Отчерцова Ольга Викторовна. Проблемы реализации принципа состязательности в деятельности адвоката-защитника на стадии предварительного расследования: диссертация ... кандидата Юридических наук: 12.00.09 / Отчерцова Ольга Викторовна;[Место защиты: НОУВПО Московская академия экономики и права], 2017.- 248 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Принцип состязательности в деятельности адвоката-защитника на стадии предварительного расследования 18**

1.1. Принцип состязательности в системе принципов современного российского уголовного процесса 18

1.2. Особенности реализации принципа состязательности в деятельности адвоката защитника на стадии предварительного расследования 55

**Глава 2. Проблемные аспекты состязательной деятельности адвоката-защитника на стадии предварительного расследования 86**

2.1. Проблемы, связанные с допуском адвоката-защитника к участию в деле на стадии предварительного расследования 87

2.2. Проблемы, возникающие при реализации адвокатом-защитником ряда процессуальных полномочий на стадии предварительного расследования 103

2.3. Воспрепятствование осуществлению адвокатом-защитником профессиональной деятельности на стадии предварительного расследования 131

2.4. Проблемы, связанные с разграничением процессуальных функций адвоката защитника со стороной обвинения на стадии предварительного расследования .156

Заключение 191

Список литературы 201

* [Принцип состязательности в системе принципов современного российского уголовного процесса](http://www.dslib.net/kriminal-process/problemy-realizacii-principa-sostjazatelnosti-v-dejatelnosti-advokata-zawitnika.html#7670561)
* [Особенности реализации принципа состязательности в деятельности адвоката защитника на стадии предварительного расследования](http://www.dslib.net/kriminal-process/problemy-realizacii-principa-sostjazatelnosti-v-dejatelnosti-advokata-zawitnika.html#7670562)
* [Проблемы, возникающие при реализации адвокатом-защитником ряда процессуальных полномочий на стадии предварительного расследования](http://www.dslib.net/kriminal-process/problemy-realizacii-principa-sostjazatelnosti-v-dejatelnosti-advokata-zawitnika.html#7670563)
* [Проблемы, связанные с разграничением процессуальных функций адвоката защитника со стороной обвинения на стадии предварительного расследования](http://www.dslib.net/kriminal-process/problemy-realizacii-principa-sostjazatelnosti-v-dejatelnosti-advokata-zawitnika.html#7670564)

**Введение к работе**

**Актуальность** **темы** **исследования.** Реализация принципа

состязательности в деятельности адвоката-защитника на досудебных стадиях уголовного процесса является безусловной гарантией как соблюдения прав и свобод лиц, подвергающихся уголовному преследованию, так и обеспечения всестороннего и объективного исследования обстоятельств уголовного дела.

Несмотря на то, что законодатель определил в статье 15 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации состязательность как принцип для всего уголовного судопроизводства, научные споры об обоснованности присутствия и, тем более, реализации данного принципа на стадии предварительного расследования не прекращаются и по сей день. Именно в рамках состязательного предварительного расследования адвокат может наиболее эффективно реализовать возложенные на него законом профессиональные обязанности по защите прав, свобод и законных интересов своих доверителей. В связи с этим, нарушение реализации принципа состязательности в работе адвоката на стадии предварительного расследования приводит к невозможности полноценного осуществления адвокатом своих профессиональных функций, что в свою очередь влечет за собой невозможность эффективной реализации гарантированного каждому статьей 48 Конституции Российской Федерации права на квалифицированную юридическую помощь.

Согласно данным Федеральной палаты адвокатов общее количество нарушений профессиональных прав адвокатов в 2015 году составило 728 случаев и, по сравнению с 2014 годом, увеличилось на 13% (634 случая). При этом в 29 субъектах Российской Федерации имели место отказы следственных органов в допуске адвокатов к участию в процессуальных действиях. На 18,2% возросло количество отказов адвокатам в свидании с подзащитными в следственных изоляторах.

Статистка резонансных дел последних двух лет выявляет основные трудности, с которыми сталкиваются адвокаты на стадии предварительного

расследования – невозможность оперативного вступления в дело в силу  
обусловленности допуска адвоката к участию в уголовном деле  
волеизъявлением следователя, проблемы посещения следственных

изоляторов, воспрепятствование осуществлению адвокатом своей

профессиональной функции, отводы адвокатов от участия в деле, а также их уголовное преследование, незаконные обыски в целях получения сведений, составляющих адвокатскую тайну, неэффективные методы получения информации путем направления запроса и совершенно формальное рассмотрение ходатайств защиты.

Адвокатское сообщество России всерьез обеспокоено всё возрастающей  
тенденцией необоснованного вызова адвокатов на допрос в качестве  
свидетелей по делам, где они оказывают помощь доверителю в качестве  
защитника. Не менее настораживает статистика по уголовному

преследованию адвокатов, обвиняемых по статье 310 Уголовного кодекса  
Российской Федерации при совершенно бланкетной статье 161 Уголовно-  
процессуального кодекса Российской Федерации, определяющей  
недопустимость разглашения данных предварительного расследования.

Продолжает активно обсуждаться как в доктрине, так и в рамках  
общественных дискуссий необходимость преобразования уголовно-

процессуального законодательства с целью укрепления состязательности как гарантии недопустимости нарушений прав адвоката в уголовном процессе. В частности, уже после завершения работы над настоящим диссертационным исследованием в Государственную Думу Российской Федерации в феврале 2017 года по инициативе Президента Российской Федерации был внесен проект федерального закона № 99653-7 «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (о дополнительных гарантиях независимости адвокатов при оказании ими квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве)», который в случае его принятия сможет в значительной степени разрешить проблему допуска адвоката к участию в деле, а также усилить гарантии независимости адвоката при

проведении обыска, вызове на допрос, а также при реализации защитником ряда процессуальных правомочий на стадии предварительного расследования.

