени от 16 декабря 2015 г. по делу по делу № 1-745-15. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

78. Приговор Мирowego судьи судебного участка № 2 Калининского районного суда г. Тюмени от 22 декабря 2015 г. по делу по делу № 1-170-15/2м. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

79. Приговор Мирowego судьи судебного участка № 3 Калининского районного суда г. Тюмени от 18 января 2016 г. по делу по делу № 1-10/2016/3м. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

80. Приговор Мирowego судьи судебного участка № 1 Калининского районного суда г. Тюмени от 18 января 2016 г. по делу по делу № 1-62/2016/1м. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

81. Приговор Мирowego судьи судебного участка № 3 Калининского районного суда г. Тюмени от 11 марта 2016 г. по делу по делу № 1-43/2016/3м. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

82. Приговор Калининского районного суда г. Тюмени от 15 марта 2016 г. по делу по делу № 1-70-16. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

83. Приговор Ленинского районного суда г. Тюмени от 15 марта 2016 г. по делу по делу № 1-742. Архив Ленинского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

84. Приговор Калининского районного суда г. Тюмени от 11 мая 2016 г. по делу по делу № 1-108-2016. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

85. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 13 мая 2016 г. по делу № 3/1-102-2016. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

86. Постановление Ленинского районного суда г. Тюмени от 12 июня 2016 г. по делу №1-929/2016. – Архив Ленинского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

87. Постановление Калининского районного суда г. Тюмени от 02 июля 2016 г. по делу № 3/1-127-2016. Архив Калининского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

88. Постановление Центрального районного суда г. Тюмени от 4 июля 2016 г. по делу № 3/2-190-2016. Архив Центрального районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

89. Постановление Центрального районного суда г. Тюмени от 23 июля 2016 г. по делу № 3/2-215-2016. Архив Центрального районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

90. Приговор Ленинского районного суда г. Тюмени от 23 августа 2016 г. по делу по делу № 1-448/2016. Архив Ленинского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).

91. Постановление Ленинского районного суда г. Тюмени от 07 октября 2016 г. по делу №1-1060/2016. – Архив Ленинского районного суда г. Тюмени (дата обращения 05.11.2016).