

*На правах рукописи*



**БИТОВАЯ МАРИЯ ХАЖИСМЕЛОВА**

**ПРАВО СОБИРАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ЗАЩИТНИКОМ  
И ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ В УГОЛОВНОМ  
СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**

Специальность 12 00 09 – уголовный процесс, криминалистика  
и судебная экспертиза, оперативно-розыскная деятельность

**АВТОРЕФЕРАТ**  
диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

05 ЛФК 2008



Москва – 2008

Работа выполнена на кафедре уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной экспертизы Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Российская академия правосудия»

**Научный руководитель:** кандидат юридических наук, доцент  
**Кононенко Владимир Иванович**

**Официальные оппоненты:** доктор юридических наук, профессор  
**Власов Анатолий Александрович**

кандидат юридических наук  
**Никольская Анна Георгиевна**

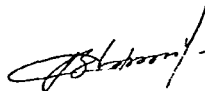
**Ведущая организация:** Московский государственный открытый университет

Защита состоится 17 декабря 2008 г в 14 часов на заседании диссертационного совета Д 170 003 01 при Государственном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Российская академия правосудия» по адресу 117418, г Москва, ул Новочеремушкинская, д 69-а, ауд 910

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Российская академия правосудия»

Автореферат разослан *11* ноября 2008 г

Ученый секретарь  
диссертационного совета,  
доктор юридических наук, профессор



**В Е Сафонов**

## Общая характеристика работы

**Актуальность темы исследования.** Российская Федерация, ориентирующаяся на построение правового государства, взяла на себя обязательства по приведению российского законодательства в соответствие с международными принципами и стандартами. Совершенствование уголовно-процессуального законодательства имеет своим назначением предоставление реальных гарантий защиты прав и законных интересов личности, оказавшейся в орбите уголовного процесса. В рамках проводимой реформы идет расширение правовых возможностей защитника по отстаиванию законных интересов лица, привлекаемого к уголовной ответственности.

Реализация защитником возложенной на него уголовно-процессуальной функции в той мере, в какой это отвечает правам и законным интересам представляемого им лица, осуществляется в рамках состязательного судопроизводства.

Состязательность представляет собой такой способ организации процесса, при котором производство по делу заключается в интеллектуальном споре двух равноправных сторон – обвинения и защиты, а конечный итог спора определяется беспристрастным судом.

Исходя из данного понимания принципа состязательности, он характеризуется следующими признаками – четким разделением на всех этапах уголовного судопроизводства трех основных процессуальных функций обвинения (уголовного преследования), защиты и разрешения дела (правосудия) при процессуальном равноправии сторон.

Важнейшим проявлением этого равноправия является уголовно-процессуальное доказывание и, в частности, этап собирания доказательств, значение которого определяется тем, что все последующие действия осуществляются на основе собранных доказательств. Без участия защитника в доказывании, в том числе и посредством собирания доказательств, не может быть достигнуто процессуальное равноправие и обеспечены в полной мере права и законные интересы подозреваемого (обвиняемого).

Закрепление за защитником права собирать доказательства связано как с существом выполняемой им функции, так и с вытекающей из этой функции необходимостью представления суду доказательств защиты, противостоящих доказательствам, собранным органами уголовного преследования.

Следует оговориться, что использование термина «собираание доказательств» в диссертационном исследовании является условным и соответствует практике его применения в соответствии с законодательной

дефиницией Защитник не формирует судебные доказательства в полном смысле этого значения. Термин «доказательства» применительно к деятельности защитника по их сбору, как это закреплено частью 3 статьи 86 УПК РФ, включает в себя любые сведения, которые может собрать защитник для установления наличия или отсутствия обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу с позиции защиты.

Право защитника собирать доказательства регламентируется Уголовно-процессуальным Кодексом РФ 2001 года впервые, и его реализация на практике в настоящее время обнаруживает многие пробелы, требующие теоретического осмысления и процессуального разрешения. Вопросы о сущности собираемой и представляемой защитником доказательственной информации, правовом регулировании порядка ее реализации в уголовном процессе как доказательства, конкретных формах и способах собирания защитником доказательств до сих пор окончательно не получили надлежащей регламентации в действующем уголовно-процессуальном законодательстве. В результате этого нарушается равенство прав сторон по участию в процессе доказывания, происходит неоправданное ограничение со стороны обвинения использования защитником своих правомочий по собиранию доказательств, и, как следствие, защитник не может эффективно оперировать даже теми правовыми средствами, которые закреплены за ним на законодательном уровне.

Изложенное предопределило выбор темы научного исследования.

В советский период развития права проблема участия защитника в доказывании была в центре внимания ученых Т. В. Варфоломеевой, И. М. Гуткина, И. Л. Петрухина, Ю. И. Стецовского, М. С. Строговича, В. Г. Стряпушина, С. А. Хейфеца, С. А. Шейфера, Н. А. Якубовича и др. Однако, поскольку советское уголовно-процессуальное законодательство не регламентировало право защитника собирать доказательства, проблема правомочий защитника в этой области ими практически не рассматривалась.

В настоящее время аспекты деятельности защитника по собиранию доказательств нашли свое отражение в работах Т. Т. Алиева, Н. А. Громова, Н. Горя, А. Давлетова, С. Дадонова, В. Л. Кудрявцева, Н. А. Кузнецова, П. А. Лупинской, Л. В. Макарова, В. В. Ясельской и др. Тем не менее, многие вопросы процессуальной деятельности защитника еще не в полном объеме подвергались научному анализу и не получили должного теоретического разрешения.

