

Джамалов И.Д., доктор философии права
Мустафаева А.И., доктор философии права
Сулейманов Д.И., доктор юридических наук ♦

Адвокат в уголовном процессе: проблемы и тенденции

Аннотация: Рассматривается статус и система участия адвоката в досудебном уголовном производстве, анализируются проблемы, даются предложения по изменению и дополнению уголовно-процессуального законодательства.

Исследуются структурные элементы системы защиты от уголовного преследования, проведен сравнительный анализ соответствующих норм УПК Азербайджана, Грузии, Российской Федерации и Эстонии.

Ключевые слова: адвокат; защитник; уголовный процесс; защита прав; уголовное преследование; досудебное производство; судебный надзор.

Важнейшим правовым институтом любого государства, стоящим на страже основополагающих прав граждан и их объединений, является адвокатура. От того, насколько она законодательно защищена, обеспечена и организована, в значительной степени зависит уверенность каждого гражданина в своем благополучии, спокойствии, в успехе жизнедеятельности.

Главное предназначение адвокатуры как явления состоит в оказании высокосоциально значимых юридических услуг всему обществу и его членам в защите прав и свобод гражданина и юридических лиц. Адвокат защищает закон и людей от произвола, а потому его деятельность отвечает как интересам конкретного гражданина или организации, так и публично-правовым интересам государства и общества.

♦ **Джамалов Илькин Джалил оглы** – доктор философии права, член Совета Международной организации правовых исследований (Азербайджан). E-mail: djamalov_i@mail.ru

Мустафаева Айтген Инглаб кызы – доктор философии права, директор Института по правам человека Национальной академии наук Азербайджана (Азербайджан). E-mail: info@ihr-az.org

Сулейманов Джаваншир Ислам оглы – доктор юридических наук, зав. отделом Института по правам человека Национальной академии наук Азербайджана (Азербайджан). E-mail: mopi_sid@yahoo.com

К сожалению, в Азербайджане на значение института адвокатуры обратили внимание лишь в последние десятилетия, когда значительно улучшилась и окрепла его законодательная база, с введением нового УПК 2000 г. повысился потенциал защиты как уголовно-процессуальной деятельности.

Вместе с тем, все еще остается нерешенным ряд проблем, направления развития определены не четко, существующие пробелы и противоречия уголовно-процессуального законодательства затрудняют, а в ряде случаев и исключают надлежащее исполнение декларируемых целей и задач судопроизводства.

Согласно ст. 7.0.27. УПК Азербайджанской Республики (далее, УПК), защита – процессуальная деятельность, которая осуществляется в целях опровержения или смягчения обвинения, выдвинутого против лица, подозреваемого в совершении предусмотренного уголовным законом деяния, защиты его прав и свобод, а также восстановления нарушенных прав и свобод лица, незаконно подвергнутого уголовному преследованию. К стороне защиты (ст. 7.0.28 УПК) относятся подозреваемый или обвиняемый, их защитник и гражданский ответчик (17, с. 9).

Право на защиту гарантировано Конституцией и УПК, международными договорами, участником которых является Азербайджанская Республика.

Согласно статьи 61 Конституции, «... каждый обладает правом на получение квалифицированной правовой помощи. В предусмотренных законом случаях правовая помощь оказывается бесплатно за счет государства. У каждого лица с момента задержания, ареста, предъявления обвинения в совершении преступления со стороны компетентных государственных органов есть право пользоваться помощью защитника» (6, с. 16).

Согласно п. п. «b» и «с» ч. 3 ст. 6 Европейской «Конвенции о защите прав и человека и основных свобод», каждый человек, обвиненный в совершении уголовного преступления имеет права располагать достаточным временем и возможностями для своей защиты, защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для

оплаты услуг защитника, иметь назначенного ему защитника бесплатно, когда того требует интересы правосудия (2, с. 167).

Статья 19 УПК гласит, что в ходе уголовного преследования дознаватель, следователь, прокурор или суд обязаны принять меры к обеспечению права потерпевшего, подозреваемого или обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи, в которое входит возможность пользоваться помощью защитника до задержания, заключения под стражу, либо соответственно до первого допроса в качестве подозреваемого или с момента предъявления обвинения; получить разъяснение своих прав; иметь достаточно времени и возможностей для подготовки своей защиты; осуществлять свою защиту лично самому или через выбранного им защитника, либо при отсутствии у него достаточных средств для уплаты защитнику вознаграждения, получить бесплатную юридическую помощь (17, с. 18).

Таким образом, условно можно считать, что системы защиты от уголовного преследования состоит из взаимосвязанных элементов, включающих в себя основные принципы и условия уголовного судопроизводства, участие защитника и представителей, личную защиту и обеспечение прав.