Не менее дискуссионной является проблема реализации адвокатом принципа состязательности на стадии предварительного расследования в свете активного обсуждения возможности введения в российский уголовный процесс фигуры следственного судьи, а также института объективной истины.

Актуальность темы исследования обусловлена и тем, что деятельность адвоката, являющегося защитником частного интереса в рамках конкретного дела, по своей сути имеет также важнейшее публичное значение в демократическом гражданском обществе.

Вышеуказанные проблемы, как теоретического, так и сугубо  
прикладного характера, обусловили выбор темы настоящего

диссертационного исследования, его структуру и содержание, выработку практических рекомендаций комплексного характера.

**Степень разработанности темы.** Среди исследователей проблем состязательности предварительного следствия дореволюционного периода можно назвать Д.И. Азаревича, К.К. Арсеньева, С.И. Викторского, В.П. Даневского, М.В. Духовского, А.А. Квачевского, С.В. Познышева, Н.Н. Розина, В.К. Случевского, И.Я. Фойницкого.

В советский период данная проблема разрабатывалась в трудах А.Я. Вышинского, В.Г. Даева, Н.Н. Полянского, М.С. Строговича, М.А. Чельцова, Р.Д. Рахунова, Ю.И. Стецовского и других.

В современной уголовно-процессуальной науке проблема реализации принципа состязательности на досудебных стадиях по-прежнему остается дискуссионной и в различных аспектах освещается в трудах таких ученых, как Д.Т. Арабули, Н.С. Алексеев, В.П. Божьев, В.М. Быков, В.П. Вепрев, А.А. Воронов, В.Г. Даев, Б.Я. Гаврилов, Л.В. Головко, А.В. Гриненко, А.П. Гуляев, А.А. Давлетов, Ю.В. Деришев, Т.Н. Добровольская, О.А. Зайцев, Н.А. Колоколов, В.М. Корнуков, Н.Н. Ковтун, В.Л. Кудрявцев, Н.П. Кузнецов, В.А. Лазарева, А.М. Ларин, Т.А. Лотыш, П.А. Лупинская, В.В. Мельник,

Р.Г. Мельниченко, Я.О. Мотовиловкер, Е.Б. Мизулина, Г.Б. Мирзоев, Т.Г. Морщакова, Н.Г. Муратова, С.А. Пашин, Ю.С. Пилипенко, И.А. Пикалов, И.Л. Петрухин, Н.Н. Полянский, А.В. Рагулин, Н.В. Радутная, Г.М. Резник, С.В. Романов, В.М. Савицкий, А.В. Смирнов, А.С. Таран, В.Т. Томин, Ф.Н. Фаткуллин, С.А. Шейфер, М.Л. Якуб и другие.

В последние годы проблеме состязательности были посвящены работы А.Д. Хлебникова, А.Ю. Бусыгина, Е.А. Галоганова, А.П. Томилиной, Е.Н. Осипкова, И.В. Никитиной, С.А. Мукасеевой.

Различные аспекты проблем реализации принципа состязательности на стадии предварительного расследования стали объектом целого ряда диссертационных исследований в последние годы. Среди авторов следует отметить С.А. Борисова, О.В. Вишневскую, А.В. Долгушина, А.О. Машовец, А.М. Резепкина, М.Э. Романовского, Н.Т. Сардарян, Г.Г. Скребец. Признавая всю важность проделанной указанными учеными работы, необходимо отметить, что предыдущие научные труды, затрагивающие проблемы реализации адвокатом принципа состязательности на досудебных стадиях, содержат в основном рекомендации по расширению полномочий защитника как способ их разрешения. Между тем, представляется, что данная мера не решит указанную проблему, и необходим комплексный подход к изменению правового регулирования стадии предварительного расследования, который позволит обеспечить адвокату-защитнику принципиальную возможность реализации своей процессуальной функции даже при имеющимся объеме правомочий.

**Объектом исследования** является совокупность правоотношений, возникающих в рамках современного российского уголовного процесса при реализации адвокатом-защитником принципа состязательности на стадии предварительного расследования.

**Предмет** **исследования** – уголовно-процессуальные нормы,

регулирующие деятельность адвоката-защитника как участника уголовного судопроизводства в рамках реализации принципа состязательности на стадии

предварительного расследования, законодательные и иные нормативные акты, регламентирующие реализацию данного принципа, а также возможные направления совершенствования его законодательной регламентации; практика их реализации при производстве по уголовным делам; научные работы, в которых освещается данная проблематика.

**Целью исследования** является разработка научных положений о роли и значении принципа состязательности в деятельности адвоката-защитника на стадии предварительного расследования, а также предложений по созданию эффективных механизмов его реализации на данной стадии.