Таким образом, анализ теоретических работ и практики применения действующих нормативно-правовых актов позволяет прийти к выводу о необходимости дальнейшего развития научных аспектов определения

особенностей деятельности защитника по собиранию доказательств, а также дальнейшего совершенствования уголовно-процессуального законодательства в этой области

**Цель и задачи исследования.** Целью диссертационного исследования является, во-первых, определение процессуальной сущности права защитника собирать доказательства и соответствия правовой природы данной деятельности принципу состязательного построения процесса, во-вторых, обоснование необходимости равенства прав защитника и обвинителя по собиранию доказательств, а также придание процессуального равенства доказательствам, собранным защитником, и доказательствам, собранным стороной обвинения, в-третьих, выработка рекомендаций по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства в сфере собирания защитником доказательств

Поставленные цели достигаются посредством решения следующего комплекса задач

1 Раскрыть сущность и значение принципа состязательности, обеспечивающего реализацию права защитника собирать доказательства

2 Проанализировать правовую природу и значение деятельности защитника по собиранию доказательств

3 Выявить существенные признаки и элементы уголовно-процессуального доказывания, и определить то место, которое занимает защитник среди субъектов доказывания в условиях состязательности

4 Сравнить правовую природу института собирания доказательств защитником по законодательству в Российской Федерации и странах англосаксонской и романо-германской систем права

5 Определить содержание процессуальных действий защитника по собиранию доказательств и раскрыть способы их осуществления на практике

**Объект и предмет исследования.** Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, возникающие между участниками уголовного судопроизводства в ходе реализации функции защиты в условиях состязательного типа уголовного процесса

Предметом исследования, определившим тему диссертационной работы, является раскрытие сущности и значения закрепленных в УПК РФ норм права, определяющих полномочия защитника собирать доказательства и регламентирующих процедуру их осуществления в уголовном судопроизводстве

**Методологическая основа исследования.** При проведении диссертационного исследования для достижения поставленной в работе цели соискатель опирался на общие методы научного познания

Методологическую основу исследования составил, прежде всего, комплексный системный подход к анализу деятельности защитника по собиранию доказательств в рамках предоставленного ему права в целях обеспечения состязательности уголовного процесса. Был проведен анализ научных взглядов по исследуемой проблеме, действующего законодательства и практики его применения.

В целях уяснения правовой природы деятельности защитника по собиранию доказательств был использован сравнительно-правовой метод познания, заключающийся в сопоставлении и сравнении действующего российского уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право защитника собирать доказательства, с уголовно-процессуальным законодательством, закрепляющим процессуальный статус защитника, ряда зарубежных стран, дореволюционной России и советского периода.

В диссертационном исследовании также использовались другие методы научного познания, применение которых обусловило выполнение работы: статистический метод, метод аналогии, логический метод и т.п.

#### **Теоретическая, правовая и эмпирическая база исследования.**

Теоретическую основу диссертационного исследования составили научные труды ученых в области российского и зарубежного уголовно-процессуального права: Т.Т. Алиева, С.В. Боботова, Т.В. Варфоломеевой, Л.В. Головки, И.М. Гуткина, К.Ф. Гуценко, Ц.М. Каз, Л.Д. Кокорева, А.М. Ларина, П.А. Лупинской, В.М. Николайчика, Н.Н. Полянского, Н.В. Радутной, В. Случевского, А.В. Смирнова, В.Д. Спасовича, Ю.И. Стецовского, М.С. Строговича, В.Г. Стряпухина, Р. Уолкера, Б.А. Филимонова, И.Я. Фойницкого, С.А. Хейфеца, С.А. Шейфера, С.Д. Шестаковой, П.С. Элькин и других.

Правовую базу исследования составили Конституция РФ, международно-правовые акты, имеющие отношение к теме диссертационного исследования, действующее уголовно-процессуальное законодательство РФ, нормативно-правовые акты дореволюционного и советского периодов, уголовно-процессуальное законодательство зарубежных стран.

При проведении исследования использовались обобщенные данные судебной практики, а также данные опроса по специально разработанной анкете 66 адвокатов Адвокатской палаты Кабардино-Балкарской республики, а также результаты изучения 250 уголовных дел, рассмотренных Нальчикским городским судом в 2007 году.

**Научная новизна исследования.** Вопрос о праве защитника собирать доказательства находится в центре внимания процессуалистов с момента провозглашения Конституцией РФ принципа состязательности уголовного процесса, но многие аспекты данной деятельности еще не

нашли своего отражения в науке уголовно-процессуального права Вопросы, порождаемые закрепленным в УПК РФ правом защитника собирать доказательства, не получили достаточного теоретического разрешения, которое бы помогло реализовывать данное право на практике Представляемое диссертационное исследование явилось одной из работ по анализу правовой природы права защитника собирать доказательства с позиции обоснования необходимости обеспечения равенства прав стороны защиты и стороны обвинения по сбору доказательств и рассмотрения действий по собиранию доказательств защитником как процессуальной деятельности, осуществляемой в рамках уголовно-процессуальных отношений в соответствии с действующим с 1 июля 2002 года УПК РФ

### **Положения, выносимые на защиту.**

1 Право защитника собирать доказательства является одним из важнейших аспектов реализации процессуального равноправия сторон в уголовном процессе Собираание доказательств является первоначальным этапом процесса доказывания, все последующие действия с доказательствами – их проверка и оценка – осуществляются на основе уже собранных доказательств Только в том случае, когда противоборствующие стороны обладают сравнимыми стартовыми возможностями по сбору, представлению и доказыванию аргументов в обоснование своей позиции, можно говорить о состязательности

