

**Методические
рекомендации по ведению
защиты лица, в отношении
которого есть основания
предполагать, что он
является жертвой
нарушения прав человека**

INTERNATIONAL

FEDERATION FOR
HUMAN RIGHTS

МЕЖДУНАРОДНАЯ ХЕЛЬСИНКСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ
ЗА ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Сентябрь, 2004 год

Содержание

Введение.....	7
Что следует предпринять адвокату, когда заключено соглашение на защиту человека, который задержан	9
На что следует обратить внимание, изучая материалы дела	10
Неотложные действия адвоката, если есть основания полагать, что Ваш подзащитный подвергся незаконному применению физической силы и другим формам воздействия	10
Рекомендации по составлению жалобы на незаконность и необоснованность содержания под стражей	11
Пример последовательной борьбы защитника против незаконной, по его мнению, меры пресечения в виде содержания под стражей.....	13
Дальнейшие действия защиты по оспариванию законности и обоснованности содержания под стражей	17
Действия защитника при передаче дела в суд	18
Некоторые вопросы стратегии и тактики заявления ходатайств на первых этапах предварительного расследования	19
Экспертные заключения и консультативные мнения специалистов	23
Если ваш подзащитный иностранец или лицо, не владеющее языком судопроизводства:	27
— Как оспорить достоверность перевода.....	27
Если Вашему подзащитному угрожает выдача (экстрадиция) и есть основания полагать, что он станет в связи с этим жертвой нарушения прав человека	28
— Свидание с подзащитным	29

Методические рекомендации по ведению защиты лица, в отношении которого есть основания предполагать, что он является жертвой нарушения прав человека.
Издание первое. М.: Приложение к газете "Газета региональных правозащитных организаций", 2004 г.

Свидетельство № ПИ № 77-7092
Подписано в печать 12.10.04. Формат А5.
Отпечатано с готовых диапозитивов
в типографии "ИРМ-1"
Тираж 1000 экз. Заказ № 1 -04.

Брошюра издана проектом "Юридическая защита индивидуальных прав в Российской Федерации", который финансируется Европейским Союзом, как часть Программы сотрудничества ЕС и России (Тасис).

Авторы - Наталья Андреева, Елена Липцер, Анна Ставицкая.
Под общей редакцией Каринны Москаленко.

Взгляды и мнения, высказанные в этом документе, не обязательно отражают позицию Европейского Союза

© Международная Хельсинкская Федерация, 2004

— При выборе тактики защиты в делах об экстрадиции важным обстоятельством является гражданство лица, в отношении которого поступил запрос о выдаче	32
— При осуществлении защиты прав лица, в отношении которого поступил запрос о выдаче, одним из важнейших шагов, который может быть сделан адвокатом, является обжалование меры пресечения в виде заключения под стражу, если подобная мера была применена.....	38
— Следующим важным этапом при защите интересов лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, является обжалование решения Генеральной прокуратуры РФ о выдаче в суд, если такое решение было принято.....	40
Обращения в Европейский Суд по правам человека	42
Модельная жалоба о нарушениях п.1 "с" и п.3 статьи 5 Конвенции, которая была подана в Европейский Суд по правам человека до постановления приговора по делу.....	45

Введение

Данное издание рассчитано на адвокатов и правозащитников при ведении ими различных категорий дел, по которым есть основания предполагать нарушения фундаментальных прав.

Проект "Юридическая защита индивидуальных прав в Российской Федерации" финансируется Европейским Союзом, предпринято данное исследование в целях выработки стратегии и тактики защиты для выявления нарушений прав человека, оказания помощи как адвокатам и правозащитникам, так и самим задержанным, арестованным, обвиняемым.

При подготовке настоящего издания была создана группа "скорой адвокатской помощи", которая, вступая в дело на возможно более ранних стадиях, попыталась опробовать некоторые эффективные приемы и методы защиты прав человека, способы фиксации нарушений и на основании этого практического опыта разработала рекомендации по ведению защиты в условиях противостояния органам уголовного преследования.

В группу "скорой адвокатской помощи" (или "группу быстрого реагирования") вошли:

- **Каринна Москаленко** — руководитель группы, долгосрочный эксперт проекта;
- **Елена Липцер** — адвокат, краткосрочный эксперт;
- **Анна Ставицкая** — адвокат, краткосрочный эксперт.

Кроме того, были применены теоретические и практические разработки адвокатов Московской городской коллегии адвокатов Натальи Андреевой и Романа Карпинского.

С этой группой можно связаться ежедневно по телефонам 095 291 1074 или 095 291 62 33. В выходные дни срочные сообщения можно передать по телефону 095 291 62 33 (охрана).

Вниманию всех интересующихся вопросами практической защиты предлагается опыт использования норм нового Уголовного процессуального Кодекса Российской Федерации (УПК). Здесь даны рекомендации для осуществления неотложных действий по вступлению в процесс, использования норм Европейской Конвенции о защите прав человека и основ-

Методические рекомендации по ведению защиты

ных свобод (далее Европейская Конвенция, Конвенция) при написании процессуальных документов, приводятся примеры, иллюстрирующие творческий подход к защитительной деятельности.

Пособие охватывает лишь некоторые стороны многогранной деятельности по защите прав человека. По окончании проекта будет подготовлено новое издание, в которое будут внесены поправки, дополнения, новые находки с тем, чтобы происходило развитие прогрессивных методов защиты. Особое внимание предполагается уделить этическим вопросам защиты, в том числе коллизионной защиты.

Итак, начинаем наш обмен опытом.

Методические рекомендации по ведению защиты

Что следует предпринять адвокату, когда заключено соглашение на защиту человека, который задержан

В день заключения соглашения и выдачи ордера на ведение дела необходимо составить и вручить следователю ходатайство следующего содержания.

Следователю ОВД (ФИО)
Адвоката (ФИО)
Регистрационный №
Адрес, Телефон

В связи с тем, что со мной, адвокатом ..., 11.11.11 г. заключено соглашение на защиту Иванова Ивана Ивановича (ордер № от 11.11.11г.) прошу:

1. Допустить меня в качестве защитника к участию в деле с 11.11.11 г.
2. Обеспечить возможность встречи с моим подзащитным наедине без ограничения во времени.
3. Предоставить материалы дела для изучения.
4. С настоящего момента никаких следственных действий с подзащитным без моего участия не проводить. Заблаговременно извещать меня о дате и времени следственного действия по указанному телефону.
5. Отказ от защитника прошу оформить собственноручным заявлением Иванова И.И. в моем присутствии или в присутствии выбранного им защитника.

Приложение:

Ордер № от 11.11.11 г.

Подав ходатайство, необходимо на копии получить от следователя отметку о том, что он это ходатайство получил.

Если нет возможности вручить ходатайство следователю, рекомендуется вручить его начальнику следственного отдела или прокурору.

Настоятельно рекомендуем продублировать такое ходатайство по почте заказным отправлением с уведомлением о вручении.

На что следует обращать внимание, изучая материалы дела

1. Время возбуждения уголовного дела и принятия его к производству.
2. Время и обстоятельства задержания.
3. Если был личный досмотр, то отметить время, место, кем он проводился и присутствовали ли при этом понятые.

Во время ознакомления с материалами дела необходимо сделать как можно больше копий находящихся там документов.

Неотложные действия адвоката, если есть основания полагать, что Ваш подзащитный подвергся незаконному применению физической силы и другим формам воздействия

Если во время первой встречи с клиентом Вы увидите у него следы применения физической силы или он Вам рассказывает о том, что был избит сотрудниками милиции, необходимо немедленно заявить письменное ходатайство о проведении медицинского освидетельствования. После этого следует написать жалобу в прокуратуру с требованием возбудить уголовное дело в отношении лиц, применявших к Вашему подзащитному физическую силу. В жалобе необходимо указать, что такие действия милиционеров образуют состав нарушения ст. 3 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующей право не подвергаться пыткам и другому бесчеловечному обращению и наказанию.

В случае вынесения прокуратурой Постановления об отказе в возбуждении уголовного дела это Постановление следует обжаловать в вышестоящую прокуратуру и в суд, требуя непосредственного участия Вашего подзащитного в расследовании фактов применения пыток путем проведения опознания, очных ставок и опроса Вашего подзащитного.

Если все обращения не привели к возбуждению уголовного дела и наказанию виновных в применении незаконных методов ведения следствия, не дожидаясь вынесения решения по существу дела, Вы можете от име-

ни клиента подать жалобу в Европейский Суд по правам человека по факту нарушения в отношении него ст. 3 Европейской Конвенции.

Подробнее о жалобах в международноправовые органы будет написано в специальном разделе.

Рекомендации по составлению жалобы на незаконность и необоснованность содержания под стражей

В новом УПК РФ отсутствует норма, подобная статье 220.2 УПК РСФСР, которая бы непосредственно регламентировала порядок оспаривания законности и обоснованности содержания под стражей.

Однако такую возможность предоставляет статья 125 УПК РФ "Судебный порядок рассмотрения жалоб".

В отличие от порядка судебной проверки законности и обоснованности ареста, который был предусмотрен ст. 220.2 УПК РСФСР, ст. 125 УПК РФ предусматривает вынесение судом постановления не об отмене обжалуемого решения или действия, а о "признании его незаконным или необоснованным" и об обязанности соответствующих должностных лиц устранить "допущенное нарушение".

При направлении жалобы в суд лицо, подозреваемое в совершении преступления, в отношении которого обвинение ходатайствует перед судом об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, вправе заявлять возражения, мотивируя их как необоснованностью возбуждения уголовного дела по той или иной статье УК, которая не соответствует имевшему место в действительности деянию, так и необоснованностью надлежащими доказательствами выдвигаемых против него подозрений, так как необоснованное применение самой строгой меры пресечения, не соответствующей тяжести преступления, в котором подозревается лицо, а также его личности, грубо нарушает права и свободы человека и гражданина, нанося ущерб его репутации и причиняя ему нравственные и физические страдания. Необоснованное заключение под стражу наносит существенный ущерб праву на свободу и личную неприкосновенность,

которое гарантировано как Конституцией Российской Федерации, так и Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод.

Именно поэтому суд, решая вопрос об избрании этой меры пресечения, обязан на основании ч. 1 ст. 125 УПК РФ провести тщательную проверку не только обоснованности и достоверности подозрения в отношении лица в причастности к конкретному преступлению, но и достоверности юридической квалификации деяния, указанной в соответствующих постановлениях органов предварительного расследования и инкриминируемой данному лицу на момент представления материалов дела в суд.