Достижение вышеуказанной цели предопределяет постановку

следующих конкретных **задач:**

1) выявление генезиса и эволюции принципа состязательности на стадии  
предварительного расследования в отечественном уголовном процессе;

1. выявление особенностей положения принципа состязательности в системе принципов современного российского уголовного процесса;
2. изучение и определение содержания принципа состязательности в современном российском уголовном процессе;
3. анализ дискуссионных аспектов наличия принципа состязательности на стадии предварительного расследования в современном российском уголовном процессе;
4. компаративное исследование возможностей реализации защитником принципа состязательности в различные исторические периоды;

6) выявление фактических механизмов реализации адвокатом-  
защитником принципа состязательности на стадии предварительного  
расследования в современном российском уголовном процессе;

7) анализ проблем реализации адвокатом-защитником принципа  
состязательности при вступлении адвоката в уголовное дело в качестве  
защитника;

1. исследование проблем реализации адвокатом-защитником принципа состязательности при исполнении своих процессуальных полномочий на стадии предварительного расследования и поиск способов их решения;
2. анализ проблем, связанных с воспрепятствованием осуществлению адвокатом-защитником профессиональной деятельности на стадии предварительного расследования, и поиск способов их решения;

10) разрешение проблем функционального разграничения сторон  
защиты и обвинения;

11) анализ проблем реализации принципа состязательности в работе  
адвокатов, принявших поручение по статье 51 УПК РФ;

1. выявление особенностей реализации адвокатом принципа состязательности в случае введения в уголовный процесс института объективной истины;
2. выработка авторских комплексных предложений о путях совершенствования правового регулирования и организационного обеспечения предварительного расследования в целях укрепления его состязательных начал как условия наиболее эффективной формы расследования (в частности, механизм допуска адвоката к участию в уголовном деле; введение новых форм процессуальных актов адвоката, помимо ходатайства; преобразование законодательства, регулирующего запрет на разглашение данных предварительного расследования, а также порядок вызова адвоката на допрос и проведение у адвоката обыска; исключение следователя из числа лиц, составляющих сторону обвинения; реформирование работы адвокатов, работающих по статье 51 УПК РФ, в части механизма назначения таких адвокатов; введение фигуры следственного судьи).

**Методология** **исследования** основывается на общенаучном

диалектическом методе познания, требующем рассмотрения предмета  
познания в его непрерывном развитии, изменениях и связях с другими  
явлениями, и использовании следующих частнонаучных методов:

исторического, сравнительно-правового, логико-юридического, правового моделирования, социологического (интервьюирование, анкетирование, изучение материалов дел, устный опрос).

**Теоретической основой** исследования являются научные труды отечественных и зарубежных ученых по теории государства и права, уголовному праву и процессу, адвокатской деятельности, философии, судоустройству, криминалистике и другим отраслям научного знания, в которых рассматривались вопросы, отражающие те или иные стороны объекта и предмета настоящего исследования. В диссертации широко использованы монографии, научно-практические комментарии, научные публикации по проблемным вопросам избранной темы.

**Нормативной** **основой** исследования являются положения

Конституции Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права, положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод, уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации, РСФСР и СССР, федеральные законы и иные нормативные правовые акты, как актуальные, так и ранее действовавшие, а также подзаконные акты, уголовно-процессуальное законодательство зарубежных стран.

**Эмпирической базой** исследования являются постановления и  
определения Конституционного Суда Российской Федерации, практика  
Пленума Верховного Суда Российской Федерации, опубликованная судебная  
практика российских судов за период с 2006 по 2016 год по вопросам,  
возникающим на стадии предварительного расследования, постановления  
Европейского Суда по правам человека, данные обобщения более 200  
адвокатских производств по материалам рассмотрения ходатайств  
следователей об избрании мер пресечения, а также по жалобам в порядке  
статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. В  
работе были использованы официальные статистические данные,

опубликованные на сайте Судебного департамента при Верховном Суде

Российской Федерации, Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Федеральной палаты адвокатов, Адвокатской палаты города Москвы, а также статистические данные информационного агентства «Интерфакс». В процессе подготовки диссертации по специально разработанным анкетам были опрошены 150 адвокатов и 50 следователей. Сбор эмпирического материала осуществлялся в городе Москве, а также в Московской, Саратовской, Калужской, Владимирской областях в 2014-2016 годах.

**Научная новизна** исследования состоит в том, что впервые на  
диссертационном уровне разработаны механизмы усиления состязательного  
начала в деятельности адвоката-защитника на стадии предварительного  
расследования не путем расширения его полномочий, а посредством  
комплексного преобразования ряда процессуальных элементов

предварительного расследования, направленного на обеспечение реальной возможности реализации уже имеющихся у защитника полномочий.

К новым научным результатам, свидетельствующим о личном вкладе соискателя в уголовно-процессуальную науку, относятся:

обоснование вывода об объективной невозможности эффективной  
реализации принципа состязательности как прямого следствия

неразграниченности и дублирования процессуальных функций субъектами состязательной деятельности;

доказательство необходимости исключения следователя из числа лиц, составляющих сторону обвинения в целях соблюдения функционального разграничения сторон состязательного уголовного процесса; с этой позиции также обоснованы необходимость введения фигуры следственного судьи, а также преобразования механизма назначения адвоката по статье 51 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации;

авторское обоснование тезиса о непротиворечивости эффективного  
исполнения адвокатом своей процессуальной функции при имеющемся  
объеме полномочий в рамках состязательного предварительного

расследования и введения института объективной истины;

разработка научно обоснованных рекомендаций по внесению комплексных законодательно-организационных изменений в механизмы вызова адвоката-защитника на допрос и проведения у него обыска (выемки), обоснование необходимости введения новых процессуальных актов адвоката и преобразования процедуры получения сведений по адвокатскому запросу, обоснование предложений по изменению норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, касающихся неразглашения данных предварительного расследования.

