

АССОЦИАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЦЕНТР

**Теория и практика
уголовного права и уголовного процесса**

Ю.К. Якимович

**УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО
ПРОЦЕССА**



Санкт-Петербург
Издательство «Юридический центр»
2015

УДК 343.1
ББК 67.411
Я45

**Редакционная коллегия серии
“Теория и практика уголовного права и уголовного процесса”**

*В.С. Комиссаров (отв. ред.), А.И. Коробеев (отв. ред.),
В.П. Васильев, Ю.П. Волков, Л.Н. Вишневская, М.Х. Гельдибаев, Ю.В. Голик,
И.Э. Звечаровский, В.П. Коняхин, Л.Л. Кругликов, Н.И. Мацнев, С.В. Милуков,
М.Г. Миненок, А.Н. Попов, А.П. Стуканов, А.В. Федоров, А.А. Эксархопуло*

Рецензенты

Азаров В.А., докт. юрид. наук, профессор, заслуженный юрист РФ,
заведующий кафедрой уголовного процесса
Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского
Бибило В.Н., докт. юрид. наук, профессор кафедры уголовного процесса
Белорусского государственного университета
Стойко Н.Г., докт. юрид. наук, профессор кафедры
уголовного процесса СПбГУ

Ю.К. Якимович

Я45 Участники уголовного процесса. — СПб.: Издательство «Юриди-
ческий центр», 2015. — 176 с.
ISBN 978-5-94201-708-8

В монографии рассматриваются вопросы разграничения понятий «участник уголовного процесса» и «субъект уголовно-процессуальной деятельности». Подробно исследуются проблемы суда как основного участника уголовного судопроизводства. Рассматриваются функции, процессуальное положение прокурора, органов предварительного расследования, потерпевшего и частного обвинителя, обвиняемого и подозреваемого. Особое место отводится проблеме участия в уголовном судопроизводстве адвоката и защитника.

УДК 343.1
ББК 67.411

ISBN 978-5-94201-708-8

© Ю. К. Якимович, 2015
© Издательство «Юридический
центр», 2015

СОДЕРЖАНИЕ

Вместо предисловия	4
Глава 1. Участники уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуальной деятельности	7
Глава 2. Суд и прокурор	20
§ 2.1 Суд как участник уголовного процесса	—
§ 2.2 Прокурор	41
Глава 3. Органы предварительного расследования	59
§ 3.1 Функции дознавателя и следователя. Преодоление разобщенности органов предварительного расследования.	—
§ 3.2 Орган дознания	69
§ 3.3 Следователь и руководитель следственного органа	76
Глава 4. Потерпевший, частный обвинитель, подозреваемый и обвиняемый	87
§ 4.1 Потерпевший	—
§ 4.2 Частный обвинитель	105
§ 4.3 Подозреваемый и обвиняемый	112
Глава 5. Защитник	130
§ 5.1 Адвокат и защитник в уголовном процессе	—
§ 5.2 Участие защитника в уголовном судопроизводстве	138
§ 5.3 Взаимоотношения защитника с подзащитным и другими участниками процесса. Параллельные линии защиты	151
Заключение	166

ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ

Еще в декабре 2014 г. я и не думал писать эту работу. Я писал учебное пособие «Рассмотрение уголовных дел судом первой инстанции в обычном порядке». И вдруг (я понимаю, что мне должно быть стыдно за то, что не успеваю уследить за всеми изменениями УПК РФ) обнаруживаю, что вновь достаточно внезапно и без всякой логики изменилась подсудность уголовных дел и некоторые несовершеннолетние обвиняемые лишились права рассмотрения их дел судом присяжных.

Хаотичные, непоследовательные, противоречивые, конъюнктурные, частые изменения уголовно-процессуального законодательства (равно как и уголовного) уже не просто удручают, раздражают и правоприменителя, и ученых, но и хотелось бы еще добавить из нормативной лексики несколько слов, но не буду. А все потому, что как и при кулуарной разработке проекта УПК, так и сегодня не выработаны концептуальные основы построения уголовно-процессуального законодательства. Хотели сделать как в США, но не получилось убрать досудебное производство. Тогда пошли по пути «сращивания»: часть из американского, немного из немецкого, совсем немного из французского законодательства и получился УПК РФ.

Но нельзя совместить мало или вовсе несовместимое. И получилось у нас, что прокурор — и орган уголовного преследования, и обвинитель (участник со стороны обвинения) и в то же время орган надзора за соблюдением закона при осуществлении уголовного преследования. Дознаватель, следователь также участники со стороны обвинения. Но тогда разве вправе мы требовать от них объективности и всесторонности? И кто им противостоит в так называемом состязании? Защитник, адвокат? Так нет у него прав, чтобы на равных состязаться с должностным лицом органа предварительного

расследования. И перед кем они состязаются? Перед прокурором, который не может быть объективен, поскольку он включен в число участников со стороны обвинения. Предварительное расследование осуществляют у нас следователи четырех ведомств и еще дознаватели в более десятка других.

При отсутствии единого координатора (каким был прокурор до 2007 г.), ни о каком единстве политики в области расследования преступлений не приходится и мечтать. Каждое ведомство создает свои инструкции, которыми и руководствуются расследователи, игнорируя УПК РФ. Например, запретили органам дознания, вопреки требованиями ч. 3 ст. 40, 146, 157 УПК РФ при обнаружении признаков преступления возбуждать уголовные дела и производить по ним неотложные следственные действия. И получили мы три «расследования»: сначала оперативная проверка и составление рапорта (а это тоже время, трудозатраты и т. д.), затем, так называемая «досудебная проверка» и наконец само расследование. А почему бы оперативному сотруднику, как представителю органа дознания, при обнаружении им признаков преступления, самому не возбуждать уголовные дела, провести необходимые следственные действия и передать в орган расследования не материалы с рапортом, а уже уголовное дело. Ведь именно так требует поступать Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации.

А возможно ли, и какое именно, состязание в производстве с сокращенной формой дознания? В этом производстве лицо признается виновным в совершении преступления без следствия и суда. Может это и есть реализованная модель американского судопроизводства?

Немного о суде. Мало того, что Конституционный суд, подменяет законодателя, создает новые процессуальные нормы, с его подачи УПК РФ обязывает суд возвращать дела для производства предварительного расследования в целях ухудшения положения обвиняемого. Значит суд осуществляет уголовное преследование и не является уже «независимым арбитром» в споре сторон. К сожалению, от смешанного процесса мы все больше переходим к инквизиционному. Достаточно сказать, что в обычном порядке, с проведением судебного следствия ныне рассматривается не более 70 процентов уголовных дел.

Когда я писал эту работу, я исходил из положения, что, несмотря на все старания, доказать обратное, современные российский уго-

ловный процесс относится не к англо-американской, а к европейской системе права. А поэтому он является, если не обвинительным, то, во всяком случае, смешанным и досудебной части вовсе не состязательным, а розыскным.

Я уважаю мнение сторонников чистой состязательности, но ведь и они прекрасно понимают, что в действительности никакой состязательности в досудебном производстве нет. Поэтому им, во-первых, необходимо доказать, что состязательный процесс лучше розыскного и, во-вторых, разработать конкретные предложения по преобразованию нашего современного процесса из розыскного в состязательный. И в-третьих, представить свои конкретные предложения для обсуждения.

Благодарю всех, кто прочитает мою работу и отзовется на нее. Причем, никогда не обижусь за критические замечания, а, напротив, учту их.

Глава 1

УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И СУБЪЕКТЫ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

УПК РФ действует уже не один год. Еще до введения его в действие и в последующие годы в УПК была внесена не одна сотня изменений. Можно сказать, что это уже далеко не тот Кодекс, каким он был принят. Между тем в нём ещё много недостатков, как принципиального характера, так и применительно к регулированию частных вопросов. Сказанное в полной мере относится к разделу II УПК РФ «Участники уголовного судопроизводства».

Все участники уголовного процесса разбиты в УПК РФ на 4 группы: суд; участники со стороны обвинения; участники со стороны защиты; иные участники.

При этом в главе 5 «Суд» не только определяется понятие суда (как это сделано в других главах относительно других участников), но и решаются вопросы судебных составов, подсудности уголовных дел, то есть те, регулирование которых должно быть отнесено к особенной части УПК. Но, впрочем, это частная проблема юридической техники. Принципиальные же недостатки этой классификации участников заключены в следующем:

1. Принципу состязательности¹ в УПК РФ придано глобаль-

¹ *Божьев В.* К вопросу о состязательности в российском уголовном процессе // Уголовное право. 2001. №1. С. 51–67 ; *Долгушин А.В.* Развитие процессуальных условий реализации принципа состязательности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Юрид. ин-т МВД России. М., 1995. 176 с.; *Кириллова Н.П.* Состязательность судеб-

ное значение. Состязательность становится не просто принципом, а «сверх принципом», подчиняющим иные общепризнанные начала уголовного судопроизводства. Отсюда следователь, дознаватель, а также прокурор, осуществляющий надзор за их деятельностью, отнесены к участникам со стороны обвинения. Тем самым поставлен крест на объективном полном и всестороннем расследовании. Если раньше, когда официально в УПК был закреплён принцип объективности, полноты и всесторонности предварительного расследования, следователей «ругали» за обвинительный уклон, то теперь претензии к органам предварительного расследования за предвзятость, необъективность предъявлять нельзя. Ведь не требуем же мы от защитника объективности. Значит, и следователь, как участник со стороны обвинения, также, по замыслу авторов УПК, не должен быть объективным, не обязан полно и всесторонне расследовать уголовное дело, не обязан истребовать положительные характеристики на обвиняемого и т. д. и т. п. Таким положением озабочены многие учёные, как, впрочем, и многие практические работники.

В этой связи нельзя не согласиться со справедливым замечанием известного учёного В.А. Азарова, когда он пишет: «Необходимость отнесения следователя к стороне обвинения вызвана поспешным и не вполне продуманным по форме закреплением в ч. 2 ст. 15 УПК РФ принципа состязательности, установка на упрочнение которого была заложена в Концепции судебной реформы в Российской Федерации... следователь традиционно осуществляет не только (и даже не столько) уголовное преследование, а исследование всех обстоятельств дела всесторонне, полно и объективно»¹.

Я полностью согласен и поддерживаю тех авторов, которые считают, что дознаватель, следователь должны выполнять функцию не обвинения, а всестороннего, полного, объективного расследования².

ного разбирательства и установление истины по уголовному делу // Правоведение. 2008. № 1. С. 93–100; *Смирнов А.В.* Состязательный процесс. СПб.: Альфа, 2001. 320 с. ; *Шестакова С.Д.* Проблемы состязательности в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / С-Петерб. акад. СПб., 1998. 184 с. и др.

¹ *Азаров В.А., Ревенко Н.И., Кузембаева М.М.* Функция предварительного расследования в истории, теории и практике уголовного процесса России. Омск. 2006. С. 129–138.

² См., например: *Деришев Ю.В.* Органы предварительного расследования России: прошлое, настоящее, будущее. Омск. 1998; *Оболкина А.П.* Модели предвари-

2. Как мне представляется, необоснованным и в принципе неверным является отнесение участников процесса либо к стороне защиты, либо к стороне обвинения.

Почему потерпевший является участником со стороны обвинения, а защитник со стороны защиты? Не секрет, что достаточно часто потерпевшие занимают скорее позицию защиты, а не обвинения. Тем более, что сам законодатель (например, в статье 25 УПК РФ) позволяет потерпевшему ходатайствовать перед следствием, или судом о прекращении уголовного дела в отношении обвиняемого.

А разве представитель потерпевшего не является его защитником, не выполняет функцию защиты потерпевшего?

Защитник обвиняемого выполняет не только функцию защиты. Если интересы его подзащитного не совпадают с интересами других обвиняемых, то защитник фактически может, защищая своего подзащитного, в какой-то мере выполнять функцию обвинения по отношению к другому обвиняемому. Такое может произойти, например, когда, взрослый вовлѣк несовершеннолетнего в преступную деятельность и т. д. Защитник в определённых рамках может выполнять обвинительную функцию и по отношению к потерпевшему, когда последний спровоцировал совершение преступления. Особенная часть УПК РФ предусматривает такие составы преступления, как например: убийство, совершѣнное при превышении пределов необходимой обороны (ст. 108 УПК), убийство, совершѣнное в состоянии аффекта, вызванного насилием, издевательством, тяжким оскорблением, или иными противоправными ими аморальными действиями (ст. 107 УПК РФ). Подобные составы предусмотрены также ст. 113, 114 и другими УК РФ. В таких и аналогичных им ситуациях защитнику требуется доказать в суде, что нападения на его подзащитного, или иные противоправные действия со стороны потерпевшего имели место. Осуществляя подобную деятельность, защитник тем самым и выполняет обвинительную функцию по отношению к потерпевшему.

тельного (досудебного) производства по уголовным делам (сравнительно правовой анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск. 2005; *Выдря М.М.* Расследование уголовного дела – функция уголовного процесса // Сов. Гос-во и право. 1980. № 9. С. 78-82; *Попова Л.В.* Функционально-целевое содержание деятельности органов предварительного расследования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1987. С. 18.; *Дерисhev Ю.В.* Концепция уголовного досудебного производства в правовой доктрине современной России. Омск, 2004 и др.

Обвиняемый также не всегда выполняет только лишь функцию защиты. Он вовсе может не защищаться против выдвинутого обвинения, соглашаться с ним, раскаяться и т.п. Такого рода поведение обвиняемого стимулируется поощрительными нормами уголовного права¹, в частности, предусмотренными статьями 75, 76 УК РФ, п. 4 статьи 61 УК РФ.

Эти обстоятельства учитывает и УПК РФ, устанавливая упрощённый порядок судебного разбирательства (раздел X УПК РФ).

3. Законодатель отнёс к участникам процесса, в том числе и эпизодически привлекаемых к участию к уголовно-процессуальной деятельности субъектов: свидетелей, экспертов, специалистов и даже понятых. Таким образом, казалось бы, законодателем поставлена точка по вопросу о понятии участника уголовного процесса, участника уголовно-процессуальной деятельности, участника уголовно-процессуальных отношений и о соотношении этих понятий.

Наиболее широкое понятие участника уголовного процесса давал, пожалуй, В. Н. Шпилёв. В число участников уголовного процесса он включил тех, кто выполняет уголовно процессуальные функции; лиц, ведущих уголовный процесс; лиц, защищающих свой личный интерес, и иных участников, которые оказывают содействие органу, ведущему уголовный процесс, и при этом не имеющие никакого личного интереса в деле². Считали равнозначными понятия участник процесса и субъект уголовного судопроизводства (уголовно-процессуальной деятельности) и другие учёные³. Так, по мнению В. П. Божьева «Участники уголовного судопроизводства – это лица и государственные органы, наделённые комплексом процессуальных прав и обязанностей и реализующие эти права, и исполняющие обязанности в ходе осуществления уголовно-процессуальной деятельности в порядке и на условиях предусмотренных законом»⁴. На ос-

¹ По этому вопросу много писал, в частности, профессор Голик Ю.В. См., например: *Голик Ю.В.* Социально-интегративная функция поощрительных норм в уголовном праве / Правовые вопросы борьбы с преступностью: Сборник / Под ред. В.Д. Филимонова. Томск: Изд-во ТГУ, 1998. С. 12–18., а также последующие его работы.

² *Шпилёв В.Н.* Участники уголовного процесса. М., 1970. С.13–15.

³ См., например: Советский уголовный процесс / Под ред. Н.С. Алексеева и В.З. Лукашевича. Л., 1989. С. 86–87.

⁴ *Божьев В.П.* Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. лит., 1975. С. 123.

нове этого он определяет и выделяет основные признаки участников уголовного процесса:

- а) выполняют одну из основных или вспомогательных функций;
- б) наделены совокупностью прав и обязанностей;
- в) выступают в качестве правомочного субъекта уголовно-процессуальных отношений (ибо вся уголовно-процессуальная деятельность в сфере уголовного судопроизводства протекает в рамках названных отношений)¹.

Р.Д. Рахунов в качестве признаков участника процесса указывал: во-первых, «осуществление уголовно-процессуальной деятельности, под которой понимается совокупность или система действий, осуществляемых участниками уголовного процесса в установленном уголовно-процессуальном законе порядке и в силу предоставленных им прав и возложенных на них обязанностей»; во-вторых, «наличие прав и обязанностей»; в-третьих, «вступление в уголовно-процессуальные отношения с другими участниками процесса по своей инициативе или в силу закона»².

Далее Р.Д. Рахунов писал о том, что все участники уголовного процесса осуществляют уголовно-процессуальную деятельность, поэтому понятия «участник уголовного процесса» и «участники уголовно-процессуальной деятельности» рассматривались как им равнозначные. При этом он подчеркивал, что «градиацию между понятиями «участник уголовного процесса» и «участник уголовно-процессуальной деятельности» проводят те, кто отрицает возможность осуществления уголовно-процессуальной деятельности всеми участниками уголовного процесса»³.

Р.Д. Рахунов отмечал, что «деятельность – это суть правоотношения, в форму которого она обычно облекается. Обычно потому, что есть уголовно-процессуальная деятельность, которая не облекается в рамки правоотношения, например, составление следователем обвинительного заключения»⁴. Автором данное положение раскры-

¹ Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. лит., 1975. С. 125.

² Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М.: Госюриздат, 1961. С. 82.

³ Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М.: Госюриздат, 1961. С. 106.

⁴ Рахунов Р.Д. Там же. С. 87.

ается не совсем последовательно. В качестве обязательных признаков участника уголовного процесса Р.Д. Рахунов выделял и уголовно-процессуальную деятельность и вступление в правоотношения. Таким образом, если субъект уголовного процесса осуществляет уголовно-процессуальную деятельность без вступления в правоотношения, то он не является участником, так как не обладает необходимой триадой признаков. Если же он осуществляет деятельность, то он участник уголовного процесса¹. Однако, как представляется, деятельность не мыслима в отрыве от правоотношений. И пример с обличительным заключением не удачен.

М.С. Строгович разграничивал три понятия: «участник уголовного процесса», «участник уголовно-процессуальной деятельности» и «участник уголовно-процессуальных правоотношений».

Им в качестве признаков участника уголовного судопроизводства названы: во-первых, «наличие прав и обязанностей»; во-вторых, «участие в уголовно-процессуальных отношениях или осуществление уголовно-процессуальной деятельности»².

По мнению М.С. Строговича свидетели, эксперты, переводчики, специалисты, понятые, секретари не являются участниками уголовно-процессуальной деятельности, так как «не выполняют ни одной из трёх основных процессуальных функций»: обвинения, защиты, разрешение дела. Однако участниками уголовного судопроизводства данные субъекты, по мнению М.С. Строговича, являются³. М.С. Строгович утверждал, что «понятие «участника уголовного процесса» и «Участника уголовно-процессуальной деятельности» отнюдь не равнозначные. Если любой участник уголовно-процессуальной деятельности – это всегда участник уголовного судопроизводства, то далеко не всякий участник процесса – «это участник уголовно-процессуальной деятельности, это может быть и участник правоотношения»⁴.

Другие авторы, напротив, трактовали понятие участника уголовного процесса слишком узко, считая таковыми лишь подозревае-

¹ Рахунов Р.Д. Там же. С. 94.

² Строгович М.С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе. М.: Академия наук СССР, 1951. С. 111.

³ Строгович М.С. Курс уголовного судопроизводства в 2-х томах. Т. 1. М.: «Наука», 1968. С. 44.

⁴ Строгович М.С. Там же. С. 47.

мого, обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, представителей, защитника¹.

Позиция В.П. Божьева не изменилась и после принятия нового УПК.

В учебнике 2004 г. под его редакцией утверждается: «Участники уголовного судопроизводства (уголовного процесса) по разному вовлекаются в сферу уголовно-процессуальных отношений: одни – в силу должностных обязанностей; другие – посредством реализации своих субъективных прав (потерпевший, гражданский истец, их законные представители); третьи – по воле должностных лиц (подозреваемый, обвиняемый, свидетель, понятой и др.); четвёртые – путём исполнения поручения, полученного от иного субъекта (защитник, представитель и т.п.)»². Такого же мнения по существу придерживаются и другие современные учёные.

Так, В.В. Вандышев пишет: «Попытки специалистов разграничить понятия участников и субъектов уголовно-процессуальных отношений не увенчались успехом. Поэтому в настоящей работе термины «участники» и «субъекты» уголовного судопроизводства используются в качестве равнозначных, тождественных»³.

На мой взгляд, наиболее верной являлась позиция П.А. Лупинской, которая писала, что «понятия субъекты процесса и участники процесса соотносятся между собой как род и вид. Каждый участник процесса является его субъектом, но не каждый субъект процесса является его участником»⁴.

Участники процесса, в отличие от иных его субъектов:

а) отстаивают в деле определённый интерес; б) наделены широкими процессуальными правами, позволяющими активно участвовать в процессе и влиять на движение и исход дела⁵.

На основании этих критериев все участники процесса подразделяются на две группы. «В одну из них входят органы государства

¹ См., например: Советский уголовный процесс / Под ред. Д.С. Карева. М., 1961. С. 67.

² Уголовный процесс. Учебник для высших юридических учебных заведений. Издание четвёртое / Под ред. В.П. Божьева. М.: Статус, 2004. С. 115.

³ Вандышев В.В. Уголовный процесс. Курс лекций. СПб.: Юридический Центр–Пресс, 2004. С. 80.

⁴ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. / Под ред. П.А. Лупинской. М.: Юрист, 1999. С. 73.

⁵ Там же. С. 72–73.

и должностные лица – суд (судья), прокурор, следователь, начальник следственного отдела, орган дознания и лицо, производящее дознание (дознатель), которые осуществляют производство по делу, принимают в нём ведущее положение и отвечают за его ход и исход. Только они применяют нормы права, меры процессуального принуждения в отношении тех или иных лиц, выносят решения о начале производства по делу, его направлении и разрешении дела по существу. Каждый из них действует в пределах своих полномочий, решает в процессе свои специальные задачи и использует для этого особые процессуальные средства.

Другую — образуют участники уголовного процесса: подозреваемый, обвиняемый, их защитники, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители»¹.

К сожалению, после принятия нового УПК, позиция П.А. Лупинской изменилась и в последнее время она относилась к участникам уголовного процесса всех его субъектов, не делая различия между этими понятиями².

Между тем очевидно и каждому понятно, что нельзя сравнивать роль, функциональное назначение, процессуальный статус обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего, защитника с одной стороны и свидетеля, понятого с другой стороны. Ведь первые из названных субъектов уголовно-процессуальной деятельности имеют материальный уголовно-правовой интерес, то есть, заинтересованы в ходе и исходе процесса по конкретному делу. У свидетеля, понятого, переводчика, секретаря судебного заседания такого интереса нет.

Соответственно поэтому у потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого имеется достаточно большой круг прав, используя которые они могут влиять не только на ход, но, в той или иной степени, и на исход уголовного дела.

Такая же разница в процессуальном статусе органов предварительного расследования, прокуратуры и суда с одной стороны и специалиста, эксперта, переводчика, секретаря судебного заседания с другой стороны. Если субъекты первой группы имеют служебный

¹ Там же. С. 72.

² См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. / Под ред. П.А. Лупинской. М.: Юрист, 2005. С. 76–78.

интерес в исходе процесса по конкретному делу, то у субъектов второй группы такого интереса нет. Поэтому у тех и других совершенно несравнимые права и обязанности.

В данном случае никаких открытий я не делаю. Об этом, как уже отмечалось ранее, писали в советской литературе. Я хочу лишь подчеркнуть то обстоятельство, что, по моему глубокому убеждению, законодатель пошёл по неверному пути, включив в число участников уголовного процесса весьма разнородных субъектов уголовно-процессуальной деятельности: от суда до понятого. Как представляется, в УПК следовало бы предусмотреть как участников процесса; включить в их число: 1) суд; 2) государственные органы и должностные лица, ответственные за производство по уголовному делу¹; 3) лица, отстаивающие в уголовном процессе свои или представляемые права и интересы. Так и иных лиц, которые являются субъектами уголовно-процессуальной деятельности, но не относятся к числу участников уголовного процесса (свидетель, понятой, переводчик, эксперт, специалист, секретарь судебного заседания).

Тем более что и сам законодатель в разделе втором перечислил на самом деле далеко не всех лиц, которые на самом деле могут принимать участие в уголовном судопроизводстве. Так, в этом разделе не указаны такие субъекты, как: близкие лица и близкие родственники (п. 3, 4 ст. 5 УПК); законный представитель потерпевшего (п. 12 ст. 5 УПК); начальник органа дознания (п. 18 ст. 5 УПК); председательствующий (п. 26 ст. 5 УПК); присяжный заседатель (п. 30 ст. 5 УПК); родственники (п. 37 ст. 5 УПК); государственный обвинитель (п. 6 статьи 5 УПК); следователь-криминалист (в. 40.1 ст. 5 УПК); адвокат свидетеля (ст. 189 УПК).

Поэтому, если законодатель ставил перед собой задачу указать в разделе втором всех субъектов уголовно-процессуальной деятельности (которых он отождествляет с участниками уголовного процесса), то ему этого сделать не удалось даже применительно к производствам по уголовным делам (основным производствам).

Кроме того, в разделе втором вообще не упомянуты ни участники, ни иные субъекты уголовно-процессуальной деятельности в дополнительных и особых производствах.

¹ В УПК Республики Беларусь они обозначены как «Государственные органы и должностные лица, осуществляющие уголовное преследование».

К числу несомненно больших достижений нового УПК является наличие в нём главы 47, которая выделяет в качестве самостоятельных производств производства по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с исполнением приговора. Эти производства в литературе получили наименование «дополнительных производств»¹.

Однако, во-первых, ни один из участников (кроме суда) дополнительных производств не назван (как уже отмечалось) в разделе втором УПК. Во-вторых, в главе 47 УПК (ст. 399), хотя и упоминаются участники дополнительных производств (осуждённый, адвокат, представители администрации, прокурор), однако не определён их процессуальный статус². Между тем права осуждённого при рассмотрении, например дела об условно-досрочном освобождении вовсе не тождественны правам обвиняемого (как это считают некоторые учёные)³, подсудимого и даже осужденного при участии одного в надзорном производстве.

Это совершенно иной участник. Он не защищается, как в уголовном деле, ибо тем и отличаются дополнительные производства от производств по уголовным делам (основным), что в них речь не идёт ни об уголовном преследовании, ни о виновности. У них совершенно иная направленность и задачи. А, значит, совершенно иным должен быть и процессуальный статус осуждённого, как основного участника дополнительного производства и этот статус должен быть определён именно в разделе втором УПК РФ.

¹ См.: Якимович Ю.К. Особые и дополнительные производства в уголовном процессе России. Томск, 1994; Мартыняхин Л.Ф. Эффективность деятельности суда по условно-досрочному освобождению: Дис. ... канд. юрид. Наук. Томск, 1990; Воронин О.В. Производство по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с условно-досрочным освобождением. Томск, 2004; Ленский А.В., Трубникова Т.В., Якимович Ю.К. Дифференциация уголовного процесса М., 2000 и другие.

² Этими проблемами в настоящее время успешно занимается, в частности О.В. Воронин. См., например: Воронин О.В. Производство по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с условно-досрочным освобождением. Томск, 2004; Егоров Е.И. Исполнение приговора по УПК РФ. Учебное пособие. Томск, 2006.

³ См., например: Адаменко В.Д. Процессуальные стадии, связанные с реализацией приговора, определения и постановления суда. Кемерово, 1993. С. 120; Борисевич Г.Я. Обеспечение прав и законных интересов осуждённого в стадии исполнения приговора: Автореф. дис. ... канд. юрид. Наук. Л., 1986. С. 9.; Литвинов Р.В. Разрешение судом вопросов, возникающих в процессе исполнения приговора. Воронеж, 1964. С. 87–88.; Ларин А.М. Уголовный процесс: структура права и структура законодательства. М., 1985. С. 65.

УПК РФ предусматривает возможность участия в дополнительных производствах адвоката, что, несомненно, является его достижением. УПК РСФСР, несмотря на широкую научную поддержку¹, такой возможности не предусматривал.

Процессуальное назначение и процессуальный статус адвоката осуждённого не может быть приравнен к процессуальному статусу защитника. Это самостоятельный участник процесса и его процессуальное положение должно быть определено, прежде всего, в разделе втором УПК РФ.

Прокурор в дополнительных производствах, в отличие от основных, не осуществляет уголовного преследования. Скорее всего, участвуя в суде при решении вопросов о досрочном освобождении, замене наказания или изменения условий его отбывания, прокурор является органом надзора за соблюдением законов². В этой связи статья 37 не в полной мере раскрывает функциональное назначение прокурора в уголовном судопроизводстве.

Наконец, в дополнительных производствах появляется во все неизвестный производствам по уголовным делам (основным)

¹ См.: *Свиридов М.К.* Порядок разрешения дел об условно-досрочном освобождении от наказания. Томск, 1972. С. 69–74.; *Гилинский Я.И.* Участие адвоката в стадии исполнения приговора // Вопросы защиты по уголовным делам. Л., 1967. С. 176.; *Никлюк В.В.* Уголовно-исполнительное судопроизводство в СССР. Иркутск, 1989. С. 149–154.; *Якимович Ю.К.* дополнительные и особые производства в уголовном процессе России. Томск, 1994. С. 48–49.; *Бибило В.Н.* Конституционные принципы правосудия и их реализация в стадии исполнения приговора. Минск, 1986. С. 94–103.; *Куцова Э.Ф.* Исполнение приговора. М., 1969. С. 192.; *Она же.* Гарантии прав личности в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 20.; *Филимонов Б.А.* Процессуальные вопросы досрочного освобождения от наказания несовершеннолетних. М., 1965. С. 68.; *Бекешико С.П.* Защита как процессуальная функция в советском уголовном процессе // Вопросы уголовного права и процесса. М., 1958. С. 251.

² О процессуальном положении прокурора и его функциях в производствах, связанных с исполнением приговора (стадии исполнения приговора, как считают некоторые учёные) см.: *Спиридонов Б.М.* Прокурорский надзор в стадии исполнения приговора. М., 1983. С. 59–76.; *Бойков А.Д.* Третья власть в России. М., 1997. С. 225.; *Шалунов М.С.* Проблемы совершенствования правового статуса государственного обвинителя как участника судебного разбирательства // Проблемы теории и практики прокурорского надзора в современных условиях: Тез. Науч.-практич. конф. Ч. II М., 2005. С. 67–70.; *Воронин О.В.* Исполнение приговора по УПК РФ, Томск. С. 37–40 и другие.

участник — представитель администрации учреждения или органа, исполняющего наказание. Представитель администрации представляет интересы данного учреждения (органа) и он, безусловно заинтересован в ходе и исходе дела и должен быть отнесён к участникам уголовного процесса, наделён достаточными правами, чтобы отстаивать интерес представляемого им учреждения (органа) и как самостоятельный участник, безусловно указан в разделе втором УПК.

Кроме указанных выше можно назвать и иные субъекты уголовно-процессуальной деятельности¹. Некоторые из них, безусловно, относятся к числу участников уголовного процесса, поэтому имеют уголовно-правовой или иной материально-правовой интерес в ходе и исходе дела. К их числу относятся: реабилитированный, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители.

К другой группе субъектов уголовно-процессуальной деятельности, которые не имеют такого интереса в дополнительных производствах, как и в основных относятся: эксперт, специалист, переводчик, свидетель, секретарь судебного заседания.

Не указаны в разделе втором и участники особых производств: судебно-контрольных и производства по применению принудительных мер медицинского характера. Но об этом речь в последующих главах.

Итак, обобщая все изложенное выше, можно сделать следующие выводы:

1. Следует разграничивать понятия «участник уголовного процесса» и «субъект уголовно-процессуальной деятельности». Все участники уголовного процесса являются субъектами уголовно-процессуальной деятельности, но не все субъекты уголовно-процессуальной деятельности являются участниками уголовного процесса.

2. В разделе втором УПК должен быть определён процессуальный статус (понятие, права и обязанности) только лишь участников уголовного процесса.

Что же касается иных субъектов уголовно-процессуальной деятельности, то их права и обязанности могут быть закреплены в особенной части уголовно-процессуального кодекса. Так права и обя-

¹ Подробнее см.: *Воронин О.В.* Цит. Соч. С. 42–46.

занности специалистов, понятых, переводчика: кто может, и кто не может ими быть — эти вопросы вполне можно урегулировать в главе 21 УПК «общие условия предварительного расследования»; права и обязанности свидетеля, вопросы свидетельского иммунитета — в главе 26 УПК и т. д.

3. В разделе втором УПК следовало бы оставить три главы. Первую из них назвать, как и сейчас «Суд»; вторую — «Государственные органы и должностные лица, ответственные за производство по делу»; третью — «Лица, отстаивающие в уголовном процессе свои, или представляемые права и интересы».

К третьей группе участников следовало бы отнести: подозреваемого, обвиняемого, осуждённого (участника дополнительного производства), лицо, обжалующее в суд действия (бездействия) дознавателя, следователя, прокурора или принимаемые ими решения; законного представителя, защитника, представителя (потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика), адвоката, адвоката осуждённого (в дополнительном производстве), лицо, в отношении которого ведётся производство по применению принудительных мер медицинского характера, представителя администрации или учреждения, исполняющего наказание.

Ко второй группе участников отнести: дознавателя, орган дознания, начальника органа дознания, следователя, руководителя следственного органа, прокурора.

Глава 2

СУД И ПРОКУРОР

§ 2. 1 СУД КАК УЧАСТНИК УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

В соответствии с УПК РФ (п. 48 ст. 5) «суд — любой суд общей юрисдикции, рассматривающий уголовное дело по существу и выносящий решения, предусмотренные настоящим кодексом». Судья – должностное лицо, уполномоченное осуществлять правосудие (п. 54 ст. 5 УПК). Правосудие же, по смыслу этой же статьи, осуществляется в судебном заседании, в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу, как при разбирательстве дела по первой инстанции, так и по второй инстанции (апелляция и кассация), а также и в надзорной инстанции.

В качестве суда, в соответствии с действующим уголовно-процессуальным законодательством, могут выступать:

1) мировой судья или судья федерального суда общей юрисдикции (при единоличном рассмотрении уголовных дел в пределах их юрисдикции);

2) судья районного суда или военного суда соответствующего уровня (при решении вопроса о даче разрешения на производство следственного действия — ч. 2 ст. 165 УПК РФ, разрешении жалобы на решения, действия (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора – ч. 1. ст. 125 УПК РФ, при решении вопроса о заключении под стражу или о применении в качестве меры пресечения домашнего ареста – ч. 4 ст. 108 и ч. 2 ст. 107 УПК РФ, о продлении срока содержания под стражей на срок до 12 месяцев (ч. 2 ст. 109 УПК РФ); а ходатайство дознавате-

ля, следователя о получении судебного решения на производство следственных и иных процессуальных действий указанных в ч. 2 ст. 29 УПК РФ;

3) судья федерального суда общей юрисдикции и коллегия из 12 присяжных заседателей и при наличии ходатайства обвиняемого, заявленного до назначения судебного заседания – п. 2 ч. 2 ст. 30 ПК РФ;

4) коллегия из трех судей федерального суда общей юрисдикции (при рассмотрении уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях указанных в п. 3 ч. 2 ст. 30, а также при решении вопроса о наличии признаков преступления в действиях лиц, указанных в главе 52 УПК РФ;

5) федеральный судья, рассматривающий и разрешающий вопросы, связанные с исполнением приговора (глава 47 УПК РФ).

Указанные выше суды относятся к судам первой инстанции. К судам второй инстанции относятся:

1. Судья федерального суда, рассматривающий апелляционные жалобы на приговоры и постановления, не вступавшие в законную силу мирового судьи.

2. Коллегия из трех судей суда субъекта федерации или Верховного Суда РФ, рассматривающая в апелляционном порядке жалобы и представления на судебные акты, не вступившие в законную силу нижестоящих федеральных судов.

Эти суды являются судами апелляционной инстанции.

К судам второй инстанции относятся также и суды, рассматривающие дела в кассационном порядке. К ним относятся:

1. Президиум Суда субъекта федерации.

2. Коллегии Верховного Суда РФ.

3. Президиум Верховного Суда РФ.

Кроме того, уголовно-процессуальное законодательство ныне действующее, сохраняет одну надзорную инстанцию, которой является также Президиум Верховного Суда РФ.

Другими словами, судом следует считать не только коллегиальный суд, но и конкретного судью, осуществляющего правосудие, в широком смысле этого понятия, то есть разрешающего конкретные юридические вопросы, относящиеся к компетенции суда¹.

¹ Вопрос о понятии правосудия далеко не простой и до сих пор всеми оживленно обсуждается учеными специалистами различных областей права. Ранее я счи-

Отсюда следует, что судом, как органом, осуществляющим правосудие, является также и судья субъекта федерации и Верховного Суда РФ, когда он рассматривает кассационные жалобы или представления и принимает по ним решения. Судом также является и судья Верховного Суда РФ, рассматривающий и разрешающий надзорные жалобы и представления.

Судья субъекта, а также судья Верховного Суда РФ, вправе изменить своим постановлением территориальную подсудность дела по основаниям, указанным в ч. 1 ст. 35 УПК РФ, а коллегия из трех судей Верховного Суда РФ, по основаниям, указанным в ч. 4 ст. 35 УПК РФ.

Председатель Верховного Суда и его заместители также являются участниками процесса. Им предоставлено право отменять Постановления судьи об отказе в возбуждении кассационного или надзорного производства и самим возбуждать его.