После этого судье следует оценить совокупность данных, подтверждающих утверждение органов предварительного расследования о том, что лицо, подозреваемое в совершении преступления, намерено скрыться, продолжить преступную деятельность и воспрепятствовать производству по уголовному делу путем запугивания участников уголовного судопроизводства, уничтожением доказательств либо иным способом, а также данные, характеризующие личность.

Таким образом, при принятии решения о применении в отношении лица меры пресечения в виде заключения под стражу суд должен установить: — обоснованность и законность вынесения Постановления о возбуждении уголовного дела по конкретной статье УК;

— наличие в отношении определенного лица обоснованного подозрения в конкретном преступлении, которое может выражаться в том, что данное лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения, потерпевшие или очевидцы указали на него как на лицо, совершившее преступление, на нем или его одежде, при нем или в его жилище были обнаружены явные следы преступления или иные данные, дающие основания подозревать его в совершении конкретного преступления;

— что подозреваемое лицо намерено скрыться, продолжать преступную деятельность, воспрепятствовать производству по уголовному делу путем запугивания участников уголовного судопроизводства, уничтожения доказательств либо иным способом;

— что преступление, в котором подозревается лицо, предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет, при этом учтены данные о личности подозреваемого: его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и т.д.;

— что применение иной, более мягкой, меры пресечения невозможно по причине того, что подозреваемый или обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории РФ, его личность не установлена, им нарушена ранее избранная мера пресечения, он скрылся от органов предварительного расследования или суда.

В том случае, если суд все же признает необходимым применение меры пресечения в виде заключения под стражу, это постановление суда можно обжаловать в кассационном порядке.

Пример последовательной борьбы защитника против незаконной, по его мнению, меры пресечения в виде содержания под стражей

С. был задержан по подозрению в совершении преступления, предусмотренного ч.3 ст.228 УК РФ, был подвергнут пыткам со стороны сотрудников милиции с целью получения от него самоизобличающих показаний. Протокол задержания С. был оформлен лишь на следующий день, спустя 10 часов. Таганский межмуниципальный суд вынес Постановление об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

Наш эксперт (член Московской городской коллегии адвокатов), будучи дежурным адвокатом, был вызван следователем для проведения первого допроса. Адвокат установил обстоятельства незаконного содержания под стражей и факты побоев, немедленно зафиксировал это в тексте протокола следственного действия (в данном случае в протоколе допроса). Одновременно были заявлены ходатайства о допросе свидетелей-очевидцев задержания, проведении медицинского освидетельствования и т.п. Прокурор ходатайство следствия поддерживал перед судом. Адвокат составил мотивированное письменное ходатайство, прося суд отказать в аресте подозреваемого, мотивируя среди прочего выявленными фактами нарушений закона.

Когда же его адвокат заявил об этих фактах перед судом, решавшим вопрос об аресте С, и потребовал на этом основании освободить С. из-под стражи, судья не только не сделал этого, но даже не отразил в Постановлении заявления об избиениях и незаконном содержании под

стражей, отмеченные и защитой в ее письменном ходатайстве и описанные самим задержанным. Судья поступил так будто эти факты не доводились до сведения суда и, следовательно, объективно помогал милиции в сокрытии этих преступлений.

Адвокат обжаловал это Постановление в кассационном порядке, прося о его отмене как незаконного и необоснованного по следующим основаниям.

1. В Постановлении от 12 апреля 2003 г. суд не дал никакой правовой оценки доводам защиты о нарушении порядка задержания С. Фактическое задержание произошло около 23 часов 10 апреля 2003 г., что подтверждается материалами дела (например, в Рапорте об обнаружении признаков преступления, составленном сотрудником милиции Болдышевым С.О., указано время фактического задержания 23 часа 50 минут 10 апреля 2003 г.). Однако протокол задержания был оформлен лишь в 9 часов 20 минут 11 апреля 2003 г., то есть была нарушена ч.1 ст.92 УПК РФ.

Неоформленное в соответствии с нормами внутреннего закона лишение свободы С. образует нарушение статьи 5.1 (с) Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая содержит следующее положение:

"1. ...Никто не может быть лишен свободы иначе, как в следующих случаях и в порядке, предусмотренном законом:

...с) законное задержание или заключение под стражу лица, произведенное с тем, чтобы оно предстало перед компетентным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения".

2. На заседании суда первой инстанции 12 апреля 2003 г. защита заявляла о применении к С. пыток со стороны сотрудников милиции в период незаконного лишения свободы. Применение пыток подтверждается результатом медицинского освидетельствования, проведенного 12 апреля 2003 г. по ходатайству защиты (медицинская справка была приобщена к делу), — у С. были зафиксированы телесные повреждения. Факт применения пыток подтвердила и свидетель П., допрошенная по хода-

тайству защиты 12 апреля 2003 г. Протокол допроса свидетеля П. также был направлен в Таганский суд вместе с другими материалами дела.

3. Располагая всеми вышеуказанными материалами, суд первой инстанции тем не менее также не дал никакой оценки данным обстоятельствам и заявлениям защиты в Постановлении от 12 апреля 2003 г.

Между тем в данном случае С. является жертвой нарушения ст. 3 Европейской Конвенции "Запрещение пыток", которая содержит следующее положение:

"Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию".

С. был подвергнут пыткам в период незаконного лишения свободы. Суд первой инстанции, игнорируя факты милицейского произвола, фактически поощряет такие действия милиции, как избиения и незаконное (без надлежащего оформления) содержание лиц под арестом.

4. Согласно судебной практике Европейского суда по ст. 5 Европейской конвенции лишение лица свободы является законным лишь в том случае, если имеется "обоснованное подозрение" в совершении правонарушения. Наличие "обоснованного подозрения" является необходимым условием не только законности задержания, но и применения меры пресечения в виде заключения под стражу.

Суд указал в Постановлении от 12 апреля 2003 г.: "...следствие располагает сведениями, достаточными для подозрения С. в совершении преступления, предусмотренного п. "в" ч.3 ст.228 УК РФ". Далее суд указал: "Доводы защиты, касающиеся отсутствия в действиях С. состава преступления, на данной стадии уголовного процесса рассмотрению не подлежат". Таким образом, суд первой инстанции с одной стороны соглашается с мнением следствия о причастности С. к совершению преступления, предусмотренного ч.3 ст.228 УК РФ, то есть суд делает вывод о наличии обоснованного подозрения, с другой же стороны — отказывается рассмотреть и оценить доводы защиты, опровергающие наличие обоснованного подозрения.

5. В Постановлении от 12 апреля 2003 г. суд первой инстанции указал: "Суд учитывает, что С. подозревается в совершении тяжкого преступле-

ния, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от пяти до десяти лет, а также повышенную опасность преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, особенно с их сбытом.

Изложенное приводит судью к убеждению, что при избрании С. меры пресечения, не связанной с лишением свободы, он может скрыться от органов следствия и суда с целью уклонения от ответственности и продолжить заниматься преступной деятельностью".

Из этого можно видеть, что суд избрал в отношении С. меру пресечения в виде заключения под стражу на основании абстрактной, не подтвержденной материалами дела, вероятной возможности скрыться вследствие того, что он подозревается в тяжком преступлении, с целью избежать возможного наказания. Если согласиться с логикой обоснования и мотивирования принятого Таганским судом 12 апреля 2003 г. процессуального решения, то любое заключение под стражу лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении тяжкого преступления, будет законным и обоснованным, так как подобная абстрактная возможность "скрыться... с целью уклонения от ответственности" существует почти в каждом случае.

Таким образом, из мотивировочной части Постановления от 12 апреля 2003 г. следует, что мера пресечения избрана С. лишь на основании тяжести подозрений в отношении него.

Очевидно, однако, что применение к лицу меры пресечения в виде заключения под стражу лишь на основании тяжести подозрений противоречит как нормам внутреннего закона, так и положениям ст. 5.1 (с) Европейской Конвенции и означает по существу отсутствие законных оснований к применению ареста (решение Европейского Суда по делу).

Суд также безосновательно сделал вывод о том, что С. может "продолжить заниматься преступной деятельностью". С. ранее не судим, те действия, которые он совершил, не образуют состава преступления, предусмотренного ст. 228 УК РФ, — таким образом, подобный вывод суда не основан на материалах дела и данных о личности подозреваемого.

Невзирая на все приведенные убедительные доводы, подкрепленные документами, жалоба адвоката была отклонена.

Дальнейшие действия защиты по оспариванию законности и обоснованности содержания подзащитного под стражей

В дальнейшем остается возможность обжаловать в порядке ст. 125 УПК РФ постановления о продлении меры пресечения в виде заключения под стражу. В ходе проведения предварительного следствия по делу основания, которые суд счел достаточными для применения такой меры пресечения, могут перестать быть актуальными и для продления срока содержания под стражей может не остаться достаточных причин, о чем и следует ставить вопрос в жалобе в суд.

В решении по делу "Калашников против Российской Федерации" Европейский Суд по правам человека указал: "Убеждение в обоснованности подозрения, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является неперенным условием для законности длительного содержания под стражей, но по прошествии определенного периода времени оно перестает иметь решающее значение. Суд тогда должен установить, есть ли другие основания, представленные властями, оправдывающие длительность заключения..."

В соответствии со ст. 101 УПК РФ "Об избрании меры пресечения дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление, а суд — определение, содержащее указание на преступление, в котором подозревается или обвиняется лицо, и основания для избрания этой меры пресечения". При этом заключение под стражу и домашний арест избираются в состязательном порядке, когда одна сторона (обвинитель) ходатайствует о применении меры пресечения перед независимым арбитром — судом, а другая сторона (защита) вправе возражать и оспаривать обоснованность этой меры (ст. 108 УПК РФ).

Постановление и определение об избрании меры пресечения должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч. 4 ст. 7 УПК РФ).

В соответствии с п. 9 ст. 109 УПК РФ "срок содержания под стражей в период предварительного следствия исчисляется с момента заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу до направления прокурором уголовного дела в суд".

Действия защитника при передаче дела в суд

Что же происходит при передаче дела в суд после окончания предварительного расследования и утверждения прокурором обвинительного заключения?

Статья 227 УПК РФ регламентирует полномочия судьи по поступившему в суд уголовному делу. Среди решений, которые должен принять судья по поступившему в суд уголовному делу в соответствии с этой статьей, отсутствует решение о мере пресечения.