Закон Азербайджанской Республики «Об адвокатах и адвокатской деятельности» не содержит дефиниции понятия «адвокат», однако в нем говорится, что адвокатская деятельность – это независимый юридический институт, который профессионально осуществляет деятельность по юридической защите (ст. 1), задачами которой являются защита прав, свобод и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц и оказание им высококачественной юридической помощи (ст. 3) (1, с. 1-3).

Согласно ст. 92 УПК, в качестве защитника в уголовном процессе может участвовать только адвокат, обладающий правом на осуществление адвокатской деятельности на территории Азербайджанской Республики, что с точки зрения различных авторов и нашей, является неверным, поскольку с одной стороны, монополизирует эту деятельность, а с другой, - противореча

основным международным документам, ограничивает право на защиту (8, с. 75).

УПК РФ в качестве защитников допускает адвокатов без указания их принадлежности, а в ряде случаев – по определению или постановлению суда в качестве защитника наряду с адвокатом допускается один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, что представляется более правильным (5, с.140). Необходимо отметить, что УПК Азербайджана, действующий до 2000 г. (ст. 57) предусматривал аналогичный порядок защиты (19, с. 37).

В соответствии со ст. 2 Федерального Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», адвокатом является лицо, получившее в установленном данным законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства после регистрации федеральным органом исполнительной власти в области юстиции (23, с. 2).

В соответствии со ст. 42 УПК Эстонии, в уголовном процессе защитником является: а) адвокат и с разрешения лица, ведущего производство, другие лица, соответствующие требованиям по образованию, установленным договорным представителям, полномочия которых в уголовном процессе вытекают из соглашения, заключенного с подзащитным (договорный защитник), или б) адвокат, полномочия которого в уголовном процессе вытекают из его назначения следственным органом, прокуратурой или по ходатайству суда Адвокатурой Эстонии (назначенный защитник) (22, с. 23).

УПК Грузии (ч. 8 ст. 78) гласит, что с согласия Министерства юстиции в качестве защитников могут быть допущены иностранные адвокаты (20, с. 37).

Согласно ст. 92.2 УПК Азербайджанской Республики, подозреваемый или обвиняемый могут иметь несколько защитников из числа адвокатов, причем неучастие какого-то из них при проведении процессуальных действий, при которых участие защитника обязательно, не может служить основанием для признания этих действий незаконными (17, с. 94).

Участие защитника в уголовном процессе должно быть обеспечено в следующих случаях: если этого требует подозреваемый или обвиняемый; если подозреваемый или обвиняемый не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту вследствие немоты, слепоты, глухоты, либо из-за серьезных недостатков разговорной речи, функций зрения, слуха, ввиду, длительной тяжелой болезни, а также слабоумия, явной умственной неразвитости и других недостатков; если во время производства по уголовному делу у подозреваемого или обвиняемого обнаружится обострение психического заболевания или временное психическое расстройство; если подозреваемый или обвиняемый не владеет языком, на котором ведется уголовное судопроизводство; если подозреваемый или обвиняемый в момент совершения преступления не достиг совершеннолетия; если обвиняемый является военнослужащим срочной службы; если подозреваемому или обвиняемому инкриминируется совершение особо тяжкого преступления; если подозреваемый или обвиняемый принудительно помещен в специальное медицинское (стационарное лечебно-психиатрическое) учреждение; если подозреваемый или обвиняемый задержан или в отношении обвиняемого применен в качестве меры пресечения арест, за исключением случаев отказа от защитника; если уголовное преследование осуществляется по истечению срока давности привлечения к уголовной ответственности; если имеется противоречие между законными интересами обвиняемых и один из них имеет защитника; если уголовное преследование осуществляется в отношении лица, совершившего предусмотренное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости; если подозреваемый или обвиняемый недееспособен (17, с. 94-95).

Некоторые из перечисленных положений, с нашей точки зрения, представляются неверными. Так, перечисление всех физических и психических недостатков, исключающих самостоятельное осуществление права на защиту, невозможно, поскольку требует специальных познаний и всегда есть опасность пропустить какой-либо недостаток или не учесть в качестве такового обстоятельство, выявленное современной наукой.

Рядом авторов справедливо отмечалось, что речь должна идти не о невозможности, а о полноте самостоятельного осуществления права на защиту, в связи с чем участие защитника должно быть обязательным во всех случаях наличия у подозреваемого или обвиняемого физических или психических недостатков, подтвержденных соответствующими медицинскими данными (справками, эпикризами, заключениями и т.п.) (11, с. 63).

Положение, согласно которого участие защитника обязательно, если обвиняемым является военнослужащий срочной службы, представляется правильным, однако к данной категории должны быть отнесены и подозреваемые военнослужащие.