Участниками процесса являются также присяжные заседатели¹ и старшина коллегии присяжных заседателей. Их право и обязанности подробно изложены в главе 42 УПК РФ.

Итак, в главе 5 УПК «Суд» следовало бы кроме суда указать и иных лиц, осуществляющих судебную власть в пределах, установленных для каждого из них УПК РФ, компетенций:

1. Судьи.
2. Председатель суда субъекта федерации.
3. Судья Верховного Суда РФ.

тал, что правосудием является любая деятельность суда по разрешению правовых споров (см. *Якимович Ю.К.* Понятие правосудия и принципы его осуществления / Научная конференция по вопросам борьбы с преступностью. Сб. статей. М., 1990. С. 43–45). Однако изменения в законодательстве произошедшие за последние десятилетия привели меня к расширительному толкованию понятия правосудия. В ряде случаев спора может и не быть, однако суд, разрешающий конкретное дело в порядке уголовного судопроизводства, осуществляет тем самым правосудие. Ибо осуществление правосудия — единственная функция суда.

¹ Подробнее см.: *Кириллова Н.П.* Суд присяжных в России и мировой опыт / Науч. ред. Б. В. Волженкин; Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ. СПб., 1998. 35 с.; *Калиновский К.Б.* Востребованность суда с участием присяжных заседателей в современной России. // Актуальные проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики. Сборник научно-практических статей. Выпуск 2. СПб.: СЗФ РПА Минюста России, 2008. С. 10–13.

4. Председатель Верховного Суда РФ и его заместители.
5. Присяжные заседатели.
6. Председательствующий.

И именно в этой главе (как и в других главах применительно к другим участникам уголовного процесса) закрепить полномочия и обязанности каждого из них.

Проблем, связанных с осуществлением судебной власти немало¹. Остановимся только на некоторых из них.

Ст. 29 УПК РФ устанавливает исключительные полномочия суда, т.е. такие его полномочия, которые не вправе осуществлять никакие иные должностные лица или органы.

Только суд правомочен, в частности:

- 1) признать лицо виновным в совершении преступления и назначить ему наказание;
- 2) применить к лицу принудительные меры медицинского характера в соответствии с требованиями главы 51 УПК РФ;
- 3) применить к лицу принудительные меры воспитательного воздействия в соответствии с требованиями главы 50 УПК РФ;
- 4) отменить или изменить решение, принятое нижестоящим судом.

Также только суду предоставлено право принимать целый ряд решений в досудебном производстве. Причем перечень таких решений постоянно расширяется, по сравнению с ранее действовавшим уголовно-процессуальным законом, и приводится в ст. 29 УПК РФ. Некоторые полномочия суда на этапе досудебного производства (а точнее, реализуемые им до принятия решения о возбуждении уголовного дела) содержатся также в ст. 448 УПК РФ.

¹ Некоторые из них обсуждаются учеными стран ближнего зарубежья, но имеют важное значение и для российской действительности: *Бибил В.Н.* Перспективы развития судебной власти по Концепции судебно-правовой реформы. / *В.Н. Бибило* // Право и демократия : Сб. науч. трудов . Мн.: БГУ. Вып. 13/Редкол.: В.Н. Бибило (отв.ред.) и др. 2002. С. 204–214 ; *Бибило В.Н.* Конституционные основы институционализации судебной власти. / *В.Н. Бибило* // Ценностная парадигма Основного закона Республики Беларусь : материалы респ. науч.-практ. конф., 14 марта 2013 г., Минск / БГУ, Юридический фак. ; [редкол.: Г. А. Василевич и др.]. Минск: Изд. центр БГУ , 2013. С. 21–24.

Полномочия суда в досудебном производстве¹ можно разделить на несколько групп в зависимости от направленности деятельности суда при принятии соответствующего решения:

1. Полномочия суда, связанные с ограничением права лица на личную неприкосновенность:

1) на избрание меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста;

2) на продление срока содержания под стражей;

3) на принятие решения о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы.

2. Полномочия суда по даче разрешений на производство следующих следственных и иных процессуальных действий:

1) о применении в качестве меры пресечения залога;

2) о возмещении имущественного вреда;

3) о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц;

4) о производстве обыска и (или) выемки в жилище;

5) о производстве выемки заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи;

6) о производстве личного обыска, за исключением случаев, предусмотренных ст. 93 УПК РФ;

7) о производстве выемки предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, а также предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях;

8) о наложении ареста на корреспонденцию, разрешении на ее осмотр и выемку в учреждениях связи;

9) о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах

¹ Подробнее см.: Горбань В.В. Функции и полномочия суда в досудебных стадиях уголовного судопроизводства : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 184 с.; Рыжих А.Н. Полномочия суда на досудебных стадиях уголовного процесса: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 251 с.; Чеджемов З. Т. Роль суда в обеспечении прав и свобод граждан на досудебном производстве по УПК РФ : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 211 с. и др.

и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях;

10) о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности в соответствии со ст. 114 УПК РФ;

11) о реализации, об утилизации или уничтожении вещественных доказательств, указанных в подпункте «в» п. 1, подпунктах «б», «в» п. 2, п. 3, 6 и 7 части второй ст. 82 УПК РФ;

12) о контроле и записи телефонных и иных переговоров;

13) о получении информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами.

Некоторые полномочия суда были дополнены в ч. 2 ст. 29 УПК РФ с подачи Конституционного Суда РФ, например, о производстве выемки сданной на хранение или заложенной в ломбард вещи. До сих пор не включено в УПК РФ требование Конституционного Суда РФ о необходимости получения судебного решения на производство обыска в служебном кабинете адвоката или адвокатского объединения¹.

Часть решений Конституционного Суда о расширении круга процессуальных действий, на производство которых требуется судебное решение, непредсказуемы и не логичны. Ну почему, например, требуется судебное решение на производство выемки вещи, заложенной в ломбард и не требуется судебного решения на выемку вещей, заложенных в обеспечение договора займа в других случаях? Или, почему требуется судебное решение на производство обыска в служебном помещении адвоката и не требуется судебного решения на производство обыска в служебном кабинете следователя или прокурора? Представляется, что Конституционный Суд, расширяет перечень оснований, указанных в п. 2 ст. 29 УПК РФ, всякий раз, когда к нему обращаются заинтересованные в этом лица или объединения. Подобная тенденция на расширение полномочий суда в досудебном производстве представляется неоправданной.

3. Полномочия суда по даче заключения о наличии или об отсутствии в действиях лица признаков преступления (ч. 1, 3 ст. 448 УПК РФ).

4. Полномочия суда по разрешению жалоб на действия (бездей-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 08.01.2005. № 439-О.

ствие) и решения прокурора, следователя, дознавателя, органа дознания (ч. 3 ст. 29 УПК РФ).

В соответствии со ст. 125 УПК РФ в судебном порядке, прежде всего, могут быть обжалованы постановления дознавателя, следователя, прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела.

Но далее в этой статье записано: «... а равно их решения и действия (бездействие), которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в суд по месту производства предварительного расследования».

Однако практически любое действие (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора и любое принимаемое ими по уголовному делу решение, если и не нарушает, то, во всяком случае, потенциально способно причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию (поскольку уголовно-процессуальный закон как раз и регламентирует порядок деятельности в условиях, когда возникает необходимость в ограничении конституционных прав и свобод граждан). А значит, по смыслу УПК РФ, в суд могут быть обжаловано практически любое действие (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора и любое принятое ими решение¹.

Безусловно, судебный контроль² в досудебном производстве необходим. Но при осуществлении его в таком объеме и такой форме,

¹ К сожалению, не разрешается эта проблема и в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2003 года № 18-П. Формулировки этого Постановления применительно к ст. 125 УПК весьма обтекаемы и не конкретны.

² Подробнее о судебном контроле в уголовном судопроизводстве см.: *Ковтун Н.Н.* Судебный контроль в уголовном судопроизводстве. Н.Новгород, 2002; *Солодилов А.В.* Судебный контроль в системе уголовного процесса России. Томск, 2000; *Муратова Н.Г.* Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики. Казань: Казанский гос. университет, 2004; *Азаров В.А., Таричко И.Ю.* Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. Омск: Омский гос. университет, 2004; *Носкова Е.В.* Производство по рассмотрению и разрешению судом жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ. СПб.: Издательство «Юридический центр», 2014. 256 с.

как он предусмотрен действующим УПК РФ, судья, по существу, вольно или невольно превращается во второго прокурора и еще одного «начальника» следователя¹. Судья в этой ситуации становится «заложником» принимаемых им в досудебном производстве решений, и есть реальные опасения, что он может из беспристрастного арбитра, разрешающего спор между сторонами обвинения и защиты, превратиться в своеобразный придаток обвинительной власти. Тем более что, в соответствии с действующим законодательством, принятие судьей упомянутых выше решений в ходе досудебного производства не является обстоятельством, исключающим дальнейшее участие этого судьи в рассмотрении уголовного дела (ст. 63 УПК РФ). Я уже не говорю о том, насколько усложняется работа следователя и увеличивается нагрузка на суд.

Возможно, более оптимальным стало бы поручение функций по осуществлению судебного контроля в досудебном производстве, специализированному органу, в качестве которого мог бы выступать следственный судья.

Полномочия судьи, реализуемые в ходе досудебного производства можно классифицировать и по иным основаниям. Например, их можно поделить на группы в зависимости от вида деятельности, осуществляемого судьей и от принимаемого им решения. В этом случае возможно выделить:

1. Рассмотрение судьей ходатайств и представлений органа предварительного расследования или прокурора (например, о заключении под стражу или продлении срока содержания под стражей, о даче разрешения на производство обыска или о наложении ареста на имущество, о даче заключения о наличии в действиях лица признаков преступления).

2. Рассмотрение вопроса о возможности придания юридической силы уже произведенным действиям (если осмотр жилища, обыск и выемка в жилище либо личный обыск произведены на основании постановления следователя без судебного решения – ч. 5 ст. 165 УПК РФ).

3. Рассмотрение жалоб граждан на действия и решения органа расследования, прокурора, ущемляющие их права и интересы в

¹ См., например: *Якимович Ю.К.* Судебный контроль и прокурорский надзор в уголовном процессе / Избранные статьи. Томск, 1996.

ходе предварительного расследования, либо затрудняющие доступ к правосудию.

Учеными предлагаются и иные основания для классификации форм деятельности суда на этапе досудебного производства.

Полномочия суда в уголовном процессе не оканчиваются моментом вступления приговора в законную силу. После вступления приговора (а также определения, постановления суда) в законную силу именно суд:

1) обращает приговор, определение, постановление суда к исполнению;

2) рассматривает и разрешает вопросы, связанные с обращением приговора к исполнению: устраняет сомнения и неясности, возникающие при исполнении приговора, решает вопросы об исполнении приговора при наличии других неисполненных приговоров, если этот вопрос не разрешен в последнем по времени приговоре, о зачете времени содержания под стражей и времени пребывания в лечебном учреждении, о передаче гражданина иностранного государства, осужденного к лишению свободы судом РФ, для отбывания наказания в государство, гражданином которого осужденный является и т. п.;

Разрешение этих вопросов относится к стадии исполнения приговора. Но кроме того, ст. 397 УПК РФ закрепляет значительный круг вопросов, разрешение которых не относится к стадии исполнения приговора, они рассматриваются судом в рамках самостоятельных полистадийных производств, которые в литературе получили наименование «дополнительных производств».

К числу вопросов, разрешаемых судами в дополнительных производствах, в частности относятся: об отсрочке применения приговора и ее отмене; о замене одного наказания другим; об условно-досрочном освобождении от наказания или об отмене условно-досрочного освобождения; об освобождении от наказания в связи с болезнью, снижении размера удержаний из заработной платы осужденного к исправительным работам и еще более двух десятков других.

При этом следует заметить, что законодатель неосновательно включил в число вопросов, связанных с исполнением приговора вопрос о возмещении вреда реабилитированному, восстановлении его

трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав в соответствии с ч. 5 ст. 135 и ч. 1 ст. 138 УПК РФ.

Вопросы возмещения вреда и восстановления в правах реабилитированных лиц не имеют никакого отношения к исполнению приговора. Эти вопросы должны разрешаться в рамках самостоятельного особого производства¹.

Перечень вопросов, решаемых судом после вступления приговора в законную силу (и не связанных с его пересмотром), приведен в ст. 397, 398, 400 УПК РФ.

Итак, многие полномочия, как в досудебном производстве, так и связанные с возможностью принятия окончательного решения по делу, предоставляются в уголовном судопроизводстве исключительно суду. Одновременно, необходимость реализации состязательного начала в уголовном судопроизводстве требует и того, чтобы другие полномочия, являющиеся проявлением функции обвинения или защиты, были полностью исключены из числа возможностей суда.

Так, в соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ еще от 28.11.1996 г. «По делу о проверке конституционности ст. 418 УПК РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края», не может входить в число судебных полномочий право возбуждать уголовное дело и формулировать обвинение, поскольку эти полномочия не согласуются с объективностью и беспристрастностью суда, выполняя их, суд неизбежно оказывается на стороне обвинения и начинает выполнять одновременно две функции: обвинения и разрешения дела, что порождает неравенство сторон и нарушает принцип состязательности.

В последующих своих Постановлениях Конституционный Суд неоднократно указывал на то, что осуществление судом функции преследования противоречит многим статьям Конституции РФ².

¹ Подробнее см.: *Якимович Ю.К., Глыбина А.Н.* Реабилитация и возмещение вреда в порядке реабилитации в уголовном процессе России. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2006. 146 с.

² Об этом я писал ранее. См., например: *Якимович Ю.К.* Роль Конституционного Суда в становлении и развитии современного уголовно-процессуального законодательства России. Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса: Сб. материалов международной научной конференции. Санкт-Петербург, 30-31 октября 2009 г. / Сост. К.Б. Калиновский. Санкт-Петербург: Северо-Западный филиал Российской академии правосудия. СПб: Издательский дом «Петрополис», 2010. С. 361–368.

Однако в Постановлении от 02 июня 2013 г. № 16-П Конституционный Суд РФ вдруг изменил свою позицию на противоположную. Он признал не соответствующей Конституции РФ норму Уголовно-процессуального кодекса РФ, запрещающие суду самостоятельно возвращать уголовные дела, в том числе и для переквалификации деяния обвиняемого на более тяжкие. В этой связи летом 2014 г. ч. 1 ст. 237 УПК РФ была дополнена п. 6, изложенном в следующей редакции: «фактические обстоятельства, изложенные в обвинительном заключении, обвинительном акте, обвинительном постановлении, постановлении о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера, свидетельствуют о наличии оснований для квалификации действий обвиняемого, лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, как более тяжкого преступления, общественно опасного деяния либо в ходе предварительного слушания или судебного разбирательства установлены фактические обстоятельства, указывающие на наличие оснований для квалификации действий указанных лиц как более тяжкого преступления, общественно опасного деяния».

Получается странная вещь: суд не имеет право возбуждать уголовное дело, так как при этом он будет осуществлять уголовное преследование, а вот вернуть дело для производства дополнительного расследования с целью ухудшения положения обвиняемого он вправе. В этом случае (по мнению Конституционного Суда и законодателя) уголовное преследование не осуществляется. Налицо явное противоречие. И потом возбуждать уголовное преследование не означает его осуществлять. Между тем существует необходимая потребность предоставить суду право возбуждать уголовные дела¹.

Такая необходимость возникает в частности в следующих случаях:

- 1) при даче в суде свидетелем заведомо ложных показаний;
- 2) при установлении во время судебного следствия, обстоятельств, свидетельствующих о том, что обвиняемый совершил и другие преступления, по которым ему обвинение не предъявлялось;

¹ О том, что уголовные дела частного обвинения фактически возбуждает мировой судья, будет написано далее.

3) при установлении при судебном разбирательстве факта причастности к совершению преступления других лиц;

4) когда в ходе судебного разбирательства или в его перерывах допускаются действия, содержащие признаки преступления (угрозы свидетелям и потерпевшим, оскорбления суда и т. п.).

Спорным является и вопрос о полномочиях суда в судебном следствии. Если судья в США является пассивным участником судебного следствия: доказательства представляют только стороны, а судья по собственной инициативе не вправе получать дополнительные доказательства, то напротив, в уголовном процессе ФРГ именно судья исследует доказательства, представляемые сторонами. Не ограничен и сам судья в правах на получение дополнительных доказательств. Не случайно ученые ФРГ называют свой процесс обвинительным. Именно таким был и наш процесс до вступления в силу УПК РФ. По УПК РФ судья занимает в судебном следствии двойственное положение. В одной стороны, исходя из принципа состязательности, судья участвует в исследовании доказательства, но только после того, как оно исследовано сначала сторонами. Так, вопросы допрашиваемому лицу задают сначала стороны и только потом суд. Но, с другой стороны судья не лишен полностью права к самостоятельному получению новых доказательств или проверке уже имеющихся, представленных сторонами. Так судья по собственной инициативе может назначить судебную экспертизу (ч. 1 ст. 283 УПК РФ), вправе по собственной инициативе истребовать дополнительные документы (ст. 286 УПК РФ).

Непонятна логика законодателя. Почему именно эти доказательства суд вправе получить самостоятельно, а другие – нет? Почему, например, суд, если стороны не проявляют активности, не вправе по собственной инициативе вызвать нового свидетеля, или то лицо, которое было допрошено в досудебном производстве, но не вызвано в суд по инициативе сторон? По рассматриваемым проблемам написано немало работ. Только в Томке защитилось не менее пяти диссертаций. Если отбросить наукообразие, то на самом деле все проще. Инициатива суда по получению новых доказательств, вовсе не противоречит принципу состязательности в судебном производстве. Ведь ст. 15 УПК РФ запрещает суду выступать на стороне обвинения или стороне защиты. Вместе с этим она же требует от суда создания не-

обходимых условий для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. В современных условиях российской действительности, когда стороны (как защиты, так и обвинения) не обладают должной квалификацией и зачастую не проявляют добросовестной активности в судебном следствии, суду приходится самому быть активным в исследовании доказательств, а если их не хватит, то и в получении новых. Когда-нибудь и у нас все будет по-другому. Но сегодня суду следует предоставить право по собственной инициативе не только назначать экспертизу и истребовать документы, но и вызывать дополнительных свидетелей, назначать производство иных, предусмотренных УПК процессуальных действий, направленных на получение новых доказательств. При этом суд должен быть объективен, как того и требует закон, не выступать на стороне обвинения или защиты. Его действия, по получению новых доказательств будут направлены на создание необходимых условий для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

Говоря о положении суда в уголовном процессе, нельзя и обойти вниманием и последствия принятия судом решений (постановлений, определений, приговоров). По истечении срока на их обжалование или после подтверждения их законности и обоснованности определением кассационной инстанции, они вступают в законную силу. Это означает, что они: 1) становятся обязательными для исполнения как всеми субъектами уголовного процесса, так и всеми иными юридическими и физическими лицами, органами государства, не принимавшими участия в судопроизводстве; 2) в силу действия требования правовой определенности, они могут быть изменены и отменены только в случаях и в порядке, предусмотренных уголовно-процессуальным кодексом. Законодательство РФ (с учетом толкований норм Конституции РФ, данных Конституционным Судом РФ) предусматривает целый ряд ограничений на отмену и изменение вступивших в законную силу судебных решений. Так, при пересмотре решения суда в порядке надзора действует принцип недопустимости поворота к худшему, ходатайства об отмене оправдательного приговора не могут быть предметом рассмотрения в кассационном порядке или в порядке надзора, если поданы по истечении года со дня вступления приго-

вора в законную силу, внесение повторных надзорных жалобы и представления в суд надзорной инстанции, ранее оставивший их без удовлетворения, не допускается, и т. д.

В отличие от судебных решений, решения следователя, дознавателя, могут быть отменены неоднократно, без ограничения сроков для их отмены. При этом Конституционный Суд РФ, рассмотрев жалобу на нарушение конституционных прав человека положениями ст. 210 УПК РСФСР (сходные положения сейчас содержатся в ст. 214 УПК РФ), указал на недопустимость сохранения для лица, в отношении которого дело было прекращено, постоянной угрозы уголовного преследования, а значит, и ограничения его прав и свобод. Это предполагает и недопустимость многократного возобновления по одному и тому же основанию (в частности, по причине неполноты проведенного расследования) прекращенного уголовного дела.

Однако при этом Конституционный Суд РФ пришел к выводу о том, что гарантией защиты оказанных прав является право на судебное обжалование постановления прокурора об отмене постановления о прекращении уголовного дела. Таким образом, он фактически признал, что только судебное решение, но не постановление следователя или прокурора обладает достаточной степенью устойчивости и может обеспечить реализацию права гражданина на правовую определенность вынесенного в отношении него решения. Это также свидетельствует об особой роли суда как участника уголовного судопроизводства.

Не могу не затронуть еще одну важную проблему.

Статья 3 Конституции Российской Федерации прямо предусматривает, что носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ.

Однако народ отстранен как от формирования судебной власти (всех судей назначают), так и от участия в отправлении правосудия.

Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей постоянно уменьшается и в этом составе фактически рассматривается менее одного процента уголовных дел. А ведь совсем недавно, каких-то три десятка лет назад, абсолютно все уголовные дела в Рос-

сии рассматривались с участием представителей народа. Они так и именовались – «народные заседатели».

Следует отметить, что споры вокруг того, в какой форме предпочтительнее участие представителей народа в отправлении правосудия, что лучше: суд присяжных или суд шеффенов велись на протяжении нескольких столетий, и, кстати, аргументы за и против той или иной формы, проводимые современными авторами не новы. Критикуется деятельность суда присяжных и рядом зарубежных авторов¹.

Кроме того, не могу не обратить внимание на ещё два обстоятельства.

1. Суд присяжных успешно функционирует главным образом в государствах англо-американской системы права, а суд шеффенов — в странах континентальной Европы, то есть континентальной системы права, к которой относится и современная Россия.

2. Предпринятая попытка создания суда присяжных в России в конце 19 в. не увенчалась успехом. Суды присяжных так и не были образованы во всех губерниях Российской Империи, а в тех, где они начинали работать, деятельность их постепенно сводилась на нет². Кажется, такая же тенденция намечается и сейчас: из подсудности

¹ Лерой Д.К. Большое жюри: использование политической властью и злоупотребление ею. М. 1978; Уолкер Р. Английская судебная система. М. 1980; Рональд У. Английская судебная система. М. 1980; Михайлов П.Л. Суд присяжных во Франции. Становление, развитие и трансформация. СПб. 2004 и др.

² Об этом много писалось в литературе. См., например: Спасович В.Д. За много лет. СПб, 1872 г; Тимофеев Н.П. Суд присяжных в России, М. 1881; Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство. - СПб, 1891; Устав Уголовного судопроизводства. Под ред. Щегловитова. СПб, 1895; Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. СПб, 1900; Розин Н.Н. О суде присяжных. Томск, 1901; Викторский С.И. Русский уголовный процесс. М. 1912; Познышев С.В. Элементарный учебник уголовного процесса. М., 1913; Курс уголовного судопроизводства под ред. Фойницкого И .Я. СПб, 1913; Виленский Б. В. Судебная реформа и контрреформа в России. Саратов, 1969; Миттермайер К. Европейские и американские суды присяжных, их деятельность, достоинства, недостатки и средства к устранению этих недостатков. М., 1986; Афанасьев А.К. Деятельность суда присяжных в России 1866–1885 гг. // Труды гос. ист. Музея. М., 1988. Вып. 67; Казанцев С. М. Суд присяжных в России. Громкие уголовные процессы 1864–1917 гг. Лениздат. 1991; Демичев А. А. Причины кризиса российского суда присяжных в 1878– 1889 гг. // История и политика: методология, историография, политика: Материалы Всероссийской научно-практической конференции. Н.Новгород, 1997 г.

суда присяжных исключены 12 составов преступлений и остались всего 30 составов преступлений, дела о которых могут быть рассмотрены с участием присяжных.

Попытаемся разобраться в том, действительно ли суд присяжных лучше суда шэффенов (народных заседателей) и соответствует ли идеальная модель суда присяжных, о которой пишут современные авторы, восхищаясь этой формой рассмотрения дел, той, которая предусмотрена действующим УПК РФ.

Итак, аргументы в пользу суда присяжных.

1. Суд присяжных — это «глас народа». Однако далеко не все представители народа оказываются в коллегиях присяжных заседателей. Скорее это не суд народа, а суд представителей определенных категорий: пенсионеров, женщин, домохозяек. В силу различных причин, в том числе длительности рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей, наиболее активные члены общества — представители народа, отказываются участвовать в рассмотрении конкретных дел в качестве присяжных: заявляют самоотводы и они, как правило, принимаются председательствующим; либо вовсе не являются в суд. Встречаются случаи, когда с первого раза не удается укомплектовать коллессию присяжных заседателей именно по этой причине. Можно критиковать официальный подход к подбору народных заседателей в СССР, однако в числе народных заседателей были пропорционально представлены действительно все слои общества.

2. Суд присяжных представляет собой раздельное существование в нём судей права» (юристов профессионалов) и «судей факта» (коллессии присяжных заседателей), то есть разграничение компетенции между профессиональным судьей и коллессией присяжных заседателей.

Между тем, как это обоснованно отмечается в литературе, «Современное законодательство весьма прозрачно разграничило функции судей и присяжных заседателей по началу деления вопросов на фактические и юридические. В правоприменительной практике эти вопросы разграничить еще сложнее, они вытекают друг из друга, тесно переплетаясь».

Разве вопрос о доказанности виновности, на который должны ответить присяжные заседатели — это не юридический вопрос?

И председательствующий судья в напутственном слове обязан разъяснить присяжным на понятном им, не юристам, языке, что означает доказанность и что означает виновность. И потом, речь идет ведь о доказанности виновности обвиняемого в совершении преступления. А понятие преступления - это также юридический вопрос.

С другой стороны, председательствующий судья разрешает не только вопросы права, но и вопросы факта, например, имело ли место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый.

Разграничения компетенции между профессиональным судьей и присяжными заседателями не носит абсолютного характера.

3. Присяжные заседатели при решении отнесенных к их компетенции вопросов самостоятельны и независимы от влияния профессионального судьи.

Но так ли это на самом деле? У председательствующего имеются серьёзные «рычаги» влияния на присяжных заседателей.

1. Он решает вопросы самоотводов, мотивированных и немотивированных отводов кандидатов в присяжные и таким путем может сформировать в необходимых случаях «нужную коллегию».

2. Председательствующий вправе распустить коллегию присяжных заседателей.

3. Решение присяжных может зависеть и от того, какие вопросы и в каких формулировках поставлены перед ними. И при достаточной квалификации, председательствующий может сформулировать их так, чтобы получить нужные ответы.

4. Напутственное слово председательствующего, в котором, в том числе производится анализ исследованных доказательств.

5. Председательствующий судья вправе и не принять вердикт присяжных «с первого раза», возратить присяжных в совещательную комнату, для устранения неясностей или противоречий. При этом председательствующий вправе дополнить вопросный лист новыми вопросами. Разве это не прямое посягательство на независимость присяжных?

6. Статья 348 озаглавлена «обязательность вердикта», однако из содержания этой статьи следует, что обязателен только оправдательный вердикт, хотя и он может быть обжалован в суд второй инстанции. Обвинительный же вердикт не всегда обязателен для председательствующего судьи.

В соответствии с ч. 4 и 5 ст. 348 УПК РФ при наличии обвинительного вердикта председательствующий судья вправе вынести оправдательный приговор, если признает, что деяние подсудимого не содержит признаков преступления или распустить коллегию присяжных и сформировать другую, если признает, что не установлено событие преступления, либо не доказано участие подсудимого в совершении преступления.

В этой связи не ясно, почему сторонам запрещается ставить под сомнение обвинительный вердикт присяжных (ч. 4 ст. 347 УПК). Очевидно, что сторона защиты может продолжать отстаивать невиновность подсудимого и при обвинительном вердикте.

4. Присяжные заседатели не знакомятся с материалами дела до процесса и выносят вердикт только на основании сведений, полученных в ходе судебного следствия. Считается, что присяжным может быть лишь тот, кому вообще ничего неизвестно об уголовном деле, в рассмотрении которого он будет участвовать.

Возможно ли такое? Как правило, с участием присяжных рассматриваются «громкие дела», о которых становится широко известно из средств массовой информации сразу же после их возбуждения.

Средства массовой информации периодически сообщают о ходе расследования и его результатах; о задержании подозреваемых, называя их фамилии; об арестах и предъявлении им обвинения и т.д. и т.п.

И не знают об этих фактах, пожалуй, лишь те граждане, которые в принципе в силу закона не могут исполнять обязанности присяжных заседателей.

5. Считается также, что присяжным ничего не известно о личности подсудимого: его прежних судимостях, хроническом алкоголизме или наркомании и т.п. Так бывает не часто в силу тех же причин, что указаны в предыдущем пункте.

Вот, пожалуй, и все аргументы в пользу суда присяжных. И эти аргументы достаточно спорны.

Недостатки суда присяжных очевидны.

1. Присяжные лишь косвенно (признание или непризнание заставляющим снисхождения) участвуют в назначении наказания. А чаще всего (поскольку абсолютное большинство подсудимых, в том числе и судимых судом с участием присяжных признаются винов-

ными) именно при решении вопроса о наказании, его виде и размере так необходимо мнение представителей народа.

2. Суд присяжных - дорогостоящий институт. Рассматривается с участием присяжных мало дел, а затраты по таким делам весьма значительны.

3. Как уже отмечалось, суду с участием присяжных заседателей подсудно лишь небольшое количество уголовных дел и наличие этого института не обеспечивает реализацию принципа участия народных представителей в осуществлении правосудия.

4. Дела с участием присяжных заседателей рассматриваются чрезмерно долго.

Это ли не одна из причин, что присяжные бывает, выносят столь нелепые вердикты?

Не стоит ли пересмотреть взгляды и вернуться к институту народных заседателей? Да, этот институт достаточно серьезно критиковался в последние годы существования советского строя. Как только не называли народных заседателей: из них самые безобидные - «кивалы». При этом критике подвергался главным образом институт народных заседателей в том виде, как он сформировался в последнее десятилетие существования советского строя. Мы все помним те времена, когда народные заседатели постепенно из представителей народа, всех его слоев, стали представлять лишь пенсионеров.

В те годы постепенно народные заседатели превращались в постоянных судей, участвовали в осуществлении правосудия не две недели в году, а в течении многих лет подряд без всяких перерывов. Поэтому они утрачивали те черты, которые присущи шеффенам: отсутствие служебной заинтересованности в исходе дела, знание народной жизни и т.д., у них, как и профессиональных судей происходила так называемая профессиональная деформация.

Так, вместо того, чтобы вернуться к исполнению закона, регулирующего порядок участия народных заседателей в отправлении правосудия, было решено вовсе отказаться от этого института народовластия.

Институт народных заседателей критиковали еще и за то, что, якобы, сами они ничего не решали, постоянно зависели от мнения профессионального судьи. Смее заверить, исходя из собственного опыта (а в

качестве народного заседателя я участвовал в работе народного суда, и областного суда на протяжении многих лет), что это далеко не так.

Все зависело от культуры, опыта и профессионализма профессионального судьи и от настойчивости самих народных заседателей. Не припоминаю случая, чтобы профессиональный судья не посоветовался бы с народными заседателями по возникающим в ходе судебного разбирательства вопросам. Конечно же, если народные заседатели доверяли профессиональному судье, не сомневались в его профессионализме как юриста, то чаще всего они и соглашались с ним, убеждаясь в его правоте. При этом опытный судья никогда «не давил» на народных заседателей, а убеждал их в своей правоте, если возникали разногласия. Я вовсе не исключая и обратного. Всякое бывало в те времена. Но я знаю немало случаев привлечения судей к дисциплинарной и партийной ответственности за некорректное поведение в отношении народных заседателей. Вспоминаются и другое. Дважды мне лично в качестве народного заседателя областного суда пришлось приговаривать подсудимых к смертной казни. Если в одном случае мы были единодушны, то во втором получилось так, что мы, заседатели в прямом смысле «уговаривали» профессионального судью высказать первым свое мнение о наказании. Он же, ссылаясь на закон, отказывался делать это и требовал, чтобы мы первыми высказались по данному вопросу. Помнится, мы совещались не менее 8 часов, пока не был постановлен приговор. Председательствующий настоял на своем, и, только после нас, высказал свое мнение по каждому из вопросов, в том числе и по вопросу о наказании в виде смертной казни. А особые мнения народных заседателей? Разве их не было? Сам писал и знаю другие случаи. Поэтому, тот факт, что народные заседатели и в самом деле чаще всего соглашались с профессиональным судьей, свидетельствует лишь об опыте, высокой квалификации, тактичности профессионального судьи, а вовсе не дает оснований пренебрежительно относиться к народным заседателям, называя их «кивалами».

С другой стороны, забываются преимущества суда шэффенов (народных заседателей) в сравнении с судом присяжных. Об этом много писалось в советской литературе и немало в литературе зарубежных стран. Остановимся лишь на некоторых из них.

1. Участие народных заседателей (шеффенов) в суде – один из существенных элементов демократии, народовластия, одна из форм участия представителей народа в осуществлении власти, в данном случае, судебной.

2. Когда народные заседатели действительно участвуют в управлении правосудия не более двух недель в году, у них не происходит профессиональной деформации, что свойственно профессиональным судьям. Напротив, участие народных заседателей позволяет нейтрализовать в какой-то степени профессиональную деформацию судей.

3. Постепенно происходит и нарастает отрыв профессиональных судей от народа. Они все меньше и меньше знают и понимают жизнь простых людей и причины совершения ими преступлений. Народные же заседатели сами из народа, знают жизнь простых людей, они также претерпевают те же трудности, что и другие обычные граждане, коих большинство в России.

Поэтому мнение народных заседателей столь же важно (а может быть и в большей степени важно) не только при решении вопроса о виновности, но и о наказании, его виде, размере, возможности освобождения.

4. Профессиональные судьи — чиновники. И за их деятельностью нужен контроль. Участие в суде народных заседателей как раз и есть форма народного контроля за деятельностью профессиональных судей.

5. Участие в осуществлении правосудия народных заседателей (шеффенов) повышает авторитет суда и авторитет судебной власти в целом. Ибо граждане, предстающие перед судом (будь то уголовные или гражданские дела) видят, что судят их такие же граждане, как и они сами: нередко даже знакомые им по работе или месту жительства.

Понимаю, что приведенные аргументы не новые, но они актуальные и в наше время. К этому добавлю, что институт шеффенов функционирует во многих Европейских государствах. Более того, такие заседатели участвуют в рассмотрении дел в арбитражных судах и в России.

Считаю, что необходимо пересмотреть негативное отношение к институту народных заседателей (шеффенов) и внести соответствующие изменения в законодательство.

Обобщая все изложенное, прихожу к выводам:

1. Мировые судьи, а также судьи районных федеральных судов должны не назначаться, а избираться по избирательным округам, на территории которых им предстоит работать и они должны быть подотчетны избирателям.

2. Не оспаривая преимущества рассмотрения особо опасных государственных преступлений тремя профессиональными судьями, а также возможность рассмотрения уголовных дел о преступлениях небольшой тяжести, а с согласия обвиняемого - и средней тяжести единолично судьей считаю, что дела о всех других преступлениях должны рассматриваться коллегиально: с участием одного профессионального судьи и двух народных заседателей (шеффенов).

§ 2.2 ПРОКУРОР

Понятие и пределы прокурорского надзора неотделимы от определения места органов прокуратуры в системе и структуре федеральных органов власти в современной России. Тем более что этот вопрос не разрешен в действующей Конституции РФ. Единственная статья Конституции, касающаяся прокуратуры, расположена в разделе «Судебная власть».

Конечно же, прокуратура не относится к судебной власти. Равно как она не относится к власти исполнительной либо законодательной. Органы прокуратуры следует рассматривать не с позиции разделения властей, а совершенно в ином аспекте: как орган, представляющий в субъектах Федерации все три высшие федеральные ветви власти и защищающий с позиции надзора за соблюдением и исполнением общефедеральной законности их интересы, а значит, и интересы федеральной власти в целом. Не случайно поэтому Генеральный прокурор РФ назначается на должность и освобождается от должности по взаимному согласию с высшей исполнительной (Президент РФ) и высшей законодательной (Совет Федерации) властью. Было бы еще правильнее, если бы при решении этого вопроса принимал участие и Конституционный Суд путем согласования с ним кандидатуры Генерального прокурора РФ.

В связи с этим нет никакой необходимости в существовании института федеральных инспекторов. Логичным было бы тогда,

чтобы и другие ветви власти – законодательная и судебная – также имели своих представителей на местах. Однако в этом нет необходимости, так как именно прокурор и представляет интересы всех ветвей высшей федеральной власти на местах. Ведь прокурор осуществляет надзор за исполнением не только федеральных законов, но и указов президента РФ, постановлений Правительства РФ, постановлений Конституционного Суда РФ, постановлений Пленума Верховного Суда.

Отсюда следует, что прокурор должен осуществлять в субъектах Федерации надзор¹ за соблюдением и исполнением федеральных законов (в широком понимании этого термина) также всеми тремя ветвями власти субъекта Федерации и местной властью. Неподнадзорными органами прокуратуры могут быть только органы высшей федеральной власти: Парламент, Президент, Правительство, Конституционный Суд и Верховный Суд. В связи с этим совсем непонятно, почему прокурор осуществляет надзор за законностью принимаемых представительными органами власти субъектов Федерации актов, осуществляет надзор за соблюдением законов исполнительными органами власти субъектов Федерации и лишен такой возможности по отношению к судам. По УПК РФ прокурор не вправе даже опротестовать какое бы то ни было судебное решение в апелляционном, кассационном или надзорном порядке. В этом отношении он полностью уравнен в правах с защитником и обвиняемым. Правда, жалоба прокурора стыдливо именуется представлением, хотя сути это не меняет.