2 Защитник и обвинитель должны быть процессуально равноправны в доказывании не только на судебных стадиях уголовного судопроизводства, но и на досудебных, в ходе которых формируется доказательственная основа уголовного дела с позиции, соответствующей процессуальным интересам сторон Защитник как равноправная сторона уголовного процесса не может быть лишен права и возможностей самостоятельного поиска и собирания доказательств защиты

3 Деятельность защитника по собиранию доказательств входит в систему уголовно-процессуальных отношений, и представляет собой часть процессуальной деятельности, направленной на получение доказательств защиты и последующему их представлению уполномоченному органу для придания им процессуальной формы В этих целях и исходя из принципа состязательности и равноправия сторон, целесообразно представление защитником полученных им доказательств не стороне обвинения, а суду (если это не противоречит тактике защиты, выработанной по уголовному делу и согласованной с подзащитным) Только посредством признания доказательств судом и отражения этого действия в протоколе судебного заседания они приобретают статус судебных доказательств

4 Право защитника собирать доказательства может быть расширено путем предоставления защитнику на стадии предварительного расследования права заявлять ходатайство суду

а) провести допрос лица, которое не может явиться в судебное заседание для подтверждения полученных от него сведений в случаях, предусмотренных частью 2 статьи 281 УПК РФ, если лицо далеко проживает, либо тяжело болен, либо уезжает,

б) о возложении на сторону обвинения обязательства произвести процессуальное действие с целью собирания доказательств защиты с участием защитника, если сторона обвинения ранее отказала в удовлетворении такого ходатайства,

в) о назначении альтернативной экспертизы в соответствующих экспертных учреждениях как наряду с экспертным исследованием, проводимом по инициативе стороны обвинения, так и при его отсутствии

5 Гарантией реализации права собирать доказательства защитником, оказывающим помощь подозреваемому или обвиняемому по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда в порядке ч 3 ст 51 УПК РФ, явилось бы отнесение расходов, понесенных им в ходе сбора доказательств, к судебным издержкам по уголовному делу с возмещением за счет средств федерального бюджета

6 Обвинительные доказательства, непреднамеренно собранные защитником, и оказавшиеся в уголовном деле следует признать недопустимыми как собранные участником процесса, функции которого несовместимы с функцией обвинения

**Теоретическая и практическая значимость исследования.** Теоретическая значимость диссертационной работы состоит в исследовании правовой природы права защитника собирать доказательства. Выводы и предложения диссертанта, основанные на анализе действующего законодательства и практики его применения, могут быть использованы в дальнейших исследованиях этой проблемы

Практическую направленность имеют изложенные в работе рекомендации по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства в сфере собирания доказательств защитником. Содержащиеся в диссертации выводы и предложения могут быть использованы на практике при внесении изменений в УПК РФ, а также для повышения эффективности деятельности защитников в ходе собирания доказательств и совершенствования правоприменительной деятельности в целом

**Апробация результатов исследования.**

Ряд теоретических и практических положений диссертации докладывались автором в выступлениях с научными сообщениями на кафедре уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной эксперти-



зы Российской академии правосудия, на научных конференциях студентов, аспирантов и молодых ученых в г. Нальчике (в 2005, 2006 годах) и на научном семинаре в Кабардино-Балкарской республиканской коллегии адвокатов. Отдельные проблемы данного исследования нашли отражение в публикациях, подготовленных автором, в том числе в издании, рекомендованном ВАК РФ.

Диссертация выполнена, рецензировалась и обсуждалась на кафедре уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной экспертизы Российской академии правосудия.

**Структура диссертации.** Структура диссертации определяется поставленной целью и авторской концепцией исследования.

Диссертация состоит из введения, трех глав, семи параграфов, заключения, библиографического списка использованной литературы и приложения.

### **Содержание работы**

**Во введении** обосновывается актуальность темы диссертации, определяются цели, задачи и предмет исследования, его методологическая основа – теоретическое и практическое значение работы, ее апробация и научная новизна, формулируются основные положения, выносимые на защиту.

**Глава первая «Правовая природа деятельности защитника по сбору доказательств»** состоит из двух параграфов.

**В первом параграфе «Сущность и значение деятельности защитника по сбору доказательств»** доказательств через призму принципа состязательности рассматривается сущность и значение деятельности защитника по сбору доказательств.

Состязательность имеет определяющее значение для построения всего уголовного процесса, поскольку обуславливает природу процесса, положение его участников, их права и обязанности.

Принцип состязательности призван обеспечить такую организацию отношений в сфере уголовного судопроизводства, при которых государство в лице уполномоченных органов принимает меры к раскрытию преступления, осуществляет розыск лица, его совершившего, предъявляет ему официальное обвинение и обосновывает свою позицию доказательствами, собранными по делу, а сторона защиты может не соглашаться с позицией обвинения и сама вправе самостоятельно осуществлять поиск доказательств, выбирая в какой момент производства по делу их представлять. Суд же не выступает ни на стороне обвинения, ни на стороне

защиты, а обеспечивает им равные возможности для отстаивания своих доводов, собственного толкования фактов, событий и представления доказательств по уголовному делу

Процессуальное равноправие в процессе доказывания предполагает такое соотношение прав сторон как на досудебных, так и на судебных стадиях производства, при котором ни одна из них не имеет принадлежащих исключительно ей прав по отстаиванию своего процессуального интереса. Предварительное расследование есть та стадия уголовного процесса, в ходе которой выясняются все обстоятельства дела, собирается основной объем доказательств, тем самым закладывается основа для вынесения решения по делу судом. Поэтому осуществление функции защиты адекватно функции обвинения необходимо реализовывать на всех стадиях уголовного процесса.