Исходя из вышеизложенного, сформулированы **положения,**

**выносимые на защиту**:

**1.** Принцип состязательности на стадии предварительного  
расследования присутствует и реализуется не только в формальном  
разграничении процессуальных функций сторон защиты и обвинения, а,  
прежде всего, в наличии реальной, объективно осуществимой возможности  
эти функции беспрепятственно реализовать.

**2.** Принцип состязательности в деятельности адвоката-защитника на  
стадии предварительного расследования в настоящее время эффективно не  
реализуется не в силу недостатка у адвоката-защитника процессуальных  
полномочий, но вследствие отсутствия реальной возможности реализовывать  
уже имеющиеся полномочия.

**3.** Для исключения процессуальных ситуаций, когда реализация своих  
функций стороной защиты обусловлена решениями стороны обвинения,  
представляется целесообразным ввести фигуру следственного судьи –  
независимого арбитра, не являющегося органом уголовного преследования,  
равноудаленного от сторон защиты и обвинения, создающего необходимые  
условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и  
осуществления предоставленных им прав на стадии предварительного  
расследования.

**4.** Разрешение ходатайств адвоката-защитника не должно  
осуществляться стороной обвинения, как имеющей противоположный

процессуальный интерес. Данную функцию целесообразно передать независимому и равноудаленному от сторон арбитру, не являющемуся органом уголовного преследования, но создающему необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав на стадии предварительного расследования, например, следственному судье.

**5.** Представляется целесообразным ввести процессуальный акт стороны  
защиты, не обладающий, в отличие от ходатайства, характером просьбы,  
например, протокол действий защитника, представляющий собой  
процессуальный документ, отражающий ход определенных действий, которые  
защитник уполномочен производить в рамках предварительного  
расследования, и подлежащий приобщению к материалам уголовного дела на  
стадии предварительного расследования, для чего ввести соответствующие  
изменения в статьи 53, 74, главу 22 УПК РФ в части определения протокола  
действия защитника как вида доказательств, закрепления возможности  
оформлять результат реализации имеющихся у защитника полномочий  
протоколом действий защитника, установления требований к порядку и форме  
его составления.

**6.** Установленный тридцатидневный срок ответа на адвокатский запрос  
в рамках общего двухмесячного срока предварительного следствия является  
излишне длительным с точки зрения эффективной реализации полномочий  
адвоката на получение сведений и доказательств, равно как и отсутствие  
процессуальной возможности получения сведений, содержащих охраняемую  
законом тайну. Так, представляется целесообразным внести изменения в  
статью 6.1 Федерального закона № 63-ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской  
деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в части уменьшения  
срока ответа на адвокатский запрос, а также дополнить УПК РФ нормой,  
регламентирующей процедуру получения адвокатом судебного разрешения на  
получение сведений, содержащих охраняемую законом тайну.

**7.** Для разрешения в судебном порядке вопроса о проведении обыска,  
осмотра и выемки в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных  
помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности)  
необходимо обеспечить присутствие в судебном заседании, где  
рассматривается соответствующее ходатайство, представителя адвокатского  
сообщества (члена комиссии по защите прав адвокатов) в целях представления  
мотивированного заключения о такой целесообразности либо её отсутствии,  
для чего внести соответствующие изменения в статью 165 УПК РФ.

1. В целях исключения возможности отвода адвоката-защитника по формальному признаку из конкретного дела по инициативе стороны обвинения, необходимо дополнить статью 72 УПК РФ положением, запрещающим отвод от участия в деле защитника, вызывавшегося на допрос в качестве свидетеля по данному уголовному делу и отказавшегося от дачи показаний со ссылкой на часть 3 статьи 56 УПК РФ.
2. Во избежание неправомерного привлечения адвоката к уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования по статье 310 УК РФ необходимо внести изменения в статью 161 УПК РФ в части определения формы процессуального акта, в котором следователь должен конкретизировать данные, не подлежащие разглашению, установить срок запрета на разглашение этих данных, порядок прекращения действия такого запрета.
3. В целях недопущения фактического исполнения профессиональных обязанностей в интересах стороны обвинения недобросовестным защитником, назначенным в порядке статьи 51 УПК РФ, необходимо внести изменения в статью 51 УПК РФ в части исключения возможности назначения защитников дознавателем, следователем или судом путем непосредственного обращения к конкретному защитнику или в конкретное адвокатское образование.
4. Состязательная деятельность адвоката на стадии предварительного расследования не должна рассматриваться как самоцель, но как эффективное средство установления истины по уголовному делу в силу обеспечения самой

своей формой реальной возможности процессуального спора между сторонами.

**Теоретическая значимость исследования** заключается в том, что примененный в работе анализ проблем реализации адвокатом-защитником принципа состязательности на стадии предварительного расследования, на основании тезиса о необходимости наличия принципиальной возможности эффективно реализовывать свою процессуальную функцию, может быть использован в дальнейшей научной разработке аналогичных проблем в деятельности адвоката-защитника, возникающих на других стадиях (судебного разбирательства, обжалования и исполнения судебных решений), а также при изучении проблем, возникающих в рамках реализации принципа состязательности стороной обвинения. Основные теоретические выводы о положении принципа состязательности в системе принципов современного российского уголовного процесса, содержании принципа состязательности, особенностей его реализации в деятельности адвоката-защитника, а также о фигуре следственного судьи и институте объективной истины могут быть использованы в учебной деятельности образовательных учреждений при изучении дисциплин по адвокатской деятельности и уголовному процессу.