Однако в ст. 228 УПК РФ среди вопросов, подлежащих выяснению по поступившему в суд уголовному делу, судья должен выяснить в отношении каждого из обвиняемых "подлежит ли отмене или изменению избранная мера пресечения". То есть вопрос о применении меры пресечения должен быть разрешен, что подразумевает исследование вопроса о наличии оснований для оставления в виде меры пресечения содержание под стражей.

В ст. 231 УПК РФ сказано, что в постановлении о назначении судебного заседания разрешаются вопросы "о мере пресечения, за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу".

На практике в постановлении о назначении дела к слушанию в отношении обвиняемого, находящегося под стражей, содержится одна строчка "меру пресечения оставить прежней". При этом суд никак не мотивирует свое решение и не выносит отдельного постановления о применении в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу.

Уголовно-процессуальный закон не обязывает судью при поступлении дела в суд по существу решить вопрос о необходимости дальнейшего содержания под стражей обвиняемого.

Таким образом, по умолчанию считается, что обвиняемый должен продолжать содержаться под стражей после поступления дела в суд без обоснования такой необходимости. В ст. 255 УПК РФ содержится только ограничение на срок содержания под стражей после передачи дела в суд: "Если заключение под стражу избрано подсудимому в качестве меры пресечения, то срок содержания его под стражей со дня поступления уголовного дела в суд не может превышать 6 месяцев, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи".

Представляется, что после поступления дела в суд необходимо вновь решать вопрос о необходимости применения такой строгой меры пресечения, как содержание под стражей, поскольку оснований, которыми обосновывало необходимость применения такой меры пресечения обвинение во время проведения предварительного расследования, может быть недостаточно после передачи дела в суд.

Существующее формальное отношение к решению вопроса о дальнейшем содержании обвиняемого под стражей после поступления в суд является нарушением п. 1 ст. 5 Европейской Конвенции.

Некоторые вопросы стратегии и тактики заявления ходатайств на первых этапах предварительного расследования

С момента допуска к участию в деле защита имеет право на заявление ходатайств.

Статья 119 УПК РФ подробно регламентирует это право на следствии, наделяя защиту полномочиями по заявлению ходатайств о производстве процессуальных действий или принятия процессуальных решений для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, обеспечения прав и законных интересов заявившего ходатайство лица или представляемого им лица соответственно.

Ходатайства могут быть как письменными, так и устными. Письменные ходатайства приобщаются к делу. Устные заносятся в протокол следственного действия или судебного заседания.

Ходатайства заявляют дознавателю, следователю, прокурору либо в суд.

Статья 20 УПК РФ предоставляет защите право при отклонении ходатайства заявить его вновь.

Право адвоката по заявлению ходатайств тесно связано и вытекает из принципа состязательности сторон, предоставляющего защите равные с обвинением возможности для отстаивания своих позиций.

Адвокатская практика знает немало случаев, когда в удовлетворении объективно обоснованного ходатайства защиты следствие отказывает, прикрывая отказ одними и теми же формулировками:

"У следствия нет никаких оснований сомневаться в компетентности экспертов ЭКО (ЭКУ, ЭКЦ) МВД, которые предупреждаются перед проведением экспертизы об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, в связи с чем ходатайство защиты о проведении экспертизы в независимом экспертном учреждении подлежит отклонению";

"У следствия нет необходимости истребовать дополнительные документы, указанные защитой, т.к. вина N полностью подтверждается имеющимися в деле материалами".

При этом следствие стремится свести право защиты по заявлению ходатайств лишь к праву ходатайствовать перед следствием о приобщении к делу характеризующих материалов, в чем следствием, безусловно, не отказывается, ибо никоим образом не влияет на ход расследования.

В этих случаях защите следует подробно обосновывать свое ходатайство, указывая, для чего необходимо установление обстоятельств, о которых она ходатайствует. Ст. 159 УПК РФ четко говорит, что "защитнику... не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, о которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела". Указанная норма закона в равной степени относится и к судебному следствию, а ее несоблюдение влечет за собой отмену приговора.

Так, суд безмотивно отклонил ходатайство участвовавшего в деле Р. адвоката о допросе свидетеля по обстоятельствам дела В., показания которого могли повлиять на решение вопроса о виновности или невиновности Р. Вместе с тем из показаний Б. следовало, что Р. отказался от совершения кражи, при этом присутствовал В., также не пожелавший участвовать в совершении преступления. Приговор в отношении Р. был отменен, а дело направлено на новое судебное рассмотрение ввиду нарушения судом требований уголовно-процессуального закона о необходимости исследования существенных для дела доказательств*.

Новый УПК существенно расширил права защиты, предоставив ей, в частности, право по собиранию доказательств, отсутствующее в прежнем законодательстве. Это открыло перед адвокатами новые возможности, позволяющие им активно влиять на развитие дела. В соответствии с ч. 3 ст.86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства путем:

- получения предметов, документов и иных сведений;
- опроса лиц с их согласия;
- истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти и органов местного самоуправления..., которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Опрос лица может проводить как сам адвокат, так и частный детектив по поручению адвоката. Закон "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" от 11 марта 1992 г. предоставляет защите такое право.

Если адвокат обладает сведениями о существовании документа или предмета, являющегося доказательством, оправдывающим или смягчающим вину его подзащитного, он может сам представить следствию этот предмет или документ**. И только в случае невозможности самостоятельного получения этих доказательств — заявлять ходатайства о необходимости изъятия этих предметов.

Предоставление документов государственными и иными организациями в связи с запросом адвокатов ныне обязательно для этих организаций (ранее следственные изоляторы и учреждения здравоохранения зачас-

*Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы - Российская юстиция, № 8, 2002 г., с.32

**Бюллетень Верховного Суда РФ, № 5, 2000 г., с.18 - 19

Методические рекомендации по ведению защиты

тую игнорировали обращения адвокатов либо пересылали ответы на них органу, за которым числилось дело).

Адвокатам следует стремиться широко и оперативно использовать свое право на истребование этих документов. Заявление ходатайства следователю может привести к потере времени. Исключение составляет, пожалуй, лишь необходимость получить сведения, составляющие государственную тайну. В этой ситуации адвокату рекомендуется заявлять ходатайства об изъятии подобного документа в рамках следственного действия.

Таким образом, вместо заявления ходатайства следователю о допросе каких-либо свидетелей либо истребовании документов защите следует делать это самостоятельно, уже затем заявляя ходатайство о приобщении к материалам дела протоколов опроса лиц либо полученных по ее запросу документов.

Важной гарантией проверки обоснованности заявленного защитой ходатайства служит предусмотренная ч. 4 ст. 159 УПК РФ возможность обжалования постановления об отказе в его удовлетворении прокурору и в суд.

Защита может обжаловать данное постановление на любом этапе следствия, включая направление дела прокурору с обвинительным заключением. В случае удовлетворения жалобы в постановлении прокурора указываются принятые по жалобе меры, а при поступлении жалобы защиты на стадии утверждения обвинительного заключения дело может быть возвращено для производства дополнительного следствия, если оно было проведено неполно (ст.221 УПК РФ).

Указания прокурора по результатам проверки жалобы обязательны для следственных органов.

Предусмотренный ст. 125 УПК РФ судебный порядок рассмотрения жалоб, являясь новшеством в уголовно-процессуальном законодательстве, предоставляет защите право обжаловать непосредственно в суд любое постановление и решение, а также действие и бездействие следователя, причиняющие ущерб конституционным правам и свободам ее подзащитного. Практически это означает, что защита может обжаловать

Методические рекомендации по ведению защиты

в суд любое постановление об отказе в удовлетворении ее ходатайства, если оно нарушает вышеуказанные права.

Таким образом, защите при участии в деле на предварительном следствии следует:

- заявляя ходатайства, подробно обосновывать, на выяснение каких имеющих для дела обстоятельств направлено данное ходатайство, что может предотвратить отказ в его удовлетворении;
- учитывать, что вопрос об удовлетворении некоторых ходатайств судом, в частности, ходатайства о вызове свидетеля для установления алиби подсудимого, ставится в зависимости от того, были ли заявлены данные ходатайства в ходе предварительного расследования. В случае их заявления на следствии и отклонения они подлежат удовлетворению судом;
- самостоятельно собирать доказательства (опрашивать лиц, истребовать документы) и ходатайствовать об их приобщении к делу;
- прилагать к ходатайству документы и мнения специалистов, протоколы опроса лиц, на которые защита ссылается в своем ходатайстве;
- обжаловать отказы в удовлетворении ходатайств по линии суда и прокуратуры.

Экспертные заключения и консультативные мнения специалистов

В соответствии со ст. 195 УПК РФ, следователь, признав необходимым назначение судебной экспертизы, выносит об этом постановление в случаях, предусмотренных п.3 ч.2 ст.29 настоящего кодекса, возбуждает перед судом ходатайство. При этом ст. 198 УПК РФ содержит целый комплекс прав, предоставленных подозреваемому (обвиняемому), а также защитнику при назначении экспертизы. Но это в идеале. На практике же защите приходится сталкиваться с тем, что все эти положения носят лишь декларативный характер и в действительности следствием не соблюдаются.

Так, согласно п.1 ст. 198 УПК РФ, подозреваемый (обвиняемый) имеет право знакомиться с постановлением о назначении судеб-

ной экспертизы. Из этого пункта вытекают и другие права, в частности, право заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении. Однако следствие зачастую знакомит подозреваемого (обвиняемого), а также его защитника с данным постановлением непосредственно перед окончанием следствия, предъявляя его им вместе с заключением уже проведенной экспертизы. Очевидно, что все возможные ходатайства защиты, относительно данного экспертного заключения в этом случае будут отклонены следствием, нацеленным на скорейшее направление дела в суд. В лучшем варианте, когда следствие все-таки ознакомит подозреваемого (обвиняемого) и его защитника с данным постановлением до проведения экспертизы, в удовлетворении ходатайства защиты, в частности, о проведении экспертизы в независимом, не входящем в систему МВД либо конкретном, указанном защитой экспертном учреждении скорее всего будет отказано.

Сложившаяся следственно-судебная практика выработала клише этого отказа, которое можно сформулировать следующим образом: "ходатайство защиты не подлежит удовлетворению, т.к. у следствия нет никаких оснований сомневаться в компетентности экспертов Э1СО(ЭКЦ) МВД, которые предупреждаются перед проведением экспертизы об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения". Почему же столь устойчиво желание следствия провести экспертизу в своем ведомстве, несмотря на то, что закон дает право на проведение экспертизы в любом экспертном учреждении, а также на привлечение в качестве эксперта любого обладающего специальными познаниями в данной области лица, предварительно также предупредив экспертов об уголовной ответственности?!