Согласно ст. 92.4 УПК, участие защитника в уголовном процессе обеспечивается с момента: требования подозреваемым или обвиняемым предоставления ему защитника (по требованию); первого допроса лица, объявления ему органом, осуществляющим уголовный процесс, постановления о задержании, протокола о задержании или постановления об избрании меры пресечения, либо предъявления обвинения (физические или психические недостатки, не владеет языком, на котором ведется уголовное судопроизводство, несовершеннолетний, обвиняется в совершении особо тяжкого преступления); выявления у лица болезни или невменяемости (если обнаружится обострение психического заболевания или временное психическое расстройство, либо если лицо совершило деяние в состоянии невменяемости); вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого (обвиняемый военнослужащий или истекли сроки давности); рассмотрения в суде представления прокурора о помещении подозреваемого или обвиняемого в специальное медицинское (стационарное лечебно-психиатрическое) учреждение; задержания подозреваемого или обвиняемого или рассмотрения в суде представления прокурора об избрании в качестве меры пресечения – ареста; рассмотрения в суде обвинения против обвиняемого (при наличии противоречий между интересами обвиняемых, если один из них имеет защитника); подтверждения в порядке гражданского судопроизводства либо

установления в порядке уголовного судопроизводства недееспособности подозреваемого или обвиняемого (17, с. 95-96).

При осуществлении своих полномочий в процессе досудебного производства, адвокат имеет право знать сущность подозрения или обвинения; встречаться наедине и конфиденциально общаться со своим подзащитным без ограничений количества и продолжительности бесед; участвовать по предложению органа, осуществляющего уголовный процесс, в совершаемых им следственных или других процессуальных действиях, а также в следственных или других процессуальных действиях, совершаемых с участием подзащитного; напоминать подозреваемому или обвиняемому его права и обращать внимание лица, совершающего следственное или другое процессуальное действие, на допущенные им нарушения закона.

В ходе досудебного производства защитник также имеет право собирать и представлять органу, осуществляющему уголовный процесс, доказательства, а также материалы для приобщения к уголовному делу; заявлять отводы и ходатайства; возражать против действий органа, осуществляющего уголовный процесс, и требовать занесения этого возражения в протокол следственного или другого процессуального действия; знакомиться с протоколами следственных или других процессуальных действий, проведенных с его участием и участием подзащитного; подавать замечания относительно полноты и правильности записей в протоколах следственных или других процессуальных действий, проведенных с его участием; участвуя при проведении следственного или другого процессуального действия, требовать занесения в соответствующий протокол обстоятельств, которые должны быть отмечены; предпринимать меры по сбору доказательств для выяснения вопросов, связанных с осуществлением защиты подозреваемого или обвиняемого (17, с. 97-98).

Кроме того, защитник имеет право знакомиться с постановлением органа, осуществляющего уголовный процесс, о назначении экспертизы и заключением эксперта по нему, с материалами, представленными суду органом, осуществляющим уголовный процесс, для подтверждения законности и обоснованности задержания, ареста и содержания под стражей подзащитного, а

с момента окончания предварительного расследования или прекращения производства по уголовному делу, знакомиться с материалами дела, снимать копии необходимых документов, относящихся к подзащитному; получить информацию от органа, осуществляющего уголовный процесс, о постановлениях, затрагивающих его права и законные интересы, и по своей просьбе получить копии этих постановлений, в том числе копии постановлений об избрании меры пресечения, проведения следственных или других мер процессуального принуждения, привлечения в качестве обвиняемого, предъявлении обвинения, а также обвинительного акта, искового заявления.

Защитник вправе обжаловать действия и постановления дознавателя, следователя или прокурора; отказаться от какой-либо жалобы, за исключением жалобы на обвинительный приговор; от имени и по поручению подзащитного выступать при примирении подозреваемого или обвиняемого с потерпевшим, а также пользоваться другими правами, предусмотренными УПК (17, с. 94).

Право на защиту обеспечивается положениями об обязательном участии защитника в уголовном процессе и процедурой отказа от услуг защитника, согласно которой подобное решение подозреваемого или обвиняемого обязательно фиксируется в протоколе при наличии их письменного заявления, поданного добровольно и с участием адвоката, подлежащего назначению в качестве защитника, который также подписывает этот протокол. В случае, если задержанный отказывается от услуг защитника но не желает написать об этом заявления, факт отказа фиксируется протоколом, подписываемым адвокатом и работником места временного задержания (17, с. 97).

Право на выбор защитника заключается в том, что подозреваемый или обвиняемый по собственному усмотрению определяет адвоката, которому доверяет защиту своих интересов. Комитет по правам человека определил, что право на выбор защитника (право на защиту) было нарушено, когда суд ограничил право выбора лишь двумя назначенными адвокатами (12, с. 110).