Такое положение вещей, т. е. лишение прокурора не только права осуществлять надзор за соблюдением законов в ходе судебного разбирательства дел, но и по возможности хотя бы принести протест на незаконный и необоснованный приговор суда в кассационном порядке и в порядке надзора, приводит к еще большей закрытости и корпоративности судебной системы. Поэтому следует, во-первых, всячески противостоять попыткам еще больше ограничить прокурорский надзор и, во-вторых, вернуть прокуратуре надзорные пол-

¹ Подробнее см.: Прокурорский надзор: Учебное пособие / Н.П. Кириллова; Санкт-Петербургский государственный университет. Юридический факультет. СПб.: Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета. 2005. 280 с.

номочия по отношению к федеральным и местным судам субъектов Федерации.

Позиции противников укрепления и усиления надзорных полномочий прокуратуры ясны. Они хотели бы низвести прокуратуру и ее органы к роли осуществления только лишь уголовного преследования и как одной из форм – поддержания обвинения в суде. Такая позиция имеет право на существование. В истории России был период, когда прокуратура из «ока государева» превратилась в орган уголовного преследования. Однако следует понимать условия того времени. Отмена крепостного права, подъем сельскохозяйственного и промышленного производства, общественно-политическая стабильность – именно эти факторы и позволили реформировать, в том числе и прокуратуру.

После взятия власти большевиками В.И. Ленин открыто признавал, что Россия погрузилась в пучину беззакония. Именно он, будучи юристом, сумел перебороть тогдашнее большинство в ЦК ВПК (б) и добиться создания прокуратуры как единого централизованного не подчиняющегося местным властям органа. Возможно, и был в России (СССР) такой период (80-е годы), когда можно было обойтись без прокуратуры надзорного типа, превратив ее в орган уголовного преследования, но настоящее время сильно напоминает первые советские десятилетия. Сегодня столь же актуальна проблема законности, как и тогда: организованная преступность, коррупция, терроризм захлестнули страну. И в связи с этим, как в двадцатые годы прошлого столетия, следует не добивать прокуратуру, а всемерно укреплять ее, в частности, вновь наделив ее правом на осуществление надзора за законностью рассмотрения дел в судах.

Несмотря на множество работ (особенно советского периода) до сих пор в литературе нет четкого разграничения понятия «надзор» и «контроль». Особенно это касается такого направления деятельности прокуратуры, как надзор за законностью при производстве предварительного расследования.

Так, принятие Федерального Закона от 8 июня 2007 г. дало почву многим ученым считать, что значительно урезаны надзорные полномочия прокурора. Однако это вовсе не так. Контроль или процессуальное руководство, предполагает наличие властных полномочий по отношению к руководимым субъектам. Надзор же за соблюдением

законов предполагает отсутствие у надзирающего за соблюдением и исполнением законов таких властных полномочий по отношению к поднадзорным субъектам. Обнаружив нарушения Федерального Закона, прокурор сам не отменяет незаконный акт, а лишь принимает меры (в том числе и через суд) к устранению нарушенного закона. При этом прокурор должен, безусловно, обладать правом принимать меры к привлечению лиц, допускающих нарушения федеральных законов, к ответственности, в том числе и уголовной. В этой связи не согласуется с надзорной функцией прокуратуры лишение прокурора права возбуждать уголовные дела в случае обнаружения им признаков преступления в действиях поднадзорных лиц.

Таким образом, Федеральный Закон от 8 июня 2007 года и последующие изменения УПК РФ не ограничивает надзорные полномочия прокурора, а лишает его функции процессуального руководства предварительным следствием, хотя и оставляет за ним некоторые полномочия вовсе не надзорного характера, например: по утверждению обвинительного заключения; отмене постановления о возбуждении уголовного дела и некоторые другие. В последующем же законодатель проявил непоследовательность, расширяя полномочия прокурора именно по процессуальному руководству предварительным следствием. Впрочем, это вполне естественно, ибо жизненно необходим единый координатор и руководитель всего расследования в целом, независимо от ведомственной подчиненности органов дознания и следствия. И пока не будет создан единый аппарат расследования преступлений, кроме прокурора таким координатором и руководителем попросту некому быть. Отсутствие же единого руководителя может привести и уже приводит к разобщенности органов предварительного расследования, в различном толковании их руководителями единых норм УПК, а отсюда к разрушению единства следственной практики.

Непоследовательность законодателя проявляется и в том, что прокурор остается процессуальным руководителем дознания. Его полномочия по отношению к дознанию осталось прежним.

Любое реформирование предполагает, прежде всего, продуманность реформ и серьезное обсуждение их всеми заинтересованными ведомствами, а также широкой, в том числе, научной общественности. К сожалению, к ученым давно уже перестали прислушиваться

при изменении законодательства, нас ставят лишь перед фактами, что закон изменен. Обобщая изложенное, прихожу к выводу: прокуратура должна оставаться высшим органом надзора за соблюдением законов всеми ветвями власти, в том числе и судебной власти. Естественно, за исключением тех субъектов, деятельность которых неподнадзорна прокурору (Федеральное Собрание, Президент, Правительство и высшие судебные органы РФ). Прокурор должен осуществлять не только функцию надзора, но и функцию процессуального руководства предварительным расследованием, во всяком случае до тех пор, пока не будет образован единый орган предварительного расследования.

Итак, можно с полной уверенностью утверждать, что в 2007 г. В России произошли столь существенные изменения досудебного производства, что их по праву можно назвать революционными или контрреволюционными (в зависимости от того, кто как к ним относится). Недаром на протяжении нескольких лет они активно обсуждаются учеными-процессуалистами¹.

Прокуратура уже тогда фактически лишилась следственного аппарата. Прокурор, ранее выполнявший в досудебном производстве две функции: функцию надзора за соблюдением законности расследования и одновременно функцию процессуального руководства расследованием, полностью лишился полномочий по процессуальному руководству следствием. Странно, по-моему, то, что функция процессуального руководства дознанием за прокурором сохранилась.

Как уже отмечалось ранее, идея лишить прокурора полномочий по процессуальному руководству предварительным следствием не нова. Она обсуждалась в литературе на протяжении всего советского

¹ См.: *Халиулин А.Г.* Правовое регулирование досудебного производства по уголовным делам нуждается в исправлении системных ошибок // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2008. № 11. С. 3–8; *Воронин О.В.* К вопросу об эффективности существующих форм контроля за предварительным следствием // *Вестник Омского университета.* 2008. № 1: Право. Вып. 12 С. 128-130; *Воронин О.В.* Теоретические основы современной прокурорской деятельности. Томск, 2013. С. 86-88; *Воронин О.В.* Прокурорское уголовное преследование в различных стадиях и производствах отечественного уголовного процесса // *Вестник Томского государственного университета. Право.* 2013. № 1(17). С. 26; *Ковтун Н.Н.* К дискуссии об «утраченных» полномочиях прокурора. Есть ли предмет для дискуссий? // *Российская юстиция.* 2010. № 5 С. 29-34; *Коньков С.Н.* Проблемы правового статуса прокурора в досудебном производстве // *Уголовное судопроизводство.* 2008. № 2 С. 12–17.

периода российской истории и особенно лоббировалась в последние годы существования Союза ССР, а затем на протяжении всего постсоветского периода уже Российского государства. При этом большинство сторонников этой идеи были непоследовательны. Они низводили роль прокурора в уголовном процессе лишь к осуществлению функции уголовного преследования, ратуя в то же время за лишение его властных полномочий как по возбуждению уголовного преследования, так и по его осуществлению. То есть, по существу, по мнению сторонников подобных идей, роль прокуратуры в уголовном процессе должна была сводиться лишь к поддержанию государственного обвинения в суде.

Любопытно, что данные авторы ссылались на зарубежный опыт. На самом деле, если непредвзято и внимательно изучить его, то станет ясно, что роль прокуратуры в досудебном производстве эти авторы либо не изучали, либо изучали избирательно. Так, если взять, для примера, Германию, то там прокурор, по сути, является «главным субъектом» расследования любого преступления. Его указания для полицейского дознавателя являются безусловно обязательными. Он вправе сам, не принимая дела к своему производству, производить любые процессуальные действия по любому уголовному делу. Все дела по окончании дознания поступают в прокуратуру, и он не только вправе, но и обязан в случае необходимости прекратить уголовное преследование либо дополнить расследование, не направляя поступившее дело для производства дополнительного дознания. Более того, именно прокурор составляет обвинительный акт по каждому уголовному делу, которое он считает необходимым направить в суд. Именно этот прокурор со знанием дела и его деталей затем поддерживает обвинение в суде¹.

Даже в англо-американском типе уголовного судопроизводства именно прокурор направляет уголовное дело в суд, по которому затем и поддерживает обвинение. При этом не следует забывать, что в абсолютном большинстве государств, в которых предусмотрено досудебное уголовно-процессуальное производство, предварительное расследование (в нашем понимании этого термина) производит один

¹ Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ: учебник. 6-е изд., с доп. и изм. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2004. С. 62–67.

орган: полицейский дознаватель в Германии, судебный следователь в Италии и Франции.

Что же получилось у нас в результате проводимой, начиная с 2007 г., реформы? Следственный аппарат по-прежнему сосредоточен в четырех разных ведомствах. Прокурор лишен возможности координировать их деятельность. При отсутствии единого координационного центра (в лице прокурора) объективно будут возникать трудности во взаимодействии следователей разных ведомств. Каждый из ведомств будет продолжать издавать ведомственные нормативные акты, инструкции, существенно различающиеся между собой и разрывающие единое уголовно-процессуальное законодательство.

Начиная с 2007 г. и по сей день, законодатель весьма непоследователен. Лишив прокурора функции процессуального руководства предварительным следствием, он все же оставляет за ним определенные властные полномочия именно по процессуальному руководству. Причем последними изменениями, внесенными в УПК РФ, перечень этих полномочий был расширен.

Так, в соответствии с ч. 4 ст. 146 УПК РФ прокурор не позднее 24 часов с момента получения материалов вправе отменить постановление о возбуждении уголовного дела. В срок не позднее 5 суток с момента получения материалов прокурор вправе отменить постановление об отказе в возбуждении уголовного дела.

В срок не позднее 14 суток с момента получения материалов уголовного дела прокурор вправе отменить постановление о прекращении уголовного дела (ч. 1 ст. 214 УПК РФ) и в этот же срок – постановление о приостановлении предварительного следствия (ч. 3 ст. 153 УПК РФ).

В соответствии с ч. 3 ст. 158 УПК РФ решение о соединении уголовных дел, подследственных разным органам предварительного расследования, принимает руководитель следственного органа на основании решения прокурора (подчеркнуто мною. – Ю.Я.) об определении подследственности.

Наконец, окончательное решение по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением, принимает прокурор. Он может либо утвердить обвинительное заключение, либо вернуть дело следователю для производства дополнительного следствия, для изменения объема обвинения, либо квалификации действий обвиня-

емых и устранения выявленных недостатков со своими письменными указаниями (ч. 1 ст. 221 УПК РФ). Другими словами, ни одно дело не будет принято судом к рассмотрению без утверждения обвинительного заключения прокурором.

Прокурор остается органом уголовного преследования, но почему-то лишен возможности возбудить его (возбудить уголовное дело). Прокурор осуществляет надзор за законностью предварительного следствия, но тогда почему до сих пор он остается участником со стороны обвинения?

Какой можно предложить выход из создавшейся ситуации? На мой взгляд, один из двух.

Либо создание единого следственного органа, руководитель которого (непосредственно и через нижестоящих руководителей) и будет осуществлять процессуальное руководство предварительным следствием, уголовное преследование и представитель которого затем будет поддерживать государственное обвинение в суде. Тогда за прокурором остается только функция надзора за соблюдением законов как при производстве предварительного расследования, так и в суде. Либо вернуть прокурору функцию процессуального руководства предварительным расследованием и соответствующие властные полномочия. И тогда прокурор вновь станет координатором деятельности всех органов предварительного расследования и будет отвечать за его качество и эффективность. В любом случае прокурору следует вернуть право самостоятельно возбуждать уголовные дела.

Исходя из того, что в ближайшей перспективе вряд ли будет образован единый орган предварительного расследования (ни одно из ведомств, в которых имеются органы дознания или следственный аппарат, никогда добровольно не откажутся от возможности иметь его) и в интересах повышения эффективности раскрытия и расследования преступлений, борьбы с преступностью в целом, необходимо вернуться к тому положению, которое было до 2007 г.

В досудебном производстве прокурор должен выполнять две функции¹:

¹ См. например: Соловьев А.Б., Токарева М.Е., Халиулин А.Г. Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании преступлений. М.: ООО Изд-во «Юрлитинформ», 2000; Деряшев Ю.В. Прокуратура Российской Федерации: Учебное пособие. Омск: Юридический институт, 2003.

1. Уголовное преследование. Впрочем, на самом деле по содержанию эта функция шире, чем просто уголовное преследование. Прокурор должен не просто осуществлять уголовное преследование, а, осуществляя уголовное преследование, руководить процессуальной деятельностью других участников со стороны обвинения: следователя, дознавателя, руководителя следственного органа. Не случайно ранее эта функция прокурора в досудебном производстве обозначалась как процессуальное руководство предварительным следствием. Так она должна именоваться и впредь.

2. Осуществляя уголовное преследование (процессуальное руководство), прокурор одновременно выполняет и функцию надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного расследования.

На протяжении десятилетий в уголовно-процессуальной литературе отмечалось, что является ненормальным положение, при котором прокуратура осуществляет одновременно две функции: руководство расследованием и надзор за законностью¹ деятельности (или за самой деятельностью) органов предварительного расследования. Получается, считали они, что прокуратура надзирает «сама за собой», и такой надзор, в лучшем случае, является по существу не чем иным, как ведомственным контролем. Многие авторы считали неудачным и теоретически несостоятельными попытки других ученых обосновать тезис о том, что, руководя расследованием, прокурор и выполняет функцию надзора².

Прокуратура должна и может полноценно осуществлять только одну функцию: либо руководство предварительным расследованием, либо надзор за ним³.

Как и во всех есть доля истины и в этих словах. Но можно ли найти кого-либо, кто бы был абсолютно объективен? И потом, почему сторонники идеи о лишении прокурора полномочий по процессуальному руководству расследованием и наделением его также фун-

¹ См. об этом, например: Михайловская И.Б. Новый УПК РФ: Изменение процессуальной формы. В кн.: Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Самара: Изд-во «Самарский университет». 2003. С. 11–18.

² Басков В.И. Прокурорский надзор в СССР. М.: Издательство Московского университета, 1991. С. 97–173.

³ Там же.

кцией надзора, не предлагают исключить его из числа участников со стороны обвинения. Ведь отнесение прокурора к одной из сторон, лишает его объективности в большей степени, чем наделение полномочиями по процессуальному руководству.

Кроме того из двух зол выбирают меньшее зло. Вряд ли кто (кроме представителей Следственного Комитета) будет отрицать, что качество предварительного следствия ухудшилось после 2007 г. и связано это в том числе и с тем, что оно лишилось процессуального руководства в лице прокурора.

Необходимо заметить, впрочем, что фактически эти две функции прокурора в досудебном производстве (хотя одна из них и ограничена применительно к предварительному следствию) в целом сохранены в действующей редакции уголовно-процессуального законодательства.

Прокурор, как и прежде, в полной мере осуществляет процессуальное руководство расследованием в форме дознания. Фактически он **является процессуальным руководителем дознания**, а вовсе не начальник подразделения дознания, или начальник органа дознания. Прокурор вправе давать дознавателю письменные указания по любым вопросам предварительного расследования, они являются обязательными для дознавателя и обжалование их вышестоящему прокурору не приостанавливает исполнение указаний. Прокурор вправе отстранить дознавателя от дальнейшего расследования и передать дело другому дознавателю или следователю. Только с согласия прокурора дознаватель вправе возбудить перед судом ходатайство об избрании, изменении или отмене меры пресечения либо производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения, а также возбудить уголовное дело частного обвинения. Прокурор вправе отменить любое постановление дознавателя. Прокурор разрешает отводы, заявленные дознавателю и его самоотводы. Прокурор утверждает постановление дознавателя о прекращении уголовного дела, а также обвинительный акт или обвинительное постановление.

Прокурор при утверждении обвинительного акта или обвинительного постановления вправе исключить из него отдельные пункты обвинения либо переквалифицировать обвинение на менее тяжкое, или вовсе прекратить уголовное дело. Прокурор может и не

утвердить обвинительный акт или обвинительное постановление и возвратить уголовное дело для их пересоставления, производства дополнительного дознания или производства вместо сокращенного дознания, дознания в обычной форме.

Непоследовательность (а может и осторожность) законодателя выражается в том, что определенные властные полномочия прокурора по процессуальному руководству предварительным следствием, как уже отмечалось ранее, сохранились и более того в дальнейшем расширились. Так, в соответствии с ч. 4 ст. 164 УПК РФ прокурор не позднее 24 часов с момента получения материалов вправе отменить постановление о возбуждении уголовного дела. В срок не позднее 5 суток с момента получения материалов прокурор вправе отменить постановление об отказе в возбуждении уголовного дела.

В срок не позднее 14 суток с момента получения материалов уголовного дела прокурор вправе отменить постановление о прекращении уголовного дела (ч. 1 ст. 214 УПК РФ) и в этот же срок — постановление о приостановлении предварительного следствия (ч. 3 ст. 153 УПК РФ).

В соответствии с ч. 3 ст. 158 УПК РФ решение о соединении уголовных дела, подследственных разным органам предварительного расследования принимает руководитель следственного органа на основании решения прокурора (подчеркнуто мною. — Ю. Я.) об определении подследственности.

Прокурор вправе предавать уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении от одного органа предварительного расследования другому (за исключением передачи уголовного дела или материалов проверки сообщения о преступлении в системе одного органа предварительного расследования) в соответствии с правилами, установленными ст. 151 УПК РФ, изымать любое уголовное дело или любые материалы проверки сообщения о преступлении у органа предварительного расследования федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) и передавать его (их) следователю Следственного комитета Российской Федерации с обязательным указанием оснований такой передачи.

Наконец, окончательное решение по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением, принимает прокурор. Он

может либо утвердить обвинительное заключение, либо вернуть дело следователю для производства дополнительного следствия, для изменения объема обвинения, либо квалификации действий обвиняемых и устранения выявленных недостатков со своими письменными указаниями (ч. 1 ст. 221 УПК РФ). Другими словами, ни одно дело не будет принято судом к рассмотрению без утверждения обвинительного заключения прокурором.

Прокурор остается органом уголовного преследования, но почему-то лишен возможности возбудить его (возбудить уголовное дело). Прокурор осуществляет надзор за законностью предварительного следствия, но тогда почему до сих пор он остается участником со стороны обвинения?

Прежде чем, перейти к вопросу о функциях прокурора в судебном производстве необходимо определить с понятием «прокурор».

Вопрос о том, кого считать прокурором, как участником процесса со стороны обвинения, решен в новом УПК РФ не вполне определенно.

В соответствии с ч. 5 ст. 37 УПК РФ полномочия прокурора, предусмотренные этой статьей (т.е. те, что были рассмотрены выше), осуществляются прокурорами района, города, их заместителями, приравненными к ним прокурорами и вышестоящими прокурорами. Однако п. 31 ст. 5 УПК РФ устанавливает, что «прокурор — Генеральный прокурор Российской Федерации и подчиненные ему прокуроры, их заместители и иные должностные лица органов прокуратуры, участвующие в уголовном судопроизводстве и наделенные соответствующими полномочиями Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации»». Однако такое определение включает в понятие «прокурор» и лиц, занимающих должности помощников прокурора.

В соответствии с ч. 4 ст. 37 УПК РФ, государственное обвинение поддерживает прокурор. Одновременно, п. 6 ст. 5 УПК РФ, государственный обвинитель — поддерживающее от имени государства обвинение в суде по уголовному делу должностное лицо органов прокуратуры (т.е. в том числе и помощник прокурора).

Следует ли отсюда, что помощники прокурора наделены теми же полномочиями, что и сами прокуроры или их заместители?

Очевидно, что да в тех случаях, когда они участвуют в судебных заседаниях, но только, конечно же, не в досудебном производстве.

Не простым является и вопрос о том, какую функцию выполняет прокурор в суде. Во всяком случае, неправильно считать, что в суде прокурор всегда выполняет функцию государственного обвинителя. В суде первой и апелляционной инстанции прокурор действительно в соответствии с УПК РФ выполняет функцию стороны. Прокурор выполняет функцию стороны обвинения, соответственно ему представляются все полномочия стороны. Закон не содержит исчерпывающего (или даже примерного) перечня полномочий прокурора в судебном производстве по уголовному делу (за исключением перечня прав государственного обвинителя на стадии судебного разбирательства). В ч. 4 ст. 37 УПК РФ зафиксировано лишь общее положение: «В ходе судебного производства по уголовному делу прокурор поддерживает государственное обвинение, обеспечивая его законность и обоснованность...». В то же время, применительно к другим участникам уголовного процесса, выступающим в судебном разбирательстве со стороны обвинения или на стороне защиты, законодатель сделал попытку дать подробный, хотя и не исчерпывающий список их прав на судебных стадиях (см., например, п.п. 14–20, 22 ч. 2 ст. 42 УПК РФ, п.п. 16–21 ч. 4 ст. 47 УПК РФ и т. д.). Следует, по видимому, исходить из общего правила, закрепленного в ч. 4 ст. 15 УПК РФ, в соответствии с которым стороны обвинения и защиты равноправны перед судом. Соответственно, прокурору (государственному обвинителю) в судебном производстве принадлежат, как минимум, все те же права, которые предоставлены другим участникам, действующим на стороне защиты и стороне обвинения. Указания на конкретные такие права имеются в отдельных нормах УПК РФ, регламентирующих порядок осуществления деятельности на судебных стадиях уголовного процесса. Так, на основании ст. 229 УПК РФ, государственный обвинитель вправе заявить ходатайство о проведении предварительного слушания. В соответствии с ч. 3 ст. 235 УПК РФ, он вправе возражать против исключения доказательства и для обоснования своей позиции ходатайствовать о допросе свидетеля и приобщении к уголовному делу новых документов. В соответствии с ч. 4 ст. 354 УПК РФ, государственному обвинителю (прокурору)

принадлежит право обжалования судебного решения, не вступившего в законную силу.

Перечень же прав государственного обвинителя в судебном разбирательстве по уголовному делу содержится в ст. 246 УПК РФ.

Одновременно, следует отметить, что права государственного обвинителя и в судебных стадиях не идентичны правам, представленным здесь же участникам, действующим на стороне защиты. Это неизбежно и продиктовано объективно существующей необходимостью предоставления различных прав стороне защиты и стороне обвинения, имеющим различные процессуальные интересы. Так, в соответствии с ч. 5 ст. 37 УПК РФ, прокурор вправе отказаться от осуществления уголовного преследования. Такой отказ прокурора от обвинения должен в соответствии с законом повлечь за собой прекращение уголовного дела (ч. 1 ст. 239 и ч. 7 ст. 246 УПК РФ)¹. В то же время, правомочия государственного обвинителя в судебных стадиях шире и прав потерпевшего, который, в соответствии с п. 16 ч. 2 ст. 42 УПК РФ также вправе поддерживать обвинение. Однако потерпевший не может самостоятельно поддерживать обвинение в суде в ситуации, когда от него отказался государственный обвинитель, хотя имеет право обжаловать вынесенное судом постановление о прекращении уголовного дела по этому основанию.

Уже из изложенного следует, что функция прокурора даже в суде первой инстанции не сводится только к поддержанию государственного обвинения.

¹ Конституционный Суд РФ счел, что данные нормы не противоречат Конституции РФ при условии, что полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения, как влекущий прекращение уголовного дела, равно как и изменение государственным обвинителем обвинения в сторону смягчения будут мотивированы со ссылкой на предусмотренные законом основания, а вынесение судом решения, обусловленного соответствующей позицией государственного обвинителя, будет недопустимым лишь по завершении исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнений участников судебного заседания со стороны обвинения и защиты, и что законность, обоснованность и справедливость такого решения возможно проверить в вышестоящем суде. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2003 года № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан».

Разве не должен прокурор, участвуя в суде первой инстанции, реагировать на нарушения закона со стороны, например, лиц, допускающих неуважительное отношение к суду, угрожающих свидетелям или потерпевшим, иные неправомерные действия? Не только должен, но и обязан в соответствии с Федеральным законом РФ «О прокуратуре Российской Федерации». Другое дело, что у прокурора недостаточно полномочий для того, чтобы адекватно среагировать на допущенные в судебном заседании нарушения закона. Приведу интересный пример из практики. В федеральном суде рассматривалось дело об убийстве двух лиц. Во время перерыва в присутствии секретаря судебного заседания и поддерживающего обвинение помощника прокурора жена подсудимого стала требовать от потерпевшей (жены убитого) изменения показаний, косвенно угрожая ей убийством. Она сказала примерно следующее: «Одна такая уже давала показания, и теперь она где? На кладбище. Так что думай, прежде чем оговаривать моего мужа». Об этом инциденте сообщили и судье. До 2007 г. прокурор непременно возбудил бы уголовное дело. А мог бы возбудить уголовное дело и сам судья. А теперь и прокурор, и судья лишены такого полномочия. И единственное, чем они ограничились в данном конкретном случае – внушением и предупреждением о возможной уголовной ответственности за подобного рода действия. Конечно, реакция помощника прокурора должна была быть иной. Он должен был проинформировать своего непосредственного начальника – прокурора о произошедшем в суде инциденте, а тот должен был вынести соответствующее постановление и направить его в Следственный орган Следственного Комитета РФ для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Но не слишком ли сложна такая процедура? И потом, почему прокурор, осуществляющий надзор за законностью предварительного следствия, а также и функцию уголовного преследования, должен просить о возбуждении этого преследования у поднадзорного ему должностного лица?

Более логичным было бы решение о возвращении прокурору функции надзора за соблюдением законов при рассмотрении дел в судах, наделив, в том числе полномочием по возбуждению уголовного дела в отношении лиц, совершающих преступные действия во время судебного разбирательства.

При рассмотрении дел, в том числе и по первой инстанции, в особых и дополнительных производствах¹, прокурор осуществляет не функцию уголовного преследования, а именно функцию надзора за соблюдением закона. Так, участие в судебно-контрольных (особых) производствах (п. 8 ст. 37 УПК РФ) прокурор вообще не обязан поддерживать ходатайство следователя об избрании в качестве меры пресечения заключение под стражу, домашнего ареста или залога, или ходатайство о производстве обыска в жилище, либо иных следственных действий, когда для этого требуется судебное решение. Мне лично известны случаи когда, например, прокурор не поддержал ходатайство следователя от избрании в отношении подозреваемого в качестве меры пресечения заключение под стражу, а согласился с защитой в том, что можно обойтись иной мерой пресечения. Такие же ситуации могут возникать и при рассмотрении жалоб на действия (бездействие) следователя и принимаемые им решения, когда прокурор соглашается с заявителем, а не следователем.

В производствах по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с исполнением приговора (дополнительных производствах) в соответствии с ч. 6 ст. 399 УПК РФ вправе участвовать прокурор. И в этих производствах, как и судебно-контрольных, уголовные преследование не осуществляется, и прокурор осуществляет функцию не обвинения, а надзора за соблюдением законов при рассмотрении и разрешении этих дел. Следовало бы только в ч. 6 ст. 399 УПК РФ закрепить не право, а обязанность прокурора участвовать в судебном заседании.

Представляется, что после вступления приговора в законную силу, функция уголовного преследования, а значит и обвинения прекращается. А это означает, что в кассационном и надзорном производствах, прокурор также осуществляет функцию надзора за соблюдением законов при рассмотрении уголовных и иных дел в порядке уголовного судопроизводства. В этой связи прокурору следовало бы вернуть право самостоятельно возбуждать кассационное и надзорное производства путем внесения протестов на незаконные с его точки зрения постановления, определения и приговоры, вступившие в законную силу. Кассационный или надзорный протест прокурора,

¹ Производства по судебному контролю.

наряду с постановлением судьи или Председателя суда, должен служить основанием для рассмотрения дела судом кассационной или надзорной инстанции.

1. При отсутствии единого координационного центра (в лице прокурора) объективно будут возникать трудности во взаимодействии следователей разных ведомств. Каждое из ведомств издает и будет издавать ведомственные нормативные акты, инструкции, существенно различающиеся между собой и размывающие единое уголовно-процессуальное законодательство.

С точки зрения практической, отсутствие прокурорского контроля за следствием не может привести к увеличению сроков предварительного следствия и предварительного содержания под стражей. Ибо упростили порядок продления и тех и других.

2. В любом случае (при сохранении полицейского упрощенного дознания по делам небольшой и средней тяжести, которые возбуждены в отношении конкретных лиц) должна быть создана единая федеральная служба предварительного расследования. Если она будет оставаться полностью самостоятельной, независимой от прокуратуры, тогда ее представители со знанием дела будут поддерживать в суде обвинения по нему. В этом случае за прокуратурой остается лишь функция внешнего надзора за соблюдением закона при производстве предварительного расследования и поддержанию обвинения в суде.

Предпочтительнее же вернуться к тому положению, которое существовало до 2007 г., когда прокурор осуществлял надзор за законностью предварительного расследования и одновременно функцию процессуального руководства предварительным расследованием. Безусловно, следует наделить прокурора правом как возбуждать уголовное преследование (уголовное дело), так и прекращать его.

Только в этом случае прокурор сможет эффективно выполнять возложенную на него обязанность по осуществлению уголовного преследования. Об этом свидетельствует многолетний как российский опыт, так и опыт других европейских стран.

3. В суде при рассмотрении уголовных дел фактически прокурор осуществляет не только функцию государственного обвинения, но и функцию надзора за соблюдением законов. Причем функция надзора

является единственной при рассмотрении дел судебно-контрольного (особого) производства и при рассмотрении вопросов, возникающих при исполнении приговора (дополнительные производства) на всех судебных стадиях. В этой связи следовало бы прямо обозначить эту функцию в УПК РФ.

4. Прокурору должно быть предоставлено право приносить не жалобы (в виде представлений, а протесты на незаконные с его точки зрения судебные акты).

5. Прокурору следует также предоставить право путем принесения протестов, самостоятельно возбуждать кассационное и надзорное производство.

Глава 3

ОРГАНЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

§ 3.1. ФУНКЦИИ ДОЗНАВАТЕЛЯ И СЛЕДОВАТЕЛЯ. ПРЕОДОЛЕНИЕ РАЗОБЩЕННОСТИ ОРГАНОВ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Ныне действующий УПК РФ относит должностных лиц и органы предварительного расследования к участникам со стороны обвинения. Неразумность законодателя в этом вопросе не вызывает сомнения у большинства современных ученых. На практике же указанное положение приводит к обвинительному уклону: следователь и дознаватель не стремятся к объективности и всесторонности расследования, не отыскивает и не приобщает к делу доказательства, противоречащие версии обвинения, их деятельность носит односторонний характер и это не противоречит закону.

По УПК РФ следователь и не должен быть объективным. Он уже не осуществляет функцию объективного расследования (как по УПК РСФСР), а осуществляет функцию обвинения, а потому деятельность его может быть односторонней. Новый УПК, равно как и объективности, не требует от следователя и всесторонности.

Именно так, исходя из того, что следователь и защитник выполняет каждый одну функцию, соответственно обвинения и защиты, сформулирован и предмет доказывания. Анализ статьи 73 УПК РФ позволяет сделать вывод о том, что в ней обстоятельства, подлежащие доказыванию четко подразделяются на две группы: те, которые

должна доказать сторона обвинения и которые обязана доказать сторона защиты.

Сторона обвинения должна доказать:

- 1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления);
- 2) виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы; характер и размер вреда, причиненного преступлением; обстоятельства, отягчающие наказание.

В свою очередь, сторона защиты должна устанавливать (доказывать):

- 1) обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния;
- 2) обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания;
- 3) обстоятельства, смягчающие наказание.

Кроме того, должны быть установлены обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого. Опять таки, исходя из принципа состязательности, очевидно: сторона обвинения должна устанавливать обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого с отрицательной стороны, а сторона защиты – с положительной.

С позиции теории принципа состязательности, которая, по мнению некоторых ученых, действует и в досудебном производстве, следовательно, как обвинитель противостоит защитнику. Последний собирает оправдательные доказательства, состязаясь со следователем. Вопрос лишь в том:

1. Перед кем они состязаются, кто арбитр?
2. Равны ли права у состязателей? Состязание следователя и защитника сильно напоминает состязание боксера тяжеловеса и дистрофика.

Следует ли уравнивать в правах защитника по собиранию доказательств со следователем? Любой здравомыслящий человек ответит на этот вопрос отрицательно. Ну не позволительно разрешать защитнику проводить обыски, допросы и тому подобные действия. Он не должностное лицо и не несет ответственности за возможные злоупотребления. Как же тогда быть? На самом деле все просто. Следователь, дознаватель, являясь органами уголовного преследования, не должен быть обвинителями.

Их функцией является вовсе не обвинение, а полное, всестороннее и объективное расследование преступлений.

В отличие от УПК РСФСР в УПК РФ принцип всесторонности, полноты и объективности в главе второй «Принципы уголовного судопроизводства» отсутствует. Очевидно, это связано с тем, что в УПК РФ провозглашен принцип состязательности как основной принцип уголовного процесса, распространяющий свое действие, в том числе якобы и на стадию предварительного расследования. Как отмечалось ранее, дознаватель, следователь вместо функции предварительного расследования выполняет теперь функцию обвинения, в силу ст. 20 УПК РФ осуществляет публичное уголовное обвинение.

Не вдаваясь вновь в полемику о том, возможна ли действительная состязательность в обвинительном типе досудебного процесса, к которому всегда относился российский досудебный уголовный процесс, следует лишь заметить, что требование объективности, всесторонности, полноты применительно к предварительному расследованию закреплено во многих нормах УПК РФ.

Так, ч. 4 ст. 152 УПК РФ допускает возможность производства предварительного расследования по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей в целях обеспечения полноты, объективности и соблюдения процессуальных сроков.

Часть 2 ст. 154 допускает возможность выделения уголовного дела в отдельное производство для завершения предварительного расследования, если это не отразится на всесторонности и объективности предварительного следствия.

Поэтому независимо от того, является или нет всесторонность, полнота, объективность принципом уголовного процесса, дознаватель, следователь должны исследовать все обстоятельства всесторонне, устанавливать обстоятельства, имеющие значение для дела, полно и при этом быть объективными.

Ю.В. Деришев отмечает, что «несмотря на законодательное закрепление органов предварительного расследования на стороне обвинения и возложения на них обязанности осуществления уголовного преследования, по нашему мнению, назначение досудебного производства по уголовному делу объективно остается обеспечение суда материалами, необходимыми и достаточными для отправления справедливого правосудия, полученными в результа-

те всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств уголовного дела»¹.

З.В. Макарова пишет, что «специальное назначение и роль следователя заключается во всестороннем, полном и объективном установлении, исследовании всех обстоятельств уголовного дела, т.е. в расследовании»².

Всесторонность, полнота, объективность должны проявляться не только при собирании доказательств, но и при их проверке и оценке, а также при принятии процессуальных решений. Именно исходя из принципа всесторонности, полноты и объективности ч. 2 ст. 159 УПК устанавливает, что подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела.

Находит свою конкретизацию этот принцип и во многих других статьях УПК РФ.

Всесторонность, объективность, полнота предварительного расследования напрямую связано с публичностью (официальностью) уголовного судопроизводства.

Публичность означает, что в уголовном процессе предварительное расследование производится специально уполномоченными на то органами, которые при осуществлении возложенных на них задач исходят из государственных интересов и действуют в силу своих специальных полномочий, независимо от усмотрения органов, должностных или частных лиц³.

Предварительное расследование — функция государства, раскрытие и расследование считается государственной задачей, осуществляется предварительное расследование лишь государственными органами, дознавателем, следователем — государственными должностными лицами.

¹ Деришев Ю.В. Проблемы организации досудебного производства по УПК РФ: Монография. Омск: Омский юридический институт, 2003. С. 48.

² Такого же мнения придерживается и большинство современных российских ученых.

³ Подробнее см.: Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н. Предварительное следствие. М., 1964. С. 139–143.

В содержание принципа публичности¹ входят два элемента.

1. По делам публичного обвинения дознаватель, следователь, руководитель следственного органа обязаны в пределах своей компетенции, при наличии установленных в законе, поводов и оснований, возбудить уголовное дело, всесторонне и полно расследовать его и при наличии оснований направить в суд (независимо от чьего бы то ни было (включая потерпевшего) желания или нежелания.

Это положение закреплено в ст. 21 УПК, в ч. 2 и 3 которой установлено, что в каждом случае обнаружения признаков преступления руководитель следственного органа, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные настоящим Кодексом меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления.

Руководитель следственного органа, следователь и дознаватель с согласия прокурора в случаях, предусмотренных в ч.4 ст. 20 УПК РФ по делам частного и частно-публичного обвинения, уполномочены осуществлять уголовное преследование по уголовным делам независимо от волеизъявления потерпевшего.

В этой части из принципа публичности сделаны определенные исключения. Статья 20 УПК РФ, кроме дел публичного обвинения, а их абсолютное большинство, предусматривает также уголовное преследование в частно-публичном и частном порядке.