Очевидно, ответ на этот вопрос кроется в заинтересованности в этом следствия и уверенности в том, что родное ведомство, защищая честь общего мундира, не подведет, а даст "нужное" следствию заключение, пусть даже и будучи предупрежденным об уголовной ответственности.

Статистика знает немало случаев, когда данные экспертные заключения опровергались защитой и назначались экспертизы повторные, имеющие выводы, диаметрально противоположные первоначальным.

Основанием для назначения подобных повторных экспертиз являлись консультативные мнения специалистов, полученные по запросу защиты.

Заключения повторных экспертиз, проведенных в независимом экспертном ведомстве, бывают подчас шокирующими.

Хотя в идеале предполагается, что все эксперты руководствуются общими методиками и ГОСТами, не раз приходилось сталкиваться с тем, что эксперты МВД проводят исследования неполно и делают недостаточно обоснованные выводы, а иной раз и составляют заведомо подложные экспертные заключения.

Для иллюстрации приведем некоторые примеры.

Так, у гр-на Т., обвиняемого по ст.224 ч.ч.1, 2 (в старой редакции) была изъята марихуана в количестве 8,8 г. Экспертиза ЭКУ ГУВД установила, что данное вещество является наркотическим.

В консультативном мнении, полученном по запросу защиты, был произведен анализ данного экспертного заключения и сделаны следующие выводы: экспертиза произведена неполно, не была проведена экспертиза на однородность вещества, что в данном случае было очень существенно, поскольку посторонние включения учитывались в качестве общего веса, заключение является методически слабо обоснованным, поскольку не подтверждено проведенными исследованиями и поэтому его нельзя считать достоверным.

На основании данного консультативного мнения была проведена повторная химическая экспертиза, полностью опровергшая заключение первоначальной.

Гр-н Г. был задержан органами милиции на Арбате при попытке продать в связи с возникшими у него материальными трудностями старинный пистолет (ст.218 ч.1 УК РФ в старой редакции, ныне — ст.222 ч. 1 УК РФ). Г. грозил только реальный срок лишения свободы в случае признания данного оружия огнестрельным, т.к. ему было предъявлено обвинение в период его условного осуждения по другому делу.

Согласно заключению эксперта ЭКО РУВД данный пистолет был признан огнестрельным оружием.

По запросу защиты в Российский Федеральный Центр Судебных экспертиз (независимое экспертное учреждение, входящее в структуру Минюста) было получено консультативное мнение, на основании которого суд назначил по делу повторную комиссионную баллистическую и искусствоведческую экспертизу.

Ее выводы были следующими: данное оружие не является огнестрельным, а представляет собой историческую ценность, кроме того, отсутствие копоти и, наоборот, наличие ржавчины в канале ствола свидетельствовало о том, что выстрелы из настоящего пистолета не производились, а отсутствие кремня — о том, что без комплектующей детали и не могли быть произведены. Таким образом, эксперт ЭКО РУВД, не проводя никаких исследований, признала данное оружие огнестрельным, составив заведомо подложное заключение.

Дело было прекращено производством за отсутствием состава преступления.

Эксперт ЭКО РУВД сразу после прекращения дела и опубликования сведений о нем в средствах массовой информации уволилась из органов по состоянию здоровья.

Таким образом, консультативные мнения, существенно отличаясь по статусу от экспертных заключений (в отличие от последних эксперты не предупреждаются об уголовной ответственности за составление заведомо подложного экспертного заключения), являются важнейшим основанием для назначения **повторной экспертизы, ибо подвергают сомнению обоснованность** данного заключения (ст.207 УПК РФ).

В данном случае инициатива получения консультативного мнения должна всецело принадлежать защите, ибо само **следствие (суд) не будет вдаваться в обсуждение вопроса о противоречивости и обоснованности** первоначального экспертного заключения.

В заявленном же защитой ходатайстве о назначении повторной экспертизы, основанном на собственных сомнениях в правильности

данного экспертного заключения, может быть резонно отказано следствием и судом **по мотивам** того, что защита **не является компетентной** в области, требующей **специальных** познаний.

Если Ваш подзащитный иностранец или лицо, не владеющее языком судопроизводства

Как оспорить достоверность перевода.

На первый взгляд представляется, что точность перевода, сделанного профессиональным переводчиком, не может вызвать никаких сомнений ни у следствия и суда, ни у адвоката.

Однако этот очевидный вопрос является не таким простым при его ближайшем рассмотрении.

В соответствии с ч. 2 ст. 169 УПК РФ "перед началом следственного действия, в котором участвует переводчик, следователь удостоверяется в его компетентности". На практике подтверждением данной компетентности является диплом соответствующего языкового ВУЗа. С точки зрения следствия и суда этот факт является исчерпывающим для признания переводчика компетентным в области языкознания.

Тем не менее наличие диплома не является единственным основанием для удостоверения компетентности переводчика.

Судебно-следственная практика знает немало случаев, когда дипломированные переводчики, нередко работающие в организациях, с которыми у суда имеются соответствующие договоры об обслуживании, дают не точный, а лишь приблизительный перевод, искажая юридические термины и зачастую сбиваясь с дословного перевода на пересказывание фабулы обвинения или описательной части приговора своими словами. Попробуем привести несколько примеров. Так, при рассмотрении в суде жалобы Р. на постановление следователя о применении ареста в качестве меры пресечения (ст. 125 УПК РФ) переводчик К. в процессе перевода хода судебного разбирательства, а впоследствии судебного постанов-

ления с русского языка на английский неправильно использовала юридические термины, в результате чего произошло существенное искажение смысла происходящего, а именно: обвиняемая именовалась осужденной, в ряде случаев она упоминалась в качестве подзащитной, в резолютивной части перевода утверждалось, что она была приговорена (хотя она являлась только обвиняемой на момент рассмотрения жалобы).

Данная недостоверность перевода была констатирована зав. кафедрой Московского Лингвистического Университета, что дало основание защите ставить вопрос перед кассационной инстанцией об отмене судебного постановления ввиду грубейшего нарушения права на защиту обвиняемой Р.

Хорошо, если защита владеет языком, на который переводится ход судебного разбирательства. А если нет?

Представляется, что важным критерием для определения компетентности переводчика в этом случае является субъективный фактор, а именно, понимает ли этого переводчика обвиняемый (подсудимый). Является также необходимым установление факта специализации переводчика именно на юридических (а не технических) текстах.

Если Вашему подзащитному угрожает выдача (экстрадиция) и есть основания полагать, что он станет в связи с этим жертвой нарушения прав человека

Этот раздел пособия посвящен специальной теме, но опыт адвоката, полученный при работе с делами данной категории, может оказаться весьма полезным в работе по любому делу, так основной метод действий адвоката в данном случае — последовательность, принципиальность, преданность адвокатскому долгу.

Международному сотрудничеству в сфере уголовного судопроизводства, в том числе и порядку выдачи лица по запросу иностранного государства, посвящена пятая часть Уголовно-процессуального кодекса РФ.

С точки зрения теоретического восприятия 5 часть УПК РФ не вызывает особой сложности. Однако легкость теоретического восприятия не всегда влечет за собой легкость применения теории на практике. Довольно часто приходится сталкиваться с тем обстоятельством, что практика базируется не на теории, а существует самостоятельно, вне теоретических основ.

К сожалению, 5 часть УПК РФ также не избежала участи пренебрежения теоретическими положениями при их практическом применении.

В связи с тем, что практика применения 5 части УПК РФ не согласуется с теорией, а, напротив, стремится с ней противоборствовать, адвокат при вступлении в дело, связанное с защитой интересов лиц, в отношении которых решается вопрос о выдаче, может столкнуться с трудностями, начиная с порядка предоставления свидания с подзащитным и заканчивая обжалованием принятого решения о выдаче.

Для того чтобы свести все возможные трудности до минимума, рекомендуем следующие варианты действий адвоката в делах по защите интересов лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче.

I. Свидание с подзащитным

При задержании лица в связи с запросом иностранного государства решается вопрос о его выдаче, в связи с чем оно нуждается в незамедлительной эффективной юридической помощи.

Однако оказать такую помощь возможно только при свидании с подзащитным, когда адвокат имеет возможность выяснить позицию подзащитного, выработать тактику защиты, определить круг дальнейших действий, решить вопрос о необходимости написания жалоб и ходатайств и др.

Таким образом, проблема свидания адвоката с лицом, в отношении которого поступил запрос о выдаче, очень важна.

Затяжка в решении этого вопроса может повлечь за собой необратимые последствия и нарушение прав, предусмотренных законом.

Сложность получения разрешения на свидание с лицом, в отношении которого поступил запрос иностранного государства, состоит в том, что и в этом вопросе практика вовсе не вытекает из теоретических основ. Из Постановления Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. № 14-П следует, что признано "не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 48 (часть 2) и 55 (часть 3), положение пункта 15 части второй статьи 16 Федерального закона "О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений", допускающее регулирование конституционного права на помощь адвоката (защитника) ведомственными нормативными актами, поскольку это положение — по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой, служит основанием неправомерных ограничений данного права, ставя реализацию возможности свиданий обвиняемого (подозреваемого) с адвокатом (защитником) в зависимость от наличия специального разрешения лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело",

Согласно ст. 18 Федерального Закона РФ от 15.07.95 г. " О содержании под стражей": " С момента задержания подозреваемым и обвиняемым предоставляются свидания с защитником наедине. Количество и продолжительность свиданий не ограничиваются. Свидания предоставляются: с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника — по предъявлении им ордера юридической консультации".

Кроме того, положения ст. 49 УПК РФ, определяя момент, с которого адвокат, имеющий ордер юридической консультации, вправе вступить в уголовное дело, не предполагают какого-либо особого — разрешительного — порядка такого вступления и, следовательно, не должны служить основанием для лица или органа, в производстве которого находится дело, принимать решения о разрешении защитнику участвовать в деле. Не могут они рассматриваться и как основание для введения разрешительного порядка реализации права адвоката иметь свидания с подозреваемым и обвиняемым, содержащимся под стражей. Иное понимание положений ст.49 УПК РФ вступает в противоречие с положениями ст. 48 (части 2) Конституции РФ, в силу которых — во взаимосвязи со ст. 46 ч.1,2, ст.49 ч.2, ст. 50 и ч.3 ст. 123 Конституции РФ — реализация закрепленного в ней права подозреваемого и обвиняемого пользо-

ся помощью адвоката, в том числе и иметь с ним свидания, не может находиться в зависимости от соответствующего разрешения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело.