**Практическая значимость исследования** заключается в том, что  
сформулированные в диссертации выводы и рекомендации могут быть учтены  
законодателем в целях дальнейшего совершенствования уголовно-  
процессуального законодательства, особенно в рамках реализации концепции  
усиления гарантий независимости адвокатуры как важнейшего института  
гражданского общества, в целях комплексного реформирования

правоохранительной системы в части обеспечения эффективных форм предварительного расследования, а также могут быть использованы практикующими адвокатами, судьями и сотрудниками правоохранительных органов в своей профессиональной деятельности.

**Апробация и внедрение результатов исследования.** Результаты диссертационного исследования проверялись и апробировались по нескольким направлениям:

обсуждались на заседаниях кафедры уголовно-правовых дисциплин Московской академии экономики и права;

докладывались на международных и всероссийских научно-

практических конференциях: на международной научно-практической конференции «Уголовное судопроизводство: современное состояние и основные направления совершенствования», посвященной 50-летнему юбилею доктора юридических наук, профессора А.В. Гриненко (г. Москва); на заочной международной научно-практической конференции «Охрана прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовного судопроизводства», посвященной 55-летию доктора юридических наук, профессора, Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, Почетного работника высшего профессионального образования Российской Федерации О.А. Зайцева (г. Москва); на XX Международной заочной научно-практической конференции «Современные тенденции развития науки и технологий» (г. Белгород);

опубликованы в одиннадцати научных статьях (общий объем публикаций 7,36 п.л.), из них восемь статей опубликовано в ведущих рецензируемых изданиях, рекомендованных ВАК для опубликования основных результатов диссертационных работ, представленных на соискание ученой степени кандидата наук;

внедрены в учебный процесс Московской академии экономики и права;

внедрены в практическую деятельность Специализированной коллегии адвокатов «Инюрколлегия» (г. Москва).

**Структура работы.** Работа состоит из введения, двух глав, включающих шесть параграфов, заключения, списка литературы и приложений.

## Принцип состязательности в системе принципов современного российского уголовного процесса

Именно с точки зрения критерия операциональности наиболее ёмким представляется определение В.Т. Томина, согласно которому «принцип уголовного процесса – это мировоззренческая идея максимальной для исследуемого уголовного процесса степени общности, проведенная в совокупности действующих в соответствующем судопроизводстве уголовно-процессуальных норм и практике их применения»8.

Данное определение позволяет сделать несколько выводов касательно сущности принципа уголовного процесса: 1) принципом является некое основополагающее начало, которое определяет весь уголовный процесс в целом; 2) принцип уголовного процесса присутствует абсолютно во всех стадиях уголовного процесса; конечно, в различных стадиях он может проявляться в различной степени, и причины этого могут быть как объективными (например, отсутствие соответствующего нормативно-правового регулирования), так и субъективными (фактическая невозможность применения той или иной нормы, гарантирующей данный принцип, на практике9); 3) для принципа недостаточно быть только задекларированным в каком-либо нормативном правовом акте, он должен быть проведён через практически реализуемые процедуры, полномочия и процессуальные обязанности участников; . 4) все принципы равноправны, то есть они не предполагают какого-либо ранжирования или иерархии10.

Таким образом, из представленного определения можно сделать вывод о том, что смысл самого существования принципа некой отрасли деятельности заключается именно в том, что он может воздействовать, определять ход этой деятельности. В свою очередь, и принципы уголовного процесса также воздействуют на всю уголовно-процессуальную деятельность через различные аспекты, будь то реализация принципов в общих условиях стадий, правах и обязанностях участников процесса, их правосознании и прочее11.

Касательно термина «общие условия» необходимо отметить следующее. В действующем УПК РФ он содержится в наименовании главы 21 («Общие условия предварительного расследования») и главы 35 («Общие условия судебного разбирательства»), посвященных предварительному расследованию и судебному разбирательству соответственно. Примечательно, что термин «общие условия», в отличие от «принципов», присутствовал и в ранее действующем законодательстве, к примеру, УПК РСФСР. Сравнивая оба понятия, можно заметить, что, если принципы определяются как некие мировоззренческие идеи, то общие условия являются, скорее, процессуальными идеями, присущими сугубо конкретной стадии, но, в свою очередь, выражающие содержание более обширных по значению принципов. Таким образом, общие условия представляют собой конкретные практические и непосредственные «проводники» принципов в определенной стадии уголовного процесса. Являясь по сути производными от всеобщих идей-принципов, общие условия представляют собой их практические реализации в определенных конкретных аспектах. 2. Что касается понятия «система принципов», то разные учёные-процессуалисты дают различные определения данному термину. Так, по мнению Л.М. Володиной, система принципов - это «целостное правовое образование, в рамках которого принципы находятся во взаимосвязи, взаимодействии и взаимообусловленности»12. А.А. Давлетов, в свою очередь, предлагает следующие критерии формирования системы принципов: «1) высший уровень выделения качественных свойств объекта; 2) самостоятельность, относительная обособленность каждого элемента, образующего целое; 3) равнозначность частей системы, отсутствие между ними отношений подчиненности; 4) внутренняя связь компонентов как звеньев единой цепи; 5) ограниченное количество элементов, обеспечивающих в единстве завершенность целого»13.

В любом случае, все авторы сходятся в том, что, помимо непосредственного влияния принципов на всю уголовно-процессуальную деятельность, они сами внутри системы находятся в постоянном взаимодействии и взаимовлиянии. «Все принципы уголовного судопроизводства тесно взаимосвязаны и образуют некую совокупность правовых основ. Имея каждый собственное содержание, они, тем не менее, взаимно обуславливают действие друг друга и составляют систему, которая определяет демократическое содержание и форму отечественного уголовного процесса», – отмечает Е.А. Галоганов14.