Значение деятельности защитника по сбору доказательств определяется, по мнению диссертанта, следующим

Предусмотренное процессуальным законом право собирания защитником доказательств наравне со стороной обвинения обеспечивает составительность уголовного судопроизводства.

Без доказывания обстоятельств, свидетельствующих в пользу обвиняемого, путем самостоятельного, независимого от волеизъявления стороны обвинения сбора и представления доказательств, и опровержения обвинения не может быть реализована процессуальная функция защиты. Вступая в конкретное уголовное дело, защитник несет юридическую обязанность отстаивания выбранной им позиции и выдвинутого в обоснование ее тезиса о том, что его подзащитный невиновен или виновен в менее тяжком преступлении, или заслуживает снисхождения.

Защитник должен прийти в суд уже равным стороне обвинения, с набором «своих» доказательств, противостоящих доводам, представленным органами уголовного преследования.

Деятельность защитника по выяснению оправдательных или смягчающих обстоятельств является действенным средством противостояния стороне обвинения, которая, располагая всем арсеналом средств и выступая от имени государства, обладает большими возможностями для достижения своего процессуального интереса.

В судебном заседании в условиях состязательности защитник пользуется равными правами со стороной обвинения по представлению полученных доказательств, участию в их исследовании и заявлению соответствующих ходатайств. Защитник, представляющий интересы защищаемого им лица в суде, может использовать все законные способы и средства, направленные на его защиту.

В диссертации приводятся доводы, в соответствии с которыми опровергаются аргументы противников предоставления защитнику права самостоятельно собирать доказательства

Во втором параграфе «Доказывание в условиях состязательности» определяются понятие доказывания, его элементы, место защитника среди субъектов доказывания и его участие в процессе доказывания

Доказывание представляет собой сложнейший практико-познавательный процесс, состоящий из тесно связанных между собой элементов собирание, проверка и оценка доказательств

В научной литературе обычно выделяют две основные части процесса собирания доказательств обнаружение и процессуальное закрепление доказательств

Согласно п 2 ч 1 ст 53 УПК РФ, с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе собирать доказательства Однако, правом их процессуального закрепления защитник в отличие от дознавателя, следователя и прокурора не обладает

Выделив способы собирания защитником доказательств в отдельную норму (ч 3 ст 86 УПК РФ), законодатель определил отличие защитника от субъектов ч 1 ст 86 УПК РФ Но, разграничив деятельность по участию в процессе доказывания, с одной стороны, дознавателя, следователя, прокурора и суда, а с другой стороны, защитника, законодатель не вывел деятельность защитника по собиранию доказательств за рамки процессуальных отношений Деятельность защитника по сбору доказательств регламентируется УПК РФ, осуществляется в предусмотренных им рамках, соответствует назначению уголовного судопроизводства и подчинена целям уголовного процесса Исходя из этого, сбор доказательств защитником, как элемент осуществления процессуальной функции защиты, входит в систему уголовно-процессуальных отношений

В вопросе о том, кому защитник должен представлять собранные им доказательства для придания им процессуальной формы – стороне обвинения или суду, среди процессуалистов нет единой точки зрения Помнению диссертанта, исходя из принципа состязательности, представление защитником полученных доказательств стороне обвинения является не совсем корректным Сторона защиты является стороной, равной обвинению, и это равенство предопределяет положение, при котором равная сторона не может решать вопрос о том, являются ли собранные стороной защиты доказательства таковыми, и придавать им процессуальную форму Все собранные защитником доказательства представляются суду и исследуются в ходе судебного следствия Исключения составляют доказательства, смягчающие ответственность лица, привлекаемого к уголовной ответственности, исключаяющие преступность деяния либо делающие

уголовную ответственность невозможной. Этап представления таких доказательств должен определяться, исходя из тактики защиты.

Таким образом, защитник является субъектом процессуальных правоотношений в пределах предмета доказывания, исходя из его процессуальной функции.

Во второй главе «Развитие института собирания защитником доказательств по законодательству зарубежных стран и России» проводится историко-сравнительный анализ развития уголовно-процессуального законодательства в сфере собирания доказательств защитником в странах англосаксонской, романо-германской систем права, а также в России, начиная с 1864 года.

В первом параграфе «Собирание доказательств защитником в англосаксонской системе права» рассматривается деятельность защитника по сбору доказательств в Англии и США.

Понятие состязательности является ключевым для понимания того, что представляет собой английский уголовный процесс – производство по уголовному делу, имеющее вид спора между равноправными сторонами обвинения и защиты, возникающего до суда и завершающегося в суде. Каждая из сторон такого спора является обладательницей равных юридических возможностей для отстаивания своего процессуального интереса.

Равенство возможностей сторон в собирании доказательств обеспечивается тем, что в ходе расследования уголовного дела защитник пользуется правом собирать доказательства наравне с полицией, а процессуальное закрепление собранных сторонами доказательств происходит на стадии судебного рассмотрения.