Уголовные дела частно-публичного обвинения возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя, но прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат, за исключением случаев, предусмотренных ст. 25 УПК РФ (ч. 3 ст. 20 УПК РФ).

Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ст. 115 (ч. 1), 116 (ч. 1), 128.4 (ч. 1) Уголовного кодекса Российской Феде-

¹ По поводу реализации публичного и диспозитивного начала в уголовном процессе см., напр.: *Андреева О.И.* Пределы проявления диспозитивности в уголовном судопроизводстве. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000, 136 с.; *Головкин Л.В.* Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном уголовном праве и процессе // Государство и право. -199. -№ 3.- С. 61–68 ; *Масленникова Л.Н.* Публичное и диспозитивное начало в уголовном судопроизводстве России: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М, 2000.

рации, считаются уголовными делами частного обвинения и возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, его законного представителя и подлежат прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым. Примирение допускается до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора (ч. 2 ст. 20 УПК РФ).

Однако руководитель следственного органа, следователь или дознаватель с согласия прокурора (по УПК РСФСР такое право предоставлялось только прокурору) вправе возбудить любое из этих дел и при отсутствии заявления потерпевшего, если данное преступление совершено в отношении лица, находящегося в зависимом состоянии или по иным причинам не способного самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами. К иным причинам относится также случай совершение преступления лицом, данные о котором не известны.

Таким образом принцип публичности, хотя и ограничен, но не исключен вовсе из производства по делам частно-публичного и частного обвинения.

2. Бремя (обязанность) доказывания лежит на органах предварительного расследования и не может ими перелagаться на обвиняемого или потерпевшего. Как обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность, так и потерпевший не должен доказывать виновность обвиняемого. Это правило сформулировано в ч. 2 ст. 14 УПК РФ.

Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения.

Из этого также следует, что органы предварительного расследования не являются участниками со стороны обвинения, а выполняют особую функцию: объективного, полного и всестороннего расследования преступлений.

Еще одной важнейшей проблемой современного досудебного производства является разобщенность органов предварительного расследования и их многочисленность.

Существенно (в сравнении с УПК РСФСР) расширен перечень органов дознания, и он постоянно меняется последующими изменениями УПК РФ.

Статья 40 УП РФ в действующей ныне его редакции к органам дознания относит:

1) органы внутренних дел Российской Федерации и входящие в их состав территориальные, в том числе линейные, управления (отделы, отделения, пункты) полиции, органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, в том числе территориальные и входящие в их структуру межрайонные, городские (районные) органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, а также иные органы исполнительной власти, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности;

2) органы Федеральной службы судебных приставов;

3) начальников органов военной полиции Вооруженных Сил Российской Федерации, командиров воинских частей, соединений, начальников военных учреждений и гарнизонов;

4) органы государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы.

Кроме того, возбуждать уголовные дела и производить по ним необходимые следственные действия (а это также есть не что иное, как дознание), вправе еще и:

1) капитаны морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных на данных судах;

2) руководители геологоразведочных партий и зимовок, начальники российских антарктических станций и сезонных полевых баз, удаленных от мест расположения органов дознания, указанных в части первой настоящей статьи, - по уголовным делам о преступлениях, совершенных по месту нахождения этих партий, зимовок, станций, сезонных полевых баз;

3) главы дипломатических представительств и консульских учреждений Российской Федерации — по уголовным делам о преступлениях, совершенных в пределах территорий данных представительств и учреждений.

Если при этом учесть, что органы внутренних дел (даже не полицию, а именно органы внутренних дел, ст. 40 УПК РФ относит к органам дознания) состоят из множества структурных подразделений, то по-видимому сложно, если вовсе невозможно составить

перечень лиц, служащих в органах внутренних дел, которым может быть поручено осуществлять дознание по конкретным уголовным делам. Сказанное относится и к другим органам, наделенным правом осуществлять оперативно-розыскную деятельность.

Нет в России и единого следственного аппарата. Следователи у нас «трудятся» в четырех ведомствах. И только одно из них — Следственный Комитет РФ, действительно специализируется на расследовании преступлений. Это его единственная (точнее должна быть единственной) функция.

Для других же ведомств: МВД, ФСБ, ФСКН, расследование преступлений, в том числе и в форме предварительного следствия не только не единственная, но даже не основная, а скорее побочная функция.

Как и все в России, органы предварительного расследования постоянно реформировались.

Судебный следователь в Российской Империи как-то не прижился и к началу XX в. все в большей степени передавал свои полномочия по расследованию полицейским чинам¹. В Советском Союзе ведомственная принадлежность следователей постоянно менялась. В бытность Генеральным Прокурором СССР академика А.Я. Вышинского, следователи постепенно перешли в прокурорское ведомство. Происходило это путем постоянного расширения подследственности дел следователям прокуратуры².

В «застойные» брежневские времена, благодаря близости к Генеральному Секретарю тогдашнего министра Внутренних дел А.П. Щелокова, произошел обратный процесс — расширение подследственности дел следователям МВД.

На момент вступления в силу УПК РФ следственный аппарат находился в 4-х ведомствах: прокуратуре, МВД, ФСБ и ФСКН. При этом до 2007 г. прокурор осуществлял как надзор за законностью деятельности органов предварительного расследования, так и процессуальное руководство ими независимо от ведомственной подчиненности. 2007 г. можно без преувеличения назвать революционным применительно к следственным органам и органам прокуратуры:

¹ Подробнее см.: *Дершиев Ю.В.* Проблемы организации досудебного производства по УПК РФ. Омск, 2003.

² В данном случае я имею в виду общеуголовные преступления.

1. Прокурор утратил функции процессуального руководства следствием.

2. Следственный аппарат, хотя юридически и не был выведен из прокуратуры, фактически стал самостоятельным ведомством, со своими структурными и самостоятельными подразделениями. Процессуальное же руководство следователями было от прокурора передано руководителям следственных органов каждого из подразделений, к которому относился следственный аппарат. Указанные выше реформы вызвали неоднозначную оценку в научной литературе, да и среди практических работников¹.

Ну а нынче Следственный Комитет РФ — самостоятельное федеральное ведомство, а его руководитель подчиняется непосредственно Президенту Российской Федерации. Кстати, руководители Следственных подразделений Следственного Комитета РФ получили право возбуждать уголовные дела в отношении прокуроров, осуществляющих надзор за законностью их деятельности, что как-то нелогично выглядит, согласитесь.

Органы предварительного расследования лишились единого координатора процессуальной деятельности в лице прокурора.

Наличие четырех самостоятельных следственных, структурно обособленных органов приведет, в конечном счете, к разобщенности, в отсутствии единообразия процессуальной деятельности. Руководители следственных органов будут издавать каждый свои ведомственные инструкции и приказы по вопросам расследования. И таким образом в итоге мы получим четыре разных «УПК», каждый из которых лишь в общих чертах будет соответствовать УПК РФ.

¹ См., например: *Александров А., Белов С., Кухта А.* Реформа предварительного расследования // Уголовное право. 2007. № 5; *Колоколов Н.А.* Последние новеллы УПК РФ: баланс обвинительной власти стабилизируется // Уголовное судопроизводство. 2009. № 2; *Шобухин В. К* вопросу о Следственном комитете при прокуратуре России (Электронный ресурс) // Консультант Плюс: справ. правовая система. Версия, Проф. М., 2010. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. Гос. ун-та; *Шейфер С.А.* Реформа предварительного следствия: правовой статус и взаимоотношения прокурора и руководителя следственного органа // Государство и право. 2009. № 4; *Божьев В.П.* О властных субъектах уголовного процесса в досудебном производстве // Российский следователь. 2009. № 15.; *Якимович Ю.К.* Досудебное производство в уголовном процессе России. Особенности возбуждения уголовного дела и предварительного расследования в местах лишения свободы / Ю.К. Якимович, А.А. Плашевская. Томск: Изд-во Томского политехнич. ун-та, 2009.

По примеру большинства европейских стран предварительное следствие должно быть сосредоточено в одном ведомстве. Большинство российских учёных разделяет это мнение. Однако часть из них считает, что орган предварительного следствия должен по-прежнему относиться к органам исполнительной власти. В качестве примера можно привести ФРГ. Там расследования по всем делам, независимо от тяжести преступления проводятся дознавателями криминальной полиции, под контролем прокурора. Прокурор по каждому делу, направляемому в суд, составляет обвинительный акт, и он же поддерживает государственное обвинение в суде. Другая группа учёных предлагает органы предварительного расследования переезжать в судебное ведомство (судебный следователь, следственный судья) как это было по Уставам уголовного судопроизводства Российской империи. Такой порядок также существует во Франции и некоторых других государствах Европы.

Поскольку у нас уже функционирует Следственный Комитет РФ, следовало бы отнести к его компетенции расследование всех уголовных дел, производство по которым предварительного следствия является обязательным. А уже в его структуре можно было бы образовать специализированные следственные подразделения: по расследованию экологических преступлений, преступлений против личности и т.д.

Наряду с предварительным следствием, должно остаться полицейское дознание по делам о небольшой и средней тяжести. Но при производстве дознания должны соблюдаться все предусмотренные УПК РФ процессуальные формы и гарантии. Полицейское дознание могло бы проводиться только по делам, возбуждённым в отношении конкретных лиц и в краткие сроки (10 суток), как это и было предусмотрено в УПК РФ до 2007 г.

При наличии дознания в том виде, как это было предложено выше, отпадает необходимость в упрощенном дознании и значит, главу 32.1 следовало бы из УПК РФ исключить.

Если все же законодатель не вернет прокурору утраченные им в 2007 году полномочия по процессуальному руководству предварительным расследованием (в том числе и следствием), то тогда государственное обвинение в суде должен поддерживать не прокурор (который не расследовал дело и не отвечает за его качество), а руко-

водитель следственного органа или начальник подразделения дознания, либо по их поручению иные сотрудники органов предварительного расследования.

§ 3.2 ОРГАН ДОЗНАНИЯ

В производстве предварительного расследования в форме дознания участвует много субъектов¹. К ним относятся: дознаватель; лицо, производящее дознание, когда оно по службе не занимает должность дознавателя; орган дознания; начальник подразделения дознания; начальник органа дознания.

Начнем с органов дознания. Их чрезмерно много. В соответствии с п. 24 ст. 5 УПК РФ органы дознания — государственные органы и должностные лица, уполномоченные в соответствии с настоящим Кодексом осуществлять дознание и другие процессуальные полномочия.

Исчерпывающий перечень органов дознания приведен в ч. 1 ст. 40 УПК РФ.

Кроме того, в соответствии с ч. 3 ст. 40 УПК РФ возбуждение уголовного дела и выполнение неотложных следственных действий возлагаются также на:

1) капитанов морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных на данных судах;

2) руководителей геологоразведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, указанных в ч. 1 ст. 40 УПК РФ, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных по месту нахождения данных партий и зимовок;

3) глав дипломатических представительств и консульских учреждений Российской Федерации — по уголовным делам о преступлениях, совершенных в пределах территорий данных представительств и учреждений.

¹ В научной литературе об этом подробнее см.: *Головко Л.В.* Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М.: Спарк, 1995. 135 с.; *Есина А.С.* Дознание в органах внутренних дел / А.С. Есина, Е.Н. Арестова. М., 2005. 245 с.; *Захожий Л.А.* Дознание и его формы в уголовном процессе / Л.А. Захожий, П.Ц. Бадюнов. Петропавловск-Камчатский, 1994. 293 с.; *Павлухин Л.В.* Расследование в форме дознания: Учебное пособие. Томск: Изд. Томского университета, 1979 и др.

Как представляется, нет особых различий между должностными лицами, указанными в ч. 3 ст. 40 УПК РФ и должностными лицами, указанными в ч. 1 этой же статьи. Дело в том, что, и органы, и должностные лица, которые указаны в ч. 1 ст. 40 УПК РФ, на самом деле также не являются органами дознания, а лишь органами, которым при определенных условиях и в пределах, установленных УПК РФ, предоставлено право производить дознание.

Следователь – действительно орган предварительного расследования. Расследовать преступления – это его единственная функция. Но разве функцией командира воинской части является расследование преступлений? Конечно же, нет. Наверное, его функцией является функция поддержания безопасности вверенной ему воинской части. А дознание он проводит постольку, поскольку в воинских частях нет военной полиции и дознание попросту проводить больше некому. В таком случае командир воинской части находится в таком же положении, что и капитан судна, находящегося в дальнем плавании.

Да и являются ли органы внутренних дел органами дознания? Наверное, органами дознания на самом деле являются лишь специализированные подразделения дознания МВД. Задачей органов МВД является, прежде всего, обеспечение внутренней безопасности государства, выявление и пресечение преступлений и только потом их расследование, в том числе и в форме дознания. Это не означает, что дознание по поручению начальника не могут производить и другие должностные лица МВД. Но тогда они будут дознавателями, а не органами дознания. Впрочем, можно было бы вообще исключить орган дознания из числа участников уголовного судопроизводства, оставив только лишь дознавателя.

Однако обратимся к действующему законодательству, ибо прежде, чем вносить предложения, необходимо проанализировать то, что уже есть.

В соответствии с п. 5 ст. 5 УПК РФ дознаватель — должностное лицо органа дознания, правомочное либо уполномоченное начальником органа дознания осуществлять предварительное расследование в форме дознания, а также иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом. А в соответствии с п. 17 этой же статьи начальник органа дознания – это должностное лицо органа дознания,

в том числе заместитель начальника органа дознания, уполномоченное давать поручения о производстве дознания и неотложных следственных действий.

Есть еще и начальник подразделения дознания. В соответствии с п. 17.1 ст. 5 УПК РФ начальник подразделения дознания — должностное лицо органа дознания, возглавляющее соответствующее специализированное подразделение, которое осуществляет предварительное расследование в форме дознания, а также его заместитель.

Но и это еще не все. В ч. 1 ст. 40 УПК РФ установлено, что полномочия органа дознания, предусмотренные п. 1 ч. 2 ст. 40 УПК РФ (т. Е. полномочия производства расследования по делам, по которым предварительное следствие не является обязательным) возлагаются на дознавателя начальником органа дознания или его заместителем. Сложно разобраться непосвященному человеку, не правда ли? Но таков наш законодатель, и ничего не поделаешь, надо разбираться.

По смыслу УПК РФ получается, что сначала кто-то (очевидно, начальник подразделения соответствующего правоохранительного органа) должен уполномочить должностное лицо органа дознания быть начальником органа дознания, а уже затем это уполномоченное лицо возлагает на другое должностное лицо этого органа дознания полномочия органа дознания.

Нетрудно заметить излишнюю сложность изложения законодателем простых вещей. На самом деле все гораздо проще. К органам дознания относятся, к примеру, органы внутренних дел. Значит, начальником органа дознания и будет начальник соответствующего органа МВД. Естественно, он вправе возложить исполнение обязанностей начальника органа дознания на другое должностное лицо (начальника полиции), но при этом сам не утрачивает полномочий начальника органа дознания и вправе поручать производство дознания конкретным должностным лицам своего подразделения.

В системе МВД и некоторых других правоохранительных органах образованы и давно функционируют специализированные подразделения дознания. В этих подразделениях служат должностные лица — дознаватели. Они и производят дознание по делам, по которым предварительное следствие необязательно. Но это не означает, что по конкретному делу производство дознания начальником

полиции или УВД не может быть поручено другому должностному лицу соответствующего подразделения, которое в этом случае и становится дознавателем по конкретному делу. И особенно это касается дел, по которым производство предварительного следствия является обязательным, когда требуется безотлагательно возбудить уголовное дело и произвести по нему неотложные следственные действия.

Таким образом, дознавателем как участником процесса может быть не только должностное лицо, которое занимает служебное положение дознавателя, но и иное лицо, которому поручено производство дознания по конкретному делу.

УПК РФ предусматривает лишь одно исключение, когда запрещается возложение полномочий по производству дознания на конкретное должностное лицо. В соответствии с ч. 2 ст. 41 УПК РФ не допускается возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия.

Дознаватель — самостоятельный участник уголовного процесса.

Его процессуальные полномочия определяются, прежде всего, ч. 3 ст. 41 УПК РФ, в соответствии с которой он имеет право:

1. Самостоятельно производить следственные и иные процессуальные действия и принимать процессуальные решения, за исключением случаев, когда в соответствии с УПК РФ на это требуются согласие начальника органа дознания, согласие прокурора и (или) судебное решение;

2. Осуществлять иные полномочия, предусмотренные УПК РФ.

Конкретизируются полномочия дознавателя во многих других статьях УПК РФ. Так, дознаватель вправе возбудить уголовное дело, вправе прекратить уголовное дело и т.д.

Кроме того, ФЗ от 9 декабря 2013 г. ч. 3 ст. 41 УПК РФ была дополнена п. 1. 1 в соответствии с которым дознаватель вправе давать органу дознания в случаях и порядке, установленных УПК РФ, обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий, о производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, заключении под стражу и о производстве иных процессуальных действий, а также получать содействие при их осуществлении. Получается, что дознаватель дает поручение своему

начальнику — начальнику подразделения дознания или начальнику органа дознания, одному из которых дознаватель непосредственно подчиняется по службе¹.

Таким образом, производство дознания по делам, по которым производство предварительного следствия не обязательно, может быть возложено на органы дознания или на следователей, а дознание, по которым производство предварительного следствия обязательно (т.е. возбуждение уголовного дела и производство неотложных следственных действий) может осуществляться или органами дознания, или иными лицами, перечисленными в ч. 3 ст. 40 УПК РФ.

Начальник органа дознания — должностное лицо органа дознания, уполномоченное поручать дознание дознавателю и наделенное УПК РФ отдельными процессуальными полномочиями (п. 17 ст. 5 УПК РФ). В отличие от начальника следственного отдела, процессуальное положение которого четко определено в УПК РФ (ст. 39) и который рассматривается законодателем как самостоятельный участник уголовного процесса со стороны обвинения, начальника органа дознания УПК РФ к участникам процесса не относит, хотя данная процессуальная фигура и упоминается в ряде статей УПК РФ и наделена специфическими процессуальными полномочиями, что свидетельствует о том, что начальник органа дознания — участник уголовного процесса.

Начальник органа дознания:

1) возлагает полномочия органа дознания на дознавателя (ч. 1 ст. 41 УПК РФ). Представляется, что и эта норма нуждается в более четкой формулировке: «Начальник органа дознания поручает производство дознания должностному лицу органа дознания»;

2) дает дознавателю согласие на производство определенных процессуальных действий (п. 1 ч. 3 ст. 41 УПК РФ);

3) дает обязательные для дознавателя указания (ч. 4 ст. 41 УПК РФ);

4) утверждает обвинительный акт (ч. 4 ст. 225 УПК РФ);

5) имеет право продлить до 10 суток срок предварительной проверки заявления или сообщения о преступлении (ч. 3 ст. 144 УПК РФ).

¹ Конечно, этот вопрос урегулирован в ведомственных нормативных актах, что еще раз подтверждает мой вывод, сделанный в предыдущем параграфе.

Кроме начальника органа дознания, у дознавателя есть еще один начальник — начальник подразделения дознания. Полномочия начальника подразделения дознания превышают полномочия начальника органа дознания, хотя он по службе и подчиняется последнему (начальнику полиции).

В соответствии со ст. 40.1 УПК РФ начальник подразделения дознания по отношению к находящимся в его подчинении дознавателям уполномочен:

1) поручать дознавателю проверку сообщения о преступлении, принятие по нему решения в порядке, установленном ст. 145 УПК РФ, выполнение неотложных следственных действий либо производство дознания по уголовному делу;

2) изымать уголовное дело у дознавателя и передавать его другому дознавателю с обязательным указанием оснований такой передачи;

3) отменять необоснованные постановления дознавателя о приостановлении производства дознания по уголовному делу;

4) вносить прокурору ходатайство об отмене незаконных или необоснованных постановлений дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела;

5) проверять материалы уголовного дела;

6) давать дознавателю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, об избрании в отношении подозреваемого меры пресечения, о квалификации преступления и об объеме обвинения.

Еще шире процессуальные полномочия прокурора по отношению к дознавателю, о чем уже было написано выше.

Указания прокурора, начальника органа дознания и начальника подразделения дознания обязательны для дознавателя. При этом дознаватель вправе обжаловать указания начальника органа дознания прокурору, а указания прокурора — вышестоящему прокурору. Обжалование данных указаний не приостанавливает их выполнения (ч. 4 ст. 41 УПК РФ). Правила, установленные ч. 3 ст. 38 УПК РФ, на дознавателя не распространяются.

Таким образом, у дознавателя три процессуальных начальника: начальник подразделения дознания, начальник органа дознания и его заместитель, прокурор. Поэтому ни о какой процессуальной самостоятельности дознавателя не может быть и речи.

Любопытно, но УПК РФ предоставил право производства дознания и следователям (п.п. 7,8 ч. 3 ст. 151 УПК РФ). Однако при этом законодатель не конкретизировал, в каких случаях дознание должны производить следователи (а не дознаватели) органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Кроме того, неясно, какими полномочиями должен быть наделен следователь, если он производит предварительное расследование в форме дознания: полномочиями следователя (с учетом своей должности) или более узкими полномочиями дознавателя (как лица, которому поручено производство дознания по конкретному уголовному делу). Что же касается производства дознания следователями Следственного комитета РФ, то здесь возникает еще более сложная ситуация: они могут производить дознание по делам, по которым предварительное следствие необязательно (есть основание для применения упрощенного порядка судопроизводства), но, в частности, совершенных лицами, перечисленными в ст. 447 УПК РФ (т.е. лицами, в отношении которых уголовное судопроизводство осуществляется по правилам, закрепленным в главе 52 УПК РФ, т.е. в более сложном порядке). Таким образом, законодатель попытался в случае, когда одновременно имеются основания и для упрощения процесса, и для проведения его в более сложной процессуальной форме, создать некое «гибридное» производство, упрощенное, по сравнению с обычным, но чуть более сложное, чем «стандартный» вариант упрощенного производства. Такое решение проблемы является, на наш взгляд, необоснованным и непродуманным. Не было необходимости в создании отдельного порядка судопроизводства для таких дел, вполне достаточно было установить для них сокращенный срок производства предварительного следствия, приблизив или уравнив его со сроком производства дознания.

§ 3.3 СЛЕДОВАТЕЛЬ И РУКОВОДИТЕЛЬ СЛЕДСТВЕННОГО ОРГАНА

Часть 1 ст. 38 УПК РФ устанавливает, что «следователь является должностным лицом, уполномоченным в пределах своей компетенции, предусмотренной настоящим Кодексом, осуществлять предварительное следствие по уголовному делу».

Вместе с тем п. 41 ст. 5 УПК РФ определяет, что «следователь – должностное лицо, уполномоченное осуществлять предварительное следствие по уголовному делу, а также иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом».

К иным, т.е. не связанным с производством предварительного следствия, относятся полномочия:

1. По возбуждению уголовного дела.
2. По участию в судебном разбирательстве в качестве стороны при рассмотрении жалобы на его действие (бездействие) или принятое им решение в порядке ст. 125 УПК РФ.
3. По участию в суде при рассмотрении его жалобы об избрании в качестве меры пресечения залога, домашнего ареста, заключения под стражу, а также по производству следственных и иных процессуальных действий, указанных в ч. 2 ст. 29 УПК РФ.

В отличие от дознавателя, которым может быть в принципе любое должностное лицо, когда ему поручено производство дознания по конкретному делу, следователь одновременно является и должностным лицом, и органом предварительного расследования. Однако участником процесса со стороны обвинения по конкретному уголовному делу следователь становится лишь после того, как он принял дело к своему производству.

Полномочия следователя не вправе выполнять (осуществлять) стажеры, «помощники» следователя и тому подобные должностные лица, ни тем более представители общественности (общественные помощники следователя или прокурора). Органом предварительного следствия является только следователь и никакие иные лица.

Полномочия следователя по расследованию преступлений указаны в ст. 38 УПК РФ. Нет, по-видимому, необходимости анализировать каждое из них. Остановимся лишь на некоторых.

Так, в соответствии с п. 5 ч. 2 ст. 38 УПК РФ, следователь вправе обжаловать с согласия руководителя следственного органа решение прокурора об отмене постановления о возбуждении уголовного дела. Не ясно, почему следователю предоставлено право обжаловать лишь постановление прокурора об отмене постановления следователя о возбуждении уголовного дела, и не предоставлено право обжаловать другие решения прокурора: об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, о приостановлении предварительного следствия, о прекращении уголовного дела. В данном случае непонятна логика законодателя: либо все, либо ни одного.

В части 3 этой же статьи установлено, что в случае несогласия с требованиями прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, следователь обязан представить сове письменное возражение руководителю следственного органа, который информирует об этом прокурора.

По-видимому, прежде всего руководитель сам должен оценить законность действий следователя и обоснованность требований прокурора об устранении нарушений закона. И если он согласен с прокурором (а именно так и должно быть в большинстве случаев), то должен дать указание следователю о незамедлительном выполнении требований прокурора, о чем прокурору и сообщить. Если же руководитель следственного органа согласен с возражениями следователя, то он должен направить их со своим заключением прокурору. В данном случае термин «уведомить» по отношению к прокурору, как органу надзора, применен некорректно. Даже в этом можно заметить продолжение тенденции на умаление роли прокурора в досудебном производстве.

Конечно же, полномочия следователя не ограничены теми, которые перечислены в ст. 38 УПК РФ. Полномочия следователя в стадии возбуждения уголовного дела указаны в разделе IV УПК РФ, по собиранию, проверке и оценке доказательств – в разделе III УПК РФ.

Дополнительные полномочия следователя предусмотрены также многими статьями особенной части УПК РФ, в частности при производстве следователем каждого из следственных действий, при рассмотрении судом жалоб и ходатайств.

Следователь указан в числе лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовному делу (глава 52 УПК РФ).

Вместе с тем, следователь лишен ряда объективно обусловленных его процессуальным положением прав. Речь идет о тех случаях, когда он участвует в судебном разбирательстве при рассмотрении жалоб на его действия (бездействие), а также принимаемые им решения; при разрешении судом его ходатайств по получению судебного решения на производство процессуальных действий, указанных в ч. 2 ст. 29 УПК РФ. В этих случаях, по существу, следователь является стороной в процессе. Прокурор в этих процессах осуществляет функцию надзора. Значит, он, следователь, должен быть наделен такими же правами, что и противная сторона. В том числе и правом обжаловать решения суда, принятое в досудебном производстве, в апелляционном и кассационном порядке.

Кроме того, в отличие от ранее действовавшего УПК РСФСР, в ст. 38 УПК РФ прямо не закреплено за следователем право истребовать от любых учреждений, предприятий, организаций, должностных лиц, граждан любые документы и предметы, имеющие значение для дела. Однако представляется возможным сделать вывод о том, что это позволяет ему сделать ч. 4 ст. 21 УПК РФ, согласно которой требования, поручения и запросы прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя, предъявленные в пределах их полномочий, установленных УПК РФ, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами. Поскольку в полномочия следователя законодатель включил собирание доказательств, то и требования и запросы, направленные на реализацию данного полномочия следователя, будут являться правомочными и обязательными для тех лиц, к которым они обращены.

Это же право следователя закреплено в ч. 1 ст. 144 УПК РФ применительно к стадии возбуждения уголовного дела. Конечно было бы более правильным закрепить право на истребование в том числе и непосредственно в ст. 38 УПК РФ. При этом следователь обязан строго придерживаться тех ограничений на истребование и представление информации, которые установлены отдельными законами РФ в целях охраны права граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

Конечно же, наряду с правами, у следователя имеются и обязанности.

Основная из них – самому не нарушать закон, действовать строго в рамках уголовно-процессуального законодательства, не превышать своих полномочий и не злоупотреблять ими. Важнейшей обязанностью следователя является реализация прав лиц, вовлеченных в уголовный процесс, особенно лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование – подозреваемого и обвиняемого. Каждому праву подозреваемого и обвиняемого корреспондирует соответствующие обязанности следователя, которые он должен неукоснительно соблюдать. Нарушение обязанности следователя по реализации любого права подозреваемого или обвиняемого считается нарушением права на защиту, а полученные при этом доказательства считаются недопустимыми и должны исключиться из доказывания.

Итак, для успешного расследования преступления, достижения истины по уголовному делу, следователь наделен достаточно широкими полномочиями.

Кроме того, в разумных пределах он должен обладать процессуальной самостоятельностью в принятии решений и осуществлении процессуальных действий.

В советской литературе написано немало работ и даже защищено диссертаций по вопросу процессуальной самостоятельности следователя¹.

Процессуальная самостоятельность следователя выражалась в том, что по принципиальным вопросам он вправе был обжаловать письменные указания надзирающего прокурора, вышестоящему прокурору и не выполнять их, до разрешения жалобы по протесту последним.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, а особенно последние его изменения, существенно понижают статус

¹ См.: *Азаров В.А.* Следователь как участник современного уголовного процесса России // *Вестник Оренбург. Гос. Ун-та.* 2008. № 3. С. 7–10; *Баранов А.М.* Обеспечение законности в досудебном производстве по уголовным делам: монография. Омск: Омск. акад. МВД России, 2006. 220 с.; *Деришев Ю.В.* Актуальные проблемы гармонизации уголовного досудебного производства России // *Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право.* 2008. Т. 8. № 4 С. 66–72; *Хорьяков С.Н.* Процессуальная самостоятельность следователя: дис. ... канд. юрид. наук / С.Н. Хорьяков. М., 2006. 218 с.; *Шейфер С., Бобров А.* Процессуальная самостоятельность следователя: мнения практиков // *Законность.* 2006. № 5. С. 31–34.

следователя, как самостоятельного участника процесса, по существу лишает его процессуальной самостоятельности.

Поскольку считается, что после реформ 2007 г., прокурор уже не осуществляет функцию процессуального руководства расследованием (хотя это и не совсем так, о чем будет сказано ниже), а лишь функцию надзора за соблюдением закона, полномочия по процессуальному руководству предварительным следствием полностью возлагаются на руководителя следственного органа.

Таким образом, у руководителя следственного органа сосредотачиваются не только властные полномочия как непосредственного начальника следователя по службе, но и одновременно и процессуального руководителя.

Более того, процессуальные полномочия руководителя следственного органа расширены в сравнении с теми, которыми ранее обладал надзирающий прокурор, и это естественно поскольку (как уже отмечалось ранее), руководитель следственного органа не просто процессуальный руководитель, но и непосредственный начальник следователя по службе.

Правда, в ч. 3 ст. 39 УПК РФ указано, что обжалование письменных указаний руководителя следственного органа, когда указания касаются изъятия уголовного дела и передачи его другому следователю, привлечения лица в качестве обвиняемого, квалификации преступления, объема обвинения, избрания меры пресечения, производства следственных действий, которые допускаются только по судебному решению, а также направления дела в суд или его прекращения, приостанавливает их исполнение до разрешения жалобы вышестоящим руководителем следственного органа.

Казалось бы, ничего не изменилось: раньше был прокурор, теперь стал руководитель следственного органа, однако на самом деле это не так.

Прокурор был координатором борьбы с преступностью в целом, безотносительно к ведомственной принадлежности следователя. И поэтому он был более объективен при рассмотрении жалоб следователя. Впрочем, хотя прокурор и был лишен функции по процессуальному руководству предварительным расследованием, однако некоторые полномочия (именно руководящие, а не надзорные) у прокурора сохранялись, а в дальнейшем и расширились, о чем я уже

писал ранее. Однако считаю необходимым написать о них и применительно к рассматриваемому вопросу.

Так к настоящему времени прокурор по отношению к следователю наделен следующими властными полномочиями:

1. Не позднее 24 часов с момента получения материалов уголовного дела, он вправе отменить постановление следователя о возбуждении уголовного дела (ч. 4 ст. 146 УПК РФ).

2. В срок не позднее 5 суток с момента получения материалов уголовного дела, прокурор вправе отменить постановление следователя об отказе в возбуждении уголовного дела (ч. 5 ст. 148 УПК РФ).

1. В срок не позднее 14 суток с момента получения материалов уголовного дела, прокурор вправе отменить постановление о прекращении уголовного дела (ч. 1 ст. 214 УПК РФ);

2. Не позднее 14 суток с момента получения материалов уголовного дела, прокурор вправе отменить постановление о приостановлении предварительного следствия (ч. 1¹ ст. 211 УПК РФ);

3. Решение о соединении уголовных дел, подследственных разным органам предварительного следствия принимается руководителем следственного органа на основании решения прокурора об определении подследственности (ч. 3 ст. 153 УПК РФ);

4. Прокурор по-прежнему утверждает обвинительное заключение по каждому уголовному делу и, таким образом, без согласия прокурора ни одно уголовное дело в суд не будет направлено.

Таким образом, полномочия прокурора по процессуальному руководству предварительным следствием остались и по весьма существенным вопросам. А значит, у следователя не один, а два процессуальных руководителя: и руководитель следственного органа, и прокурор.

Существенно подрывает процессуальную самостоятельность следователя и тотальный судебный контроль за предварительным расследованием.

Перечень случаев, когда на выполнение следственных или иных процессуальных действий требуется судебное решение (ч. 2 ст. 29 УПК РФ) постепенно расширяется. Более того, этот перечень (вопреки Конституции РФ) расширяет не только законодатель, но и Конституционный Суд РФ. Кроме того, ст. 125 УПК РФ сформулирована так, что практически любое действие (бездействие) следовате-

ля, а также принимаемое им решение может быть обжаловано в суд. Данному вопросу посвящено немало интересных научных работ¹.

Безусловно, судебный контроль за предварительным расследованием необходим, но не в таком объеме, как это предусмотрено действующим законом! Последнее не только ограничивают процессуальную самостоятельность следователя, но и обязывает его значительную часть рабочего времени тратить не на расследование преступлений, а на иную, главным образом бумажную работу. Так, у следователя имеется еще один «начальник» — суд.

Нельзя обойти вниманием и еще один немаловажный вопрос. Серьезный удар по процессуальной самостоятельности следователя, сводящий ее по существу на нет, был нанесен внесением в ст. 5 УПК РФ п. 40¹². В этой норме указан еще один участник уголовного процесса со стороны обвинения — следователь-криминалист (Хотя в главе 6 «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения» соответствующей статьи так и не появилось).

Появление в УПК РФ этой нормы вполне объяснимо: в прокуратуре был прокурор-криминалист, значит, в следственных органах должен быть криминалист-следователь, а в органах дознания, очевидно, криминалист-дознатель. Я не против, чтобы в органах расследования работали криминалисты, хотя вопрос этот не бесспорен и далеко не простой. Однако, каково же его (следователя-криминалиста) процессуальное положение? И где он учился? Цитирую полностью текст пункта 40¹ ст. 5 УПК РФ: «следователь-криминалист - должностное лицо, уполномоченное осуществлять предварительное следствие по уголовному делу, а также участвовать по поруче-

¹ *Азаров В.А.* Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России: монография / В.А. Азаров, И.Ю. Таричко. Омск: Изд-во Омск. ун-та, 2004. 379 с.; *Воронин О.В.* Перспективы совершенствования существующих форм контроля за предварительным следствием // Право на судебную защиту в уголовном процессе: европейские стандарты и российская практика: сб. ст. по материалам междунар. науч.-практ. конф. (г. Томск, 20–22 сентября 2007 г.) / под ред. М.К. Свиридова. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2007. С. 282-283; *Ковтун Н.Н.* Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: монография / Н.Н. Ковтун. Н. Новгород: Нижегород. Правовая акад., 2002. 332 с.; *Носкова Е.В.* Производство по рассмотрению и разрешению судом жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ: дис. ...канд. юрид. наук / Е.В. Носкова. Томск, 2011. 225 с.

² *Быков В.М.* Следователь-криминалист как новый участник уголовного процесса со стороны обвинения // Российская юстиция. 2009. № 7. С. 430–46.

нию руководителя следственного органа в производстве отдельных следственных и иных процессуальных действий или производить отдельные следственные и иные процессуальные действия без принятия уголовного дела к своему производству».

Что же это получается? Следователь планирует ход расследования, последовательность производства определенных следственных и иных процессуальных действий, и вдруг, однажды к нему заходит «следователь-криминалист» и радостно сообщает, что он «помог» следователю, в производстве которого находится уголовное дело: допросил свидетелей, произвел обыск и т. д. А следователю, в производстве которого находится уголовное дело, это надо было? Не нарушили ли эти действия его планы? Следует заметить, что прокурор-криминалист участвовал в следственных действиях, но никогда, без ведома следователя их не производил. Прокурор-криминалист мог принимать участие в судебном заседании, но никогда самостоятельно не поддерживал государственное обвинение. По-видимому, инициаторы данной новеллы хотели одного (и я даже могу предположить, что именно), а получили совсем иное, ставящее крест на процессуальной самостоятельности следователя.

И наконец, существенным ударом по следственной власти в целом был нанесен Федеральным законом РФ от 6 декабря 2011 г. (№ 407-ФЗ). В нем указано, что единственным поводом для возбуждения уголовного дела по налоговым преступлениям, служат материалы, направляемые из налоговых органов. Впоследствии эту норму из УПК РФ убрали. Но появилась аналогичная ей. Теперь в ст. 140 УПК РФ добавлен ч. 1.2 в соответствии с которой поводом для возбуждения уголовного дела о преступлениях, предусмотренных статьей 172.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, служат только те материалы, которые направлены Центральным банком Российской, а также конкурсным управляющим (ликвидатором) финансовой организации для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

Подобные «эксперименты» законодателя уже раздражают не только ученых, но и правоприменителя.