Схожего мнения придерживается Т.Н. Добровольская, говоря о качественном единстве процесса, достигаемом именно за счет взаимодействия и взаимообусловленности принципов в системе: «система принципов процесса - не случайная сумма произвольно взятых и сгруппированных положений, а пронизанная единством целей и задач совокупность самостоятельный по содержанию, но взаимосвязанных и объективно обусловленных положений, образующих именно в этой совокупности то качественное единство, без которого соответствующий тип судопроизводства перестал бы быть таковым»

## Особенности реализации принципа состязательности в деятельности адвоката защитника на стадии предварительного расследования

Весьма убедительно выглядят доводы третьей группы ученых, не провозглашающих наличие принципа состязательности на стадии предварительного расследования и не отрицающих его, но усматривающих отдельные элементы этого принципа на досудебной стадии. Так, по мнению С.А. Шейфера, состязательность применима к судебной стадии уголовного судопроизводства, поскольку именно на суд законодатель возложил обязанность по созданию условий для осуществления сторонами их функций, в то время как на стадии предварительного расследования суд это сделать не в состоянии103. Что касается досудебной стадии, то на ней проявляются лишь элементы состязательности104. Аналогичного мнения придерживается В.П. Божьев и ряд других ученых105. Очевидно, что попытка законодателя построить досудебную стадию уголовного судопроизводства по состязательному типу не привела к успеху, несмотря на закрепление соответствующих норм в УПК РФ (закрепление состязательности в качестве принципа уголовного судопроизводства, выделение сторон, отказ от объективной истины как цели доказывания, расширение полномочий стороны защиты и т.п.), ведь на данной стадии обвинение и защита отнюдь не равноправны, а их противоборство не разрешается независимым арбитром (судом). Исходя из формально закрепленного в УПК РФ понятия принципа состязательности как модели «три субъекта - три функции», о состязательности на досудебной стадии говорить можно лишь с очень большой степенью условности, поскольку, с одной стороны, «нет независимого арбитра, который смог бы следить за состязанием сторон»106 уголовного процесса, с другой стороны, «в деятельности каждого из его участников не должны присутствовать элементы не свойственной ему функции»107, как, к примеру, следователь, как сторона обвинения, оказывается наделен не только функцией обвинения, но выполняет «несколько процессуальных функций – расследование преступлений, обвинение и разрешение уголовного дела»108, а в некоторых случаях – и функцию защиты109. Также суд на досудебной стадии «активно реализует неприсущие ему правомочия органов предварительного расследования, начиная с самого раннего этапа предварительного расследования», как то избрание меры пресечения, принятие решения о производстве обыска в жилище, приятие решения о наложении ареста на имущество и т.п.110

Примечательна в связи с рассматриваемым вопросом позиция Конституционного Суда РФ. Так, еще в Концепции судебной реформы в РСФСР утверждалось, что российское уголовное судопроизводство должно быть построено на основе принципа состязательности, а само понятие «судопроизводство» включает как досудебную стадию, так и стадию судебного разбирательства111. В свою очередь, в доктрине продолжалось утверждение того, что состязательность имеет отношение только к судебной стадии «с одной стороны, это дань традиции, потому что так рассматривали ещё в советской науке, да и действовал на тот период УПК РСФСР с иной концептуальной основой и идеологией, а с другой – то, что в Конституции ч. 3 ст. 123 находится в Главе 7 «Судебная власть» и, значит, относится к судебному разбирательству». Однако, Конституционный Суд РФ ещё до принятия УПК РФ 2001 году уже в нескольких постановлениях развивал идею состязательности в российском уголовном процессе, в частности, уже в 2000 году он прямо указал на то, что состязательность распространяется на все стадии уголовного судопроизводства112, ссылаясь, при этом, на часть 3 статьи 123 Конституции РФ, гарантирующей осуществление судопроизводства «на основе состязательности и равноправия сторон».

Спустя же несколько лет после введения в действие УПК РФ, в 2005 году, риторика Конституционного Суда РФ приобрела несколько публично-правовой характер, направленный на «принцип справедливости», принцип «соразмерности и правовой безопасности», «справедливый баланса между интересами лица и необходимостью гарантировать эффективность системы уголовного правосудия»113 и тому подобное.

В 2013 году, в своем постановлении, вносящим существенные изменения в институт дополнительного расследования, Конституционный Суд РФ нанес «решающий удар»114 состязательности, фактически, одобрив «смычку обвинения и суда»115. По справедливому замечанию Александрова А.С., Лапатникова М.В., Терехина В.В., «значение данного решения КС РФ для российской уголовно процессуальной теории и практики выходит далеко за пределы только восстановления советского института возвращения уголовного дела на дополнительное расследование. КС РФ оправдывает всевластие государства в сфере правосудия и следственный порядок уголовного судопроизводства»

## Проблемы, возникающие при реализации адвокатом-защитником ряда процессуальных полномочий на стадии предварительного расследования

C одной стороны, заявление ходатайства является одним из наиболее часто реализуемых полномочий адвоката на стадии предварительного расследования, причем как самостоятельным, так и средством реализации иных полномочий, своеобразным рупором адвоката в рамках осуществления функции защиты в состязательной деятельности. С другой стороны, практическая реализация как данного полномочия, так и тех полномочий, где заявление ходатайства является практическим средством их реализации, крайне проблематична. И причин тому несколько.