Защитник свободен в выборе средств и способов собирания доказательств. Такой подход обусловлен тем, что в английском судопроизводстве преобладает требование о содержании доказательства над процессом его получения. Изъятием из данного требования является решение Палаты лордов 1955г., в соответствии с которым судья вправе отклонить доказательство, если считает, что принять его было бы несправедливым по отношению к защите.

На практике право защитника собирать доказательства реализуется посредством производства определенных следственных действий, назначения экспертизы, изъятия предметов. Хотя ряд следственных действий стороны вправе осуществлять лишь перед судом, например, допрос свидетеля.

Равноправие сторон в американском уголовном процессе предполагает предоставление сторонам равных возможностей для отстаивания своего процессуального интереса путем убеждения суда в доказанности

искомых фактов «вне разумных сомнений» Таким образом, защитник наделяется правом проводить собственное расследование путем производства определенных следственных действий наравне с органами уголовного преследования Процессуальные права защитника в законе не регламентированы, а детализация порядка деятельности адвоката происходит в решениях судов США Но решения судов не являются раз и навсегда установленными, могут изменяться в результате судебных прецедентов, в связи с чем перед адвокатом открываются широкие возможности по собиранию доказательств

Помимо самостоятельной деятельности адвокат может собирать доказательства при помощи частных детективов или следователей защиты, входящих в Федеральное управление защитников, которые наделены широкими полномочиями по сбору необходимой информации Результаты деятельности частных детективов и следователей защиты включаются в дело как полноценные доказательства Адвокаты также могут участвовать в полицейском расследовании, присутствуя при проведении допросов, опознаний, обысков, и ходатайствовать об ознакомлении с доказательствами, собранными стороной обвинения Однако, данное ходатайство не является обязательным для органов уголовного преследования Для того, чтобы ознакомиться с материалами стороны обвинения, защитник вправе заявить соответствующее ходатайство перед судом

Как и в английском судопроизводстве, процессуальное закрепление доказательств, собранных сторонами, осуществляется в суде, когда рассматриваются доказательства, представленные сторонами

**Во втором параграфе «Полномочия защитника по сбору доказательств в уголовном процессе стран романо-германской системы»** анализируется деятельность защитника по сбору доказательств по действующему законодательству Германии и Франции

Правовое положение защитника в германском уголовном процессе определяется отрицанием понятия сторон и принципа состязательности УПК Германии не содержит конкретных норм относительно правомочий защитника по собиранию доказательств УПК допускает лишь присутствие защитника при производстве судейских следственных действий либо при допросе обвиняемого прокурором, если это не создает «угрозу целям расследования» При производстве остальных прокурорских и полицейских следственных действий присутствие защитника исключается Защитник вправе знакомиться с материалами уголовного дела, которые находятся в суде, а также осматривать вещественные доказательства, однако, и данное право связано с определенными ограничениями

В свете общей концепции германского уголовного процесса определяется процессуальное положение защитника и на стадии судебного раз-

бирательства Защитник по обоюдному согласию с прокурором может допросить только тех свидетелей и экспертов, которые были вызваны в суд по его инициативе. Однако, председательствующий вправе запретить защитнику задавать вызванным свидетелям вопросы, если он, по мнению судьи, злоупотребляет таким правом. Судья может ограничить защитника также и в исследовании доказательств.

В теории германского уголовного процесса и на практике признается, что защитник может предпринимать собственные действия по сбору информации об обстоятельствах дела, например, осматривать место происшествия, устанавливать свидетелей, получать заключение частной экспертизы. Анализируя полномочия защитника в этой части автор делает вывод, что они носят ограниченный характер.

Во Франции сложилась смешанная форма уголовного процесса. Сторона защиты лишена права на самостоятельное собирание доказательств. Адвокат может участвовать в собирании доказательств опосредованно путем реализации своего права на участие в следственных действиях, производимых с участием обвиняемого, либо путем заявления ходатайств. Следственные действия проводятся следственным судьей либо по его поручению должностными лицами судебной полиции, которые могут ограничить право адвоката на участие в следственных действиях.

Вместе с тем, на адвоката может быть возложено бремя доказывания по определенным категориям дел и по всем уголовным делам, когда защита обязывается доказать наличие обстоятельств, исключających преступность деяния либо делающих уголовную ответственность невозможной.

В ходе судебного разбирательства стороны пользуются в целом равными правами. Адвокат, как и сторона обвинения, может заявлять ходатайства, задавать вопросы свидетелям и экспертам, участвовать в исследовании иных доказательств.

В третьем параграфе «Становление и развитие права защитника на собирание доказательств в российском уголовном процессе» рассматривается развитие права защитника собирать доказательства в законодательстве нашего государства, начиная с реформы 1864г до принятия УПК РФ в 2001г.

В результате судебной реформы 1864г российский уголовный процесс отверг принцип состязательности на предварительном следствии, что оказало свое влияние на правовое положение защитника. Не допуская участие защитника на предварительном следствии, Устав уголовного судопроизводства соответственно не допускал собирание им доказательств на этой стадии. Установление всех обстоятельств, как изобличающих, так

и оправдывающих обвиняемого входило в полномочия судебного следователя. В судебном заседании защитник и обвинитель пользовались одинаковыми правами. Это равноправие выражалось в праве каждой стороны представлять доказательства, возражать против доказательств процессуального противника, а также в том, что суд, удовлетворив ходатайство одной стороны, обязывался удовлетворить аналогичное ходатайство другой стороны. Возможности реализации защитником права представлять доказательства в суде Уставом не регламентировались.