Право на выбор защитника может быть ограничено, если адвокат нарушает профессиональную этику, является объектом уголовного преследования или отказывается выполнять процессуальные процедуры. Так,

Европейская комиссия не усмотрела нарушения Европейской конвенции в случае, когда адвокатам, выбранным подозреваемыми, было запрещено участвовать в защите, поскольку они подозревались в соучастии в тех же уголовных деяниях, что и задержанные (12, с. 110). Кроме того, подозреваемый или обвиняемый не располагает неограниченным правом выбора адвоката, когда расходы оплачивает государство (2, с. 11-14).

Согласно принципа 8 Основных принципов участия адвокатов, принципа 18 Свода принципов и правила 93 Единых минимальных правил, лицам, лишенным свободы, должны предоставляться достаточное время и условия для встреч и конфиденциального общения с их адвокатами лично, по телефону или в письменной форме. Подобные встречи или телефонные переговоры могут происходить в пределах видимости, но не слышимости других людей (10, с. 47, 54, 99).

Согласно принципа 6 Основных принципов участия адвокатов, когда интересы лица представляет назначенный адвокат, власти должны проследить за тем, чтобы он имел опыт и компетентность, соответствующие характеру преступления. Комитет по правам человека признал, что если назначенный адвокат работает неэффективно, власти должны заставить его выполнять свои обязанности надлежаще или сместить (7, с. 76).

Согласно общим комментариям Комитета по правам человека, адвокаты должны «иметь возможность давать советы и представлять своих клиентов в соответствии с установленными профессиональными нормами и своими суждениями без какого-либо ограничения, воздействия, давления или неподобающего вмешательства от кого бы то ни было». Согласно принципа 18 Основных принципов участия адвокатов, власти должны следить за тем, чтобы адвокаты не отождествлялись с их клиентами и делами клиентов из-за того, что они их защищают (10, с. 50).

Таким образом, система участия адвоката в досудебном уголовном судопроизводстве состоит из консультаций подзащитного, участия в процессуальных действиях, сбора доказательств, подачи с этой целью

ходатайств и обжалования действий и решений стороны обвинения и суда, затрагивающих права и интересы стороны защиты.

Рассмотрим элементы системы и попробуем определить, как они соотносятся между собой, с другими положениями закона и обеспечивают ли в целом декларированные цели и задачи.

Консультации подзащитного адвокатом состоят в разъяснении положений закона, оценке доказательств, разработке тактики поведения при производстве следственных действий, основным из которых является допрос. Перед допросом адвокат и подзащитный решают какого объема и вида информацию последний передаст следователю, а главное, должна ли она полностью или частично соответствовать действительности.

Согласно толковых словарей, под обманом, ложью понимается намеренное искажение и утаивание истины, неправда, ложное представление и т.п. (9, с. 282, 367, 378).

В ст. 15 УПК говорится, что в ходе уголовного преследования запрещается получать показания путем обмана и с применением других незаконных действий, нарушающих права допрашиваемых. Таким образом, законом обман отнесен к незаконным действиям. Однако, адвокат (защитник) уголовное преследование не осуществляет. Согласно ст. 38 УПК эта обязанность возложена на дознавателя, следователя и прокурора (17, с. 27).

Производство допроса и других следственных действий является прерогативой дознавателя, следователя и прокурора, а адвокат в них только участвует в форме подачи вопросов и возражений. Информация, переданная адвокатом при этом другим их участникам, не есть показания, поскольку согласно ст. 126.1. УПК, показаниями признаются устные и письменные сведения, полученные от подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетелей органом, осуществляющим уголовный процесс. Согласно ст. 7.0.5 УПК, органами, осуществляющими уголовный процесс, являются органы дознания, следствия, прокуратуры и суды, в производстве которых находится уголовное дело или иные материалы, связанные с уголовным преследованием (17, с. 7).

Таким образом, анализ процессуальной стороны проблемы позволяет утверждать, что процессуальных (законных) запретов обмана для адвоката не существует.

Согласно закону, подозреваемые и обвиняемые за дачу заведомо ложных показаний, исключая случаи заведомо ложного доноса, уголовной ответственности не несут (15, с. 249). В ряде случаев, содержание их показаний формируется с участием адвоката, который вольно или невольно должен принять участие в их корректировке. Этому предшествует определение общей позиции защиты, которая может варьироваться в следующих формах: а) полное отрицание; б) частичное признание и в) полное признание обвинения.

Речь именно о варьировании, поскольку на определенных этапах процесса полное отрицание обвинения может перейти в частичное признание; полное признание – в частичное или в полное отрицание и т.п. Соответственно этому будет меняться содержание показаний либо произойдет отказ от их дачи.