Первой и наиболее очевидной является, конечно, полная зависимость от воли и усмотрения следователя по вопросу разрешения заявленного адвокатом ходатайства, а, по сути, полная зависимость исполнения своей функции одного субъекта состязательного процесса от другого, с другими, прямо противоположными функциями. Как справедливо отметила Т.Г. Морщакова, «состязательные процедуры в действительности не осуществляются. Всё, что может сделать адвокат-защитник по уголовном делу, находится полностью в сфере власти, в сфере решений органов, представляющих публичное обвинение. Ни одно ходатайство адвоката не будет удовлетворено, ни один материал не будет приобщен к материалам уголовного дела, если на это не согласится другая сторона. Это показывает, что процессуальные гарантии равноправия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве требуют существенного укрепления»190.

Как правило, отказывая в удовлетворении ходатайства, следователь ссылается на пункт 3 части второй статьи 38 УПК РФ, согласно которой следователь уполномочен «самостоятельно направлять ход расследования, принимать решение о производстве следственных и процессуальных действий», иными словами, разрешение заявленного адвокатом ходатайства полностью зависит от усмотрения следователя. Особо следует отметить ходатайства, указанные в части второй статьи 159 УПК РФ, согласно которой адвокату-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 данного уголовного дела». Здесь камнем преткновения становится фраза «имеют значение для данного дела», поскольку, опять же, определение значимости для дела или её отсутствия находится в исключительной компетенции стороны обвинения, то есть также зависят от ее усмотрения.

Было бы не вполне эффективно пытаться искать выход из сложившейся ситуации через «борьбу» с широкими дискреционными полномочиями следователя. Усмотрение субъекта состязательной деятельности (со всеми вытекающими последствиями) – это естественное порождение состязательной модели процесса. Нельзя не согласиться с Г.А. Печниковым, В.Г. Волколуповым и Г.И. Купавцевым, делающим вывод о том, что «именно состязательная форма уголовного судопроизводства тесно связана с дискрецией (усмотрением) – собственным, личным усмотрением субъекта-правоприменителя (судьи, прокурора, следователя, дознавателя) при принятии решения по уголовному делу»191. Более того, по мнению указанных процессуалистов, грань между дискреционным поведением правоприменителя и произволом, а также правовым нигилизмом, очень тонка. Вполне очевидно, что в рамках состязательной модели уголовного судопроизводства следователь (равно как и любой иной субъект стороны обвинения), выполняя свою обвинительную функцию, пользуется всеми предоставленными ему законом полномочиями, в том числе по своему усмотрению разрешать ходатайства, представленные стороной защиты. В частности, если удовлетворение ходатайства адвоката может впоследствии негативно сказаться на выгодном для позиции обвинения разрешении дела, то, с большой долей вероятности, следователь не будет такое ходатайство удовлетворять. Односложные формулировки, изложенные в «отказных» постановлениях следствия, на которые часто обращает внимание адвокатское сообщество192, в данном случае вторичны. Первичной же является состязательная модель, которая подразумевает возможность беспрепятственной реализации сторонами своих процессуальных полномочий в рамках своих функций, что, собственно, следователь и делает.

В таком контексте механизм судебного обжалования отказов в удовлетворении ходатайств в порядке статьи 125 УПК РФ также не представляется эффективным способом. Суд, будучи самостоятельным субъектом состязательной деятельности, который не вправе вмешиваться в реализацию другими субъектами (сторонами) своих процессуальных функций, по сути, не может вмешаться в деятельность следователя на стадии предварительного расследования и дать ему обязательные указания касательно расследования, как то необходимость удовлетворения того или иного ходатайства защитника. Ссылаясь на право следователя самостоятельно определять ход расследования, суд отказывает защитникам в удовлетворении подобных жалоб в подавляющем большинстве случаев: согласно анализу произвольной выборки 100 апелляционных постановлений справочно-правовой системы «Консультант Плюс» в 89 случаях в удовлетворении подобных жалоб было отказано.

Конечно, следует упомянуть и об этической стороне взаимодействия следователя с адвокатом при рассмотрении ходатайств последнего. Так, И.В. Ревина, проводя исследование этической природы взаимоотношений адвоката со следователем при заявлении ходатайств в досудебном производстве, указывает193 на проблему недопонимания отдельными работниками органов следствия значения адвокатской деятельности на стадии предварительного расследования как предпосылку не вполне этичного поведения следователя, выражающегося, в частности, в необоснованном и немотивированном отказе от удовлетворения ходатайств, которые имеют значение для уголовного дела, в том числе и в рамках части 3 статьи 159 УПК РФ. В этой связи, безусловно, существенное значение будет иметь соответствующее просвещение органов следствия об особенностях адвокатской деятельности и ее роли на стадии предварительного расследования, раскрывающего суть адвоката не как «укрывателя» преступников, а как независимого профессионального советника по правовым вопросам, активного участника состязательного процесса, который защитой прав и законных интересов доверителя предотвращает ошибки при расследовании дела. Как справедливо отмечал Я.С. Киселев, «обязанность адвоката, обнаружив ошибку, немедленно на нее указать следователю или прокурору для устранения»

## Проблемы, связанные с разграничением процессуальных функций адвоката защитника со стороной обвинения на стадии предварительного расследования

. С этим сложно согласиться, ибо «закон и нравственность выше воли доверителя», как предписывает Кодекс профессиональной этики адвоката, а недобросовестность со стороны отдельных немногочисленных представителей профессии, выражающаяся в нарушении ими закона (поскольку приведенные примеры укрывательства и уничтожения доказательств никак иначе, кроме нарушения УК РФ, квалифицировать нельзя) не должны отбрасывать тень на всё адвокатское сообщество и являться аргументами в пользу оценок деятельности добросовестного большинства.