Постреволюционное законодательство также не регулировало право защитника собирать доказательства. Несмотря на то, что теоретически в советском уголовном процессе продолжалось отстаивание принципа состязательности и равноправия сторон, однако в нем не раскрывалось содержание состязательности.

Анализируя процессуальное положение защитника в смешанном уголовном процессе дореволюционной России и в первые десятилетия советской власти, диссертант приходит к выводу о том, что функция защиты имела место, но ее наличие носило в большей мере формальный характер.

Только проведение общей законодательной реформы 1958-1961 гг. несколько изменило сложившуюся ситуацию. УПК РСФСР, принятый в 1960 г., предусмотрел право защитника представлять доказательства, но при этом не регламентировал право защитника собирать доказательства. Это явилось причиной споров по поводу того, порождает ли право представления доказательств их сбор, и если да, то каким образом данная деятельность могла быть осуществлена защитником. В диссертации приводятся различные мнения процессуалистов по этому поводу.

Третья глава «Деятельность защитника по сбору доказательств в современном российском судопроизводстве» включает в себя анализ способов собирания доказательств, а также тенденции развития права защитника собирать доказательства.

В первом параграфе «Сбор доказательств защитником на досудебной стадии» рассматриваются конкретные формы и способы собирания доказательств защитником.

Установленного законом порядка получения защитником предметов, документов или иных сведений не существует. Предметы, документы и сведения могут быть собраны как самим защитником, так и представлены ему подозреваемым (обвиняемым) либо другими лицами. Предметы и документы, собранные защитником, служат средством установления обстоятельств оправдательного характера, и в этом качестве они приравниваются к вещественным доказательствам.

Защитник может сам представить органам предварительного расследования предметы и документы, которые им были получены. Однако такое представление связано с рядом трудностей, поскольку представление защитником документов и предметов порождает обязанность стороны обвинения допросить защитника об обстоятельствах появления представляемых документов или предметов. Наиболее целесообразным видится представление защитником предметов или документов в судебном разбирательстве.

При получении предметов или документов защитнику рекомендуется составить процессуальный акт, в котором был бы отражен факт выдачи предмета или документа, либо обстоятельства, при которых предметы или документы были собраны защитником, а также подробно зафиксированы их индивидуальные признаки.

Сведения, несущие в себе доказательственную информацию, могут быть получены защитником путем опроса лиц с их согласия. Результаты опроса защитника могут быть зафиксированы либо путем изложения в письменной форме результатов опроса самим опрашиваемым лицом, либо защитником. Способ изложения результатов опроса собственноручно опрашиваемым лицом либо составление защитником опроса с дословным изложением показаний опрашиваемого лица с удостоверением в конце опроса им своей подписью достоверности изложенного представляется более приемлемым, поскольку он исключает возможность обвинения защитника в неполноте или искажении показаний. Опрос допускается только при добровольном согласии лица на беседу, о чем в опросе должна быть сделана отметка, и это должно быть удостоверено подписью опрашиваемого лица.

В настоящее время на практике защитники нередко для подтверждения достоверности содержания и фиксации полученных от опрошенного лица сведений удостоверяют их в присутствии нотариуса. Однако деятельность защитника по проведению опроса лиц с их согласия является уголовно-процессуальной, и присутствие в ходе производства опроса нотариуса, выступавшего бы гарантом фиксации полученных сведений, является излишним.

Возможны случаи, когда свидетель, которого желает опросить защитник, не может явиться в судебное заседание для подтверждения полученных от него сведений ввиду того, что далеко проживает, либо тяжело болен, либо уезжает (в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 281 УПК РФ). Представляется положительным закрепить в уголовно-процессуальном законодательстве норму, регламентирующую право защитника на стадии предварительного расследования обратиться в суд с ходатайством о проведении судом допроса такого лица в присутствии



защитника В этом случае защитник будет иметь возможность использовать показания допрошенного лица как доказательство при рассмотрении уголовного дела по существу

Затрагивая вопрос о праве защитника истребовать от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений справки, характеристики и иные документы, диссертант предлагает в случае игнорирования запросов защитника ввести процессуальные санкции в виде штрафа, который мог бы налагаться судом

Защитник вправе привлекать на договорной основе специалистов заключения и показания специалиста относятся к источникам доказательств, поэтому, запрашивая у компетентных лиц или учреждений заключения по вопросам, требующим специальных познаний, защитник может использовать их для формирования такого доказательства, как заключение специалиста Конечно, заключение по вопросам, которые требуют специальных познаний, не носит характер экспертного в процессуальном смысле, но оно может быть использовано защитником для опаривания версии обвинения, опровержения выводов проведенной экспертизы и обоснования ходатайства о назначении дополнительной экспертизы Если в заключении специалиста решаются вопросы, которые требуют обязательного назначения экспертизы или противоречат выводам экспертизы, назначенной по решению дознавателя, следователя, прокурора или суда, то такое заключение специалиста является основанием для назначения дополнительной или повторной экспертизы Если же вопросы, разрешаемые в заключении специалиста, не требуют назначения обязательной судебной экспертизы, то сторона обвинения или суд должны проверить и оценить заключение специалиста, представленное защитой

Часто возникают ситуации, когда защитнику, не наделенному правомочием применять меры процессуального принуждения, не представляется возможным собрать доказательства теми способами, которые предусмотрены законодательством В этом случае защитник может реализовывать свое право на сбор доказательств путем заявления ходатайств стороне обвинения или суду о производстве соответственно следственных или судебных действий и участия в них