Ничем разумным это нововведение объяснить нельзя. Следующим шагом, по-видимому, будет положение о том, что единственным поводом для возбуждения уголовного дела по экономическим

преступлениям, могут служить только материалы, поступившие из ОБЭП. Можно и продолжить. Указанное выше нововведение, противоречит существу положения уголовного судопроизводства, сформулированному в ст. 6 УПК РФ — его назначению.

Обобщая изложенное выше, можно сделать следующие выводы:

1. Следователь должен осуществлять функцию не обвинения, а всестороннего, полного и объективного расследования уголовного дела. А значит, его следует исключить из числа участников со стороны обвинения.

2. Наконец-то следует определиться и вместо двух, оставить одного «процессуального начальника» следователя.

3. Следовало бы в разумных пределах ограничить судебный контроль за предварительным расследованием.

4. Лишение следователя процессуальной самостоятельности наносит вред всей следственной системе Российской Федерации, способствует снижению эффективности раскрываемости и расследования преступлений.

Как уже отмечалось выше, руководитель следственного органа (до 2007 года он именовался начальником соответствующего отдела) наделен достаточно широкими полномочиями.

В первую очередь, он наделен полномочиями по возбуждению уголовного дела и предварительного расследования. В этой части его полномочия те же, что и полномочия следователя (ч. 2 ст. 39 УПК РФ). Кроме того, вторую группу составляют полномочия руководителя следственного органа по отношению к следователю. Ведь руководитель следственного органа, как уже отмечалось ранее, является не только непосредственным административным начальником следователя, но и процессуальным руководителем.

По процессуальному руководству, руководитель следственного органа вправе:

1) поручать производство предварительного следствия следователю либо нескольким следователям, а также изымать уголовное дело у следователя и передавать его другому следователю с обязательным указанием оснований такой передачи, создавать следственную группу, изменять ее состав либо принимать уголовное дело к своему производству;

2) проверять материалы проверки сообщения о преступлении или материалы уголовного дела, отменять незаконные или необоснованные постановления следователя;

3) давать следователю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, привлечении лица в качестве обвиняемого, об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения, о квалификации преступления и об объеме обвинения, лично рассматривать сообщения о преступлении, участвовать в проверке сообщения о преступлении;

4) давать согласие следователю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, о продлении, об отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения, лично допрашивать подозреваемого, обвиняемого без принятия уголовного дела к своему производству при рассмотрении вопроса о даче согласия следователю на возбуждение перед судом указанного ходатайства;

5) разрешать отводы, заявленные следователю, а также его самоотводы;

6) отстранять следователя от дальнейшего производства расследования, если им допущено нарушение требований УПК РФ;

7) отменять незаконные или необоснованные постановления нижестоящего руководителя следственного органа в порядке, установленном УПК РФ;

8) продлевать срок предварительного расследования;

9) утверждать постановление следователя о прекращении производства по уголовному делу, а также об осуществлении государственной защиты;

10) давать согласие следователю, производившему предварительное следствие по уголовному делу, на обжалование решения прокурора;

11) возвращать уголовное дело следователю со своими указаниями о производстве дополнительного расследования;

12) осуществлять иные полномочия, предусмотренные УПК РФ.

К другим полномочиям руководителя следственного органа (кроме возбуждения уголовного дела и производства предварительного следствия) относятся также его право отменять по находящимся в производстве подчиненного следственного органа уголовным

делам незаконные или необоснованные постановления руководителя, следователя (дознателя) другого органа предварительного расследования. Речь идет о тех случаях, когда постановлением прокурора уголовное дело передается для дальнейшего расследования из органа дознания или другого следственного органа, например, ЕСКН в МВД, например, при соединении уголовных дел. Почему руководитель следственного органа МВД вправе отменять незаконные с его точки зрения постановления следователя МВД? Логичнее было предоставить такое право прокурору. Что же касается органа дознания, то прокурор является процессуальным руководителем при производстве дознания. Значит именно он, и только, вправе отменять незаконные постановления дознавателя или органа дознания.

Кроме того, к полномочиям руководителя следственного органа относятся: соединение уголовных дел, находящихся в производстве у подчиненных ему следователей (ч. 2 ст. 153 УПК РФ), рассмотрение жалоб на действия следователя (ст.ст. 123, 124 УПК РФ), вынесение постановления о производстве предварительного следствия группой следователей и назначении ее руководителя (ч. 2 ст. 163 УПК РФ).

Глава 4

ПОТЕРПЕВШИЙ, ЧАСТНЫЙ ОБВИНИТЕЛЬ, ПОДОЗРЕВАЕМЫЙ И ОБВИНЯЕМЫЙ

§ 4.1 ПОТЕРПЕВШИЙ

В последние годы и в мировой¹ и в российской² юридической литературе огромное внимание уделяется защите прав человека, в том числе и при производстве по уголовному делу. Конституция Российской Федерации (ст. 17, 18 и др.) не случайно провозглашает права личности как первостепенную ценность. Развивая это Конституционное положение Уголовно-процессуальный кодекс Российской

¹ McCarthy, Conor. *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. *Cambridge Books Online*. Web. 11 March 2015. <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139012782> ; JESSICA ALMQVIST (2015). A Human Rights Appraisal of the Limits to Judicial Independence for International Criminal Justice. *Leiden Journal of International Law*, 28, pp 91-112 ; JO-ANNE WEMMERS (2010). Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims' Right to Participate. *Leiden Journal of International Law*, 23, pp 629-643 ; C. L. Ten (2000). Deserved Punishment and Benefits to Victims. *Utilitas*, 12, pp 85-90.

² Гаврилов Б.Я. Обеспечение конституционных прав и свобод человека и гражданина в досудебном производстве. М.: Московский психолого-социальный институт, 2003. 368 с. ; Демидов И.Ф. Проблема прав человека в российском уголовном процессе (Концептуальные положения). М., 1995. 96 с. ; Иванов В.В. Защита прав потерпевшего на стадии предварительного расследования // Защита прав личности в уголовном праве и процессе. Вып. II. Права человека: сфера реализации. Саратов, 2003. ; Смирнов А.В. О процессуальной независимости следователя, защитника и обеспечении законных интересов личности в уголовном процессе // Предварительное следствие в условиях правовой реформы: Сб. науч. тр. / Ред. В.С. Шадрин. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1991. С. 31-37.

Федерации (ст. 6 УПК) провозглашает, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением:

1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций (организация – это также совокупность лиц — Ю.Я.), потерпевших от преступлений;

2) защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод.

Уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечает уголовному судопроизводству, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитацию каждого, кто необоснованно подвергался уголовному преследованию.

Поэтому не следует подходить к проблеме защиты прав личности в уголовном судопроизводстве односторонне: имея в виду защиту прав и интересов подозреваемого и обвиняемого в совершении преступления лица и только. В не меньшей, а может быть, даже в большей защите нуждается жертва преступления, пострадавшая от него.

В этом отношении в новом УПК достигнут значительный прогресс в сравнение с советским законодательством. Во всяком случае, потерпевший уравниен в правах с обвиняемым. Теперь потерпевший и обвиняемый равноправные участники уголовного судопроизводства, каждый из которых в состязательном судебном процессе имеет возможность отстаивать свои интересы.

Так, потерпевший получил право знать о предъявленном обвиняемому обвинении, давать показания, бесплатно пользоваться услугами переводчика, заявлять отводы, в том числе и защитнику обвиняемого (подозреваемого). После окончания предварительного расследования он может ознакомиться со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме или полностью откопировать все материалы уголовного дела.

Расширены права потерпевшего и при производстве экспертизы, а также и других следственных действий в стадии предварительного расследования. Потерпевший сам, или с помощью адвоката вправе получить документы, предметы, имеющие значение для уголовного дела и представить их следователю в качестве доказательств.

Потерпевший при желании имеет возможность воспользоваться услугами адвоката, причем при отсутствии у него средств бесплатно, за счет государства.

В соответствии со ст. 125 УПК потерпевший, равно как и другая сторона – обвиняемый, имеет право обжаловать в суд практически любое действие органов предварительного расследования и любое принятое ими решение.

Потерпевшему возмещается также и моральный вред в денежном выражении. Существенно облегчает лицу, пострадавшему от преступления реализацию права на судебную защиту то обстоятельство, что материальный и моральный ущерб потерпевшему в денежном выражении возмещается в рамках производства по уголовному делу, и у него нет необходимости обращаться по этому вопросу в суд в порядке гражданского судопроизводства.

Конечно же, потерпевшие заинтересованы в возмещении вреда не через суд (это, как правило достаточно длительный процесс), а непосредственно сразу же как только установлено лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления. В целях стимулирования возмещения вреда со стороны лиц, его причинивших, УПК (ст. 25, 27) в случае такого возмещения предусматривает возможность прекращения уголовного дела в связи с примирением с потерпевшим или в связи с деятельным раскаянием.

УПК РФ наряду с правами, которыми наделен потерпевший, устанавливает гарантии их осуществления. Например, потерпевший обладает правом на судебную защиту. Гарантией реализации этого права, в частности, является возможность обжаловать постановление следователя, дознавателя, прокурора о прекращении уголовного дела, о приостановлении производства по делу в суде. Сказанное выше относится также и к другим участникам уголовного судопроизводства: свидетелю, эксперту, понятому и т.д.

Предусматривает действующее законодательство и меры по обеспечению безопасности потерпевшего.

В частности, в соответствии со ст. 166, 186, 193, 278 УКП РФ в целях обеспечения безопасности потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников и близких лиц. Следователь в протоколе следственного действия не приводит данные об их лич-

ности; опознание, в котором опознающим является потерпевший, проводится вне визуального наблюдения.

В этих же целях дело может быть рассмотрено в закрытом судебном заседании.

20 августа 2004 г. принят Федеральный Закон «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства», предусматривающий конкретные меры по личной охране, охране жилища и имущества защищаемого лица; выдача защищаемому лицу специальных средств индивидуальной защиты и связи; переселение на другое место жительства, замена документов, изменение внешности и другие.

Понятие потерпевшего закреплено в ст. 42 УПК РФ: «Потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. Решение о признании потерпевшим принимается незамедлительно с момента возбуждения уголовного дела и оформляется постановлением дознавателя, следователя, судьи или определением суда. Если на момент возбуждения уголовного дела отсутствуют сведения о лице, которому преступлением причинен вред, решение о признании потерпевшим принимается незамедлительно после получения данных об этом лице».

Из этого определения следует:

1. Потерпевший – это, прежде всего, лицо, которое пострадало от преступления.

2. Потерпевшим может быть, как физическое, так и юридическое лицо.

3. В законе установлены виды вреда, которые учитываются при признании лица потерпевшим:

1) физический, имущественный или моральный вред – для физических лиц;

2) вред имуществу или деловой репутации – для юридического лица¹.

¹ В уголовно-процессуальной литературе по вопросу о возможности признания потерпевшим юридического лица, допускаемом УПК РФ, велась оживленная дискуссия. См. например: Современные проблемы юридической науки: Сб. ст. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. С. 60–70; *Строгович М.С.* Курс уголовного процесса. М., 1968. С.253; *Кокорев Л.Д.* Потерпевший от преступления. Воронеж, 1964. С.6; *Рапинов А.* Участие потерпевшего в предварительном следствии // Соц. законность.

4. Не всякий пострадавший является потерпевшим, а только тот, кто официально признан таковым постановлением дознавателя, следователя, прокурора или суда. В то же время, правовой статус лица как потерпевшего устанавливается, исходя из фактического его положения: он лишь процессуально оформляется постановлением дознавателя, следователя, прокурора и суда о признании потерпевшим, но не формируется им. Такой вывод вытекает и из правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении от 27 июня 2000 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 47 и 51 УПК РСФСР, в Определении от 18 января 2005 г. № 131-О «По запросу Волгоградского гарнизонного военного суда о проверке конституционности части восьмой ст. 42 уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» и в Определении от 22 января 2004 г. по жалобе гражданки Л.М. Семеновой на нарушение ее конституционных прав частью четвертой ст. 354 УПК Российской Федерации: обеспечение гарантируемых Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве обусловлено не формальным признанием лица тем или иным участником производства по уголовному делу, в частности потерпевшим, а наличием определенных существенных признаков, характеризующих фактическое положение этого лица как нуждающегося в обеспечении соответствующих прав.

1959. № 4. С. 33; *Дорохов В.Я.* Показания потерпевшего как доказательство в уголовном процессе. М., 1959. С. 4; *Божьев В.П.* Потерпевший в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1963. С. 5–6; *Экменчи А.* Новое советское законодательство и адвокатура: М., 1960; *Калашикова Н.Я.* Расширение прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве / Вопросы судопроизводства и судостроительства в новом законодательстве Союза ССР. 1959. С. 244; Немного обстоятельнее обосновывает свое мнение Ахметвалеев Р.Х. Охрана прав потерпевшего в советском уголовном процессе // Право, филология: Сб. аспирантских работ. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1963. С. 27; У Ильина Л.В. Признание потерпевшим в советском уголовном процессе // Учен. зап. Перм. ун-та. Пермью 1966. С. 110–111; *Савицкий В.М.* Гарантии прав потерпевшего в уголовном процессе // Актуальные вопросы современного уголовного права, криминологии и уголовного процесса. Тбилиси, 1986. С. 199. *Якимович Ю.К.* О возможности признания юридического лица потерпевшим в уголовном процессе / Современные проблемы юридической науки. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. С. 60–70.

5. Пострадавший должен быть признан потерпевшим незамедлительно с момента возбуждения уголовного дела, а если в этот момент лицо пострадавшее от преступления неизвестно, незамедлительно после получения данных о нем.

Если определенное лицо считает, что оно должно быть признано потерпевшим, а дознаватель, следователь, по каким-то причинам не выносят постановления о признании этого лица потерпевшим, то пострадавший вправе обратиться с жалобой соответственно к руководителю следственного органа, прокурору, либо в суд. Такое право предусмотрено ст. 123 - 125 УПК РФ.

Не всякий пострадавший может быть признан потерпевшим. От последствий преступления страдают члены семьи потерпевшего, его близкие. Поскольку любое преступление по определению является общественно-опасным деянием, оно наносит вред интересам общества, а соответственно – интересам каждого его члена. Однако это не приводит и не может приводить к тому, чтобы по каждому уголовному делу каждый житель РФ был официально признан потерпевшим.

Потерпевшими как участниками процесса признаются лишь те пострадавшие, которым вред причинен прямо, непосредственно конкретным преступлением. Для признания потерпевшим должна быть установлена прямая причинная связь между преступными действиями (бездействием) и наступившим вредом.

Независимо от того, направлено ли конкретное преступление на причинение только физического (например, причинение вреда здоровью) или только имущественного (хищение) вреда, в любом случае одновременно пострадавшему причиняется и моральный вред. Поэтому правы те дознаватели и следователи, которые в постановлении о признании потерпевшим, наряду с физическим или имущественным вредом, указывают и на причинение преступлением морального вреда. Тем более, что действующее законодательство предусматривает возможность компенсации морального вреда независимо от характера преступления.

Неоконченные преступления также причиняют вред, во всяком случае, моральный. Поэтому в случаях приготовления к совершению преступления или покушения на совершение преступления по-

страдавших также следует признавать потерпевшими, как и по оконченным преступлениям¹.

На практике очень часто встречается ситуация, когда при решении вопроса о признании того или иного лица потерпевшим прокурор, следователь или дознаватель исходят из состава конкретной уголовно-правовой нормы: если состав нормы предусматривает конкретные негативные материальные последствия, то потерпевшим признается лицо, в отношении которого эти последствия наступили. К примеру, по делу о нарушении правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, повлекшем по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью (ст. 264 УК РФ), органы предварительного расследования зачастую признают потерпевшими лиц, которым причинен тяжкий вред здоровью, при этом отказывают в признании потерпевшим иным лицам, у которых имеется легкий или средний вред здоровью, а также причинен имущественный вред (разбито автотранспортное средство). Представляется, такая позиция не соответствует требованиям уголовно-процессуального закона, который требует признавать потерпевшим всех лиц, пострадавших от преступления, независимо от диспозиции уголовно-правовой нормы. Поэтому в этом случае потерпевшими должны быть признаны как лица, получившие тяжкий, так и легкий и средний вред здоровью, а также те, у которых имеется имущественный ущерб – в нашем случае – разбитое автотранспортное средство.

По уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась смерть лица, права потерпевшего переходят к одному из его близких родственников. В этом случае дознаватель, следователь, прокурор также выносят постановление о признании близкого родственника погибшего потерпевшим. К числу близких родственников УПК РФ относит: супруга, супругу, родителей, детей, усыновителей, усыновленных, родных братьев и родных сестер, дедушку, бабушку и внуков (п. 4 ст. 5 УПК Российской Федерации). В соответствии с Определением Конституционного Суда РФ от 18 января 2005 г. № 131-О «По запросу Волгоградского гарнизонного военного суда

¹ О понятии потерпевшего, критериях причинения физического, имущественного, морального вреда см., например: *Танцеров М.В., Стойко Н.Г.* Потерпевший и его функция в уголовном процессе Российской Федерации. Красноярск. Издательский центр КрасГУ. 2003. С. 7–28.

о проверке конституционности части восьмой ст. 42 уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»: «По смыслу закона, каждое из перечисленных лиц в случае причинения ему вреда наступившей в результате преступления смертью близкого родственника имеет право на защиту своих прав и законных интересов в ходе уголовного судопроизводства».

Поэтому если близкие родственники не могут прийти к единодушию по вопросу о том, кто из них будет потерпевшим, следовательно (прокурор, суд) может признать потерпевшими нескольких или всех из них.

С момента вынесения постановления о признании потерпевшим пострадавший официально приобретает процессуальный статус потерпевшего. Права и обязанности потерпевшего установлены ст. 22, ч. 2-10 ст. 42, ст. 131, 198 и другими статьями УПК РФ.

Сам по себе перечень прав, предоставленных потерпевшему уголовно-процессуальным законом, достаточно обширен. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 42 УПК РФ, потерпевший вправе:

- 1) знать о предъявленном обвиняемому обвинении;
- 2) давать показания;
- 3) отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5 УПК РФ. При согласии потерпевшего дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний;
- 4) предоставлять доказательства¹;
- 5) заявлять ходатайства и отводы;
- 6) давать показания на родном языке или языке, которым он владеет;
- 7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;
- 8) иметь представителя;
- 9) участвовать с разрешения следователя или дознавателя в

¹ На самом же деле потерпевший, равно как и подозреваемый, обвиняемый, защитник, представляет не доказательства, а лишь предметы и документы. Эти предметы и документы могут стать доказательствами лишь после того, как таковыми их признает и приобщит к делу дознаватель, прокурор, следователь, в производстве которого находится данное уголовное дело.

следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя;

10) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания;

11) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта;

12) знакомиться по окончании предварительного расследования, в том числе в случае прекращения уголовного дела, со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме, снимать копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств. В случае, если в уголовном деле участвует несколько потерпевших, каждый из них вправе знакомиться с теми материалами уголовного дела, которые касаются вреда, причиненного данному потерпевшему;

13) получать копии постановлений о возбуждении уголовного дела, о признании его потерпевшим, об отказе в избрании в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, о прекращении уголовного дела, о приостановлении производства по уголовному делу, о направлении уголовного дела по подсудности, о назначении предварительного слушания, судебного заседания, получать копии приговора суда первой инстанции, решений судов апелляционной и кассационной инстанций. Потерпевший по ходатайству вправе получать копии иных процессуальных документов, затрагивающих его интересы;

14) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй, кассационной и надзорной инстанций, возражать против постановления приговора без проведения судебного разбирательства в общем порядке;

15) выступать в судебных прениях;

16) поддерживать обвинение;

17) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

18) приносить жалобы на действия (бездействия) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда;

19) обжаловать приговор, определение, постановление суда;

20) знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения;

21) ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с частью третьей статьи 11 настоящего Кодекса;

22) получать в обязательном порядке информацию о прибытии осужденного к лишению свободы к месту отбывания наказания, о выездах осужденного за пределы учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, о времени освобождения осужденного из мест лишения свободы в случае, если потерпевший или его законный представитель сделает соответствующее заявление до окончания прений сторон;

23) осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим УПК РФ.

Потерпевший имеет также право на возмещение имущественного вреда, причиненного преступлением, а также расходов, понесенных в связи с его участием в ходе предварительного расследования и в суде, включая расходы на представителя.

В соответствии с ч. 2 ст. 131 УПК РФ потерпевшему возмещаются:

а) расходы потерпевшего и его законного представителя, связанные с явкой к месту производства процессуальных действий и проживанием;

б) расходы потерпевшего на выплату вознаграждения представителю;

в) недополученная заработная плата потерпевшего и его законного представителя за время, затраченное ими в связи с вызовом в орган дознания, к следователю, прокурору или в суд, а не имеющим постоянной заработной платы выдается вознаграждение за отвлечение их от обычных занятий.

По иску потерпевшего о возмещении в денежном выражении причиненного ему морального вреда размер возмещения определяется судом при рассмотрении уголовного дела или в порядке гражданского судопроизводства.

В случае признания потерпевшим юридического лица его права осуществляет представитель.

Участие в уголовном деле законного представителя и представителя потерпевшего не лишает его прав, предусмотренных УПК.

Наряду с правами в процессуальный статус потерпевшего вклю-

чены и его обязанности¹, предусмотрена ответственность за их неисполнение (см. ч. 5–7 ст. 42 УПК РФ).

Потерпевший не вправе:

- 1) уклоняться от явки по вызову дознавателя, следователя и в суд;
- 2) давать заведомо ложные показания или отказываться от дачи показаний;
- 3) разглашать данные предварительного расследования, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 настоящего Кодекса;
- 4) уклоняться от прохождения освидетельствования, от производства в отношении его судебной экспертизы в случаях, когда не требуется его согласие, или от предоставления образцов почерка и иных образцов для сравнительного исследования.

Для защиты своих прав и интересов, оказания юридической помощи потерпевший для участия в деле может пригласить представителя. Для защиты прав и законных интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, к обязательному участию в уголовном деле привлекаются их законные представители или представители. Участие в уголовном деле представителя и законного представителя потерпевшего, не лишает его возможности участвовать в процессе и самостоятельно пользоваться принадлежащими ему правами.

Таким образом, формально объем прав потерпевшего — вполне значительный. Однако его возможности отстаивать в уголовном процессе свою точку зрения относительно того, было ли совершено преступление, какое именно, кто его совершил, и какое наказание должно быть ему назначено, — не слишком велики. Во-первых, потерпевший не может фактически повлиять на то, какое обвинение будет в конечном итоге предъявлено его обидчику (предполагаемому обидчику), поскольку формулировка обвинения — прерогатива

¹ Подробнее о функциях потерпевшего см.: *Стойко Н.Г.* Потерпевший и его функция в уголовном процессе Российской Федерации / М. Е. Танцеров, Н.Г. Стойко. Красноярск: ИЦ Краснояр. Ун-та, 2003. 101 с. ; *Уголовный процесс: учебник* / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский; под общ. ред. А. В. Смирнова. Вступит. статья В.Д.Зорькина. 5-е изд., перераб. М.: Норма : ИНФРА-М, 2012. С. 173–178.

органов обвинения. Во-вторых, потерпевший, также как и лица, действующие на стороне защиты, имеет весьма ограниченные возможности по вовлечению в процесс тех сведений, на которых он основывает свою позицию, по приданию им доказательственной силы. Будут ли сведения, на которые он указывает, собраны в том порядке и оформлены с соблюдением тех требований, что предъявляются к доказательствам – зависит, прежде всего, от государственных органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс, а возможность потерпевшего повлиять на их действия очень ограничена. В-третьих, крайне ограничены возможности потерпевшего влиять на ситуацию, возникающую в случае, когда представители обвинения государственного от него отказываются (т.е. в случае прекращения уголовного дела в ходе предварительного расследования или в случае отказа государственного обвинителя от обвинения в суде). При этом, как ни странно, потерпевший более защищен в случае, если уголовное дело необоснованно, по его мнению, прекращается в ходе предварительного расследования, поскольку в этом случае он может обжаловать соответствующее постановление в суд на основании ст. 125 УПК РФ. Если же государственный обвинитель заявит о полном или частичном отказе от обвинения в судебных стадиях (в предварительном слушании или в судебном разбирательстве), то в соответствии с ч. 1 ст. 239 и ч. 7 ст. 246 УПК РФ, суд обязан прекратить уголовное дело, независимо от позиции потерпевшего. Конституционный Суд РФ, не признав данные нормы УПК РФ противоречащими Конституции РФ, в то же время придал им смысл, несколько отличающийся от первоначального, указав, что полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения, равно как и изменение государственным обвинителем обвинения в сторону смягчения должны быть обязательно мотивированы со ссылкой на предусмотренные законом основания, вынесение судом решения, обусловленного соответствующей позицией государственного обвинителя, будет допустимым лишь по завершении исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнений участников судебного заседания со стороны обвинения и защиты (т.е., фактически, не может иметь места в ходе предварительного слушания), и что законность, обоснованность и справедливость такого решения возможно проверить в вышестоя-

щем суде (но не в суде первой инстанции)¹. Однако такая трактовка положений УПК РФ проблемы не решает: суд, рассматривающий дело по существу, в случае отказа прокурора от обвинения не имеет иной альтернативы, помимо прекращения уголовного дела, и все старания потерпевшего ничего изменить не в состоянии – он остается заложником возможного неквалифицированного или недобросовестного собирания доказательств и поддержания обвинения в суде. Представляется, что права потерпевшего на участие в поддержании обвинения должны быть расширены: он должен иметь возможность повлиять на формулировку обвинения, с которой дело будет направлено в суд, иметь право предложить свой перечень обвинительных доказательств и, наконец, получить возможность самостоятельно (пользуясь помощью представителя – адвоката) поддерживать обвинение в судебном заседании в случае отказа прокурора от обвинения в суде.

Потерпевший отнесен законом к числу участников уголовного процесса, действующих на стороне обвинения. Это – признание того факта, что потерпевший в уголовном процессе отстаивает не только свои частные материальные интересы, заключающиеся в желании добиться возмещения причиненного ему вреда. Он (потерпевший) еще и нуждается в реализации своего частного уголовно-правового интереса. Он, также как и общество в целом, заинтересован в том, чтобы лицо, совершившее уголовное преступление, которым ему был причинен вред, было достоверно установлено и справедливо наказано.

Естественным последствием признания данного факта является закрепление в уголовно-процессуальном законе за потерпевшим права участвовать в уголовном преследовании обвиняемого (осуществлять субсидиарное обвинение), а по уголовным делам частного обвинения – права самостоятельно выдвигать и поддерживать обвинение в порядке, установленном УПК РФ (ст. 22 УПК РФ).²

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 08 декабря 2003 года № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан».

² О функции, реализуемой потерпевшим, о сущности обвинения, реализуемого потерпевшим, его правовой природе и законодательных и практических проблемах

Соответственно, законодатель, признавая право потерпевшего на участие в осуществлении обвинительной деятельности, должен был обеспечить реализацию такого права путем предоставления ему соответствующего объема процессуальных правомочий. Однако, изучение перечня прав потерпевшего, особенно в соотношении с возможностями, предоставленными в уголовном судопроизводстве государственному обвинителю, дает основание полагать, что в реальности государство, по-прежнему, считает потерпевшего, скорее, особым видом свидетеля, чем лицом, которое может и способно, наряду с прокурором, и в дополнение к нему, поддерживать обвинение по уголовному делу.

Однако не все так просто в этом вопросе. Как известно Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации предусматривает три вида уголовного преследования: по делам публичного, частного-публичного и частного обвинения. Причем разграничение преступлений на категории в зависимости от порядка, в котором они расследуются, регламентировано в уголовно-процессуальном, а не в уголовном законе.

На самом деле это в корне неверно. Уголовное законодательство должно разграничивать (как это было в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.) преступления на официальные, абсолютно неофициальные и относительно неофициальные, а уж затем в каждой из этих групп УПК РФ должен предусматривать свой особенный порядок производства.

Расширяя круг прав потерпевшего, УПК РФ предоставляет ему возможность участвовать в уголовном преследовании по всем делам, в том числе и публичного обвинения. Однако реальной возможности, как уже отмечалось ранее, принимать участие в уголовном

его осуществления см., например, *Танцеров М.В., Стойко Н.Г.* Потерпевший и его функция в уголовном процессе Российской Федерации. Красноярск. Издательский центр КрасГУ. 2003; *Петрова Н.Е.* Потерпевший как субъект уголовного преследования. В кн.: Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Самара: Изд-во «Самарский университет». 2003. С. 127–139; *Лазарева В.А., Иванов В.В.* Проблемы реализации потерпевшим права на справедливую судебную процедуру при отказе прокурора от обвинения. Самара: Изд-во «Самарский университет». 2005. С. 50–60; *Андреева О.И.* Пределы проявления диспозитивности в уголовном судопроизводстве. Томск: Изд-во ТГУ. 2000 и др.

преследовании по делам публичного и частно-публичного обвинения в настоящее время у потерпевшего нет.

Об этом много писалось в литературе¹. Причем многие ученые, предлагая различные варианты расширения прав потерпевшего, по сути, стремятся, мягко выражаясь, насильно вовлечь потерпевшего в уголовный процесс по делам публичного обвинения и, таким образом, превратить право потерпевшего на участие в уголовном преследовании по делам публичного обвинения в его обязанность, что явно противоречит не только основным положениям уголовно-процессуального законодательства, но и Конституции Российской Федерации.

Кстати, похожая ситуация сложилась и в отношении подозреваемых, обвиняемых, когда их право на квалифицированную юридическую помощь адвоката превратилось в обязанность, ибо в силу ч. 2 ст. 52 УПК РФ их отказ от защитника не обязателен для органов предварительного расследования и суда.

Но вернемся к потерпевшему. Ни для кого не секрет, что абсолютное большинство потерпевших не желают принимать участие не только в уголовном преследовании вообще, но даже приходиться в суд. Главное для них — получить возмещение причиненного преступлением вреда. Таким образом, расширение прав потерпевшего ни к чему не приведет, поскольку он не будет ими пользоваться, а насильно заставлять его участвовать в уголовном преследовании, как уже отмечалось, не только неэтично, но и противоположно.

Реализация принципа публичности в уголовном судопроизводстве в том и заключается, что обязанность уголовного преследования по делам частно- публичного и публичного, а отчасти и по делам частного обвинения лежит именно на специально для этого

¹ *Абабков А.В.* Процессуальное положение потерпевшего в уголовном процессе: дис. ... к.ю.н. М., 1998. С. 74-129; *Бегова Д.Я.* Потерпевший имеет право на уголовное преследование обвиняемых: конституционно-правовые аспекты проблемы // Пробелы в российском законодательстве. 2009. № 3. С. 155–157; *Ибрагимов И.М.* Понятие «потерпевший» в контексте уголовно-процессуального права // Представительная власть XXI век. 2008. № 1. С. 27–33; *Сидоренко Э.Л.* Принцип гарантированного осуществления прав как внутриотраслевой принцип дис- позитивности в уголовном праве // Человек: преступление и наказание. 2013. № 1. С. 90–93; *Ульянов В.Г.* Реализация прав потерпевших в российском уголовном процессе : автореф. дис. ... к.ю.н. Краснодар, 1998. 26 с. и др.

учрежденных органах предварительного расследования и прокуратуры. Именно они должны раскрывать преступления, расследовать их, собирать доказательства, поддерживать обвинение в суде, а не перекладывать эти обязанности на потерпевшего.

Вместе с тем встречаются ситуации, когда потерпевший желает активно участвовать в уголовном преследовании. Таких потерпевших немного, но они есть. Вот именно им и необходимо предоставить право самостоятельно формулировать обвинение и самостоятельно или с помощью адвоката поддерживать его в суде. В таких случаях суд не должен быть связан мнением государственного обвинителя и прекращать уголовные дела при отказе последнего от обвинения, как это происходит сейчас, не считаясь с мнением потерпевшего.

Именно по такому пути идет законодатель Федеративной Республики Германия. Подразделяя потерпевших на тех, кто играет пассивную роль в процессе (по сути, их роль сводится к роли свидетелей), и на тех, кто играют роль активную (они именуются дополнительными обвинителями). Все зависит от желания самого потерпевшего. Опыт ФРГ в реализации данного положения подробно описан в литературе, в том числе и в российской¹, и нет необходимости приводить дополнительные аргументы в его пользу. Следует лишь отметить, что очень хотелось бы, чтобы российские ученые чаще обращались не только к опыту и законодательству США, других государств англо-американской системы права, но и к опыту тех государств, к правовой семье которых относится Россия.

Что касается дел частного-публичного обвинения, то после возбуждения уголовного дела порядок производства по нему ничем не отличается от дел публичного обвинения.

Роль и значение потерпевшего, конечно же, существенно возрастают в делах частного обвинения, которые, как указано в законе, по общему правилу, возбуждаются не иначе как по заявлению самого

¹ Волосова Н.Ю. Процессуальное положение потерпевшего в российском уголовном процессе: дис. ... к.ю.н. Оренбург, 1999. С. 71–95; Николаев М.В. Участие потерпевшего в уголовном преследовании по делам публичного и частного-публичного обвинения : дис. ... к.ю.н. Томск, 2008. С. 146–155; Петрова Н.Е. Частное и субсидиарное обвинение : автореф. дис. ... к.ю.н. Самара, 1999. 16 с.

потерпевшего либо его законного представителя. Впрочем, и здесь законодатель допустил две небрежности. Во-первых, пострадавший от преступления, который подает заявление мировому судье, еще не является потерпевшим, поскольку он таковым еще не признан в установленном законом порядке. Во-вторых, в действительности дело считается возбужденным не тогда, когда подано заявление, а когда мировой судья выносит постановление о его принятии, и, что бы мы ни говорили, на самом деле дело частного обвинения возбуждается не потерпевшим, а мировым судьей. Позиция Конституционного Суда, а следом и законодателя по поводу того, что суд не может самостоятельно возбуждать уголовные дела, на самом деле не соответствует Конституции РФ.

Во многих странах континентальной Европы уголовное преследование возбуждает следственный судья, а в государствах англо-американской системы, по существу, только судья (если иметь в виду уголовнопроцессуальную, а не оперативно-розыскную деятельность, которой занимается ФБР и другие спецслужбы США).

Впрочем, в России круг дел частного обвинения постоянно сужается. В настоящее время в УПК РФ предусмотрено только три состава преступлений, которые могут быть возбуждены в частном порядке, но и здесь имеются исключения. Так, согласно ч. 4 ст. 20 УПК РФ, руководитель следственного органа, следователь, а также с согласия прокурора дознаватель имеют право возбуждать уголовные дела частного обвинения и при отсутствии заявления потерпевшего или его законного представителя, если преступление совершено в отношении лица, которое в силу зависимого или беспомощного состояния либо по иным причинам не может защищать свои права и законные интересы. К иным причинам относится также случай совершения преступления лицом, данные о котором неизвестны.

Если такие дела возбуждаются органами предварительного расследования, они теряют частный характер и становятся делами публичного обвинения, поэтому очень осторожно нужно относиться к высказыванию, что мировые судьи загружены делами частного обвинения. На самом деле их очень мало. Многие авторы просто-напросто относят к делам частного обвинения все дела, поступающие

к мировым судьям, либо предлагают относить все дела небольшой и средней тяжести к делам частного обвинения, при этом они подсчитывают процент дел, рассмотренных мировыми судьями, выдавая желаемое за действительное¹.

Другое дело, что на самом деле, и об этом много раз писалось в литературе², следовало бы действительно расширить перечень дел частного обвинения. Так, законодательство Российской империи предусматривало обширный круг деяний, преследуемых в порядке частного обвинения. Одним из критериев отнесения преступлений к таковым являлось наличие близких родственных отношений, совершение деяния по неосторожности. Так, в порядке частного обвинения преследовались кража, мошенничество и присвоение между родителями и детьми, супругами; нанесение одним супругом другому ран, увечий, побоев или других истязаний, или мучений, когда упомянутое насилие не имело последствием смерти потерпевшего супруга или же лишения его рассудка, зрения, слуха, языка или одного из членов; нанесение увечий или ран, независимо от тяжести, по неосторожности.

Полагаю, что названные критерии вполне обоснованы и могут успешно использоваться и в современных условиях. Неосторожное причинение телесных повреждений на порядок менее общественно опасно, чем умышленное. В свою очередь, вмешательство государства в личные взаимоотношения близких родственников, вопреки их нежеланию, может повлечь лишь негативные последствия.

На основании изложенного выше прихожу к следующим выводам.

Законодатель наделил потерпевшего правом участвовать в осуществлении уголовного преследования, но это право не должно превращаться в обязанность потерпевшего.

¹ *Петрушин А.И.* Обеспечение права пострадавшего на доступ к правосудию при осуществлении уголовного преследования в порядке частного обвинения: дис. ... к.ю.н. / А.И. Петрушин. Томск, 2013.

² *Аникина Е.И.* Производство по делам частного обвинения: автореф. дис.... к.ю.н. Саранск, 2000. 20 с.; *Шамардин А.А.* Законодательное определение круга составов преступлений, дела по которым рассматриваются в порядке частного и частно-публичного обвинения // *Механизм реализации норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: проблемы и пути их решения.* Ижевск, 2003. С. 82–88.

Дополнительные и реальные права по осуществлению уголовного преследования должны быть предоставлены только тем потерпевшим, которые сами этого желают. Основным из этих прав должно быть право такого потерпевшего самостоятельно наряду с государственным обвинителем выдвигать и поддерживать обвинение. В случае отказа государственного обвинителя суд обязан рассмотреть обвинение, поддерживаемое потерпевшим.