Довольно широко распространено мнение, что суть работы адвоката в уголовном процессе на стадии предварительного расследования заключается в противодействии расследованию преступлений280. К примеру, по мнению П.В. Малышкина, противодействие адвокатов расследованию преступлений осуществляется таким образом, что формально действия адвоката не попадают под уголовную юрисдикцию, но, по сути, являются противоправными. В качестве примеров подобных действий П.В. Малышкин приводит склонение свидетелей к даче «нужных» показаний, психологическое воздействие, установление «бытовых контактов» со следователем и т.п.281 Весьма примечательно понимание сути принципа состязательности этим ученым: «Ведь сама суть принципа состязательности предполагает то, что сторона обвинения действует, а сторона защиты ей противодействует. Следовательно, противодействие расследованию преступлений можно также рассматривать как элемент реализации принципа состязательности». Данный тезис спорен уже потому, что, во-первых, статья 15 УПК РФ наделяет принцип состязательности несколько иным содержанием, и, во-вторых, разделение процессуальной позиции, противоположной позиции следствия, и оппонирование в этой связи стороне обвинения не есть то же самое, что противодействие расследованию преступления.

Не менее распространены в уголовно-процессуальной доктрине мнения о содержании функции защиты, хотя и не носящие ярко выраженного негативного характера, но, по тем или иным причинам, наделяющие адвоката несколько иным функционалом по сравнению с тем, какой определил законодатель, выстраивая состязательную модель уголовного судопроизводства. Так, к примеру, по мнению А.А. Давлетова, Л. Юсуповой, «УПК РФ ориентирован на состязательную форму судопроизводства, в связи с чем защитник приобрел статус стороны. Поскольку обязательным условием состязательности является равноправие сторон, то адвокату-защитнику предоставляется право на самостоятельное собирание доказательств»282. Действительно, часть 3 статьи 123 Конституции РФ гласит: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». Однако, статья 15 УПК РФ «оставляет» сторонам защиты и обвинения равноправие только во взаимоотношении с судом, но никак не уравнивает их в правах друг с другом.

Здесь нужно согласиться с мнением профессора Л.В. Головко о необходимости «прекратить искать зеркальность в полномочиях следователя и защитника в духе вульгарной состязательности»283. Очевидно, что зеркальность характерна для субъектов, имеющих прямо противоположные векторы деятельности, но абсолютно идентичное содержание, иными словами, при разной полярности, модуль содержания таких субъектов должен быть одинаков. Для адвоката и следователя в российском уголовном процессе эта модель невозможна и, прежде всего, в силу абсолютного различия в содержании, отсутствия равноправия друг с другом и невозможности такого равноправия в силу различия исполняемых ими функций. Но нередко, именно с позиции необходимости равноправия со следователем адвоката пытаются наделить функциями, совершенно не свойственными ему. В качестве яркого примера можно привести так называемое «адвокатское расследование». Адвокатское расследование видится некоторым учёным процессуалистам как способ подготовки аналитической и доказательственной базы по уголовному делу284, как «параллельное» следствию расследование, направленное на выявление обстоятельств, оправдывающих или смягчающих ответственность обвиняемого285, как способ изложения систематизированной позиции защитника, подкрепленной самостоятельно собранными доказательствами286, которую, наряду с обвинительным заключением, предлагается некоторыми направлять в суд287.

Бесспорно, форма параллельного адвокатского расследования представляет собой, как минимум, достойный обсуждения процессуальный механизм. Однако, к состязательности оно не имеет никакого отношения. Состязательность на предварительном следствии, в том виде, как она определена законодателем, не есть равноправие, но функциональная различность. Равные со следователем права адвоката по сбору доказательств и формированию доказательственной и аналитической позиции, фактически, приведут к исполнению адвокатом функции расследования, что противоречит самой идее состязательности, поскольку функция расследования всецело принадлежит следователю (дознавателю).

Итак, на теоретическом уровне, мнения процессуалистов касательно содержания процессуальной функции адвоката в рамках состязательной модели весьма различны. И во многом причиной этого является полное отсутствие единообразия в теоретическом понимании принципа состязательности на стадии предварительного расследования. Но, учитывая тот факт, что суждения различных ученых о месте и роли принципа состязательности на стадии предварительного расследования, зачастую, прямо противоположны, а позиции, нередко, жёстки и бескомпромиссны, что, в частности, показал теоретический анализ в первой главе настоящей диссертации, становится очевидно, что эта проблема на теоретическом уровне вряд ли будет решена в ближайшее время.

Между тем, на уровне практическом, ярко выраженный негативный уклон в понимании работы адвоката на предварительном следствии, нередко ставящий его чуть ли не на один уровень (с точки зрения квалификации некоторых деяний) с преступником, имеет своим источником отнюдь не только теоретические разногласия в доктрине. Как показал результат опроса следователей, негативное мнение о деятельности защитника сформировалось у подавляющего большинства (72%), при этом на собственный негативный опыт конфликтных ситуаций с адвокатами сослались чуть более трети опрошенных (35%)288. Таким образом, к профессиональной оценке представителей стороны обвинения неизбежно примешивается их представление об адвокате, сформированное на некоем абстрактном уровне, вне связи с их личным эмпирическим опытом.