Формой собирания доказательств является также участие защитника в следственных действиях Защитник вправе участвовать в производстве следственных действий, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого, либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника По решению следователя защитник может участвовать и в других следственных действиях Представляется, что защитник должен иметь беспорное право участвовать в производстве осмотров и следственных дей-

ствиях, связанных с нарушением целостности объекта или невозможности их повторного производства без утраты доказательственной силы

**Во втором параграфе «Состояние и тенденции развития права защитника собирать доказательства»** анализируется состояние института права защитника собирать доказательства на сегодняшний день, и рассматриваются выработанные рекомендации по его совершенствованию

Из содержания ч 3 ст 123 Конституции РФ следует, что стороны равноправны как на досудебных, так и на судебных стадиях процесса. Однако, механизм реализации принципа состязательности, заложенный в уголовно-процессуальном законодательстве, предусматривает равное положение сторон только на стадиях судебного разбирательства, а на досудебных стадиях сторона защиты, как и ранее, не имеет аналогичных стороне обвинения возможностей по участию в процессе доказывания. Нормы уголовно-процессуального законодательства, закрепившие право защитника собирать доказательства, являются малоэффективными без конкретных механизмов их осуществления

В целях совершенствования адвокатской деятельности по сборанию доказательств на стадии предварительного расследования и устранения очевидного неравенства стороны защиты со стороной обвинения в досудебном производстве диссертант предлагает внести изменения в уголовно-процессуальное законодательство

Собранные защитником доказательства должны быть процессуально уравниены с доказательствами, собранными стороной обвинения, поскольку доказательства стороны защиты и доказательства стороны обвинения в равной степени подлежат проверке судом, и только в судебном разбирательстве они трансформируются в судебные доказательства

В рамках дальнейшего усовершенствования уголовно-процессуальной деятельности именно условия процессуального равенства доказательств защиты и обвинения определяют направление развития процессуального права защитника собирать доказательства

Право защитника на производство и участие в следственных действиях, проводимых по его инициативе с целью собирания доказательств защиты, может быть реализовано путем заявления данного ходатайства на стадии предварительного расследования стороне обвинения, а в случае отказа стороны обвинения - непосредственно суду. В соответствии с ч 2 ст 119 УПК РФ суд правомочен разрешать ходатайства о производстве процессуальных действий. Рассмотрев на стадии предварительного расследования ходатайство защитника, суд может обязать сторону обвинения произвести процессуальное действие с целью собирания доказательств защитником

Представляется необходимым законодательно урегулировать вопрос об отнесении издержек, понесенных в ходе собирания доказательств защитником, оказывающим помощь подозреваемому или обвиняемому по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда, к судебным, и их возмещению за счет средств федерального бюджета

Однако, законодательного отнесения судебных издержек за счет средств федерального бюджета, как гарантии осуществления защитником права собирать доказательства, будет недостаточно без дополнительного механизма реализации данной нормы. Покрытие судебных издержек за счет средств федерального бюджета будет разорвано во времени с деятельностью защитника по собиранию доказательств. Поэтому при отсутствии необходимых материальных средств защитник не всегда будет иметь объективную возможность собрать доказательства (например, лицо, которого желает опросить защитник, находится в другом городе, а у защитника отсутствуют средства для того, чтобы оплатить свой проезд и проживание в этом городе). Механизмом реализации нормы об отнесении издержек, понесенных защитником в ходе собирания доказательств, к судебным, могли бы стать создаваемые при адвокатских палатах субъектов РФ специальные фонды. За счет средств этих фондов первоначально покрывались бы издержки, понесенные защитником, и уже в дальнейшем поступившие средства федерального бюджета перечислялись бы на счет созданных фондов.

Не менее важно придать процессуальное равенство экспертизам, проведенным органами уголовного преследования, и альтернативным экспертизам, проведенным по инициативе защитника.

Необходимость проведения альтернативной экспертизы может быть вызвана следующим: у стороны защиты есть основания полагать, что назначенный стороной обвинения эксперт может быть заинтересован в исходе расследуемого уголовного дела, либо не обладает достаточными знаниями для проведения назначенной экспертизы, а отвод, заявленный защитником данному эксперту, был отклонен стороной обвинения, либо если в постановлении о назначении экспертизы не были внесены вопросы, о постановке которых перед экспертом ходатайствовала сторона защиты. В том случае, когда на стадии предварительного расследования сторона обвинения не усматривает необходимости назначения экспертизы, то защитник может ходатайствовать о проведении экспертизы, если, по его мнению, по делу усматриваются обстоятельства, разрешение которых требует специальных познаний. Также защитник может ходатайствовать о проведении экспертизы, если, ознакомившись с заключением эксперта, назначенного стороной обвинения, или его сообщением о невозможности дать заключение, он сочтет необходимым проведение по-

вторной или дополнительной экспертиз, в производстве которых сторона обвинения откажет ему

Решение вопроса о придании процессуального равенства экспертизам, проведенным органами уголовного преследования, и альтернативным экспертизам, проведенным по инициативе защитника, видится в том, что защитник, определив круг вопросов, поставленных на разрешение эксперта, и указав на эксперта или экспертное учреждение, которые могли бы провести данную экспертизу, мог бы заявить на стадии предварительного расследования ходатайство суду о назначении экспертизы. И уже суд, убедившись в необходимости проведения экспертизы и отсутствии оснований для отвода заявленного защитником эксперта, вынес бы постановление о назначении экспертизы по инициативе стороны защиты и с соблюдением правил ст. 198 УПК РФ, и направил бы его для исполнения эксперту или в соответствующее экспертное учреждение.