§ 4.2 ЧАСТНЫЙ ОБВИНИТЕЛЬ

Как уже отмечалось ранее, по преступлениям частного обвинения уголовное преследование осуществляет, по общему правилу, сам потерпевший. Досудебное производство по этим делам не производится (кроме случаев, когда уголовное дело возбуждается руководителем следственного органа, следователем, или дознавателем с согласия прокурора), а заявление о привлечении лица к уголовной ответственности подается непосредственно мировому судье.

В этой связи п. 59 ст. 5 устанавливает, что «частный обвинитель — потерпевший или его законный представитель и представитель по делам частного обвинения».

Между тем вопрос о лицах, которые вправе приносить заявление (ранее в законодательстве использовался термин «жалоба») по делам частного обвинения далеко не бесспорен. Дискуссии по этому вопросу ведутся уже второе столетие.

Среди российских ученых не было и нет единого мнения по этому вопросу. Так, Л.Я. Траубер писал: «... малолетний, т. е. не достигший 17-летнего возраста, не может принести жалобу лично. Его в этом праве заменяет родитель, опекун или попечитель¹. Так же точно законный представитель должен заменять в праве жалобы, находящегося под опекой вследствие болезни глухонемоты»². Такого же

¹ *Траубер Л.Я.* Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных. Харьков, 1909. С. 403.

² Там же. С. 390.

мнения придерживались И.Я. Фойницкий¹, Н.С. Таганцев², С.В. Познышев³, А. Мазалов⁴, Е.В. Топильская⁵ и другие.

По мнению других авторов, (М.А. Чельцов, В.З. Лукашевич, Н.Я. Калашникова), если потерпевшим является несовершеннолетний, лицо, страдающее психическими или физическими недостатками, правом подать жалобу частного обвинения обладает как сам потерпевший, так и его законный представитель⁶. Таким образом, дело должно быть возбуждено как в том случае, когда поступила жалоба от самого потерпевшего, так и в том, когда жалоба поступила от его законного представителя. Однако в этой связи нелогичным выглядит последующее утверждение М.А. Чельцова о том, что в подобных случаях «примирение допускается лишь с согласия не только самого несовершеннолетнего, но и его законного представителя»⁷.

Если уж допускать альтернативную возможность (или-или) подачи частной жалобы частного обвинения, то логичным будет, если право примирения станет принадлежать тому, кто обратился с жалобой.

Более правильным представляется иной подход к разрешению данной проблемы. Так, С.В. Познышев еще в 1912 г. отмечал: «Более правы те, которые пишут, что малолетние могут приносить жалобы, хотя не все практически могут воспользоваться этим правом»⁸. Нетрудно заметить, что в данном случае имеется в виду процессуальные право и дееспособность. Право на жалобу, в том числе и порядке частного обвинения, имеется у всякого, кто пострадал от

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1989. Т. 2. С. 33–34.

² Таганцев Н.С. Русское право. СПб., 1902. С. 41.

³ См.: Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. М. 1912. С. 642–643.

⁴ См.: Мазалов А. Особенности производства по делам частного обвинения // Социалистическая законность. 1971. № 10. С. 52–56.

⁵ См.: Топильская Е.В. О правовом понятии беспомощного состояния потерпевшего // Вестник ЛГУ. Сер. 6. 1989. Вып. 4. № 27. С. 84–88.

⁶ Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. – М., 1951. С. 101; Катькало С.Л., Лукашевич В.З. Производство по делам частного обвинения. Л., 1972. С. 59–61; Калашникова Н.Я. Судебное разбирательство дел частного обвинения. М., 1962. С. 53.

⁷ Чельцов М.А. Цит. соч. С. 101.

⁸ Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. Изд.2-е. М., 1912. С. 643. Такого же мнения придерживались и другие авторы. Например: Неклюдов. Руководство для мировых судей. СПб., 1972. С. 241; Фон-Резон А. О преступлениях наказуемых только по жалобе потерпевшего по русскому праву. СПб., 1882. С. 32.

преступления, независимо от его возраста, психического или физического состояния. Это право – основной элемент правоспособности данного лица. Другое дело, возможность или невозможность самому осуществлять свои права, т.е. процессуальная дееспособность. Поэтому необходимо определиться в возрасте, с которого наступает уголовно-процессуальная дееспособность. Ответа на этот вопрос уголовно-процессуальное законодательство не содержит. Деятельность законного представителя обвиняемого или потерпевшего направлена на оказание им помощи и не устраняет участие последних в процессе. Поэтому связывать момент наступления процессуальной дееспособности с моментом наступления совершеннолетия принципиально неверно.

Далее будет логичным допустить, что возраст, с которого наступает уголовно-процессуальная дееспособность, должен быть одним и тем же как для потерпевшего, так и для обвиняемого. Ответственность за совершение преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 115, ч. 1 ст. 116, ч. 1 ст. 128.1 УК РФ наступает с 16 лет. Поскольку с этого возраста граждане могут быть субъектами преступления, постольку они и наделяются соответственно правами подозреваемых, обвиняемых и подсудимых и могут сами, своими действиями эти права осуществлять. Вполне приемлемым будет вывод о том, что и потерпевшие от указанных выше преступлений в полной мере сами могут осуществлять свои уголовно-процессуальные права тогда, когда им исполнилось соответственно 16 лет. До этого возраста подать жалобу в порядке частного обвинения вправе законные представители несовершеннолетних (малолетних) потерпевших. Но после того, как несовершеннолетний достиг указанного выше возраста, только ему может быть предоставлено право оценивать содеянное против него преступное или непроступное и обращаться с жалобой в порядке частного обвинения. Что же касается родителей несовершеннолетних и иных законных представителей, то они могут подавать жалобы, но только в органы предварительного расследования. И если следователь или дознаватель сочтут, что в данном конкретном случае несовершеннолетний сам не в состоянии защитить свои права и законные интересы, он вправе возбудить дело на основании ч. 4 ст. 20 УПК РФ и тем самым придать ему публичный характер. Сама же по себе жалоба за-

конного представителя не должна служить поводом к возбуждению дела частного обвинения и заменить жалобу несовершеннолетнего потерпевшего.

Сложным является также вопрос о процессуальной дееспособности лиц, страдающих психическими или физическими недостатками. Очевидно, вопрос этот должен разрешаться в каждом конкретном случае тем органом, куда жалоба поступила. И если будет признано, что в данном конкретном случае пострадавшие не в состоянии защищать свои права и законные интересы, материалы должны направляться в органы предварительного расследования. При наличии оснований дело будет возбуждено в соответствии с ч. 4 ст. 20 УПК РФ. В противном случае также должен быть разрешен вопрос о возбуждении дела, но уже частного обвинения. При этом мировому судье должно быть предоставлено право отказывать в возбуждении дела частного обвинения по п. 1 и 2 ст. 24 УПК РФ, когда очевидно и установлено в ходе проверки несоответствие действительности обвинений, указанных в жалобе страдающего психическими заболеваниями лица. В любом случае гражданин, подавший жалобу, вправе обжаловать принятое по ней решение.

В практике возможны ситуации, когда в отношении недееспособного преступления, преследуемого в порядке частного обвинения, совершается его законным представителем. Некоторые ученые полагали, что в подобных случаях преследование должно быть официальным¹. Возражая, Л.Я. Траубер писал: «...совпадение в одном лице жалобщика и виновного должно влечь за собой устранение этого совпадения предоставлением права жалобы другому лицу, а не превращением неофициальных преступлений в официальные»².

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что в действующее уголовно-процессуальное законодательство следовало бы внести изменение, предоставив пострадавшим, достигшим 16 лет, право приносить заявление частного обвинения самостоятельно. Если же пострадавший не достиг 16 лет, право приносить заявление в порядке частного обвинения должно быть предоставлено его законному представителю.

¹ См., например: *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1895. С. 565.

² См.: *Траубер Л.Я.* Цит. соч. С. 259, 391; см. также: *Фон-Резон А.* Цит. соч. С. 139–141.

Часть 2 ст. 318 УПК РФ расширяет перечень лиц, которые вправе подать мировому судье заявление о преступлении частного обвинения (и, следовательно, принять участие в процессе в качестве обвинителя): «В случае смерти потерпевшего уголовное дело возбуждается путем подачи заявления его близким родственником». Однако и эта норма уголовно-процессуального законодательства нуждается в уточнении. По моему мнению, правы те авторы, которые считают, что если наступила смерть потерпевшего еще до подачи им жалобы, в этом случае «право жалобы со смертью потерпевшего утрачивается раз и навсегда, т.к. право жалобы является строго личным, не имеющим имущественного характера, то о наследовании в этом праве не может быть и речи»¹. Иное дело, если смерть наступила после подачи жалобы. В этом случае, как считаю многие авторы, необходимо допустить дальнейшее производство по делу, если есть ходатайство об этом родственников умершего потерпевшего либо обвиняемого².

Таким образом, частным обвинителем может быть сам потерпевший, его представитель и законный представитель, а также близкий родственник потерпевшего в случае его смерти.

Момент появления частного обвинителя не вполне определенно сформулирован в УПК РФ. Так, ст. 43 УПК РФ определяет, что «частным обвинителем является лицо, подавшее заявление в суд по уголовному делу частного обвинения в порядке, установленном статьей 318 настоящего кодекса, и поддерживающее обвинение в суде».

Однако эта норма противоречит положению, закрепленному в ч. 78 ст. 318 УПК РФ, в соответствии с которым лицо становится частным обвинителем с момента принятия мировым судьей заявления к своему производству (а не с момента его подачи, как указано в ч. 1 ст. 43 УПК РФ). Момент подачи заявления и момент принятия его судьей к своему производству, естественно, не совпадают по времени. Кроме того, мировой судья может и не принять заявление, если оно не удовлетворяет требованиям, установленным УПК РФ к заявлениям такого рода (ч. 5, 6 ст. 318 УПК РФ).

¹ См., например: *Добровольская Т.Н.* Судьба дел частного обвинения в связи со смертью потерпевшего // *Соц. Законность.* 1947. № 8; *Ной И.С.* Охрана чести и достоинства личности в советском уголовном праве. Саратов, 1959. С. 120–121.

² *Савицкий В.М., Потеружа И.Л.* Указ. соч. С. 106; *Каткало С.И., Лукашевич В.З.* Указ соч. С. 132.

Таким образом, систематическое толкование норм УПК РФ приводит нас к выводу, что частным обвинителем является либо сам потерпевший, либо его законный представитель или представитель, либо близкий родственник потерпевшего (в случае смерти последнего), заявление которого о преступлении частного обвинения принято мировым судьей к своему производству.

В соответствии с ч. 7 ст. 318 УПК РФ о принятии заявления мировой судья должен составить постановление. С этого момента пострадавший становится потерпевшим и частным обвинителем. Впрочем, до вынесения этого постановления нет и уголовного дела. Уголовного дела и вовсе не будет, если мировой судья откажет в принятии заявления. Значит, уголовное дело на самом деле возбуждает вовсе не пострадавший или его законный представитель, а мировой судья. Только процессуальный акт, по существу решающего вопрос о возбуждении уголовного дела, именуется не постановлением о возбуждении уголовного дела, а постановлением о принятии заявления пострадавшего или его законного представителя мировым судьей к своему производству.

Процессуальное положение частного обвинителя складывается из двух элементов:

1) прежде всего, частный обвинитель наделен, соответственно, правами потерпевшего, законного представителя или представителя потерпевшего (в зависимости от того, кто подал заявление);

2) кроме того, в соответствии с ч. 2 ст. 43 УПК РФ при поддержании обвинения в суде частный обвинитель по существу наделен теми же правами, что и государственный обвинитель: поддерживать обвинение, представлять доказательства и участвовать в их исследовании, излагать суду свое мнение по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, высказывать предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания, предъявлять и поддерживать иск, отказаться от обвинения или изменить его на более мягкое и другие. Частный обвинитель также имеет право примириться с лицом, в отношении которого подано заявление, до момента удаления суда в совещательную комнату для вынесения приговора. В случае достижения примирения, уголовное дело частного обвинения подлежит прекращению.

Одновременно следует заметить, что, предоставляя частному обвинителю права государственного обвинителя, законодатель также снял с государственных органов и должностных лиц и обязанности по доказыванию обвинения по делу частного обвинения, возложив их на частного обвинителя. Так, в соответствии с ч. 5 ст. 318 УПК РФ, заявление по делу частного обвинения должно содержать, в частности, ссылку на список свидетелей, которых нужно вызвать в суд, а также данные о лице, привлекаемом к уголовной ответственности, суд, в соответствии с ч. 2 ст. 319 УПК РФ, после принятия заявления к своему производству (а этого бывает не так просто добиться) вправе, но не обязан оказать частному обвинителю содействие в собирании таких доказательств, которые не могут быть получены им самостоятельно.

Представляется, что предоставляя частному лицу полномочия государственного обвинителя и предоставляя ему право определять (по общему правилу) будет ли начато производство по делу и не должно ли оно прекратиться в связи с примирением сторон или в связи с отказом обвинителя от обвинения, государство, тем не менее, не вправе совершенно сложить с себя обязанности по доказыванию. Независимо от того, отнесено ли то или иное дело к числу дел частного или публичного обвинения, в любом случае имеется публичный интерес, направленный на защиту нарушенных преступлением прав граждан, восстановления социальной справедливости, и оказание государством помощи потерпевшему, если последний в ней нуждается — это обязанность государства, сложить с себя которую оно не вправе. Поэтому государство в лице органов, ведущих дознание и предварительное следствие, должно оказывать частному обвинителю помощь в установлении обстоятельств дела, личности виновного и собирании доказательств, если ему такая помощь потребуется. И важным шагом на пути к предоставлению частному обвинителю государственной помощи стало Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2005 г. № 7-П, в котором было признано, что Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, закрепляя в качестве обязательного условия возбуждения уголовных дел частного обвинения наличие надлежащим образом оформленного заявления, в котором должны быть указа-

ны данные о лице, привлекаемом к уголовной ответственности, лишает потерпевшего, которому такие данные не известны, возможности возбудить в суде соответствующее уголовное дело и получить защиту своих нарушенных прав.

В развитии положения этого Постановления в УПК РФ были внесены существенные изменения. В частности, если пострадавший не может указать данные причинителя ему вреда, то мировой судья не вправе на этом основании отказать ему в приеме заявления. Он должен направить это заявление прокурору для того, чтобы тот поручил органам предварительного расследования установить это лицо. Пострадавший вправе обратиться с заявлением и непосредственного в органы предварительного расследования. И это заявление должно быть принято и рассмотрено по существу.

Кроме того, по основаниям, указанным в ч. 8 ст. 318 УПК РФ мировой судья вправе признать обязательным участие в деле частного обвинения прокурора.

§ 4.3 ПОДОЗРЕВАЕМЫЙ И ОБВИНЯЕМЫЙ

Подозреваемый

В советской литературе о подозреваемом писали немало¹. Причем многие авторы считали необходимым расширить это понятие и сделать подозреваемого, равно как и обвиняемого, обязательным участником производства, если не по всем, то по большинству уголовных дел. Именно по этому пути пошел законодатель. Ныне подозреваемый стал обязательным участником практически по всем делам, расследование которых осуществляется в форме дознания и по абсолютному большинству уголовных дел, расследование по которым осуществляется в форме предварительного следствия.

¹ Акинча Н.Л. Подозреваемый и обвиняемый на предварительном следствии / Общ. ред. А.Л. Цыпкин. Саратов, 1964–80 с ; Альперт С.А. Участники советского уголовного процесса. Конспект лекции. Харьков. 1965. 33 с.; Галкин И.С., Кочетков В.Г. Процессуальное положение подозреваемого. М.: Юрид. лит. 1968. 64 с ; Денежский Б.А. Подозреваемый в советском уголовном процессе, Саратов, 1982. 142 с ; Франк Л.В. Задержание и арест подозреваемого в советском уголовном процессе, Душанбе. Таджикский гос. ун-т, 1963. 263 с и др.

В соответствии со ст. 46 УПК РФ в качестве подозреваемого выступает лицо:

- 1) в отношении которого возбуждено уголовное дело по основаниям и в порядке, установленным главой 20 УПК РФ;
- 2) которое задержано в соответствии со ст. 91 и 92 УПК РФ;
- 3) к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 108 УПК РФ;
- 4) которое уведомлено о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ.

Однако применение любой из указанных выше процессуальных мер возможно лишь в том случае, когда имеются объективные данные, дающие основание для обоснованного предположения о том, что данное лицо совершило преступление. Если же такие данные, доказательства виновности отсутствуют, к лицу нельзя применять ни одной из указанных выше процессуальных мер и подозреваемый не может появиться в деле как участник процесса.

С другой стороны, не всякое заподозренное лицо становится подозреваемым, а лишь то из них, в отношении которого либо возбуждено уголовное дело, либо применена мера пресечения, либо лицо задержано по основаниям и в порядке, предусмотренном УПК РФ, либо оно уведомлено о подозрении в совершении преступления.

УПК РФ содержит исчерпывающий перечень процессуальных оснований появления в уголовном деле подозреваемого как участника процесса.

Нельзя перевести лицо в статус подозреваемого путем допроса заподозренного лица, производства у такого лица обыска, производства иных процессуальных действий или применения иных процессуальных мер.

Вместе с тем, основания, например, задержания лица по подозрению в совершении преступления столь широки, что никто из нас не застрахован от того, чтобы не быть задержанным по подозрению в совершении преступления. Именно, поэтому, в том числе, законодатель и устанавливает исчерпывающий перечень процессуальных актов, которыми лицо официально становится в положение подозреваемого. И они были названы выше. Правда законодатель в этом вопросе (как и во многих других) непоследователен.

Так, из содержания ч. 3 ст. 49 УПК РФ можно сделать иной вывод. В этой статье определяется момент допуска защитника. Согласно ей, защитник допускается к участию в уголовном деле:

1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого;

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

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

а) предусмотренных ст. 91 и 92 УПК РФ;

б) применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу;

4) с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ;

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

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

Если эту норму толковать отдельно от норм, содержащихся в ст. 46 УПК РФ, то можно сделать вывод, что подозреваемым будет не только лицо, которое прямо указано в ст. 46 УПК РФ, но и любой заподозренный, к которому применяют меры процессуального принуждения, либо в отношении которого назначена судебно-психиатрическая экспертиза.

Абсурдность такого положения очевидна, поэтому в данном конкретном случае следует применить метод систематического толкования норм, содержащихся в ст.ст. 46 и 49 УПК РФ. При таком подходе становится ясным, что подозреваемыми можно считать только тех лиц, которые прямо указаны в ст. 46 УПК РФ.

Формулировка п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ фактически перенесена законодателем из резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П.

В п. 2 этого Постановления закреплено: «Конституция Российской Федерации, гарантируя государственную защиту прав и свобод

человека и гражданина (ст. 2; ст. 45, ч. 1), предоставляет каждому право на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48, ч. 1) и, кроме того, прямо предусматривает, что «каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения» (ст. 48, ч. 2).

Закрепляя это право как непосредственно действующее, Конституция Российской Федерации не связывает предоставление помощи адвоката (защитника) с формальным признанием лица подозреваемым либо обвиняемым, а, следовательно, и с моментом принятия органом дознания, следствия или прокуратуры какого-либо процессуального акта, и не наделяет федерального законодателя правом устанавливать ограничительные условия его реализации...

По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст. 2, 45 и 48 Конституции Российской Федерации, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, - удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие личную свободу и личную неприкосновенность»¹.

Как мне представляется, Конституционный Суд и в этом случае (как и во многих других) не учитывает особенность отдельных конкретных отраслей Российского права, в каждой из которых одни и те же нормы Конституции Российской Федерации могут наполняться особым, свойственным именно этой отрасли права содержанием. Применительно к рассматриваемой ситуации Конституционный Суд отождествляет два совершенно неравнозначных понятия «адвокат» и «защитник», но об этом подробнее будет в следующей главе.

¹ А принудительный привод свидетеля или потерпевшего тоже ставит их в положение подозреваемых?

Итак, подозреваемым в уголовном процессе считается лицо, в отношении которого имеются доказательства его виновности. Их еще мало, их недостаточно для предъявления этому лицу обвинения, но они должны быть. Именно поэтому, лицо, у которого производится обыск, или которое принудительно доставлено для допроса, далеко не всегда является, а чаще всего, напротив, не является подозреваемым. Для того, чтобы конкретное лицо стало подозреваемым, в отношении него должен быть вынесен особый процессуальный акт.

В соответствии со ст. 49 УПК РФ подозреваемым является лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления. При этом в силу п. 15 ч. 1 ст. 5 УПК РФ моментом фактического задержания является момент ограничения свободы передвижения лица. Кстати, с этого же момента должен быть предоставлен защитник. Абсурдность данного положения не вызывает сомнения: получается, что, пресекая массовые беспорядки, например (а это всегда сопровождается задержанием ряда лиц), спецподразделения МВД необходимо иметь при себе адвокатов? А сотрудникам патрульно-постовой службы или вневедомственной охраны (которые чаще всего и задерживают лиц по подозрению в совершении краж, грабежей и т. д.) следует также постоянно иметь при себе адвоката? Наверное, это не так. Законодатель явно неверно определили в данном случае и понятие подозреваемого, и момент допуска защитника.

Всякий участник процесса становится таковым после принятия соответствующего процессуального акта. Даже следователь становится следователем как участником процесса по конкретному делу лишь после того, как он вынесет постановление о принятии дела к своему производству. Почему же тогда лицо ставится в положение подозреваемого без вынесения определенного процессуального акта, а путем фактических действий?

Впрочем, системное толкование ряда статей УПК РФ приводит исследователя к иному выводу: лицо становится подозреваемым не с момента фактического ограничения свободы передвижения, а с момента составления протокола. Именно после составления протокола задержания, а никак не раньше, задержанному объясняется суть подозрения, разъясняются права подозреваемого¹, в том числе право на

¹ Аверченко А.К., Лонь С.Л. Подозреваемый и реализация его прав в уголовном

общение с защитником до первого допроса не менее двух часов. Значит, и защитник допускается фактически не с момента захвата (ограничения свободы передвижения), а с момента составления протокола задержания. При этом вовсе не нарушается конституционное право на оказание квалифицированной юридической помощи¹. Любые лица, доставленные по любому основанию в полицейский участок или иной правоохранительный орган, вправе воспользоваться квалифицированной юридической помощью в лице адвоката. Но это будет именно адвокат, а не защитник. Защитник защищает от уголовного преследования подозреваемого или обвиняемого. А если подозреваемого еще нет, значит, и не может быть защитника. Разве не ясно, что далеко не все доставленные с места совершения преступления лица считаются затем подозреваемыми, как участниками уголовного процесса. Некоторые становятся подозреваемыми в административном правонарушении, многие и вовсе отпускаются с извинениями. Да и к тому же в качестве подозреваемого лицо можно привлечь только после возбуждения уголовного дела. Когда же происходит фактическое задержание, далеко не всегда (а точнее, крайне редко) уже имеется постановление о возбуждении уголовного дела. Уголовное дело возбуждается потом, когда будут получены объяснения, составлен протокол осмотра места происшествия, проведены другие проверочные действия по установлению оснований для возбуждения уголовного дела. Безусловно, протокол задержания может быть составлен только после возбуждения уголовного дела. Но уголовное дело может быть возбуждено и после фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления.

Таким образом, лицо ставится в положение подозреваемого не фактом задержания, а составлением протокола задержания. Другое дело, что сроки задержания, которые затем включаются в сроки заключения под стражу, будут исчисляться, конечно же, с момента фактического ограничения свободы передвижения. Вызывает сомнение и правильность названия этого процессуального акта – протокол. Все

процессе. Томск: Изд-во НТЛ, 2003. 196 с.; *Смирнов П.А.* Подозреваемый в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 24 с.

¹ *Закомолдин А.В.* Квалифицированная юридическая помощь в уголовном процессе России: понятие, содержание, гарантии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. 22 с

же протокол является в большей части всего лишь средством фиксации следственных и иных процессуальных действий. Поэтому правильное было бы вместо протокола задержания выносить постановление о признании лица подозреваемым после его задержания.

Совсем недавно появился новый процессуальный акт, которым лицо ставится в положение подозреваемого. Используется он только при производстве расследования в форме дознания и именуется «уведомлением» о подозрении в совершении преступления. Стоит отметить, что данная законодательная новелла вызвала дискуссии среди ученых-процессуалистов¹. Необходимость подобного процессуального акта появилась тогда, когда дознание вплотную приблизилось к предварительному следствию. Вместе с тем, лицо в положении подозреваемого (если дело возбуждалось по факту), как и ранее, могло находиться не более 10 суток. Таким образом, лицо, привлеченное в качестве подозреваемого путем применения к нему меры пресечения, спустя 10 суток теряло статус подозреваемого, и неизвестно было, как с ним работать далее. На мой взгляд, было бы более разумным, как это ранее и предусматривалось УПК РСФСР, привлекать такое лицо в качестве обвиняемого. Однако законодатель пошел по иному пути. И теперь подозреваемый – это вовсе не краткосрочный участник процесса. Лицо в качестве подозреваемого может находиться в течение всего срока дознания, а срок этот, с учетом возможного продления его прокурором, может достигать и одного года. Но разве это допустимо, чтобы лицо находилось под подозрением без предъявления обвинения столь длительный срок? И потом, впервые в процессе появился важный процессуальный акт под наименованием «уведомление». Наверное, было бы разумнее назвать его «постановлением» и не о подозрении, а о признании лица подозреваемым в совершении преступления.

В отличие от обвиняемого подозреваемый на предварительном следствии – не обязательный участник процесса. Если у следователя изначально имеется достаточно доказательств для привлечения лица в качестве обвиняемого, он должен вынести постановление о

¹ *Татьянин Д.В.* Уведомление о подозрении как основание признания лица подозреваемым (дискуссионные вопросы) // Вестник Удмуртского университета. 2009. № 2-1. С. 186–188; *Кальницкий В.В.* Уведомление о подозрении в совершении преступления: правовая сущность и порядок применения // Вестник Омского университета. Право. 2008. № 1. С. 59–63.

привлечении этого лица в качестве обвиняемого, предъявить ему обвинение и работать с ним как с обвиняемым. Другими словами, по многим уголовным делам подозреваемого может и не быть: сразу же появляется обвиняемый как участник процесса.

До законодательных контрреформ 2007 г. подозреваемый был краткосрочным участником процесса. Кстати, по-видимому, именно в связи с краткими сроками дознания мало кто из ученых критиковал законодателя за то, что дознание проводилось без основного участника процесса – обвиняемого. Обвиняемый появлялся только после окончания дознания и составления обвинительного акта. Но затем ситуация резко изменилась. Сроки дознания практически приблизились к срокам предварительного следствия. И на протяжении месяца и более (срок дознания, как известно, может быть продлен до шести месяцев и даже до одного года) подозреваемому не предъявляется обвинение и, как вполне справедливо отмечается в научной литературе, «при производстве по уголовному делу исключается такая ключевая фигура, как обвиняемый. Его подменили подозреваемым как лицом, которое уведомлено о подозрении в совершении преступления ... и которое, соответственно, не имеет того объема прав, которым наделен обвиняемый для обеспечения возможностей защиты своих интересов»¹.

В одном только случае законодатель сделал исключение: если в 10-суточный срок со дня избрания в отношении подозреваемого в качестве меры пресечения невозможно составить обвинительный акт, ему должно быть предъявлено обвинение (ст. 224 УПК РФ). Честно говоря, мне, как и многим моим коллегам, уже надоело об этом говорить и писать; но все же хочу еще раз повторить: дознание должно проводиться только по очевидным преступлениям и в сроки, которые были предусмотрены в УПК РФ до их изменения в 2007 г.

Обвиняемый

Для того чтобы в производстве по уголовному делу появился обвиняемый, необходимо наличие совокупности материальный и процессуальный оснований.

¹ Глебов В.Г. К вопросу об эффективности сокращенных форм досудебного производства в уголовном процессе // Дознание в сокращенной форме: вопросы законодательной регламентации и проблемы правоприменения: Сб. ст. Волгоград, 2013. С. 18–19.

Процессуальные основания приобретения статуса обвиняемого установлены ч. 1 ст. 47 УПК РФ.

- 1) Обвиняемым признается лицо, в отношении которого: либо вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого;
- 2) либо вынесен обвинительный акт;
- 3) либо вынесено обвинительное постановление.

Материальные основания вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого установлены в ст. 171 УПК РФ. Ими является наличие достаточных доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении преступления. При этом доказательств виновности должно быть столько:

1) чтобы следователь, дознаватель были убеждены в виновности этого лица:

2) одновременно, по делу должны быть собраны не все доказательства, которых, по мнению следователя, дознавателя будет достаточно для вынесения обвинительного приговора судом, либо ими установлены не все обстоятельства, которые необходимо установить по уголовному делу, либо не все они установлены с достаточной полнотой. Т. е. доказательств по уголовному делу недостаточно для того, чтобы в настоящий момент окончить предварительное расследование, составить обвинительное заключение и передать уголовное дело в суд.

Составление обвинительного акта или обвинительного постановления является итогом производства дознания. Соответственно, материальными основаниями составления обвинительного акта или обвинительного постановления является наличие такой совокупности доказательств, которой, по мнению дознавателя, достаточно для рассмотрения дела в суде, и которая заставляет дознавателя прийти к однозначному выводу о том, что преступление имело место, данное лицо виновно в его совершении и нет оснований для прекращения уголовного дела или уголовного преследования. Очевидно, что поскольку обвинительный акт составляется по окончании дознания, то при производстве дознания обвиняемого как правило нет. Обвиняемый как самостоятельная процессуальная фигура по делам, по которым предварительное расследование проводится в форме до-

знания, существует и действует весьма непродолжительное время – с моменты вынесения обвинительного акта или обвинительного постановления (в ходе ознакомления участников с материалами уголовного дела, при решении вопроса об утверждении обвинительного акта или обвинительного постановления прокурором) и до принятия судом решения о назначении судебного заседания.

Обвиняемый, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство, именуется подсудимым. Обвиняемый, в отношении которого вынесен обвинительный приговор, именуется осужденным. Обвиняемый, в отношении которого вынесен оправдательный приговор, является оправданным (ч. 2 ст. 47 УПК РФ). Таким образом, понятие «обвиняемый» является более широким понятием, по сравнению с понятиями «подсудимый» и «осужденный», которые, по существу, характеризуют процессуальное положение обвиняемого на том или ином этапе уголовного судопроизводства.

Права и обязанности подозреваемого и обвиняемого

Обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту – конституционный принцип уголовного процесса. В Уголовно-процессуальном кодексе РФ он закреплен в ст. 16, состоящей из четырех частей:

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

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

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

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

Права подозреваемого и обвиняемого, предоставленные законом для обеспечения возможности защищаться от обвинения (подозрения) в совершении преступления закреплены ст. 46, 47, 198 УПК РФ, а также содержатся в других нормах уголовно-процессуального законодательства.

В частности, подозреваемый и обвиняемый имеют право:

Знать, в чем они подозреваются или обвиняются. Реализация этого права обеспечивается, в частности, путем установления обязанности следователя (дознателя) вручать подозреваемому и обвиняемому копии документов, в которых содержится информация (более или менее полная) о содержании существующего подозрения или о фактической стороне и квалификации выдвинутого обвинения. К числу таких документов относятся:

1) для подозреваемого — копия постановления о возбуждении против него уголовного дела, копия протокола задержания, копия постановления о применении к нему меры пресечения, копия уведомления о подозрении в совершении преступления;

2) для обвиняемого — копия постановления о привлечении его в качестве обвиняемого, копия постановления о применении к нему меры пресечения, копия обвинительного заключения или обвинительного акта и другие. Кроме того на следователя возложена обязанность предъявления обвинения (не позднее 3 суток с момента вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого).

2. Подозреваемый и обвиняемый имеют право давать свои объяснения и показания по поводу подозрения или обвинения либо отказаться от дачи объяснений и показаний. При согласии подозреваемого или обвиняемого дать показания они должны быть предупреждены о том, что их показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при их последующих отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Данному праву подозреваемого и обвиняемого корреспондируют соответствующие обязанности следователя. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 46 УПК РФ, следователь в случае задержания подозреваемого должен допросить его не позднее 24 часов с момента его фактического задержания. В соответствии с ч. 1 ст. 173 УПК РФ следователь

обязан допросить обвиняемого немедленно после предъявления ему обвинения (имея возможность отложить допрос лишь для того, чтобы дать обвиняемому возможность пообщаться наедине со своим защитником).

3. Пользоваться помощью защитника (в том числе и бесплатно) и иметь с ним свидания наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса. При этом обвиняемый, в соответствии с п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ может иметь свидания с защитником без ограничения их числа и продолжительности. В ст. 46 УПК РФ нет указания на аналогичное право подозреваемого. Это, в некоторой степени, диктуется особенностями его процессуального статуса как временного участника уголовного процесса. Так, подозреваемый, как уже было сказано выше, должен быть допрошен в течение 24 часов с момента фактического задержания. Предоставление ему возможности общаться с защитником без ограничения времени могло бы сделать данную норму УПК РФ фактически нереализуемой. С учетом этого, ч. 4 ст. 92 УПК РФ предусматривает, что в случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого продолжительность свидания свыше 2 часов может быть ограничена дознавателем, следователем, прокурором с обязательным предварительным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника. В любом случае продолжительность свидания не может быть менее 2 часов. Процессуальный закон в то же время не предусматривает возможности ограничения числа свиданий подозреваемого со своим защитником. Поэтому, хотя в ст. 46 УПК РФ и не записано прямо право подозреваемого встречаться со своим защитником неограниченное количество раз, он, несомненно, должен иметь такую возможность, если только такие свидания не ведут к несоблюдению изложенного выше правила, содержащегося в ч. 4 ст. 92 УПК РФ.

В ряде случаев участие защитника является обязательным (см. ч. 1 ст. 51 УПК РФ). В этих случаях, если защитник не приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, то дознаватель, следователь, прокурор или суд обязаны обеспечить участие защитника в уголовном судопроизводстве.

4. Одновременно подозреваемый и обвиняемый наделены правом в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника. Такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого или обвиняемого. Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора и суда.

Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу. Допуск защитника не влечет за собой повторения процессуальных действий, которые к этому моменту уже были произведены.

5. В соответствии с п. 4 ч. 4 ст. 46 УПК РФ и п. 4 ч. 4 ст. 47 УПК РФ, обвиняемый и подозреваемый имеют право представлять доказательства. Реально же они, конечно, доказательств не представляют. Как более точно записано в ч. 2 ст. 86 УПК РФ, подозреваемый и обвиняемый имеют право собирать и представлять письменные предметы и документы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Решение же о признании тех или иных предметов или документов вещественными доказательствами и/или о приобщении их к делу в качестве доказательств принадлежит лицам, ведущим уголовный процесс (следователю, дознавателю, прокурору, в судебных стадиях или в ходе осуществления судебного контроля за досудебным производством - суду).

6. Подозреваемый и обвиняемый имеют право заявлять ходатайства и отводы.

Ими, как и другими участниками процесса, действующими на стороне обвинения или стороне защиты, могут быть заявлены ходатайства о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство.

Ходатайство может быть заявлено в любой момент производства по уголовному делу. Письменное ходатайство приобщается к уголовному делу, устное – заносится в протокол следственного действия или судебного заседания. Отклонение ходатайства не лишает заявителя вновь заявить ходатайство. Ходатайство подлежит рассмотрению и разрешению непосредственно после его заявления. В случаях, когда немедленное принятие решения

по ходатайству, заявленному в ходе предварительного расследования, невозможно, оно должно быть разрешено не позднее 3 суток со дня его заявления. Об удовлетворении ходатайства либо полным или частичном отказе в его удовлетворении дознаватель, следователь, прокурор, судья выносят постановление, а суд – определение, которое доводится до сведения лица, заявившего ходатайство. Решение по ходатайству может быть обжаловано прокурору или в суд в порядке, установленном главой 16 УПК РФ (исключение из этого правила делается только для ходатайств, заявляемых в ходе судебного разбирательства — ч. 5 ст. 355 УПК РФ).

7. Подозреваемый и обвиняемый вправе давать объяснения и показания на родном языке или языке, которым подозреваемый, обвиняемый владеет, и могут пользоваться услугами переводчика бесплатно. Это право, в том числе, может быть использовано подозреваемым и обвиняемым и в случае, когда они владеют языком, на котором ведется судопроизводство.