Согласно ст. 91.5.17 УПК обвиняемый имеет право признавать или не признавать себя виновным, т.е. сам определяет позицию защиты, однако адвокат в большинстве случаев принимает в этом непосредственное участие (17, с. 87).

Как правило, опытный адвокат не навязывает своего мнения подзащитному, а, проанализировав вместе с ним все «за» и «против» и, разъяснив в общих чертах возможные последствия, предлагает самому определиться с позицией защиты.

В случаях, когда формой защиты избирается отказ от дачи показаний, либо полное признание обвинения, все более и менее ясно. Сложнее обстоит дело при полном или частичном отрицании обвинения путем дачи показаний. В этих ситуациях адвокат может знать или не знать о вине подзащитного, верить или не верить в правдивость его показаний, однако в их формировании участвовать обязан, в противном случае от его услуг вполне обоснованно могут отказаться.

Потеря клиентуры и профессионального авторитета, опять-таки влекущего материальную несостоятельность, существенное, но не главное обстоятельство в споре о праве адвоката на ложь.

Представляется, что лишение адвоката средств криминалистической тактики, неотъемлемым элементом которой является обман, выхолащивает суть защиты. В юридической литературе справедливо отмечалось, что не было и нет в криминалистической тактике приема, рекомендации, комбинации и т.п., в основе которых не лежали бы обман и ложь. «История криминалистической тактики, особенно ее советский период, характеризуется безуспешными попытками найти моральное обоснование допустимости лжи и обмана, либо камуфлирующих синонимов, что в любом случае было обречено на провал, т.к. находилось в порочном круге взаимосвязанных иезуитских понятий и положений» (14, с. 94).

Вместе с тем, необходимо отметить, что как справедливо отметил М.С. Строгович, обман и ложь, преподнесенные в особо хитроумной форме, от этого не перестают быть таковыми, а становятся лишь более квалифицированными и аморальными (13, с. 20).

Резюмируя изложенное, можно утверждать, что криминалистическая тактика является составной частью защиты, а обман - составной частью криминалистической тактики. Пределы и формы его использования адвокатом зависят от его моральных качеств, применение которых позволит утверждать о тактических способностях, а не лживости и аморальности.

Произведенный анализ норм закона и практики показывает, что право адвоката участвовать в следственных или других процессуальных действиях, совершаемых с участием подозреваемого или обвиняемого, в УПК должным образом не регламентировано, а это исключает его надлежащее использование.

Так, в ст. 232.2 УПК «Допрос подозреваемого» говорится, что в случаях, предусмотренных ст. 92.3 УПК, следователь обязан заранее обеспечить участие защитника при допросе подозреваемого. Аналогичные положения содержат ст. 233 «Допрос обвиняемого», ст. 235 «Очная ставка», ст. 236 «Осмотр», ст. 239 «Опознавание лица», ст. 240 «Опознавание предметов», ст. 244 «Лица, присутствующие при проведении обыска или выемки», ст. 251 «Порядок наложения ареста на имущество» и др. (17, с. 239, 240, 242, 244, 248, 252, 259).

Однако, порядок извещения адвоката о предстоящем производстве следственного действия в УПК не оговорен. Как правило, адвокаты уведомляются письмом или по телефону, в ряде случаев посредством sms. Однако, письмо можно послать по почте, доставить в юрконсультацию к концу рабочего дня и передать для регистрации секретарю, что исключит своевременное участие адвоката в производстве следственного действия. По телефону можно поинтересоваться состоянием здоровья, а составить протокол об уведомлении адвоката, что также исключит осуществление последним своих прав (3, с.107).

В связи изложенным, представляется необходимым дополнить УПК положениями, регламентирующими порядок уведомления адвоката, а также изменить положения, касающиеся замены защитника.

Так, согласно ст. 92.15 УПК, « ... дознаватель, следователь или прокурор вправе требовать от руководителя адвокатской структуры соответствующей территории замены защитника другим адвокатом ... если избранный в качестве защитника адвокат в течение 6 часов после соответственно задержания или ареста подозреваемого либо обвиняемого не явился для встречи с этим лицом и если защитник в течение длительного времени (не более пяти дней в каждом случае) не является для участия в проведении следственных или других процессуальных действий, совершение которых предусмотрено уголовным процессом, а орган, осуществляющий уголовный процесс, не имеет больше возможности откладывать проведение этих действий» (17, с. 97).

Между тем, согласно ст. 232.1 УПК, допрос подозреваемого должен производиться немедленно после его задержания, а ждать пять дней адвоката для производства осмотра, обыска или другого следственного действия никто не будет (17, с. 239).