Таким образом, из изложенного следует, что свидания с адвокатом, участвующим в деле, предоставляются по предъявлении им ордера юридической консультации.

Несмотря на перечисленные выше нормы, адвокат сталкивается с тем, что его не допускают на свидание с подзащитным без предъявления разрешения на свидание, выданного следователем или судом, в производстве которых находится уголовное дело.

При осуществлении защиты лица, в отношении которого решается вопрос о выдаче, сложность получения свидания адвокатом возрастает, поскольку в отношении такого лица не проводится ни предварительное расследование, ни судебное следствие на территории РФ, а значит, нет следователя или судьи, в производстве которых находится уголовное дело и которые могут выдать разрешение на свидание.

При таких обстоятельствах адвокат имеет возможность избрать два варианта действий.

1. В соответствии с п. 3 указаний Генеральной прокуратуры РФ от 23 июня 1998 г. № 42/35 "О порядке рассмотрения ходатайств других государств об экстрадиции" территориальные прокуроры разрешают допуск адвокатов к задержанным лицам при решении вопроса об экстрадиции. Руководствуясь этим указанием, адвокат может обратиться с ходатайством о предоставлении разрешения на свидание к территориальному прокурору. При этом необходимо настаивать на применении ст. 121 УПК РФ, согласно которой заявленные ходатайства подлежат рассмотрению непосредственно после заявления, а в случае невозможности немедленного принятия решения ходатайство должно быть разрешено не позднее трех суток с момента его заявления.

2. Из Постановления Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. № 14-П, ст.18 Федерального Закона РФ от 15.07.95 г. " О содержании под стражей", ст. 49 УПК РФ следует, что адвокат имеет право на свидание при предъявлении ордера юридической консультации.

Руководствуясь указанными нормами, адвокат может обратиться с ходатайством о предоставлении свидания к начальнику следственного изолятора. В ходатайстве следует изложить нормы, из которых вытекает право адвоката иметь свидание при предъявлении ордера юридической консультации, а также необходимость **незамедлительной юридической помощи**.

Одновременное применение обоих вариантов действий для осуществления права на свидание приведет к достижению более эффективного результата.

II. При выборе тактики защиты в делах об экстрадиции важным обстоятельством является гражданство лица, в отношении которого поступил запрос о выдаче

А. Лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства, имеет гражданство Российской Федерации.

В соответствии со ст. 462 УПК РФ решение о выдаче лица по запросу иностранного государства принимает Генеральный прокурор РФ или его заместитель.

В связи с указанной нормой адвокату в первую очередь следует обратиться с ходатайством в Генеральную прокуратуру РФ об отказе в выдаче лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства, обосновывая свое ходатайство тем, что лицо — гражданин РФ.

Одной из гарантий свободного использования российским гражданином прав и свобод является запрещение его высылки за пределы Российской Федерации или выдачи другому государству.

Эта гарантия предусмотрена ч. 1 ст. 61 Конституции РФ, которая гласит: "Гражданин Российской Федерации не может быть выслан за пределы Российской Федерации или выдан другому государству".

Таким образом, ч. 1 ст. 61 Конституции РФ носит императивный характер и, не предусматривая никакой альтернативы, запрещает выдачу российских граждан за пределы России по запросу иностранного государства.

Императивный характер также носит и п.1 ч.1 ст. 464 УПК РФ. Указанная статья УПК РФ полностью согласуется с Конституцией РФ и предусматривает, что **выдача лица не допускается, если лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, является гражданином Российской Федерации**.

Императивный характер носит и ст. 4 Закона РФ "О гражданстве" от 19 апреля 2002 г. В п. 5 ст. 4 Закона указано, что **гражданин Российской Федерации не может быть выслан за пределы Российской Федерации или выдан иностранному государству**.

Более того, при ратификации Европейской Конвенции о выдаче от 13 декабря 1957 г., подписанной от имени Российской Федерации в городе Страсбурге 7 ноября 1996 г., Россия усилила положения п.п. "а", п.1 ст. 6 Конвенции, который предусматривает право Договаривающейся Стороны отказать в выдаче своих граждан, сделав ряд оговорок, а именно: "Российская Федерация по подпункту "а" пункта 1 статьи 6 Конвенции заявляет, что согласно статье 61 (часть 1) Конституции Российской Федерации гражданин Российской Федерации не может быть выдан другому государству" (Федеральный закон РФ № 190-ФЗ "О ратификации Европейской конвенции о выдаче" от 25 октября 1999 г.).

Подобное положение предусмотрено и ст. 57 (ч.1 п. а) Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.), согласно которой "выдача не производится, если лицо, выдача которого требуется, является гражданином запрашиваемой Договаривающейся Стороны".

К настоящему времени указанную Конвенцию ратифицировали Беларусь, Казахстан, Россия, Туркменистан, Узбекистан. Данная Конвенция вступила в силу 24 марта 1994 г.

Из изложенного следует, что и нормы внутреннего законодательства России, и международные нормы направлены на защиту прав человека и гражданина и предусматривают отказ в выдаче гражданина своего государства, в частности гражданина РФ, по запросу иностранного государства.

Таким образом, из норм закона четко вытекает, что в Российской Федерации не допускается выдача граждан РФ по запросам иностранного государства.

Именно на указанные выше нормы и следует ссылаться адвокату в ходатайстве об отказе в выдаче лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства.

Б. Лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, имеет и гражданство РФ, и гражданство другого государства, т.е. имеет двойное гражданство.

В этом случае ходатайство в Генеральную прокуратуру РФ об отказе в выдаче необходимо дополнить нормами, регулирующими вопросы двойного гражданства.

В соответствии со ст. 62 Конституции РФ гражданин Российской Федерации может иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство) в соответствии с федеральным законом или международным договором Российской Федерации.

Кроме того, из положений ст. 6 Закона РФ "О гражданстве" следует, что гражданин Российской Федерации, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин Российской Федерации.

Таким образом, из норм российского законодательства однозначно вытекает, **что гражданин России, имеющий двойное гражданство, рассматривается исключительно как гражданин России.**

Более того, в соответствии с ч. 2 ст. 62 Конституции РФ: "Наличие у гражданина РФ гражданства иностранного государства не умаляет его прав и свобод".

При обосновании ходатайства, необходимо также обратить внимание и на положения, предусмотренные статьями 4 и 22 Закона "О гражданстве", согласно которым гражданин Российской Федерации не может быть лишен гражданства, а "решение о приобретении или прекращении гражданства Российской Федерации подлежит отмене, если будет уста-

новлено, что данное решение принималось на основании представленных заявителем подложных документов или заведомо ложных сведений. Факт использования подложных документов или сообщения заведомо ложных сведений устанавливается **в судебном порядке**".

Таким образом, лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче и имеющее двойное гражданство, является гражданином России и не может быть выдано, если оно:

- 1) приобрело гражданство РФ;
- 2) российское гражданство не прекращено;
- 3) не высказывалось намерение о прекращении гражданства РФ;
- 4) нет вступившего в законную силу решения суда о том, что лицо получило гражданство РФ с нарушением закона;
- 5) нет решения Президента РФ об отмене гражданства.

Согласно приведенным нормам гражданин РФ, имеющий также гражданство и другого государства, рассматривается в Российской Федерации только как гражданин России, со всеми вытекающими из этого правами и обязанностями, в том числе и правом не быть выданным по запросу иностранного государства.

В. Лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, не имеет гражданства Российской Федерации.

1. В соответствии со ст. 464 ч. 1 п. 2 УПК РФ выдача не допускается, если лицу, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, предоставлено убежище в Российской Федерации в связи с возможностью преследований в данном государстве по признаку расы, вероисповедования, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или по политическим убеждениям".

Таким образом, в соответствии с указанной нормой адвокату необходимо установить, имеет ли подзащитный, не являющийся гражданином России, статус беженца.

Методические рекомендации по ведению защиты

В том случае, если лицо имеет статус беженца, адвокат подает ходатайство об отказе в выдаче в Генеральную прокуратуру РФ и обосновывает ходатайство тем обстоятельством, что подзащитный беженец, а в соответствии со ст. 464 ч. 1 п. 2 УПК РФ выдача такого лица не допускается.

Необходимо также привести и нормы международного права, касающиеся невозможности выдачи лиц, имеющих статус беженцев, а именно статьи 32 и 33 Конвенции 1951 г. о статусе беженцев, согласно которым Договаривающиеся Стороны не будут высылать законно проживающих на их территории беженцев иначе, как по соображениям государственной безопасности и общественного порядка.

2. В том случае, если лицо, не являющееся гражданином России, не имеет статус беженца и в отношении него поступил запрос иностранного государства о выдаче, адвокату необходимо разъяснить подзащитному его право обратиться с ходатайством о признании его беженцем.

Порядок обращения с ходатайством о приобретении статуса беженца, содержание ходатайства, права лиц, приобретших статус беженцев, подробно изложены в Законе РФ "О беженцах" от 23 мая 1997 г.

Если лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, подало ходатайство о приобретении статуса беженца, адвокату необходимо обосновывать свое ходатайство об отказе в выдаче тем обстоятельством, что лицо может получить статус беженца. В соответствии с УПК РФ и нормами международного права выдача такого лица не допускается, в связи с чем до принятия решения о приобретении либо об отказе в приобретении статуса беженца лицо не может быть выдано по запросу иностранного государства.

3. В соответствии со ст. 3 ч. 2 Европейской Конвенции о выдаче (Страсбург 13 декабря 1957 г.) выдача не осуществляется, "если запрашиваемая Страна имеет достаточные основания считать, что запрос о выдаче в связи с обычным уголовным преступлением был подан с целью преследования или наказания лица в связи с его расой, религией, национальностью или политическими убеждениями, или что положению этого лица может быть нанесен ущерб по любой из этих причин".

Методические рекомендации по ведению защиты

Кроме того, в ст. 1 Закона РФ от 25 декабря 1999 г. "О ратификации Европейской Конвенции о выдаче, Дополнительного протокола и Второго дополнительного протокола к ней" указано, что "Российская Федерация в соответствии со ст. 1 Конвенции оставляет за собой право отказать в выдаче:

б) если имеются серьезные основания полагать, что лицо, в отношении которого поступил запрос о выдаче, было или будет подвергнуто в запрашиваемом государстве пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания, либо что этому лицу в процессе уголовного преследования не были или не будут обеспечены минимальные гарантии, предусмотренные в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и в статьях 2,3 и 4 Протокола № 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод;

в) исходя из соображения гуманности, когда имеются основания полагать, что выдача лица может повлечь для него серьезные осложнения по причине его преклонного возраста или состояния здоровья".