8. Подозреваемый вправе, в соответствии с п. 8 ч. 4 ст. 46 УПК РФ, знакомиться с протоколами следственных действий, проведенных с его участием, и давать на них замечания. Это право, безусловно, может использоваться им и в отношении протоколов тех следственных действий, проведенных с его участием, которые состоялись до момента приобретения им процессуального статуса подозреваемого. Обвиняемому же, в соответствии с п. 10 ч. 4 ст. 47 предоставлено право знакомиться с протоколами следственных действий, производимых по его ходатайству или по ходатайству его защитника либо законного представителя, и подавать на них замечания. Возникает вопрос: не означает ли различие в формулировках прав подозреваемого и обвиняемого, что подозреваемый не имеет права знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных по его ходатайству, а обвиняемый – не может знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием (но без его ходатайства об этом его или его защитника либо законного представителя)? Представляется, что обе эти возможности равно необходимы для осуществления подозреваемым, обвиняемым своей защиты, и, с этой точки зрения, различие в формулировках прав подозреваемого и обвиняемого представляется необъяснимым. Тем не

менее, право обвиняемого на ознакомление с протоколами всех следственных действий, произведенных с его участием, и право делать замечания, подлежащие внесению в протокол, не может быть ограничено, исходя из положений ч. 6–7 ст. 166 УПК РФ, предусматривающей порядок составления протокола следственного действия. Подозреваемый же, может быть фактически лишен следователем, дознавателем возможности знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных по его ходатайству, ходатайству его защитника либо законного представителя. Это необъяснимо, противоречит принципу предоставления подозреваемому, обвиняемому права на защиту, и неосновательно уменьшает процессуальные гарантии реализации прав подозреваемого, по сравнению с правами обвиняемого, что особенно недопустимо, учитывая, что обвиняемый как субъект уголовного судопроизводства отсутствует в ходе производства предварительного расследования в форме дознания, до того момента, пока дознание не будет окончено (и не будет вынесен обвинительный акт). Получается, что права и процессуальные возможности лица, в отношении которого ведется дознание, уже, прав и процессуальных возможностей лица, в отношении которого ведется предварительное следствие. Думается, что такое положение недопустимо и должно быть исправлено законодателем путем внесения в закон соответствующих поправок.

9. Подозреваемый и обвиняемый вправе участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, проводимых по их ходатайству, ходатайству их защитника либо законного представителя.

10. Они могут приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда, прокурора, следователя и дознавателя. Обвиняемому, помимо этого, предоставлено право принимать участие в разрешении его жалоб судом. Это различие в формулировках прав подозреваемого и обвиняемого должно быть оценено безусловно отрицательно. Право лица участвовать в судебном заседании, инициированном им, давать суду пояснения и высказывать свою позицию – необходимый составляющий элемент конституционного права на защиту (ст. 46 Конституции РФ). Лицо не может быть лишено таких правомочий в связи с тем, что оно является подозреваемым по уголовному делу. В то же время, порядок рассмотрения судом

жалоб, предусмотренный ст. 125 УПК РФ, предусматривает возможность участия заявителя в судебном заседании (независимо от его процессуального положения). С учетом содержания права, предоставленного ст. 46 Конституции РФ, положение ст. 125 УПК РФ имеет преобладающее значение по отношению к содержанию п. 10 ч. 4 ст. 46 УПК РФ, и последний не должен истолковываться, как лишаящий подозреваемого права участвовать в судебном заседании по жалобе, поданной им, его защитником или его законным представителем.

11. При назначении и производстве экспертизы подозреваемый и обвиняемый имеют права (см. ст. 198 УПК РФ):

- а) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;
- б) заявлять отвод эксперту и ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;
- в) ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;
- г) ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;
- д) присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;
- е) знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также протоколом допроса эксперта.

12. Подозреваемый и обвиняемый могут участвовать в рассмотрении судом вопросов:

- а) об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста;
- б) о временном отстранении от должности.

13. Подозреваемый и обвиняемый вправе возражать против прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным ч. 2 ст. 27 УПК РФ. Это право подозреваемого, опять-таки, не предусмотрено ст. 46 УПК РФ, однако закреплено в ч. 2 ст. 27 УПК РФ.

14. Подозреваемый и обвиняемый имеют также право защищаться иными способами и средствами, не запрещенными УПК РФ.

Поскольку обвиняемый участвует в предварительном следствии на всем его протяжении, а также в суде, он имеет и другие права, которых нет и не может быть у подозреваемого в силу кратковремен-

ного пребывания последнего в процессе. В частности, только обвиняемому принадлежат следующие права:

1. Участвовать в рассмотрении судом вопросов:
 - а) о продлении срока содержания под стражей;
 - б) об избрании судом меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста после передачи материалов уголовного дела в суд.
2. Знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела и выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме.
3. Снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств.
4. Участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций.
5. Знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания.
6. Обжаловать приговор, определение, постановление суда и получать копии обжалуемых решений.
7. Получать копии принесенных по уголовному делу жалоб и представлений и подавать возражения на эти жалобы и представления.
8. Участвовать в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора.

Участие в уголовном деле защитника или законного представителя не служит основанием для ограничения какого-либо права обвиняемого или подозреваемого.

Кроме того, при производстве конкретных следственных действий подозреваемый и обвиняемый наделяются и другими правами.

Помимо прав, у подозреваемого и обвиняемого имеются и обязанности:

- 1) являться по вызову дознавателя, следователя, прокурора;
- 2) не препятствовать предварительному расследованию и не скрываться от него;
- 3) не совершать преступлений и иных правонарушений;
- 4) не использовать запрещенные законом способы и средства защиты;

5) не разглашать данные предварительного расследования, если они были предупреждены следователем, дознавателем, прокурором о недопустимости разглашения ставших им известными данных предварительного расследования без соответствующего разрешения, и у них была отобрана подписка.

В случае нарушения названных обязанностей к обвиняемому, подозреваемому может быть применена или изменена на более суровую мера пресечения, они могут быть подвергнуты принудительному приводу, против них может быть возбуждено административное производство или новое уголовное дело.

Глава 5

ЗАЩИТНИК

§ 5.1 АДВОКАТ И ЗАЩИТНИК В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

В соответствии с Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокатом является лицо, внесенное в реестр адвокатов, который ведется на территории каждого субъекта РФ Территориальным органом федерального органа исполнительной власти в области юстиции.

Адвокат вправе осуществлять адвокатскую деятельность на всей территории Российской Федерации без какого-либо дополнительного разрешения.

Иностранные граждане и лица без гражданства, получившие статус адвоката в порядке, установленном Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», допускаются к осуществлению адвокатской деятельности на всей территории Российской Федерации в случае, если иное не предусмотрено Федеральным законом (ч. 5, 6 ст. 9 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства.

Адвокаты иностранных государств не допускаются к оказанию юридической помощи на территории Российской Федерации по вопросам, связанным с государственной тайной Российской Федерации.

Адвокаты иностранных государств, осуществляющие деятельность на территории Российской Федерации, регистрируются фе-

деральным органом исполнительной власти в области юстиции в специальном реестре, порядок ведения которого определяется Правительством Российской Федерации.

Без регистрации в указанном реестре осуществление адвокатской деятельности адвокатами иностранных государств на территории Российской Федерации запрещается (ч. 5, 6 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Адвокат является независимым советником по правовым вопросам.

К сожалению, в уголовно-процессуальной литературе понятие «адвокат» и «защитник» нередко смешиваются или вовсе отождествляются. Предпосылкой этому послужило известное Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П (тогда еще действовал УПК РСФСР)¹ и развитие изложенных в нем пояснений в последующих изменениях УПК РФ, о чем будет сказано ниже.

В процессе адвокат может выполнять различные процессуальные функции и соответственно по-разному именоваться как участник процесса.

Адвокат, осуществляющий функцию защиты подозреваемого, обвиняемого, именуется в УПК защитник и является участником процесса со стороны защиты.

Адвокат, осуществляющий функцию защиты прав и интересов потерпевшего или гражданского истца именуется в УПК представителем и является участником процесса со стороны обвинения.

Адвокат, осуществляющий функцию защиты прав свидетеля или лица, у которого производится обыск, так и именуется в УПК – адвокатом (п. 6 ч. 4 ст. 66, ст. 189 УПК). Адвокат, приглашенный осужденным для оказания ему помощи в осуществлении прав при разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора (дополнительные производства) именуется также адвокатом (ч. 4 ст. 399 УПК).

От того, какую именно функцию выполняет адвокат в уголовном процесс, зависит и его процессуальный статус.

¹Подробный анализ этого Постановления Конституционного Суда РФ см.: Ю.К. Якимович, О.В. Воронин. Нужен ли защитник в современном уголовном процессе России: Сб. статей / Под ред. Ю.К. Якимовича. Вып. 7. Томск: Изд-во Томского ун-та. 2001. С. 10–15.

Таким образом, любой адвокат в уголовном процессе, отстаивает, защищает чьи-то права и интересы: либо подозреваемого, обвиняемого; либо потерпевшего, гражданского истца; либо свидетеля, либо осужденного. Но защитником адвокат в уголовном процессе выступает только в том случае, когда он защищает права и интересы подозреваемого или обвиняемого. В этой связи следует констатировать, что «защита» в уголовно-процессуальном законодательстве¹ РФ понимается в узком смысле: как защита от уголовного преследования. Необходимость защиты появляется с началом уголовного преследования. Нет уголовного преследования, нет и защиты. Прекращается уголовное преследование (обвинительный приговор вступает в законную силу), прекращается и защита.

Правильно это или нет — вопрос не простой, но такова позиция законодателя.

Уголовное преследование не может существовать в абстракции, оно осуществляется всегда в отношении конкретного лица. Не может быть уголовного преследования до тех пор, пока в уголовном процессе не появился подозреваемый или обвиняемый. Так же точно не может быть и защитника в уголовном процессе до тех пор, пока в него не вовлечено конкретное лицо в качестве подозреваемого или обвиняемого.

Таким образом, не следует смешивать понятия «адвокат», как лицо, наделённое статусом адвоката и «адвокат», как участник уголовного процесса. Наделённое процессуальным статусом адвоката лицо становится участником уголовного процесса по конкретному

¹ Подробнее см.: *Адаменко В.Д.* Процессуальное положение защитника обвиняемого. // Проблемы охраны прав граждан в сфере борьбы с преступностью. Иваново, 1980. С. 32–42. *Кречетова Л.В.* Защитник в уголовном процессе. Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2000. 104 с.; *Лисицин Р.* Право на защиту: международные стандарты и российская действительность. // Российская юстиция. 1999. № 6. С. 8–9; *Стецовский Ю.И.* Уголовно-процессуальная деятельность защитника. М.: Юрид. лит., 1982. 176 с.; *Строгович М.С.* Деятельность адвокатов в качестве защитников обвиняемых // Советское государство и право. 1981. № 8. С. 88–96; *Фойницкий И.Я.* Защита в уголовном процессе // Адвокат в уголовном процессе / Под ред. П.А. Лупинской. М.: Новый Юрист, 1997. 544 с. Криминалистический аспект осуществления защиты в уголовном судопроизводстве достаточно подробно раскрыт Зашляпиным Л.А. в работе «Организация профессиональной защиты: отношение к объективной криминалистике, соотношение с иными понятиями» // Профессиональная деятельность адвоката как объект криминалистического исследования. Екатеринбург, 2002.

делу (в качестве защитника, представителя, адвоката) лишь после того, как оно допущено к участию в деле и его уголовно-процессуальной статус не равнозначен, а зависит от того, чьи именно интересы в уголовном судопроизводстве по конкретному делу представляет (защищает) адвокат.

К сожалению, УПК РФ в ряде случаев понятие «адвокат» и «защитник» используется как равнозначные. Впрочем, такая позиция законодателя обуславливается, как уже отмечалось ранее, известным Постановлением Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11 – П.

В п. 2 этого Постановления указывается, что: «Норма статьи 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации определенно указывает на сущностные признаки, характеризующие фактическое положение лица как нуждающегося в правовой помощи в силу того, что его конституционные права, прежде всего, на свободу и личную неприкосновенность, ограничены, в том числе в связи с уголовным преследованием в целях установления его виновности. Поэтому конституционное право пользоваться помощью адвоката (защитника) возникает у конкретного лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным.

По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст. 2, 45 и 48 Конституции Российской Федерации, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, удержания официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность».

В развитие этого положения в п. 3 Постановления утверждается, что: «Поскольку конституционное право на помощь адвоката (защитника) не может быть ограничено федеральным законом, то применительно к его обеспечению понятия «задержанный», «обвиняемый», «предъявление обвинения» должны толковаться в их конституционно-правовом, а не в придаваемом Уголовно-

процессуальным кодексом РСФСР более узком смысле. В целях реализации названного конституционного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное преследование. При этом, факт уголовного преследования и, следовательно, направления против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со ст. 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации права не давать показаний против самого себя».

Как представителя, в данном Постановлении Конституционного Суда допущены две неточности.

1. В уголовном судопроизводстве существуют четкие определения понятий каждого участника уголовного процесса. Участник уголовного процесса становится таковым только после вынесения определенного процессуального акта. Подозреваемым по действующему УПК РФ может считаться только тот, в отношении которого вынесено:

- 1) постановление о возбуждении уголовного дела;
- 2) постановление о применении меры пресечения;
- 3) протокол задержания;
- 4) уведомление о подозрении.

Итак, понятие подозреваемого даже в УПК даётся чрезмерно широкое. Если же стать на позицию Конституционного Суда, то это понятие расширится беспрельдно. По мнению Конституционного суда каждый, к кому применено процессуальное принуждение, должен считаться подозреваемым. Но уголовно-процессуальное принуждение может осуществляться в отношении лиц, вовсе не причастных к совершению преступления. Обыск может проводиться у лиц, которые даже могут и не знать, что в их жилище без их ведома, спрятаны, например, наркотики.

Свидетель может быть доставлен на допрос принудительно. И тем самым ограничена свобода передвижения. И в первом, и во

втором примере указанные лица вовсе не становятся подозреваемыми. Нужен ли им адвокат? Конечно, да. Но именно адвокат, но не защитник. Ибо, повторяю, защитник может быть только у подозреваемого или обвиняемого, но не у свидетеля.

Как представляется, следует также воспроизвести полностью текст ст. 48 Конституции РФ.

«1. Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.

2. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения».

Из текста этой статьи Конституции с очевидностью следует, что: 1) каждому, кому это требуется, гарантируется, в том числе и бесплатно квалифицированная юридическая помощь; 2) помощь же защитника гарантируется только лицам, признанным подозреваемым или обвиняемым.

Теперь обратимся к Уголовно-процессуальному кодексу РФ. В соответствии с п. 3 части 3 ст. 40 УПК защитник допускается с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления. Пункт 15 ст. 5 УПК определяет момент фактического задержания моментом фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления. Если лицо уже ранее поставлено в положение подозреваемого (например, в отношении него возбуждено уголовное дело), то тогда логика законодателя понятна: в этом случае фактическое задержание должно осуществляться в присутствии защитника.

Однако, основания задержания, предусмотренных ст. 91 УПК весьма широки. И даже из текстового анализа их перечня, с очевидностью следует вывод: далеко не всякий, кто фактически задержан в порядке статьи 91 УПК будет, затем официально признан подозреваемым.

Практика свидетельствует о том, что многие из тех, кого доставляют в РОВД, затем отпускают, как лиц, не причастных к совершению преступлений и, естественно, протоколы задержания в отношении этих лиц не составляются. А если протокол задержа-

ния не составлялся, то может ли это лицо считаться подозреваемым? Очевидно, что нет.

Поэтому, считаю, что лицо становится подозреваемым не с момента фактического задержания, а с момента составления протокола задержания. А с момента фактического задержания должны исчисляться сроки, установленные ч. 2 ст. 46 и ст. 92, 96, 108 УПК РФ. С момента появления подозреваемого, как участник процесса, то есть с момента составления протокола задержания и должен допускаться защитник подозреваемого.

Изложенное выше вовсе не означает, что лица, фактически задержанные и доставленные в правоохранительные органы, лишаются Конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи. Всякий, к кому применено какое бы то ни было принуждение: будь то уголовно-процессуальное, административное и любое другое, имеет Конституционное право на помощь адвоката, и адвокат должен быть представлен всякому, кто доставлен, например, в правоохранительные органы по его требованию.

Но адвокат может стать участником уголовного судопроизводства в качестве защитника только после возбуждения уголовного дела и только после того, как лицо, чьи интересы он представляет, будет официально признано подозреваемым или обвиняемым.

Итак, термин «адвокат» в большей степени относится к сфере судоустройства, в то время как термин «защитник» чисто уголовно-процессуальная категория, отличная от таких понятий, как «уголовно-процессуальный представитель», «представитель» в гражданско-правовом смысле. Необходимо также отметить тот факт, что исторически в российской дореволюционной и советской литературе всегда было принято различать эти понятия в отличие от зарубежной юридической мысли. Поэтому возникает закономерный вопрос о целесообразности такого слияния понятий применительно к современной российской действительности.

В определённом смысле, как уже отмечалось ранее, смешиваются или даже, отождествляются понятия «защитник» и «адвокат» и в УПК РФ в действующей его редакции.

Так, в соответствии с п. 4 ст. 49 УПК защитник допускается с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступ-

ления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы. Возникает вопрос – почему именно этой, а не других экспертиз? Но главное в том, что, если это лицо уже наделено статусом подозреваемого, значит, именно с этого момента оно получает право на допуск защитника. А разве не допускается возможность пользоваться услугами адвоката (но не защитника) в тех случаях, когда экспертиза назначается в отношении потерпевшего или свидетеля?

В соответствии с п. 5 ст. 49 УПК РФ защитник допускается с момента осуществления иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления. Приведенные ранее аргументы в полной мере относятся и к этим случаям.

И наконец, защитник допускается для защиты вовсе неизвестных УПК субъектов процессуальной деятельности – лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ.

Вместе с тем, как уже отмечалось ранее уже не один раз, смешение понятий «защитник» и «адвокат» в уголовном процессе недопустимо. Именно так поступает законодатель, разграничивая эти понятия в ст. 162 УПК РФ. В п. 11 этой статьи указано, что при производстве обыска вправе присутствовать защитника или адвоката того лица, в помещении которого производится обыск.

Очевидно, что в первом случае речь идет о производстве обыска у подозреваемого или обвиняемого (и тогда присутствует защитник), во втором же случае обыск производится у иных лиц, может быть вовсе не имеющих никакого отношения к преступлению, и тогда при производстве такого обыска присутствует адвокат (а не защитник). Законодатель предусмотрел возможность присутствия адвоката также при производстве допросами свидетеля и обыска в помещении лица, не являющимся подозреваемым или обвиняемым. Представляется, что в соответствии с Конституцией РФ, возможность присутствия адвоката должна быть предусмотрена УПК во всех случаях, когда происходит «вторжение» в сферу Конституционных прав граждан вне зависимости от их процессуального статуса.

Обобщая изложенное приходим к выводам:

1. Понятие адвоката и защитника не могут в головном процессе отождествляться.

2. Адвокат получает процессуальный статус защитника только в тех случаях, когда он осуществляет защиту подозреваемого или обвиняемого.

3. Адвокат, защищающий права потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика наделяется статусом представителя.

4. Адвокат, защищающий права свидетеля, лица, у которого производится обыск именуется адвокатом и у него иной процессуальный статус.

5. Адвокат, защищающего интересы лиц, в дополнительных производствах (например, лиц в отношении которых рассматривается вопрос об условно-досрочном освобождении) также именуется адвокатами, но процессуальное положение его отличается от адвоката свидетеля и приближено к процессуальному статусу защитника обвиняемого.

§ 5.2 УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

На стадии предварительного расследования в качестве защитника может быть допущен только адвокат.

Как уже отмечалось ранее, в соответствии с Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокатом является лицо, внесенное в реестр адвокатов, который ведется на территории каждого субъекта РФ Территориальным органом федерального органа исполнительной власти в области юстиции.

Адвокат вправе осуществлять адвокатскую деятельность на всей территории Российской Федерации без какого-либо дополнительного решения. Иностранные граждане могут осуществлять защиту только в том случае, если они получили статус адвоката в Российской Федерации

Адвокаты иностранных государств могут оказывать юридическую помощь на территории Российской Федерации только по вопросам права данного иностранного государства. Вряд ли такая необходимость возникает при осуществлении защиты подозреваемого или обвиняемого по уголовным делам в Российской Федерации. Поэтому, представляется, что, во всяком случае в стадии предваритель-

ного расследования нельзя допускать в качестве защитников адвокатов иностранных государств. Если же гражданину иностранного государства, привлекаемого в России в качестве подозреваемого или обвиняемого потребуется юридическая помощь по вопросам законодательства того государства, гражданином которого он является, адвокат иностранного государства может такую помощь оказать. Но это вовсе не означает, что тем самым он получит статус защитника. Другое дело в суде. Как известно, в федеральном суде наряду с адвокатом по определению суда или постановлению судьи в качестве защитника могут быть допущены близкие родственники и иные лица, в том числе и адвокаты иностранного государства.

И только при рассмотрении дела у мирового судьи близкие родственники обвиняемого или иные лица могут быть допущены в качестве защитника вместо адвоката. Впрочем, правильность этого положения вызывает сомнения, более того озабоченность. Ведь правило о том, что защиту в уголовном процессе могут осуществлять только адвокаты, объясняется стремлением государства обеспечить лиц, подвергаемых уголовному преследованию, квалифицированной юридической помощью, как это и предусмотрено Конституцией Российской Федерации. Можно критиковать отдельных адвокатов и адвокатское сообщество в целом, но, согласитесь: при прочих равных адвокат может оказать более квалифицированную юридическую помощь, чем другой юрист, а тем более не юрист.

Монополия адвокатуры на оказание платной юридической помощи была ликвидирована в девяностые годы прошлого века. Но ведь в те годы платную юридическую помощь кроме адвокатов могли оказывать только лица, имеющие высшее юридическое образование и получившие лицензию в органах юстиции. Ныне же платные юридические услуги (хотя бы по гражданским делам) оказывают все, кому не лень. Судейское сообщество далеко не в восторге от такого положения, когда лицо, вовсе не имеющее никаких познаний в юриспруденции, представляет интересы истца или ответчика. Не хватало еще, чтобы и по уголовным делам интересы лиц, вовлеченных в уголовный процесс, преследуемых в уголовно-процессуальном порядке, представляли несведущие в юриспруденции лица. Неслучайно поэтому Пленум Верховного Суда РФ,

рассмотрев этот вопрос, пришел к выводу о том, что поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 49 УПК РФ один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, может быть допущено судом в качестве защитника только наряду с адвокатом, принятие отказа от адвоката влечет за собой и прекращение участия в деле этого лица (за исключением производства у мирового судьи)¹. Думается, что такое решение не противоречит обеспечению права обвиняемого на защиту, и его отказ от защитника – адвоката должен приводить к исключению для него возможности защищаться с помощью других, избранных им защитников. Но если при этом исходить из того, что правило, содержащееся в ч. 2 ст. 49 УПК РФ, не подлежит ограничению, то не следует забывать, что есть и иной выход из описанной ситуации, возможность которого обуславливается тем, что отказ от защитника для суда не обязателен. С учетом этого, было бы более соответствующим праву обвиняемого на защиту не решение суда прекратить участие как профессионального, так и непрофессионального защитника, а, напротив, решение о том, чтобы не принять отказ от защитника, оставив, по-прежнему, осуществление защиты за ними обоими. Конечно же, учитываются при этом как интересы подсудимого, так и интересы правосудия в целом.

Защитник допускается к участию в уголовном деле:

- 1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого;
- 2) с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица;
- 3) с момента составления протокола задержания лица, подозреваемого в совершении преступления в случаях:
 - а) предусмотренных ст.ст. 91 и 92 УПК РФ;
 - б) применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу;
- 4) с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;

¹ См.: п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 года № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

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

О ситуациях, указанных в п. 4 и 5 было написано выше: если указанные в этих пунктах меры применяются к лицам уже официально признанными подозреваемыми, то защитник уже должен быть допущен с момента этого признания. Если же эти меры (а это возможно, о чем я уже писал) применяются не к подозреваемым, а к другим лицам, то тогда к участию в деле допускается не защитник, а адвокат.

Также не понятна логика законодателя. Почему, например, с момента вручения копии уведомления о подозрении в совершении преступления защитник допускается, а с момента вынесения постановления о применении меры пресечения в отношении подозреваемого защитник не допускается?

Как я уже писал ранее, нет уголовного преследования, нет и защитника. Но всякий раз, когда в отношении лица (а такими лицами являются подозреваемый и обвиняемый) начинается уголовное преследование, незамедлительно по воле преследуемого лица должен допускаться защитник.

На основании изложенного ч. 3 ст. 49 УПК РФ следовало бы изложить в следующей редакции.

Защитник участвует в уголовном процессе:

1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, обвинительного акта или обвинительного постановления, за исключением случаев, указанных в п. 1;

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

3) с момента задержания лица по подозрению в совершении преступления;

4) с момента применения к лицу меры пресечения в порядке статьи 100 УПК РФ;

5) с момента вручения уведомления о совершении преступления в порядке, установленном ст. 223¹ настоящего кодекса.

Защитник участвует в деле по соглашению или по назначению. Соглашение с конкретным адвокатом или адвокатским объединением может заключить как сам подозреваемый (обвиняемый), так и его

родственники и вообще любые физические или юридические лица. Однако, в последних случаях, у подозреваемого (обвиняемого) имеется право отказаться от защитника, с которым он сам лично соглашение и заключал. Впрочем, в практике подобные проблемы, если и возникают, то крайне редко.

Однако УПК РФ содержит и иные проблемные моменты, связанные с участием защитника. Так, значительные сложности для следователя создают правила, установленные ч. 3 ст. 50 УПК РФ. В ней закреплено, что «...в случае неявки приглашенного защитника в течение 5 суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого защитника, а в случае его отказа принять меры по назначению защитника. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение 5 суток не может принять участие в производстве конкретного следственного действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное следственное действие без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных п. 2-7 ч. 1 ст. 51 настоящего Кодекса».

Использование этой нормы недобросовестным обвиняемым может привести к бесконечному затягиванию предварительного следствия, а производство дознания сделает просто невозможным. Получается, что обвиняемый приглашает одного защитника, и он не может явиться для участия в производстве следственного действия. Следователь предлагает обвиняемому другого защитника, и тот также в течение 5 суток не может явиться. Следователь снова предлагает пригласить другого защитника, и так до бесконечности. Конечно, большинство обвиняемых в силу недостаточности средств не смогут позволить себе такой роскоши. Но для состоятельных обвиняемых закон предоставил прекрасную возможность затягивать расследование. Безусловно, это недоработка законодателя, и необходимо срочно внести в ч. 3 ст. 50 УПК РФ изменения, позволяющие следователю, дознавателю в четко определённых случаях проводить следственные действия с участием назначенного защитника.

Адвокат допускается к участию в деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. Выносить спе-

циальное постановление о допуске адвоката в качестве защитника не требуется.

Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты (ч. 7 ст. 49 УПК РФ). Это означает, что, если адвокат предоставил ордер и допущен к защите, он обязан осуществлять ее на протяжении всего предварительного расследования и в судебном разбирательстве. Следователь не должен принимать ордер, выданный для участия адвоката в конкретном следственном или нескольких следственных действиях.

Число адвокатов, которые могут защищать одного подозреваемого или обвиняемого, не ограничивается. Однако, если одного подозреваемого, обвиняемого защищают несколько защитников, то, по нашему убеждению, на следователе не лежит обязанность обеспечить явку всех их для участия в производстве каждого следственного действия. Один защитник вправе защищать нескольких подозреваемых или обвиняемых, но только с согласия каждого из них, и если интересы одного из них не противоречат интересам другого (ч. 6 ст. 49 УПК РФ).

В случае, если защитник участвует в производстве по уголовному делу, в материалах которого содержатся сведения, составляющие государственную тайну, и не имеет соответствующего допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении (ч. 5 ст. 49 УПК РФ).

Участие защитника в уголовном производстве обязательно в случаях (ст. 51 УПК РФ):

- 1) если подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника;
- 2) подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним;
- 3) подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;
- 4) подозреваемый, обвиняемый не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу;
- 5) лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь;
- 6) уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей;

7) обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном главой 40 УПК РФ (Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением);

8) судебное разбирательство проводится в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК РФ;

9) подозреваемый заявил ходатайство о производстве по уголовному делу дознания в сокращенной форме.

Подозреваемый, обвиняемый в любой момент производства по уголовному делу вправе отказаться от помощи защитника. Такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого или обвиняемого. Отказ от защитника заявляется в письменном виде и отражается в протоколе соответствующего процессуального действия.

Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора в любом случае. Это правило введено в УПК РФ отнюдь не случайно. Ведь в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде признаются недопустимыми. Отсюда следует, что по общему правилу дознавателю и следователю лучше не принимать отказа от защитника и допрашивать подозреваемого или обвиняемого с участием защитника.

Что касается п. 2–5 ст. 51 УПК РФ — может быть это и приемлемо. Однако в других случаях, особенно в случае, указанном в п. 1 ст. 51 УПК РФ, как мне представляется, отказ от защитника должен быть обязательным для дознавателя, следователя, суда. Ну нельзя же Конституционное право гражданина превращать в его уголовно-процессуальную обязанность!

Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу. Допуск защитника не влечет за собой повторения процессуальных действий, которые к этому моменту уже были произведены (ст. 52 УПК РФ).

Статья 53 УПК РФ озаглавлена «Полномочия защитника». Конечно же это не более чем лукавство. Наличие полномочий предполагает возможность принудительного их осуществления. Полно-

мочия могут быть только у должностных лиц и органов. Защитник же наделен не полномочиями, а правами. Права (именно права, а не полномочия) закреплены в ст. 53 УПК РФ.

С момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе:

1) иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания наедине и конфиденциально без ограничения их числа и продолжительности. Адвокат не должен получать разрешение дознавателя или следователя на каждое свидание. УПК РФ вообще не предусматривает получение таких разрешений. Конституционный Суд РФ разъяснил, что выполнение адвокатом процессуальных обязанностей защитника, имеющего ордер на право ведения защиты, «не может быть поставлено в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находятся уголовные дела» (пост. Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева»);

2) собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи¹;

3) привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 УПК РФ;

4) присутствовать при предъявлении обвинения;

5) участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном УПК РФ;

6) знакомиться с протоколами задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому;

7) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного

¹ О том, что защитник не только не вправе собирать доказательства, а даже представлять их, будет написано ниже.

дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств (п. 7 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

При этом, в соответствии с Определением Конституционного Суда РФ от 12 мая 2003 г. № 173-О «По жалобе гражданина Коваля Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями ст. 47 и 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», положения п. 7 ч. 1 ст. 53 УПК РФ — по конституционно-правовому смыслу, выявленному в данном Определении на основе правовых позиций, выраженных в сохраняющих свою силу постановлениях Конституционного суда Российской Федерации, - не препятствуют обвиняемым, права и свободы которых затрагиваются судебными решениями об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей, и их защитникам в ознакомлении с материалами, на основании которых принимаются эти решения;

8) заявлять отводы и ходатайства;

9) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй, кассационной и надзорной инстанций, а также в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении судом;

11) защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол;

12) защитник вправе использовать иные не запрещенные УПК РФ средства и способы защиты.

Участие в уголовном деле защитника или законного представителя обвиняемого не служит основанием для ограничения какого-либо права обвиняемого.

Наряду с правами, у защитника имеются и обязанности. Первейшая из них – использовать все не запрещенные законом способы

и средства защиты подозреваемого (обвиняемого) и оказывать ему иную юридическую помощь.

Кроме того, защитник не вправе разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК РФ. За разглашение данных предварительного расследования защитник несет ответственность в соответствии со ст. 310 Уголовного кодекса РФ (ч. 2 ст. 53 УПК РФ).

В соответствии с положениями Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» защитник также не вправе:

а) занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора;

б) делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает;

в) разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя;

г) осуществлять негласное сотрудничество с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

В литературе не иссякает число работ, посвященных проблемам повышения эффективности защиты по уголовным делам. И абсолютное большинство авторов видят решение проблемы в наделении защитника дополнительными правами. При этом чаще всего эти авторы обходят стороной вопрос о том, а пользуются ли защитники, в какой мере и насколько эффективно теми правами, которые им уже предоставлены? Исследования, проведенные учеными и студентами нашей кафедры, да и мой многолетний опыт работы в качестве адвоката-защитника позволяет дать отрицательный ответ на поставленный вопрос. Возьмем для примера так называемые «полномочия» защитника по собиранию доказательств. В соответствии с п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений. Получать-то защитник может, но ему их могут и не дать, потому что у меня, как частного лица, нет обязанности представлять защитнику (в отличие от следователя) какие-либо документы, предметы или иные сведения. Без корреспондирующей

обязанности право есть всего лишь фикция. Я могу сесть за штурвал самолета, но права такого у меня нет. У меня нет права даже зайти в кабину пилотов. Точно таким же мифическим является право адвоката, предусмотренное п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Другое дело п. 3 ч. 3 этой же статьи, в соответствии с которой защитник вправе истребовать справки, характеристики, иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии. Вот в этом случае (и только) праву защитника «истребовать» корреспондирует обязанность – «предоставлять». Следует кстати заметить некоторый регресс в этом вопросе. УПК РФ в сравнении с УПК РСФСР, который предоставлял защитнику через заведующего юридической консультацией право истребовать документы от любых субъектов. В УПК же РФ таких субъектов (которые обязаны предоставлять защитнику документы по его запросу) указано всего три:

- 1) органы государственной власти;
- 2) органы местного самоуправления;
- 3) общественные объединения и организации.

Это означает, что никакие другие лица: ни физические, ни юридические, ни должностные не обязаны предоставлять защитнику какие-либо сведения или документы, получается, что даже характеристику своего подзащитного из школы защитник истребовать не вправе. Также истребовать то он может, но ее ему могут и не дать.

И, наконец, п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ представляет защитнику право опрашивать лиц с их согласия. Но, во-первых, если даже кто-то и согласится на такой опрос его защитником, УПК РФ не предусматривает средства фиксации (закрепления) результатов этого опроса. В любом случае, опросив лицо с его согласия, защитник (дабы преобразовать результаты опроса в доказательства) должен будет заявить ходатайство следователю о допросе этих лиц в качестве свидетеля. Каждому адвокату известно, что в большинстве случаев (исходя из интересов защиты) заявлять такие ходатайства нецелесообразно, что свидетель защиты после его допроса следователем может стать свидетелем обвинения.

За многолетнюю практику адвокатской деятельности, мне много раз приходилось (и когда действовал еще УПК РСФСР и после

вступления в силу УПК РФ) отыскивать потенциальных свидетелей и беседовать с ними. Чаще всего, после откровенного разговора эти лица просили меня сохранить в тайне наше общение, либо прямо утверждали, что у следователя или в суде давать показания они не будут. Но если все же мне удавалось убедить их дать показания, то чаще я приглашал этих лиц для допроса в качестве свидетелей в суд, а не к следователю¹.

Я не случайно подробно затронул вопрос об участии защитника в собирании доказательств. Дело в том, что в последнее десятилетие появилось множество работ, авторы которых включают защитника в число субъектов, которым предоставлено право собирать доказательства, считают, что защитник самостоятельно собирает доказательства. Но так ли это на самом деле? С какого момента любые сведения становятся доказательствами? Только после приобщения их к делу. А кто приобщает к делу доказательства? Естественно то должностное лицо или орган, в производстве которого находится уголовное дело. Защитник может лишь ходатайствовать перед указанными выше лицами о приобщении полученных им сведений к уголовному делу в качестве доказательств. Но если откажут в удовлетворении его ходатайства, то, каким бы замечательными собранные им сведения не были, они не станут доказательствами.

Собирание доказательств включает 4 этапа: обнаружение, изъятие, закрепление и приобщение к делу. Как уже утверждалось, приобщить к делу полученные сведения защитник не вправе. Обнаружить определенные сведения, могущие стать доказательствами, защитник может, а вот изъять их не всегда: только в случаях, указанных в п. 3 ч. 2 ст. 86 УПК РФ. Ну также, если кто-либо добровольно выдает защитнику нужные ему документы или предметы. Как уже отмечалось ранее, УПК РФ не предусматривает способы фиксации (закрепления) полученных защитником сведений.

Из всего изложенного выше следует, что защитник не вправе самостоятельно собирать доказательства: он вправе лишь активно (если пожелает) участвовать в их собирании, используя предоставленные ему УПК РФ права. Прекрасно понимая это, многие сто-

¹ Знаю, что это противоречит предыдущим моим рассуждениям об объективности следователя. Но то, что может быть, не означает, что оно есть.

ронники «американизации» современного российского уголовного процесса, предлагает предоставить защитнику право самостоятельно собирать доказательства, наделив его такими правами, которые предоставлены дознавателю или следователю. Думается, что любой здравомыслящий человек будет категорически против того, чтобы его допрашивал или освидетельствовал, или проводил в его кабинете обыск адвокат-защитник. Ведь даже дознаватели или следователи достаточно часто нарушают конституционные права и свободы граждан. Но они, как должностные лица несут за это, в том числе и уголовную ответственность. А адвокат не является должностным лицом, а потом ни в коем случае нельзя наделять его властными полномочиями. Любопытно, что европейские ученые (в частности ученые ФРГ) не додумались до того, чтобы наделить адвоката властными полномочиями по собиранию доказательств. Немцы свой процесс (и, наверно, вполне объективно) считают обвинительным и вовсе не стремятся преобразовать его в англо-американскую модель уголовного судопроизводства, исключив досудебный процесс. Опыт Италии, которая попыталась ввести состязательный процесс оказался неудачным. Почему-то об этом не пишут в современной российской литературе.

Итак, защитник не наделен правом самостоятельно собирать доказательства. Но это вовсе не означает, что он лишен возможности активно участвовать в их собирании, используя как предусмотренные УПК РФ права, так и иные, не запрещенные законом способы защиты, в том числе и по обнаружению сведений, могущих стать доказательствами. Приведу лишь один пример из собственной практики. Как-то мне пришлось представлять интересы потерпевшей-матери погибшего мотоциклиста. Смерть последнего наступила в результате выстрела, произведенного сотрудниками милиции. По моему предложению потерпевшая опубликовала в средствах массовой информации заметку, в которой просила отозваться возможных свидетелей произошедшего. В результате студентка университета, прочитав эту заметку, случайно обнаружила гильзы, которые не нашел следователь при осмотре места происшествия. В заключении medico-баллистической экспертизы был сделан вывод о том, что выстрел был произведен не с близкого расстояния. Внимательно осмотрев место происшествия, и сравнив его с первоначальным про-

токолом осмотра, я пришел к другому выводу: выстрел был произведен с близкого расстояния. По моему ходатайству был произведен (уже судом) повторный осмотр места происшествия, и по его результату, и по моему ходатайству была назначена повторная экспертиза. Вывод экспертов, проводивших повторную экспертизу, был таким, как я и предполагал.