Основное же, с нашей точки зрения, заключается в том, что участие адвоката в следственных действиях сведено к пассивному наблюдению и праву требовать дополнений и поправок к протоколу, но не задавать вопросы допрашиваемым, опознающим, участникам проверки показаний на месте, следственного эксперимента и др.

Правда, в ст. 235.4 УПК говорится, что «... лица, приглашенные на очную ставку, могут участвовать в допросе, задавая друг другу вопросы с разрешения следователя» (17, с. 242), но это положение неконкретно, толкуется по разному, в связи с чем представляется необходимым оговорить в законе право адвоката задавать вопросы лицам, к допросам которых, в том числе на очной ставке, эксперименте и проверке показаний, он допущен. При этом необходимо оговорить, что на адвоката распространяются общие правила допроса, и тогда мы получим реальную, а не декларированную возможность участия защитника в сборе доказательств.

Пока же УПК содержит взаимоисключающие положения, согласно которым адвокат (защитник) имеет право осуществлять меры по собиранию доказательств (ст. 92.9.9 УПК); собирание доказательств осуществляется путем допроса, очной ставки, обыска, выемки, осмотра, экспертизы, предъявления к опознанию и других процессуальных действий, которые проводят дознаватель, следователь, прокурор и суд, но не адвокат (ст. 143.1 УПК); недопустимо принятие в виде доказательств сведений, документов и вещей, полученных при проведении следственных действий лицами, не имеющих права их осуществлять (ст. 125.2.5 УПК) (17, с. 93, 157, 144).

Основным структурным элементом системы участия адвоката в досудебном уголовном судопроизводстве является обжалование в порядке судебного надзора действий и решений стороны обвинения и суда, затрагивающих права и интересы стороны защиты.

Понятия «контроль» (проверка, а также наблюдение с целью проверки) и «надзор» (наблюдение с целью присмотра, проверки) (9, с. 251, 322) в русском языке имеют схожие значения, чем, очевидно, объясняется, что в разных изданиях Уголовно-процессуального кодекса (далее УПК) Азербайджанской Республики особое производство в форме судебного контроля (надзора) именуется по разному. Так, в УПК издательства «Юридическая литература» 2001 г., подготовленном под руководством руководителя рабочей группы по подготовке проекта УПК Э. Мамедова при ответственном за выпуск Э.М. Эфендиеве говорится о судебном контроле (18, с. 440), а в УПК того же

издательства за 2007 г. при том же ответственном за выпуск – о судебном надзоре (17, с. 437).

В УПК издательства «Ганун» за 2010 г. и всех других изданиях кодекса на азербайджанском языке, как и в официальном тексте, значится слово «nəzarət», означающее в правовых документах понятие «надзор», однако, несмотря на это, среди ученых единая точка зрения по данному вопросу не сложилась (16, с. 426).

Так, надзор или контроль и важно ли это в существующих реалиях? Представляется, что оба понятия означают равнозначные виды деятельности, осуществление которых предполагает наличие еще одной, параллельно проходящей деятельности, за которой и осуществляется в равных отрезках времени систематический надзор (контроль).

Отчасти, такой деятельностью можно считать досудебное уголовное производство, однако суд не осуществляет за ней постоянный надзор (контроль) на всех этапах прохождения, а лишь вмешивается при поступлении отдельных ходатайств, представлений и жалоб других участников процесса по отдельным вопросам судопроизводства.

Очевидно, понимая несостоятельность утверждений о делящемся во времени систематическом контроле (надзоре), российский законодатель отнес рассматриваемую судебную деятельность к процедурам рассмотрения жалоб и ходатайств (21, с. 56-58) и получения разрешения на производство следственных действий (ст. 165 УПК РФ) (21, с. 77), предварительно определив полномочия суда в этой части (ст. 29 УПК РФ) (21, с. 14-15), что представляется более верным как по сути, так и по содержанию.

Также, УПК Грузии относит данную деятельность к жалобам (глава 30). Часть 4 статьи 242 УПК Грузии, вызывающая «белую» зависть адвокатов многих стран, не дошедших в ознакомлении кодекса до ст. 243, гласит: «Жалоба может быть подана на любые действия или решения дознавателя, следователя или прокурора, которые, по мнению жалобщика, являются незаконными или необоснованными. Могут быть обжалованы: нарушения права обвиняемого на защиту и прав потерпевшего, иные нарушения закона в

ходе дознания и предварительного следствия, необоснованное отклонение ходатайств и отводов, отказ в удовлетворении требования о производстве следственных действий, нарушение процессуальных сроков, применение мер процессуального принуждения, использование недопустимых приемов расследования и недопустимых доказательств, отказ в возбуждении уголовного дела, приостановление производства по делу, прекращение дела, другие действия или решения следственных органов, ущемляющие права, свободы и законные интересы участников процесса» (20, с. 101-102).