Таким образом, если лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче не имеет гражданства РФ и статуса беженца, адвокату необходимо в ходатайстве об отказе в выдаче привести доводы о том, что в случае выдачи лица оно будет подвергнуто пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания, что этому лицу в процессе уголовного преследования не будут обеспечены минимальные гарантии, предусмотренные в ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и в статьях 2, 3 и 4 Протокола №7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Есть необходимость привести доводы и о том, что запрос о выдаче был подан с целью преследования или наказания лица в связи с его расой, религией, национальностью или политическими убеждениями.

Статью 1 Закона РФ от 25 декабря 1999 г. "О ратификации Европейской конвенции о выдаче, Дополнительного протокола и Второго дополнительного протокола к ней" следует рекомендовать использовать и в случаях, когда имеется опасность выдачи российского гражданина.

Несмотря на то, что нормы и российского, и международного права запрещают выдачу своих граждан по запросу иностранного государства, к сожалению, на практике встречаются случаи нарушений этих норм и выдачи российских граждан. В связи с существованием такой опасности адвокату следует приводить в ходатайстве об отказе в выдаче как можно больше доводов, в том числе и доводы о наличии оснований, предусмотренных статьей 1 Закона РФ от 25 декабря 1999 г. "О ратификации Европейской конвенции о выдаче".

Во всех перечисленных случаях адвокат должен настаивать на рассмотрении ходатайства об отказе в выдаче в сроки, предусмотренные статьей 121 УПК РФ, так как нередко случаи, когда подобные ходатайства рассматривались уже после того, как выдача состоялась, а значит, доводы защиты не были учтены.

III. При осуществлении защиты прав лица, в отношении которого поступил запрос о выдаче, одним из важнейших шагов, который может быть сделан адвокатом, является обжалование меры пресечения в виде заключения под стражу, если подобная мера была применена.

Статья 466 ч. 1 УПК РФ предусматривает право Генерального прокурора РФ или его заместителя решить вопрос об избрании меры пресечения в отношении лица, по которому направлен запрос о выдаче, **для обеспечения возможности выдачи лица.**

Из данной нормы закона следует, что целью избрания меры пресечения в случае поступления запроса иностранного государства о выдаче является обеспечение возможности выдачи.

Иными словами, мера пресечения в указанных случаях может быть избрана только при положительном решении о выдаче.

Данный вывод подтверждается ст. 69 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.), согласно которой: "По получении требования о выдаче запрашиваемая Договаривающаяся Сторона немедленно принимает меры к розыску и взятию под стражу лица, выдача которого требуется, **за исключением случаев, когда выдача не может быть произведена**".

Таким образом, если лицо не может быть выдано по запросу иностранного государства в отношении него не может быть избрана мера пресечения в виде заключения под стражу для обеспечения возможности выдачи.

Иное толкование противоречит логике закона.

Выше были приведены доводы о том, что гражданин РФ ни при каких условиях не может быть выдан по запросу иностранного государства, а значит, в отношении него не может быть избрана мера пресечения для обеспечения возможности выдачи.

Подобное утверждение относится и к лицам, имеющим статус беженца. В остальных случаях при обосновании жалобы об отмене меры пресечения необходимо исходить из обстоятельств каждого конкретного дела.

При обосновании жалобы об отмене меры пресечения необходимо обратить внимание и на требования, указанные в ч. 2 ст. 466 УПК РФ, согласно которой Генеральный прокурор или его заместитель вправе избрать заключение под стражу в качестве меры пресечения без подтверждения этого решения судом РФ **в том случае, если к запросу о выдаче лица прилагается решение судебного органа иностранного государства о заключении лица под стражу.**

Из указанной нормы закона следует, что Генеральный прокурор РФ или его заместитель не вправе избрать лицу, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, в качестве меры пресечения заключение под стражу, если к запросу не приложено решение суда иностранного государства о заключении лица под стражу.

С жалобой на отмену меры пресечения в виде заключения под стражу следует обращаться в порядке статьи 125 УПК РФ.

В соответствии с этой статьей жалоба может быть подана на решения и действия прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам граждан.

В случае избрания меры пресечения в порядке статьи 466 УПК РФ решение о заключении под стражу принимает **прокурор**, а подобное решение, способно **причинить ущерб конституционным правам и свободам**, гарантированным ст.22 Конституции РФ. Именно при наличии таких обстоятельств и возникает право на обжалование в порядке ст. 125 УПК РФ.

Обжалование меры пресечения имеет важнейшее значение, так как независимо от результатов рассмотрения жалобы адвокат получает возможность ознакомиться с материалами, представленными прокуратурой в суд, для обоснования законности меры пресечения и доводами прокуратуры, изложенными в ходе судебного следствия.

Доступ адвоката к информации по делам об экстрадиции крайне затруднен, поэтому получение любой информации очень важно для выработки дальнейших действий.

IV. Следующим важным этапом при защите интересов лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, является обжалование решения Генеральной прокуратуры РФ о выдаче в суд, если такое решение было принято

1. В соответствии с ч. 1 ст. 463 УПК РФ: "Решение Генерального прокурора РФ или его заместителя о выдаче может быть обжаловано в верховный суд республики, краевой или областной суд, суд города федерального значения лицом, в отношении которого принято решение, или его защитником в течение 10 суток с момента получения уведомления".

В практике известны случаи, когда лицо было выдано без предоставления права обжалования. В связи с этим адвокату следует незамедлительно обратиться в суд с жалобой на решение о выдаче.

В жалобе на решение Генеральной прокуратуры РФ о выдаче адвокат может использовать доводы, изложенные в ходатайстве об отказе в выдаче, которое подавалось в Генеральную прокуратуру.

2. Если при решении вопроса о выдаче были нарушены нормы Европей-

ской Конвенции о защите прав и основных свобод, если было принято решение о выдаче лица государству, в котором повсеместно нарушаются права человека, а также есть все основания полагать, что лицо, в отношении которого принято решение о выдаче, будет подвергнуто пыткам в государстве, от которого поступил запрос о выдаче, адвокат может и должен применить международные механизмы.

В частности, в период обжалования решения о выдаче, адвокат может обратиться в Европейский Суд по правам человека с жалобой в порядке правил 39 и 40 Регламента Европейского суда с целью предотвратить выдачу.

Указанные статьи предусматривают меры быстрого реагирования Европейского Суда на поданную жалобу.

Подача жалобы в порядке правил 39 и 40 Регламента Европейского Суда оказывает действенную помощь при защите прав лица, в отношении которого принято решение о выдаче по запросу иностранного государства. Например, в отношении Г., несмотря на то, что он являлся гражданином РФ, было принято решение о выдаче, и он был выдан представителям иностранного государства практически незамедлительно после принятия решения о выдаче и без предоставления возможности обжалования.

Адвокат, в защиту интересов Г. подал жалобу в Европейский Суд в порядке правил 39 и 40 Регламента Европейского Суда. В течение двух недель, Европейский Суд направил запрос Правительству России. В результате вмешательства Европейского Суда решение Генеральной прокуратуры РФ о выдаче Г. было отменено Определением Московского городского суда.

Из изложенного следует, что эффективные и незамедлительные действия адвоката в делах по защите прав лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства, имеют важнейшее значение и приводят к отказу в принятии решения о выдаче либо к отмене такого решения, если оно состоялось.

Обращения в Европейский Суд по правам человека

Нарушения требований Европейской Конвенции позволяют жертве или его адвокату от имени жертвы обращаться в Европейский Суд по правам человека. При этом такому обращению должно предшествовать исчерпание средств правовой защиты внутри страны. Европейский Суд в решении по делу "Тумилович против России" установил, что последним эффективным средством правовой защиты в России является обращение в кассационную инстанцию. Предметом рассмотрения кассационной инстанции в целях исчерпания средств правовой защиты в РФ должны стать все нарушения Европейской Конвенции, допущенные в отношении жертвы, которые могут впоследствии стать и предметом рассмотрения Европейского Суда по правам человека.

Кроме того, п. 4 статьи 413 УПК РФ среди новых обстоятельств по делу, являющихся основанием для возобновления производства по делу, называет "установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела, связанное с ... иными нарушениями положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод". Вот почему необходимо как на предварительном следствии, так и в суде первой и кассационной инстанции указывать на все нарушения Конвенции, допущенные в отношении Вашего доверителя, который стал жертвой нарушения прав человека.

Таким образом, в том случае, если Ваш подзащитный стал жертвой нарушений прав человека, гарантированных Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, необходимо обо всех нарушениях заявить на всех стадиях процесса вплоть до кассационного рассмотрения дела. После вступления в силу решения суда необходимо в течение шести месяцев после вынесения такого решения направить жалобу в Европейский Суд по правам человека, которая будет содержать описание фактических обстоятельств дела, описание нарушений Европейской Конвенции. К жалобе необходимо приложить все судебные решения по делу, а также документы, которые подтверждают наличие тех нарушений, о которых Вы пишете в жалобе.

Кроме того, адвокат может обратиться в Европейский Суд по правам человека от имени своего подзащитного и до вступления в силу приговора суда в тех случаях, когда имело место нарушение статьи 3 или 5 Европейской Конвенции (существо которых было описано выше) и когда по нарушению этих статьей исчерпаны средства правовой защиты внутри страны. Что это значит?

В том случае, если Ваш подзащитный утверждает, что был избит сотрудниками милиции с целью получения у него самоизобличающих показаний, Вы подали заявление о возбуждении уголовного дела в отношении сотрудников милиции, Вам было отказано и Вы Постановление об отказе в возбуждении уголовного дела обжаловали в суд, не получив при этом никакого результата как в суде первой, так и второй инстанции (Постановление оставлено без изменения), Вы можете направить в Европейский Суд по правам человека жалобу от имени Вашего клиента о том, что в отношении него нарушена статья 3 Европейской Конвенции.

Эту жалобу необходимо подать в течение шести месяцев с момента вынесения решения судом кассационной инстанции.