На законодательном уровне в настоящее время не отражен вопрос и о невозможности использования стороной обвинения и судом собранных защитником доказательств, носящих обвинительный характер.

Осуществляя деятельность по оказанию юридической помощи подозреваемому или обвиняемому, защитник не может предпринимать действия, направленные на ухудшение его положения. Но в ходе собирания доказательств защитник может непреднамеренно обнаружить обвинительные доказательства, либо может представить стороне обвинения или суду доказательства, которые, по мнению защитника, являются доказательствами защиты, а в ходе производства по уголовному делу будет установлен их обвинительный характер. Использование таких доказательств дознавателем, следователем, прокурором, судом в качестве доказательств виновности лица, привлекаемого к уголовной ответственности, явилось бы нарушением его прав и законных интересов. Поэтому, исходя из целей деятельности защитника и осуществляемой им уголовно-процессуальной функции, собранные защитником обвинительные доказательства не могут быть изъяты, проверены и оценены стороной обвинения или судом в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию.

**В заключении** автор формулирует теоретические выводы и излагает предложения по совершенствованию законодательства, регламентирующего право защитника собирать доказательства.

1 Процессуальное равноправие защитника и стороны обвинения в лице органов уголовного преследования по участию в процессе доказывания как на досудебных, так и на судебных стадиях уголовного судопроизводства является необходимым элементом состязательной формы процесса.

2 Право защитника собирать доказательства, безусловно, способствует принятию по уголовному делу законных и обоснованных решений как в ходе предварительного расследования, так и при рассмотрении дела в суде

3 Наделив защитника правом собирать доказательства, законодатель не детализировал процессуальный порядок их сбора и не ввел гарантии реализации данного права, что порождает ситуацию, при которой защитник не может в полной мере и беспрепятственно осуществлять закрепленное за ним право по сборанию доказательств

4 В условиях состязательности и равноправия сторон деятельность защитника по сборанию доказательств должна быть детально регламентирована, как и деятельность стороны обвинения

5 Совершенствование уголовно-процессуального законодательства должно сопровождаться предоставлением большей самостоятельности защитнику в собирании доказательств, и вовлечение их в орбиту уголовно-процессуального судопроизводства не должно зависеть от усмотрения представителей стороны обвинения

6 Собрание защитником доказательств, как элемент осуществления процессуальной функции защиты представляет собой процессуальную деятельность

7 Исходя из начал состязательности, все собранные защитником доказательства на досудебной стадии могут быть представлены суду, а не стороне обвинения, включены в процесс доказывания непосредственно в ходе судебного следствия, где посредством принятия этих доказательств судом и закрепления в протоколе судебного заседания, им будет придана надлежащая процессуальная форма

8 Доказательства, собранные защитником, как и доказательства стороны обвинения, приобретают статус судебных путем их исследования и фиксации исключительно судом

9 В целях совершенствования деятельности защитника по сборанию доказательств необходимо внести ряд изменений в уголовно-процессуальное законодательство

а) закрепить норму, регламентирующую право суда в случаях, предусмотренных ч 2 ст 281 УПК РФ, на стадии предварительного расследования проводить допрос лица в присутствии защитника и по его ходатайству,

б) дополнить ст 119 УПК РФ нормой, определяющей право суда по ходатайству защитника на стадии предварительного расследования обязать сторону обвинения произвести процессуальное действие с целью собирания доказательств защитником, если ранее сторона обвинения отказалась удовлетворить такое ходатайство,

в) дополнить ч 2 ст 75 УПК РФ положением о том, что обвинительные доказательства, непреднамеренно обнаруженные защитником, и оказавшиеся в уголовном деле, следует признавать недопустимыми,

г) издержки, понесенные в ходе сбора доказательств защитником, оказывающего помощь подозреваемому или обвиняемому по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда, должны быть отнесены к судебным

10 Экспертизам, проведенным органами уголовного преследования, и альтернативным экспертизам, проведенным по инициативе защитника на стадии предварительного расследования, следует придать процессуальное равенство путем закрепления за судом права рассматривать на стадии предварительного расследования ходатайство защитника о назначении альтернативной экспертизы, и направлении его для исполнения эксперту или в экспертное учреждение

**Основные положения диссертационного исследования отражены в следующих работах автора:**

**Публикации в изданиях, рекомендованных ВАК РФ:**

1 Битокова М Х Участие защитника в процессе доказывания в условиях состязательности сторон // Бизнес в законе 2007 № 3 – 0,4 п л

2 Битокова М Х Перспективы развития права защитника собирать доказательства// Бизнес в законе 2007 № 3 – 0,4 п л

**Публикации в иных изданиях:**

1 Битокова М Х (Кумалова М Х ) Развитие права собирания защитником доказательств в рамках УПК РСФСР 1960 года // «Перспектива – 2006» Материалы всероссийской научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых Т III Нальчик Кабардино-Балкарский университет, 2006 – 0,3 п л

Лицензия ПД № 00816 от 18 10 2000 г

---

Слано в набор 10 11 2008 г Подписано в печать 11 11 2008 г  
Гарнитура Таймс Печать трафаретная Формат 60x84 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>  
Бумага писчая Усл п л 1 Тираж 150 Заказ №1715

Типография ФГОУ ВПО Кабардино-Балкарская государственная  
сельскохозяйственная академия им В М Кокова

360004, г Нальчик, ул Тарчокова, 1а