Вместе с тем, согласно ст. 243 УПК Грузии, «... ограничивающие конституционные права и свободы человека решения (приказы, постановления) судьи, вынесенные им в связи с производством следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий в ходе дознания и предварительного следствия, а также в связи с заключением лица под стражу и применением в отношении него иных мер процессуального принуждения или их изменением, не обжалуются» (20, с. 102).

Согласно ст. 230 УПК Эстонии, «... в случае оспаривания действий следственного органа или прокуратуры, которыми нарушены права лица, и несогласия лица с постановлением Государственной прокуратуры, рассмотревшей жалобу, лицо вправе подать жалобу судье по предварительному следствию уездного суда, в районе деятельности которого вынесено оспоренное постановление или совершено оспоренное процессуальное действие» (22, с. 123).

Согласно ст. 136 УПК Эстонии, прокуратура и заключенный под стражу или его защитник могут обжаловать постановление о заключении под стражу, об отказе в заключении под стражу, о продлении срока содержания под стражей в порядке, установленном главой 15 УПК (Производство по разрешению жалобы на постановление) (22, с. 67).

Статья 137 УПК Эстонии предусматривает судебный контроль за обоснованностью заключения под стражу (22, с. 67).

Бесспорно, что включение в новый, вступивший в силу 01.09.2000 г. УПК Азербайджана раздела в части судебного надзора является фактором,

положительно влияющим на предназначенность уголовно-процессуального законодательства (ст. 1 УПК), осуществление задач и достижение целей уголовного судопроизводства.

Однако, анализ норм УПК, регулирующих осуществление судебного надзора, показывает, что и они несовершенны, противоречат друг другу, содержат коллизии, носят декларативный характер и т.п., что естественно для большинства нововведений, не апробированных практикой, но печально, поскольку мерилom истины в этом случае выступают судьбы людей.

Германский ученый профессор д-р Остин Баллер, принимавший активное участие в разработке первого комментария к новому УПК Азербайджана, в предисловии к изданию указал, что все научные разъяснения и критические замечания по нему имеют целью заставить закон работать и решать декларированные в нем задачи (4, с. 3-5).

Следуя совету известного ученого, попробуем выявить положения судебного надзора, препятствующие выполнению им задач уголовного судопроизводства при соблюдении его принципов и условий.

Согласно статье 442 УПК, судебный надзор осуществляет в рамках своих полномочий соответствующий суд первой инстанции по месту принудительного проведения следственных действий, применения меры процессуального принуждения или осуществления оперативно-розыскной меры.

В порядке осуществления судебного надзора судья единолично рассматривает:

- ходатайства и представления по принудительному проведению следственных действий, применению мер процессуального принуждения или осуществлению оперативно-розыскных мер, ограничивающих права на свободу, неприкосновенность жилья, личную неприкосновенность, сохранение личной тайны (в том числе тайны семейной жизни, корреспонденции, телефонных переговоров, почтово-телеграфных и иных сообщений), а равно государственную, профессиональную или коммерческую тайну;

- жалобы на процессуальные действия или постановления органа, осуществляющего уголовный процесс.

Вопросы, относящиеся к области судебного надзора, а равно порядок их реализации определяются статьями 443-454 УПК (17, с. 437-438).

Статья 449 УПК «Обжалование в суд процессуальных действий или постановлений органа, осуществляющего уголовный процесс» гласит, что в суд, осуществляющий судебный надзор, могут быть обжалованы процессуальные действия или постановления представителей органа уголовного процесса в связи с отказом в принятии заявления о преступлении (449.3.1); задержанием и содержанием под арестом (449.3.2); нарушением прав задержанного (449.3.3); применением пыток или иного жестокого обращения с лицом, содержащимся под стражей (449.3.4); отказом в возбуждении уголовного дела, приостановление производства по уголовному делу или прекращение дела производством (449.3.5); принудительным проведением следственного действия, применением меры процессуального принуждения или осуществлением оперативно-розыскной меры без постановления суда (449.3.6) и отстранением от уголовного процесса защитника обвиняемого (подозреваемого) (449.3.7) (17, с. 446-447).

При относительной ясности положений, указанных в ст. ст. 449.3.1, 449.3.3, 449.3.4, 449.3.5, 449.3.6 и 449.3.7 УПК, хотя и они содержат много каверзных вопросов, непонятно, что подразумевает законодатель под действиями и решениями в связи с задержанием, содержанием под арестом, входят сюда только организационно-административные проблемы или и процессуальные, имеются ли ввиду все права арестованного обвиняемого или лишь связанные с условиями содержания под стражей и т.п.