К жалобе необходимо приложить:

- заявление от жертвы пыток с подробным описанием того, каким образом на него оказывалось давление;
- медицинские справки, если таковые имеются;
- результат медицинского освидетельствования, если Вам удалось добиться его проведения;
- Ваши жалобы в прокуратуру и в суд;
- все решения прокуратуры и суда, оставившие Ваши жалобы без удовлетворения.

В данном случае необходимо также заявить, что в отношении Вашего подзащитного имело место и нарушение статьи 13 Европейской Конвенции, так как в Российской Федерации отсутствуют эффективные средства защиты против пыток.

В том случае, если Вы считаете, что Ваш подзащитный незаконно и необоснованно содержится под стражей, Вы следователю или судье заявляли ходатайства об изменении ему меры пресечения, в которых обосновывали свою позицию о том, что Ваш клиент находится под стражей в

нарушение как российского законодательства, так и п. 1 статьи 5 Европейской Конвенции (о чем уже говорилось выше), и Вы обжаловали в суд, включая обжалование в кассационном порядке отказ в изменении меры пресечения, Вы можете направить в Европейский Суд по правам человека жалобу от имени Вашего клиента о том, что в отношении него нарушена статья 5(1) Европейской Конвенции.

Эту жалобу необходимо подать в течение шести месяцев с момента вынесения решения судом кассационной инстанции.

К жалобе необходимо приложить:

- Ваши ходатайства и жалобы об изменении меры пресечения;
- Решения судов первой и второй инстанций.

Нарушение п. 1 статьи 5 Конвенции имеет место, когда:

- Протокол задержания был оформлен спустя некоторое время после фактического задержания;
- В протоколе задержания отсутствуют основания для задержания, предусмотренные статьей 90 УПК РФ;
- В решении о применении меры пресечения в виде содержания под стражей отсутствуют основания, предусмотренные статьей 97 УПК РФ;
- В предусмотренный законом срок не продлен срок содержания лица под стражей;
- При передаче дела в суд, суд по существу не решил вопрос о применении меры пресечения, не указал основания, по которым лицо должно содержаться под стражей, предусмотренные статьей 97 УПК РФ, а ограничился одной фразой — меру пресечения оставить прежней;
- При отказе в ходатайстве об изменении меры пресечения суд не указал, на каких основаниях, предусмотренных законом, лицо должно продолжать содержаться под стражей.

Далее приводится модельная жалоба о нарушениях п. 1 "с" и п. 3 статьи 5 Европейской Конвенции, которая была подана в Европейский Суд по правам человека до постановления приговора по делу

В Европейский суд по правам человека

Уважаемые сотрудники секретариата,

Заявителем по данному делу является Иванов Иван Иванович, обвиняемый в совершении преступления, предусмотренного п. "а", "б" ч. 3 ст. 163 УК РФ (вымогательство, совершенное организованной группой, в целях получения имущества в крупном размере).

В настоящее время уголовное дело по обвинению Иванова И.И. находится в межмуниципальном суде г. Москвы. На 21 апреля 2003 г. назначено повторное предварительное слушание по делу.

Несмотря на то, что приговор по делу еще не постановлен, в отношении Иванова уже имело место нарушение статьи 5 Европейской Конвенции, гарантирующей право на свободу и личную неприкосновенность.

В отношении нарушения вышеуказанного права были исчерпаны все эффективные средства правовой защиты внутри страны, которые, однако, не привели к восстановлению нарушенного права.

Окончательное решение — Определение Московского городского суда от 13 марта 2003 г. (приложение 1).

Другие решения:

- Постановление о продлении срока содержания под стражей районного суда г. Москвы от 01 августа 2002 г.;
- Постановление о продлении срока содержания под стражей районного суда г. Москвы от 2 октября 2002 г.;
- Постановление судьи суда о назначении дела к слушанию от 11 декабря 2003 г. (приложение 2);

— Постановление судьи суда по результатам предварительного слушания от 24 декабря 2003 г. (приложение 3). **Фактические обстоятельства дела.**

1. 09 апреля 2001 г. в рамках расследуемого уголовного дела № 148007 в отношении Сидорова и брата Заявителя Иванова П.И. было вынесено постановление о привлечении Заявителя — Иванова Ивана Ивановича в качестве обвиняемого по п. "а", "б" ч. 3 ст. 163 УК РФ, которое ему предъявлено не было в связи с не установлением местопребывания обвиняемого.

18 апреля 2001 г. настоящее уголовное дело по обвинению Заявителя — Иванова было выделено в отдельное производство из уголовного дела № 148007 по обвинению Иванова и Сидорова, которое после утверждения обвинительного заключения прокурором г. Москвы направлено для рассмотрения в суд ЗАО г. Москвы.

22 мая 2002 г. Иванов И.И. был объявлен в розыск. Необходимо отметить, что Иванов И.И. не знал о том, что он привлечен в качестве обвиняемого и в это время проживал в загородном доме своей жены вместе с двумя несовершеннолетними детьми и ни от кого не скрывался. Таким образом, розыск был объявлен при отсутствии каких-либо оснований для этого, так как Иванов не получал повесток о необходимости явки к следователю, не расписывался в получении таких повесток, а, следовательно, и не скрывался от следствия.

01 июня 2001 г. в отношении Иванова была избрана мера пресечения — заключение под стражу (заочно).

07 апреля 2002 г. Иванов был задержан в доме, в котором он проживал со своей семьей, после чего в отношении него была реализована мера пресечения.

11 апреля 2002 г. Иванову было предъявлено обвинение в совершении преступления, предусмотренного п.п. "а", "б" ч. 3 ст. 163 УК РФ.

Таким образом, в отношении Иванова имело место нарушение п. 2 статьи 5 Европейской Конвенции, гарантирующего то, что "каждому арестованному незамедлительно сообщаются на понятном ему

языке причины его ареста и любое предъявляемое ему обвинение".

2. 06 июня срок содержания под стражей обвиняемого Иванова прокурором г. Москвы был продлен до 4 месяцев и 2 дней, то есть до 9 августа 2002 г.

01 августа районным судом г. Москвы срок содержания под стражей обвиняемого Иванова был продлен до 6 месяцев, то есть до 7 октября 2002 г.

В связи с тем, что окончить выполнение требований ст. 217 УПК РФ и направить уголовное дело прокурору для принятия решения в соответствии со ст. 221 УПК РФ до 7 октября 2002 г. следствию не удалось, следствие ходатайствовало перед межмуниципальным судом г. Москвы о продлении срока содержания обвиняемого Иванова под стражей по уголовному делу № 148007-А до 2 месяцев 2 дней, а всего на 8 месяцев 2 дня, то есть до 09 декабря 2002 г.

2 октября 2002 г. федеральный судья районного суда г. Москвы Хомякова Р.Н. вынесла Постановление о продлении срока содержания под стражей. В Постановлении сказано: "...Судья..., не находя оснований для изменения меры пресечения обвиняемого на более мягкую, чем содержание под стражей с учетом тяжести вмененного ему преступления и возможности последнего в случае изменения ему на более мягкую меру пресечения скрыться от следствия и суда, считает необходимым продлить срок содержания под стражей Иванова до 8 месяцев 2 суток, т.е. до 9 декабря 2002 г."

На л.д. 310 т. 2 уголовного дела имеется сообщение прокурора г. Москвы председателю суда от 25.11.02 г. о том, что в отношении обвиняемого Иванова избрана мера пресечения в виде содержания под стражей, а также о том, что Иванов в тот период времени содержался в Учреждении ИЗ-77-2 и с указанного числа был перечислен за судом.

Таким образом, мера пресечения, избранная в отношении Иванова органами следствия для обеспечения окончания предварительного расследования (которая впоследствии была санкционирована судом), **прекратила свое действие вместе с утверждением обвинительного за-**

ключения и передачей дела в суд 25 ноября 2002 г., а Иванов стал числиться за судом г. Москвы.

3. На л.д. 311 т. 2 уголовного дела находится Постановление федерального судьи Комаровой В.И. межмуниципального суда г.Москвы о назначении предварительного слушания от 11 декабря 2002 г., в котором **по существу вопрос о мере пресечения в отношении Иванова не был решен**. В Постановлении записано: *"Меру пресечения оставить — содержание под стражей"* (приложение 2).

Мера пресечения в виде содержания под стражей является самой строгой мерой пресечения, для применения которой необходимы достаточные основания. В постановлении о назначении дела к слушанию такие основания федеральным судьей Комаровой В.И. приведены не были.

8 ходе указанного предварительного слушания по уголовному делу по обвинению Иванова защитой было заявлено ходатайство, в котором указывалось на то, что мера пресечения, избранная судом в отношении Иванова, закончила свое действие после передачи дела в суд, и даже если предположить, что действие этой меры пресечения продолжалось до 9 декабря 2002 г., то с 10 декабря 2002 г. Иванов содержится под стражей незаконно, так как в постановлении о назначении дела к слушанию от 11 декабря 2002 г. применение меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении Иванова не было ничем мотивировано и обосновано. Отдельного постановления о применении меры пресечения вынесено не было. В связи с этим защита просила изменить Иванову меру пресечения на любую другую, не связанную с лишением свободы в связи с тем, что оснований для его содержания под стражей нет. Иванов имеет постоянное место жительства, до ареста работал, имеет на иждивении двоих несовершеннолетних детей, положительно характеризуется, имеет правительственные награды за несение службы в Афганистане (документы об этом имеются в материалах дела) (приложение 4).

В Постановлении судьи суда г. Москвы Комаровой от 24 декабря 2002 г. в вышеуказанном ходатайстве было отказано на том основании, что: *"Иванов обвиняется в совершении преступления, относящегося к категории преступлений особо тяжких, судом не исследованы в полной мере представленные доказательства, в связи с чем, в настоящей стадии процесса, суд не считает возможным изменять избранную ранее в отно-*

шении Иванову, меру пресечения в виде содержания под стражей" (приложение 3).

В Постановлении также сказано, что: *"При назначении по настоящему уголовному делу предварительное слушание суд выносил постановление и руководствовался при этом приложением №91 Приложения к УПК РФ, согласно которому не требуется приводить основания и мотивы оставления без изменения меры пресечения обвиняемому, суд также руководствуется при поступлении уголовного дела в суд и требованиями ч. 3 ст. 255 УПК РФ"*.

30.12.2002 г. защитой Иванова была подана жалоба в Московский городской суд с просьбой отменить Постановление суда как незаконное и необоснованное. Основным вопросом, поставленным в жалобе был вопрос о том, что Иванов незаконно и необоснованно содержится под стражей (приложение 5).

13 марта состоялось судебное заседание судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда. Жалоба защиты в части признания незаконности и необоснованности содержания Иванова под стражей была оставлена без удовлетворения (приложение 1).

В Определении судебной коллегии сказано: *"Судебная коллегия признает несостоятельными доводы кассационной жалобы об истечении срока содержания обвиняемого под стражей, нарушении прав Иванова на свободу и личную неприкосновенность, гарантированных ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, т.к. в соответствии с ч. 2 ст. 255 УПК РФ "если заключение под стражу избрано подсудимому в качестве меры пресечения, то срок его содержания под стражей со дня поступления уголовного дела в суд и до вынесения приговора не может превышать 6 месяцев...". В соответствии с ч. 3 ст. 255 УПК РФ, "суд, в производстве которого находится уголовное дело, по истечении 6 месяцев со дня поступления уголовного дела в суд вправе продлить срок содержания подсудимого под стражей...". То есть судебная коллегия утверждает, что при поступлении дела в суд вопрос о мере пресечения решаться вообще не должен и человек может содержаться под стражей 6 месяцев без обоснования необходимости его содержания под стражей.*

Далее в Определении записано: "Решая вопрос о мере пресечения, суд обоснованно указал в постановлении, что Иванов обвиняется в совершении особо тяжкого преступления и в то время, когда не исследованы доказательства, представленные обвинением и защитой, суд лишен возможности судить о квалификации или прекращении уголовного преследования в отношении обвиняемого, а потому не находит возможным изменить Иванову избранную ему ранее меру пресечения в виде заключения под стражу".

Таким образом, суд подтвердил, что, во-первых, для содержания Иванова под стражей достаточно того, что он обвиняется в совершении особо тяжкого преступления. Во-вторых, из этого утверждения Московского городского суда следует, что при поступлении дела в суд, суд вообще не должен решать вопрос об обоснованности содержания лица под стражей.

Такой вывод противоречит российскому закону, так как в ст. 97 УПК РФ приведены основания для применения меры пресечения, среди которых отсутствует "тяжесть предъявленного обвинения", кроме того, это утверждение противоречит принципу презумпции невиновности и предполагает, что если в отношении обвиняемого в ходе предварительного следствия была избрана мера пресечения в виде содержания под стражей, то он так и должен находиться под стражей, пока суд не решит, виновен ли он в совершении инкриминируемого ему деяния или нет.

В решении по делу "Калашников против России" Европейский Суд по правам человека указал **принципы, установленные в прецедентном праве Суда**.

Так, в п.114 решения записано:

"Суд повторяет, что вопрос являлся или нет период заключения обоснованным не может оцениваться абстрактно. Был ли этот период обоснованным для обвиняемого должно решаться в каждом деле в зависимости от конкретных обстоятельств. Продление заключения может быть оправдано в данном деле, только если были определенные элементы общественного интереса, которые, несмотря на презумпцию невиновности, превосходят принцип свободы личности, предусмотренный ст. 5 Кон-

венции (см. помимо прочего дело Kudla v. Poland (Кудла против Польши)). В первую очередь на национальных властях лежит обязательство обеспечить обвиняемому, чтобы предварительное следствие не превышало по сроку обоснованного и разумного периода. **К концу предварительного следствия они должны, уделяя должное внимание принципу презумпции невиновности, исследовать все факты за и против наличия указанного общественного интереса и положить их в основу решений по жалобам об освобождении из-под стражи.** Основываясь на причинах, приведенных властями в решениях по жалобам и достаточно хорошо доказанных документально утверждениях заявителя, суд призван решить вопрос, было ли нарушение п. 3 ст. 5.

Убеждение в обоснованности подозрения, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является неперенным условием для законности длительного содержания под стражей, но по прошествии определенного периода времени оно перестает иметь решающее значение. Суд тогда должен установить, **есть ли другие основания, представленные властями, оправдывающие длительность заключения.** Там, где такие основания являются надлежащими и существенными, суд также может быть удовлетворен тем, что национальные власти демонстрировали "особую осмотрительность, осторожность" в проведении следствия. Сложность и специфика следствия — это факторы, которые должны приниматься во внимание в этом отношении, (см., например, решение по делу Scott v. Spain (Скотт против Испании) от 18 декабря 1996 г. и И.А В. Франце от 23 сентября 1998г.)".

Несмотря на то, что в вышеприведенном фрагменте решения идет речь о нарушении п. 3 статьи 5 Конвенции, на основании вышеизложенного считая, что в отношении Иванова имеет место нарушение права, гарантированное п. 1 "с" ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Эта статья содержит исчерпывающий перечень оснований для задержания. Пункт 1 "с" этой статьи предусматривает "законное задержание или заключение под стражу лица, произведенное с тем, чтобы оно предстало перед компетентным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения".

Таким образом, в соответствии с вышеуказанной нормой необходимо каждый раз при принятии решения о заключении лица под стражу приводить основания необходимости заключения под стражу. Кроме того, основания для законного заключения под стражу лица перечислены в статье 97 УПК РФ. Ни одно из этих оснований не было указано ни в Постановлении от 24 декабря 2002 г., которым было отказано в удовлетворении ходатайства защиты об изменении меры пресечения Иванову, ни в Определении судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 13 марта 2003 г.

Тяжесть предъявленного обвинения не может быть основанием для применения меры пресечения в виде заключения под стражу, так как в соответствии с принципом презумпции невиновности лицо считается невиновным, пока его вина не будет доказана в соответствии с законом. По той же причине не может быть основанием для применения меры пресечения в виде заключения под стражу то обстоятельство, что судом не исследованы в полной мере предоставленные доказательства. Более того, данное уголовное дело было направлено судом прокурору в связи с тем, что обвинительное заключение составлено с нарушением УПК РФ именно потому, что следствием так и не было добыто доказательств вины Иванова и основу обвинения составляют ссылки на материалы уголовного дела в отношении брата Иванова, приговор в отношении которого не вступил в законную силу.

Кроме того, в Определении Московского городского суда судебная коллегия подтвердила, что суд не избирал Иванова меру пресечения, а лишь не изменил (то есть оставил прежней) меру пресечения, избранную ранее. При этом суд не разрешал вопрос о том, остались ли основания для содержания Иванова под стражей.

Таким образом, Иванов содержится под стражей незаконно с момента передачи дела в суд — 25 ноября 2002 г. (когда закончила свое действие мера пресечения, избранная для окончания предварительного расследования) до настоящего времени, ибо, как уже было сказано выше, суд, решая вопрос о назначении дела к слушанию и в ходе предварительного слушания по делу по существу так и не решил вопроса, на каких основаниях Иванов должен содержаться под стражей во время рассмотрения дела по его обвинению в суде.

Эта ситуация во многом повторяет ситуацию, оцененную Европейским Судом в решении по делу *Baranowski v. Poland* (Барановски против Польши) (неофициальный перевод):

"Практика содержания человека в местах заключения на основе одного лишь предъявления обвинения в суде не была основана на конкретном законодательном постановлении или на прецедентом деле, а ... исходила из того, что ... в уголовном праве ... не хватало четких и ясных правил, регулирующих положение задержанного в ходе судебного рассмотрения — после того как истек срок его задержания, зафиксированный в последнем постановлении, принятом на стадии расследования" (абзац 54).

В решении по делу Барановски против Польши Европейский Суд далее указал (неофициальный перевод):

"56. Суд считает, что, в связи с пробелом в законодательстве получила развитие практика, в соответствии с которой человек может быть задержан на неопределенное и непредсказуемое время без какого-либо конкретного правового постановления либо судебного решения, являющегося основой его задержания. Эта практика, как таковая, противоречит принципу правовой определенности, который предполагается Конвенцией, и является одним из основных элементов правового государства" (абзац 56).

В отношении Иванова также имеет место нарушение **п. 3 ст. 5 Европейской Конвенции**, гарантирующей каждому задержанному или заключенному под стражу право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. При этом освобождение может быть обусловлено предоставлением гарантий явки в суд, о чем и просила защита Иванова, заявляя ходатайство об изменении меры пресечения на любую, не связанную с лишением свободы, в том числе и залог.

Иванов содержится под стражей год. Сроки предварительного расследования неоднократно продлевались.

В суд дело было передано в ноябре 2002 г., то есть 5 месяцев назад. Слушание дела по существу еще не началось.

Рассмотрение данного дела в кассационной инстанции после проведения предварительного слушания было инициировано стороной обвинения, так как прокуратурой 26.12.2002 г. по делу было внесено представление с просьбой отменить решение суда о направлении материалов уголовного дела прокурору для исправления ошибок в обвинительном заключении (приложение 6), защита подала жалобу в части незаконности и необоснованности содержания Иванова под стражей позже. Рассмотрение дела в кассационной инстанции не назначалось 2 месяца. Иванов все это время содержался под стражей и продолжает содержаться до настоящего момента.

Данное обращение следует зарегистрировать от имени Иванова как предварительное, так как пока дело в отношении Иванова будет рассмотрено судом по существу может быть пропущен шестимесячный срок после рассмотрения жалобы на нарушение в отношении Иванова статьи 5 Европейской Конвенции судебной коллегией Московского городского суда.

Формуляр жалобы будет направлен в Европейский Суд по правам человека после вступления в силу приговора в отношении Иванова и будет содержать как описание нарушений ст. 5 Европейской Конвенции, так и возможные нарушения ст. 6 Конвенции.

Справка о Программе сотрудничества:

"Программа сотрудничества ЕС и России (бывш. Тасис) является инструментом практической реализации Соглашения о партнерстве и сотрудничестве (СПС), которое было подписано между Россией и ЕС в июне 1994 года. В рамках Программы осуществляется обмен опытом между Россией и странами-членами Евросоюза по широчайшему спектру направлений, которые имеют огромное значение для обеих сторон, включая развитие малых и средних предприятий, финансы, реформу самоуправления, ядерную безопасность и многие другие. Программа сотрудничества в настоящее время включает более 250 проектов и является крупнейшей на территории СНГ. В реализации проектов участвуют в равной степени как европейские, так и российские эксперты. С 1991 года было успешно реализовано более 1700 проектов на сумму около 2,6 млрд евро".

Контактные данные

125009 Москва, Малый Кисловский пер., д.7, стр.1, оф. 21.
Тел. +7 095 974 75 45 Тел/факс
+7 095 291 70 11
Электронная почта: zaprava@zaprava.ru
Интернет: www.zaprava.ru