Если в ст. 449.3.2 УПК имеются в виду все права задержанных и арестованных, т.е. подозреваемых и обвиняемых, предусмотренные ст. ст. 90 и 91 УПК, то так следовало бы и написать, но к чему тогда ст. 449.3.3 УПК о нарушении прав задержанного?

В 2013 г. суд Сабаильского района г. Баку четырежды возвращал без рассмотрения жалобы защитника содержащегося под стражей обвиняемого

Дадашева на отказ следователя приобщить к делу доказательства, собранные адвокатом, мотивируя свое решение отсутствием в ст. 449.3 УПК соответствующих положений.

В тоже время, суд Наримановского района г. Баку столько же раз признавал законными аналогичные действия следователя, отказавшегося приобщить к делу материалы, представленные защитником арестованного Пиралиева.

Как видим, и среди судей, осуществляющих судебный надзор нет единого мнения по поводу содержания статьи 449 УПК, что естественно создает разброд в действиях и решениях пользователей закона.

Кстати, согласно ст. 451 УПК, по результатам проверки законности процессуальных действий или постановлений органа, осуществляющего уголовный процесс, судья выносит одно из двух постановлений: о признании обжалуемого действия или решения законным либо о признании его незаконным, подлежащим отмене (17, с. 448).

Следовательно, решения Сабаильского суда г. Баку о возврате жалоб заявителям являлись незаконными сразу по нескольким параметрам, но Бакинский апелляционный суд не обратил на подобные «мелочи» внимания.

Здесь же следует указать, что вследствие неконкретности норм закона многие судьи под решениями органа уголовного процесса понимают лишь письменные постановления, при отсутствии которых опять-таки отказываются рассматривать жалобы или признают решения следователей законными.

Так, тот же Наримановский суд г. Баку в одном случае оставил без рассмотрения жалобу арестованного Пиралиева на недопуск его защитника к процессу, а во втором случае – признал такие же действия следователя законными в связи с отсутствием письменного постановления (решения) об отстранении от процесса защитника обвиняемого Махмудова.

Подобных примеров, как и коллизий законодательства по рассматриваемому вопросу много, но и приведенных достаточно, чтобы утверждать, что участие адвоката в уголовном процессе и выполнение им своих функций по защите прав и интересов людей, законом не обеспечено.

Первым и действенным шагом для устранения подобного положения было бы предоставление стороне защите права обжаловать любые действия стороны обвинения и суда, которые, по мнению жалобщика, являются незаконными или необоснованными.

Библиография

1. Закон Азербайджанской Республики «Об адвокатах и адвокатской деятельности». Баку, Ганун, 2011.
2. Комментарий к «Европейской конвенции о защите прав человека». – Совет Европы, 2002.
3. Комментарий к парадоксам УПК Азербайджанской Республики. (Часть I) Под ред. Сулейманова Д.И. Сборник научных статей. Баку, Тефеккюр ИПЦ, 2004.
4. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Азербайджанской Республики. Под ред. И.Т. Зейналова и Д.И. Сулейманова. Ганун, Баку, 2004.
5. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под ред. В.В. Мозякова. М.: Экзамен XXI, 2002.
6. Конституция Азербайджанской Республики. Баку, Ганун, 2010.
7. Международные документы в области прав и свобод человека. – Госдепартамент США, 2002.
8. Насибов К.Р. Система участия адвоката при расследовании преступлений. «Юридические науки и образование». Тефеккюр, № 13, Баку, 2004, с. 71-83.
9. Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Русский язык, 1985.
10. Права человека и судопроизводство. Сборник международных документов. Варшава, ОБСЕ/БДИПЧ, 2001.
11. Раджабова Т.Ф. Участие защитника и законных представителей в обеспечении прав подозреваемого и обвиняемого. Наука и образование, № 2, Баку, 2003, с. 60-73.
12. Руководство по справедливому судопроизводству. М., Издательство «Права человека», 2003.

13. Строгович М.С., Зайцев Е.А., Киселев Я.С. Проблемы судебной этики. М., Наука, 1974.
14. Сулейманов Д.И., Ширалиева С.Д. Ложь и обман в криминалистике. Сборник научных статей Наука и образование, №7, Баку, 2004, с. 92-103.
15. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. Баку, Ганун, 2012.
16. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики (на азерб. языке). Баку, «Юридическая литература», 2011.
17. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики. Баку, Ганун, 2007.
18. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики. Баку, ЮЛ, 2001.
19. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской ССР. Баку, Азернешр, 1987.
20. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии. Изд-во и неофиц. перевод А.П. Горина, 2010.
21. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. М., Ось-89, 2009
22. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии. Таллинн, Vi-info, 2010.
23. Федеральный Закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». М., Юрлит, 2012.