На основании изложенного, прихожу к выводу, что проблема повышения эффективности защиты по уголовным делам заключается не в том, чтобы наделить их дополнительными правами, а в добросовестном использовании тех прав, которые у них уже есть.

5.3 ВЗАИМООТНОШЕНИЯ ЗАЩИТНИКА С ПОДЗАЩИТНЫМ И ДРУГИМИ УЧАСТНИКАМИ ПРОЦЕССА. ПАРАЛЛЕЛЬНЫЕ ЛИНИИ ЗАЩИТЫ

Проблеме участия защитника в уголовном судопроизводстве в литературе всегда уделялось значительное внимание¹. Одним из сложных и спорных являлся вопрос о процессуальном положении защитника. Так, известно мнение М.А. Чельцова о том, что защитник – это помощник суда и правозаступник обвиняемого и главная его задача – помогать органам предварительного следствия и суду в установлении истины по делу и в отправлении правосудия². Действительно, объективно деятельность защитника (и это никем не оспаривается) способствует установлению истины по делу, и в этом

¹ См.: Адаменко В.Д. Процессуальное положение защитника обвиняемого. // Проблемы охраны прав граждан в сфере борьбы с преступностью. Иваново, 1980. С. 32–42.; Кречетова Л.В. Защитник в уголовном процессе. Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2000. 104 с.; Лисицин Р. Право на защиту: международные стандарты и российская действительность. // Российская юстиция. 1999. № 6. С. 8–9; Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. М.: Юрид. лит., 1982. 176 с.; Строгович М.С. Деятельность адвокатов в качестве защитников обвиняемых. // Советское государство и право. 1981. № 8. С. 88–96 ; Фойницкий И.Я. Защита в уголовном процессе // Адвокат в уголовном процессе / Под ред. П.А. Лупинской. М.: Новый Юрист, 1997. 544 с.

² См.: Чельцов М.А. Задачи советской защиты и процессуальное положение адвоката // Адвокат в советском уголовном процессе. М., 1954. С. 53. Он же: К вопросу о процессуальном положении защитника // Учен. зап. ВЮЗИ. М., 1964. Вып. 14. С. 105–128.

смысле он помогает суду в разрешении дела. Последнее, однако, как это правильно отмечается в литературе¹, вовсе не решает вопроса о процессуальном положении защитника. Все субъекты уголовно-процессуальной деятельности в той или иной степени содействуют установлению истины по делу, реализуя предоставленные им уголовно-процессуальные обязанности. Оказание помощи в осуществлении правосудия - это объективно. Существует достигаемый полезный результат деятельности защитника, но отнюдь не цель и не «главная задача»² этой деятельности. Мнение, что защитник является не самостоятельным участником уголовного процесса, а представителем обвиняемого³. Это мнение обосновывается тем, что защитник появляется в уголовном процессе по воле обвиняемого и последний в любой момент может отказаться от защитника. Но, во-первых, закон (УПК РФ) предусматривает случаи, когда участие защитника обязательно независимо от обвиняемого, и случаи, когда отказ обвиняемого от защитника не является обязательным для следователя, суда. Кроме того, речь должна идти о процессуальном положении уже участвующего в конкретном уголовном деле защитника независимо от того, приглашен ли защитник обвиняемым, либо его участие обеспечено следователем, прокурором или судом независимо от желания обвиняемого. Далее выдвигается аргумент, что защитник не может быть абсолютно самостоятельным участником уголовного процесса, поскольку он действует в интересах обвиня-

¹ См.: *Строгович М.С.* Процессуальное положение и процессуальные функции защитника // *Защита по уголовным делам*. М., 1948. С. 26; Он же: *Курс советского уголовного процесса*. М., 1958. Т. 1. С. 135. Критику рассмотренной позиции М.А. Чельцова также см.: *Рахунов Р.Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности. М., 1961. С. 213-214; *Гольдинер В.Д.* О некоторых особенностях метода советской уголовной защиты // *Советское государство и право*. 1962. № 6. С. 15; *Синайский Э.Д.* Основные вопросы защиты в уголовном процессе // *Советское государство и право*. 1961. № 5.

² Задачи защитника переделаны в законе, о чем будет сказано ниже.

³ Наиболее последовательно эту позицию отстаивают М.С. Строгович, Р.Д. Рахунов, П.С. Элькинд. Кроме уже цитировавшейся работы М.С. Строговича см.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 245-252; *Рахунов Р.Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности. М., 1961. С. 212 и след.; *Элькинд П.С.* Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе (общие вопросы) // *Вопросы защиты по уголовным делам*. Л., 1962. См. также: *Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Котов Д.П.* Судебная этика. Воронеж, 1973. С. 164 и след.

емого и должен согласовывать свои действия с обвиняемым, зависит от обвиняемого в определении своей позиции. Очевидно, сначала нужно определить, является ли защитник самостоятельным участником уголовного процесса или только представителем обвиняемого, и тогда уже вести речь о соотношении позиций защитника и обвиняемого, а не наоборот.

Конечно, как и любой другой субъект уголовно-процессуальной деятельности, защитник не может быть абсолютно самостоятельным, поскольку эта самостоятельность ограничена прежде всего законом. В этом смысле и следователь (чья самостоятельность никем не отрицается) не есть абсолютно самостоятельный участник уголовного процесса, так как он обязан выполнять данные в письменной форме указания руководителя следственного органа, а некоторые процессуальные действия могут проводиться только при получении согласия суда. Кстати, равно как обвиняемый может устранить конкретного защитника от участия в деле, так и руководитель следственного органа может отстранить конкретного следователя от дальнейшего ведения следствия и передать дело другому следователю. Последнее, однако, не дает повода для отрицания самостоятельности следователя как участника уголовного процесса. Таким образом, аргументы авторов, отрицающих самостоятельность защитника как участника уголовного судопроизводства, далеко не безупречны. Можно согласиться с В.Н. Шпилевым, что «в известном смысле (и только — Ю.Я.) защитник является представителем обвиняемого, поскольку в своем лице выражает и защищает права и законные интересы своего подзащитного»¹. Это утверждение согласуется с общепринятым литературным понятием представителя как лица, действующего по поручению кого-либо, представляющего кого-либо, чьи-либо

¹ Шпилев В.Н. Участники уголовного процесса. Минск, 1970. С. 78. В указанном смысле и следователя, и прокурора можно назвать представителем обвиняемого, поскольку закон (ст. 19-20 УПК РСФСР) обязывает и их защищать законные права и интересы обвиняемого. Следует заметить, что абсолютное большинство процессуалистов признают защитника самостоятельным участником уголовного процесса, и если и называют защитника представителем обвиняемого. То именно в указанном выше смысле. См., напр.: Саркисянц Г.П. Защитник в уголовном процессе. Ташкент, 1971. С. 23 и след.; Адаменко В.Д. Советское уголовно-процессуальное представительство. Томск, 1978. С. 9 и след.

интересы¹. Однако, как и во многих других случаях, литературное определение понятия «представитель» не совпадает с его уголовно-процессуальным значением. Это становится очевидным при анализе уголовно-процессуального закона. В отличие от защитника (которого закон не называет представителем²) представители потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика действуют не наряду с ними, а вместо них³.

Имеется и другое существенное отличие положения защитника от положения представителей потерпевшего, гражданских истца и ответчика. Возможна ситуация, когда потерпевший по разным причинам будет отстаивать в суде интерес, объективно не вытекающий из его процессуального положения, например, требовать оправдания подсудимого. В подобном случае представитель потерпевшего должен отстаивать именно этот, а не иные интересы потерпевшего⁴. Если же невиновный требует своего осуждения (самооговор) или виновный только в совершении одного преступления желает быть осужденным за совершение нескольких (в целях сокрытия других

¹ Словарь современного русского литературного языка, 1961. Т. 11. С.170.

² Исключение — УПК Казахской ССР.

³ В этом плане уголовно-процессуальное понятие представителя потерпевшего гражданского ответчика и истца соответствует определению представителя, приведенному в словаре В. Даля («Представитель, заступающий чье-либо место, являющийся за кого, представляющий законно за другого». *Даль В.* Толковый словарь. М., 1983. Т. 3. С. 401.

Исключение составляют законные представители, которые участвуют не вместо, а наряду с обвиняемым или потерпевшим. Участие их в уголовном процессе служит дополнительной гарантией защиты законных прав и интересов несовершеннолетних. Представляется, что законный представитель, являясь самостоятельным участником уголовного процесса, занимает особое процессуальное положение, отличающееся от процессуального положения, как защитника, так и представителей потерпевшего, гражданских истца и ответчика. Следует оговориться, что в данной работе не ставилась цель определить процессуальное положение законного представителя.

О процессуальном положении законного представителя как самостоятельного участника уголовного процесса см.: *Тепляков П.П.* Законный представитель несовершеннолетнего обвиняемого как самостоятельный участник уголовного процесса // Проблемы уголовного процесса и криминалистики. Свердловск, 1973. С. 18–24.

⁴ В уголовно-процессуальной литературе нам не встречались мнения, опровергающие указанный тезис, а также подобные ситуации в практике, однако в принципе они возможны, например, по делам об автотранспортных преступлениях.

преступников)¹, защитник (в отличие от представителя потерпевшего) должен отстаивать не мнимые, а действительные интересы обвиняемого, даже вопреки его желанию.

В связи с изложенным выше представляется, что законодатель не случайно по отношению к защитнику не применяет термина «представитель». Хотя, как уже отмечалось, защитник в своем лице выражает и защищает законные права и интересы обвиняемого, он в отличие от представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика не представитель обвиняемого, а самостоятельный участник уголовного процесса². Специфику же процессуального положения защитника как самостоятельного участника уголовного процесса следует определить, исходя из его задач, сформулированных в законе.

Задачи защитника — адвоката сформулированы в Федеральном законе «Об адвокатах и адвокатской деятельности», детализированы задачи защитника уголовно-процессуальным законодательством. Защитник обязан использовать все не запрещенные законом способы в защиту прав и интересов подозреваемого и обвиняемого, и оказывать им необходимую юридическую помощь (ст. 49 УПК РФ). Отсюда обычно делается вывод об одностороннем характере деятельности защитника³.

Действительно, специфика деятельности защитника (в отличие от следователя, прокурора, суда) заключается в том, что он не дол-

¹ Подобные случаи встречаются в практике. См., напр.: *Киселев Я.С.* Судебные речи. Л., 1962. С. 196–212; *Стряпнин В.Г., Хейфиц С.А.* Представление адвокатом доказательств по уголовному делу // Вопросы защиты по уголовным делам. Л., 1967. С. 92–93.

² Подобного мнения придерживаются также многие другие процессуалисты. См., напр.: *Цыпкин А.Л.* Право на защиту в советском уголовном процессе. Саратов, 1959. С. 259–267; *Галкин Б.А.* Советский уголовно-процессуальный закон. М., 1962. С. 200; *Перлов И.Д.* Право на защиту. М., 1969. С. 27–36; *Кожеевников А.В.* Адвокат — представитель потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1974. С. 10; *Куцова Э.Ф.* Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Д.С. Карева. М., 1975. С. 86–87; *Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Аврах Я.С.* Обвинение и защита по уголовным делам. Казань, 1976. С. 224 и след.

³ См., напр.: *Шафир Г.М.* Некоторые вопросы методики и тактики защиты на предварительном следствии // Вопросы защиты по уголовным делам. Л., 1967. С. 78; *Гольдинер В.Д.* Защитительная речь. М., 1970. С. 8–19.

жен выявлять уличающие или отягчающие вину обвиняемого обстоятельства. В этом проявляется односторонность (и в определенном смысле неполнота и необъективность) защитника, которая проявляется и в том, что он не вправе ссылаться на указанные выше и иные обстоятельства, если это будет не в пользу подзащитного.

Таким образом, односторонность, неполнота, необъективность защитника предопределена сформулированной в законе задачей защиты — только защищать. Но к рассматриваемой проблеме можно подойти и с другой стороны. Как правильно отмечал Я.О. Мотовиловкер, «выполнить одну из нескольких задач и выполнить ее односторонне — не тождественные понятия. Адвокат не может успешно выполнить задачу по защите законных интересов своего подзащитного, если он так же, как суд или прокурор (свои задачи. — Ю.Я.), не выполнит ее всесторонне полно и объективно»¹.

В этой связи следует согласиться с мнением И.Д. Перлова, который, хотя и считал деятельность защитника односторонней (только в пользу подзащитного, но не во вред ему), но, с другой стороны, подчеркивал, что обстоятельства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его ответственность, защитник должен выявлять не односторонне, однобоко, а полно, всесторонне, объективно². Но точно так же защитник должен подойти и к исследованию уже выявленных компетентными органами обстоятельств, как благоприятных для обвиняемого, так и уличающих обвиняемого или отягчающих его вину. В первом случае — для устранения возможно допущенной неполноты. Во втором случае защитник исследует уличающие и отягчающие обстоятельства также полно, всесторонне и объективно с тем, чтобы установить, нет ли сомнений в их достоверности, подтверждаются ли они достаточной совокупностью доказательств и доброкачественны ли эти доказательства, в том числе и с позиции требования закона о допустимости только определенных источников доказательств, а также соблюдения установленной процессуальной формы их оформления и приобщения к делу.

¹ Мотовиловкер Я.О. Некоторые вопросы теории советского уголовного процесса в свете нового уголовно-процессуального законодательства. Кемерово, 1964. С. 83–84.

² См.: Перлов И.Д. Кассационное производство в советском уголовном процессе. М., 1968. С. 128–129.

Таким образом, следует подчеркнуть, что в отличие от следователя, прокурора, суда, защитник действует (разумеется, в рамках закона), только в пользу подзащитного и в этом проявляется его односторонность, неполнота, необъективность. Но защитник не сможет успешно выполнить свою «одностороннюю» задачу, если он всесторонне и полно не выявит все, что свидетельствовало бы в пользу его подзащитного, объективно не исследует все обстоятельства, установленные по делу компетентными органами.

Другими словами, односторонность, неполнота и в какой-то мере необъективность защитника проявляется не в его деятельности по исследованию обстоятельств дела, а в подходе к этому исследованию (с полнотой выявить все то, что будет свидетельствовать в пользу обвиняемого), в выводах защитника, излагаемых им следователю, прокурору, суду. С указанных выше позиций становится понятным, почему в отличие от следователя, прокурора, суда, от защитника не требуется, чтобы его внутреннее убеждение складывалось на основе всестороннего, полного и объективного исследования всех обстоятельств дела в их совокупности. Как уже отмечалось, защитник исследует обстоятельства дела всесторонне полно и объективно, но односторонняя направленность этого исследования, предопределенная задачами защиты, не может не сказаться на складывающемся убеждении защитника, которое может быть менее объективизировано, чем убеждение следователя, прокурора, суда, когда последнее имеет уголовно-процессуальное значение¹.

С другой стороны, как это правильно отмечал еще в 1927 г. Н.Н. Полянский, «убеждение защитника в виновности обвиняемого не имеет для защитника такого же значения, как убеждение обвинителя в невиновности обвиняемого»². Защитник вправе настаивать на оправдании подсудимого не только тогда, когда он убежден в его

¹ Как правильно отмечает П.Ф. Пашкевич, «убеждение судьи, как и убеждение любого другого человека субъективно. Оно может быть правильным, истинным, но может быть и ошибочным» (*Пашкевич П.Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве.* М., 1961. С. 66). Именно поэтому закон требует, чтобы убеждение суда, прокурора, следователя основывалось на всестороннем, полном и объективном рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности; тем самым ему придается объективный характер и только такое убеждение указанных выше органов может иметь уголовно-процессуальные последствия.

² Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. М., 1927. С. 53.

невиновности, но и тогда, когда он не убежден в его виновности¹. Более того, даже будучи субъективно убежденным в виновности подзащитного, защитник обязан использовать тем не менее все не запрещенные законом способы и средства в целях выяснения обстоятельств, оправдывающих обвиняемого, поскольку это является его установленной законом обязанностью.

Другими словами, если, например, прокурор не убежден в виновности обвиняемого, он не имеет ни законных, ни этических оснований требовать осуждения обвиняемого и должен отказаться от обвинения. Напротив, если даже защитник и убежден в виновности обвиняемого, он не только имеет право, но и обязан принимать все меры для выяснения обстоятельств, оправдывающих обвиняемого и при обнаружении подобных обстоятельств требовать оправдания подзащитного.

Кроме того, не лишено оснований мнение Г.Д. Побегайло, что «психологическое состояние защитника, его отношение, к вопросу о виновности подсудимого сложно и не укладывается (во всяком случае, в некоторых ситуациях. — Ю. Я.). В схему «убежден» и «не убежден»².

Представляется, что на основе изложенных положений можно подойти к решению ряда проблем, связанных с участием защитника в уголовном судопроизводстве.

Прежде всего речь идет о взаимоотношениях защитника с подзащитным. Следует согласиться, что в «пределах полномочий, предоставленных ему законом, защитник самостоятельно определяет свою позицию по делу и свободен в выборе тех средств и методов, которые необходимы для выполнения функции защиты»³. Конечно,

¹ См.: *Строгович М.С.* Процессуальное положение и процессуальные функции защитника // *Защита по уголовным делам*. М., 1948. С. 44. См.: также: *Гольдинер В.Д.* Защитительная речь. М., 1970. С. 9 и след.

² Подробнее см.: *Побегайло Г.Д.* Некоторые аспекты формирования внутреннего убеждения адвоката // *Актуальные вопросы развития и совершенствования законодательства о судостроительстве и прокурорском надзоре*. М., 1981. С. 68–77.

³ *Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Аврах Л.С.* Обвинение и защита по уголовным делам. Казань, 1976. С. 125.

Подобного мнения в той или иной степени придерживается В.Н. Шпилев, Г.П. Саркисянц, П.С. Элькинд, А.Л. Цыпкин и другие авторы. При этом в качестве условия (и это правильно, о чем будет сказано выше) избрания защитником позиции, отличающейся от позиции подзащитного, выдвигается требование обяза-

при этом необходимо оговориться, что защитник должен согласовывать свою позицию, методы и средства защиты с подзащитным. И в случаях, когда обвиняемый настаивает на иной позиции либо требует из этических или иных соображений исключения определенных методов или средств защиты и включения иных, защитник не может не учитывать мнение подзащитного, должен внимательно выслушать его доводы. Но если реализация требований подзащитного может нанести существенный вред защите его законных прав и интересов, защитник вправе действовать вопреки желаниям подзащитного; у последнего же всегда остается право отказываться от данного защитника.

Тем более мнения и желания обвиняемого не являются обязательными для защитника в тех случаях, когда обвиняемый требует от него защиты незаконных интересов или использования незаконных средств и способов защиты¹. Более того, было бы точнее сказать, что защитник не только может не выполнять, но обязан не выполнять подобные требования подзащитного, ибо в противном случае защитник сам становится нарушителем закона.

В этой связи следует критически отнестись к мнению законодателя в той части, что защитник не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора доверителя. Позиция доверителя нередко не только противоречит здравому смыслу, но и закону. В моей адвокатской практике доверители достаточно часто требовали от меня применять незаконные способы защиты: подкупить свидетеля, дать взятку судье и т.д. и если бы я соглашался с позицией своих клиентов в подобных случаях, то мне, наверное, уже не пришлось бы писать эту работу.

Сложность возникает тогда, когда при наличии определенной совокупности обвинительных доказательств обвиняемый отрицает свою вину. В подобном случае защитник, поскольку он является самостоятельным участником уголовного процесса, вправе избрать тот

тального согласования этого вопроса с обвиняемым. Если обвиняемый не согласен со своим защитником, он может отказаться от услуг последнего и тогда защитник устраняется (кроме тех случаев, когда отказ от защитника не обязателен для следователя, прокурора, суда) от дальнейшего участия в деле.

¹ См., напр.: *Стремовский В.А.* Участники предварительного следствия. Ростов н/Д., 1966. С. 172.

путь защиты, который он считает наиболее благоприятным с точки зрения законных интересов обвиняемого¹. И если защитнику не удалось обнаружить обстоятельств, оправдывающих обвиняемого, он должен сосредоточить внимание на обстоятельствах, смягчающих ответственность подзащитного². При этом незачем говорить о виновности его³, в защитительной речи можно просто обойти этот вопрос. Но при этом следует учитывать следующее обстоятельство: показания обвиняемого, отрицающего свою виновность, даже если они и опровергаются другими доказательствами, по этой причине не утрачивают силу доказательств. Поэтому защитник и в тех случаях, когда он не уверен в невиновности или уверен в виновности отрицающего свою вину обвиняемого, даже вопреки своему внутреннему убеждению, не может не остановиться на доводах обвиняемого. Кроме того, он должен также акцентировать свое внимание на уличающих доказательствах, вызывающих сомнение как с точки зрения их достоверности, так и с точки зрения соблюдения требования допустимости.

¹ Бесспорно, что и в подобных ситуациях защитник должен прежде всего согласовать свою позицию с подзащитным, не понуждая обвиняемого изменять свою позицию, разъяснить, почему он (защитник) придерживается иной позиции. Как и в других случаях, когда обвиняемый не согласен со своим защитником, он вправе отказаться от его услуг.

² Не все авторы придерживаются указанной позиции. Так, в монографии «Советский адвокат» сказано: «Признание адвокатом виновности подсудимого при отрицании последним своей вины следует рассматривать как нарушение профессионального долга, завуалированную форму отказа от защиты, а, следовательно, грубейшее нарушение права на защиту». См.: *Гинзбург Г.А., Поляк А.Т., Самсонов В.А.* Советский адвокат. М., 1968. С. 8. Подобную точку зрения разделяют также Е.А. Матвиенко, М.С. Строгович, Ю.И. Стецовский.

Но, во-первых, речь не идет о признании защитником вины обвиняемого, защитник может этого и не делать (об этом будет сказано ниже). Во-вторых, если защитнику не удалось выяснить иных (кроме показаний обвиняемого) доказательств невиновности отрицающего вину подзащитного, право на защиту последнего будет нарушено как раз в том случае, когда защитник ограничится утверждением (подтверждаемым только показаниями обвиняемого) о невиновности подзащитного и ничего не делает для выяснения обстоятельств, свидетельствующих о совершении подзащитным менее тяжкого преступления или смягчающих его ответственность.

³ Представляется не совсем точным утверждение М. Розенберга о том, что «в отличие от обвинителя защитник признает доказанным обвинение, но не доказывает его» (*Розенберг М.* Роль защитника в доказывании по уголовному делу // Социалистически законность. 1966. № 6. С. 42). Он строит свою защиту самостоятельно, но в интересах подзащитного, и если последний отрицает свою вину, то признание защитником вины подзащитного ничего не дает для защиты.

Вместе с тем, если позиция обвиняемого, отрицающего вину, явно неосновательна или сомнительна, ограничиться только вышеизложенными действиями защитник не может, ибо в этом случае он не в полной мере решит возложенные на него законом задачи. В подобных ситуациях перед защитником возникает необходимость в альтернативной постановке вопроса, в выдвижении и развитии не одной, а нескольких параллельных линий защиты¹.

В моей личной практике бывали случаи, когда вовсе не было доказательств невиновности, да и сам клиент подробно рассказывал мне как он убил, а затем расчленил труп. Своей задачей в подобной ситуации я считал убедить подзащитного раскаться и признать вину, либо отказаться от меня и пригласить другого защитника. К сожалению, ни разу такого не случилось и я, будучи сам не в праве отказаться от защиты, вынужден был отстаивать невиновность доверителя, используя кстати при этом альтернативные линии защиты.

Приведу лишь один пример. Р., 55 лет, инвалид второй группы возвращался в позднее время к себе домой. Недалеко от дома его остановили трое молодых людей, стали привязываться к нему, оскорблять, требовать денег. Затем начали избивать, сбили с ног и продолжали дальнейшее избиение, нанося удары ногами в различные части тела. При этом один из нападавших размахивал ножом и пытался нанести ножевые удары.

¹ В.Д. Гольдинер выделял два понятия: «развитие в защитительной речи параллельных тем» и «альтернативную (взаимоисключающую) постановку вопроса» (Гольдинер В.Д. Защитительная речь. М., 1970. С. 95 и след.).

Это правильно, если под альтернативой понимать два или несколько взаимоисключающих варианта при условии, что защитник оставляет на усмотрение суда выбор одного любого из них (т.е. либо этот, либо другой вариант). Мы же придаем понятию «альтернативная постановка вопроса» иное значение: когда защитник выдвигает и развивает несколько параллельных линий защиты, представляет на рассмотрение суда несколько вариантов возможных решений, чтобы суд, если он не согласится с одним вариантом, выбрал бы другой вариант, представленный защитником (т.е. не «или ... или», а «если не ..., то»). Мнение о допустимости альтернативной постановки вопроса защитником разделяется многими процессуалистами. См., например, уже цитировавшиеся работы М.С. Строговича, И.Д. Перлова, В.Д. Гольдинера, Я.О. Мотовиловкера, Е.А. Матвиенко. Такого же мнения придерживается А.Д. Бойков, хотя и возражает против термина «альтернативная позиция». См.: Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978. С.114–115.

В какой-то момент Р. удалось выхватить нож, подняться на ноги, и ножом нападавшего нанести несколько ударов. Один из нападавших скончался на месте, другой в больнице, третий сбежал. Р. вовсе отрицал свою вину, а затем воспользовался статьей 51 Конституции РФ и отказался давать показания. Защита моя строилась в трех направлениях:

1. Сначала я обосновал тезис о том, что Р. вовсе не совершал те действия, которые ему вменяют.

2. Затем я говорил, что если все же суд не согласиться со мной, пусть обратит внимание на то, что на Р. напали, и если он и совершал какие-либо действия в отношении нападавших, то обороняясь.

3. А были ли превышены в данном случае пределы необходимой обороны, учитывая возраст и инвалидность Р., то, что на него напали трое здоровых молодых парней, один из них был с ножом.

В результате суд пришел к выводу, что действия Р. были совершены в пределах необходимой обороны и оправдал его.

Неизвестно, что бы произошло в том случае, если бы я, как того требует Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», придерживался позиции своего доверителя с бездоказательностью отстаивая ее в суде, игнорируя иные линии защиты.

Аргументом в пользу возможности альтернативы является и то обстоятельство, что в ряде случаев, если даже защитник и уверен в невиновности обвиняемого, он может быть не уверен в том, что суд придет к такому же убеждению. Конечно, можно возразить, что защитник должен добиваться оправдания подзащитного. Он и будет добиваться оправдания. Вместе с тем, если у защитника есть основания предполагать, что суд может не согласиться с его доводами и вынести обвинительный приговор¹, защитник должен сделать все возможное, чтобы последствия вынесения обвинительного приговора были, возможно, менее неблагоприятными для обвиняемого, по мнению защитника, невиновного.

¹ Не будем подробно останавливаться на вопросе о том, почему возможны подобные ситуации, очевидно, это предмет особого серьезного исследования. Здесь же заметим лишь, что, во-первых, каждый субъект доказывания самостоятельно оценивает доказательства, результаты этой оценки не всегда совпадают. Во-вторых, возможность подобной ситуации может быть обусловлена особой сложностью дела: нередко уголовные дела рассматриваются (и неоднократно) разными судебными инстанциями, каждая из которых приходит к иному выводу по одному и тому же делу.

Подобная ситуация может возникнуть, например, когда обвиняемый за причинение смерти напавшему на него лицу обвинен по статье 105 УК РФ. Защитник убежден, что в данном случае налицо необходимая оборона. Отстаивая эту позицию, защитник вместе с тем может и должен привести аргументы, что если и было убийство, то при превышении пределов необходимой обороны¹.

Противники возможности альтернативы в качестве аргумента выдвигают положение о том, что в подобных случаях адвокат не проявляет должной принципиальности, последовательности; наличие альтернативы показывает, что у защитника нет твердой позиции, а его защитительная речь потому неубедительна². Думается, что наряду с изложенными выше соображениями против подобной постановки вопроса следует привести мнение М.С. Строговича: «нельзя требовать от защитника, чтобы он под предлогом принципиальности и последовательности настаивал ... всегда на чем-либо одном и исключал все иные возможные пути облегчения положения своего подзащитного. Принципиальность от защитника всегда требуется, но она выражается вовсе не в этом, а в том, что в соответствии с законом и фактическими обстоятельствами дела защитник извлекает из дела все, что может благоприятствовать обвиняемому»³.

Нередки случаи, когда роль соучастников группового преступления неоднозначна. Может ли защитник одного обвиняемого ссылаться на обстоятельства, неблагоприятные для другого обви-

¹ Конечно, в этом случае, очевидно, в защитительной речи сначала надо изложить обстоятельства, положительно характеризующие обвиняемого, затем обосновывать тезис, что если даже и было убийство, то при превышении пределов необходимой обороны, а уж затем доказывать, что действия обвиняемого не содержат состава преступления, поскольку он действовал в состоянии необходимой обороны. Но это уже вопросы тактики осуществления защиты, которые в настоящей работе не затрагиваются.

В литературе приводится немало примеров, когда без выдвижения и развития параллельных линий защиты, альтернативной постановки вопроса защитником, надлежащее осуществление функции защиты немыслимо. См., напр.: *Гольдинер В.Д.* Защитительная речь. С. 96–100.

² См.: *Шифман Т.Л.* Некоторые вопросы защитительной речи// Защита по уголовным делам. М., 1948; *Цыпкин А.Л.* Право на защиту в советском уголовном процессе. Саратов, 1959. С. 319; *Саркисянц Г.П.* Защитник в уголовном процессе. Ташкент, 1971. С. 24.

³ *Строгович М.С.* Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. М., 1956. С. 144.

няемого поэтому же делу? Следует согласиться с Е.А. Матвиенко, считавшим, что «обвинительные действия защитника должны быть ограничены тем минимумом, который действительно необходим»¹. Но нельзя вовсе отрицать подобных действий защитника. Он должен выяснить и сослаться на все обстоятельства, смягчающие вину его подзащитного. Подобным обстоятельством будет, например, факт вовлечения в преступную деятельность несовершеннолетнего обвиняемого взрослым. Возможны и иные ситуации.

Тем более, как правильно отмечал, например, В.Д. Гольдинер, было бы совершенно неуместным ограничивать защиту, отказывая ей в праве обрисовать неблагоприятный облик потерпевшего². Особенно в тех случаях (которые нередки, например, по делам об изнасиловании, убийствах при превышении пределов необходимой обороны и в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения), когда потерпевшие, по существу, спровоцировали совершение преступления. Однако представляется, что защитник может указывать лишь те обстоятельства, характеризующие личность потерпевшего и его поведение, которые имеют отношение к делу, являются условиями, способствующими совершению данного преступления.

Изложенные выше соображения позволяют сделать следующие выводы:

1. Защитник является самостоятельным участником уголовного процесса.

2. В силу возложенных на него задач защитник обязан использовать все не запрещенные законом средства и способы в целях выяснения обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смягчающих его ответственность. Поскольку защитник в отличие от следователя, прокурора, суда не должен и не имеет права выяснять обстоятельства, уличающие обвиняемого или отягчающие его ответственность, а также сослаться на них, в этом проявляется односторонность, неполнота и необъективность защитника. Таким образом, односторонность, неполнота, необъективность защитника проявляются не в его деятельности по исследованию обстоятельств дела, а в предопределенной задачами защиты направленности этого иссле-

¹ См.: Матвиенко Е.А. Судебная речь. М., 1971. С. 102.

² См.: Гольдинер В.Д. Защитительная речь. С. 48. Об этическом аспекте указанной проблемы подробнее см.: Проблемы судебной этики. М., 1974. С. 259 и др.

дования (с полнотой выявить все то, что будет свидетельствовать в пользу обвиняемого - и только), выводах защитника, излагаемых им следователю, прокурору, суду.

3. В отличие от следователя, прокурора, суда от защитника не требуется, чтобы его внутреннее убеждение складывалось на основе полного, всестороннего и объективного рассмотрения всех обстоятельств дела в их совокупности. С другой стороны, в ряде случаев защитник может и должен действовать даже вопреки сложившемуся у него убеждению.

4. Поскольку защитник является самостоятельным участником уголовного процесса, он вправе самостоятельно определять способы и средства, пути направления защиты, свою позицию по делу, исходя из интересов наиболее оптимального и полного решения применительно к каждому конкретному случаю стоящих перед защитой задач. При этом защитник должен согласовывать все вышеуказанные моменты с подзащитным, в случае несогласия с защитником обвиняемый вправе отказаться от его услуг.

5. При осуществлении защиты по уголовному делу защитник может (а в ряде случаев должен) не ограничиваться только одним направлением защиты, а выдвигать и развивать несколько параллельных линий защиты, представлять на рассмотрение суда несколько вариантов возможных решений.

6. В той мере, в которой это необходимо в интересах правомерной защиты обвиняемого, защитник вправе выявлять и ссылаться на обстоятельства, неблагоприятно характеризующие другого обвиняемого или потерпевшего, если указанные обстоятельства имеют отношение к данному конкретному делу, являются условиями, способствующими совершению данного преступления.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. Следует разграничивать понятия «участник уголовного процесса» и «субъект уголовно-процессуальной деятельности». Все участники уголовного процесса являются субъектами уголовно-процессуальной деятельности, но не все субъекты уголовно-процессуальной деятельности являются участниками уголовного процесса.

В разделе втором УПК должен быть определен процессуальный статус (понятие, права и обязанности) только лишь участников процесса.

Что же касается иных субъектов уголовно-процессуальной деятельности, то их права и обязанности могут быть закреплены в особенной части уголовно-процессуального кодекса. Так права и обязанности специалистов, понятых, переводчика: кто может, и кто не может ими быть – эти вопросы вполне можно урегулировать в главе 21 УПК «общие условия предварительного расследования»; права и обязанности свидетеля, вопросы свидетельского иммунитета – в главе 26 УПК и т. д.

В разделе втором УПК следовало бы оставить три главы. Первую из них назвать, как и сейчас «Суд»; вторую – «Государственные органы и должностные лица, ответственные за производство по делу»; третью – «Лица, отстаивающие в уголовном процессе свои, или представляемые права и интересы».

Ко второй группе участников следовало бы отнести: дознавателя, орган дознания, начальника органа дознания, следователя, руководителя следственного органа, прокурора.

К третьей группе участников следовало бы отнести: подозреваемого, обвиняемого, осужденного (участника дополнительного производства), лицо, обжалующее в суд действия (бездействия) дознавателя, следователя, прокурора или принимаемые ими решения; законного представителя, защитника, представителя (потерпевшего,

гражданского истца, гражданского ответчика), адвоката, адвоката осужденного (в дополнительном производстве), лицо, в отношении которого ведется производство по применению принудительных мер медицинского характера, представителя администрации или учреждения, исполняющего наказание.

2.1 Безусловно, судебный контроль в досудебном производстве необходим. Но при осуществлении его в таком объеме и такой форме, как он предусмотрен действующим УПК РФ, судья, по существу, вольно или невольно превращается во второго прокурора и еще одного «начальника» следователя. Судья в этой ситуации становится «заложником» принимаемых им в досудебном производстве решений, и есть реальные опасения, что он может из беспристрастного арбитра, разрешающего спор между сторонами обвинения и защиты, превратиться в своеобразный придаток обвинительной власти. Тем более что, в соответствии с действующим законодательством, принятие судьей упомянутых выше решений в ходе досудебного производства не является обстоятельством, исключающим дальнейшее участие этого судьи в рассмотрении уголовного дела (ст. 63 УПК РФ). Я уже не говорю о том, насколько усложняется работа следователя и увеличивается нагрузка на суд.

Возможным решением этой проблемы стало бы воссоздание института следственного судьи.

2.2 Суд не является органом уголовного преследования. В противоречии с этим положением п. 6 ч. 1 ст. 237 УПК РФ предоставляет суду право вернуть дело прокурору, в том числе и для переквалификации действий обвиняемого на более тяжкое преступление. Такое действие суда иначе как действие по уголовному преследованию назвать нельзя.

Поэтому указанное выше положение должно быть исключено из УПК РФ. Между тем существует необходимая потребность предоставить суду право возбуждать уголовные дела. Возбудить уголовное преследование не означает его осуществлять.

2.3 На сегодняшний день, исходя из современных реалий, суду следует предоставить право по собственной инициативе не только назначать экспертизу и истребовать документы, но и вызывать дополнительных свидетелей, назначать производство иных, предусмотренных УПК процессуальных действий, направленных на полу-

чение новых доказательств. При этом суд должен быть объективен, как того и требует закон, не выступать на стороне обвинения или защиты. Его действия по получению новых доказательств будут направлены на создание необходимых условий для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

2.4 Мировые судьи, а также судьи районных федеральных судов должны не назначаться, а избираться по избирательным, на территории которых им предстоит работать, и они должны быть подотчетны избирателям.

Не оспаривая преимущества рассмотрения особо опасных преступлений тремя профессиональными судьями, а также возможность рассмотрения уголовных дел о преступлениях небольшой тяжести, единолично судьей считаю, что дела о всех других преступлениях должны рассматриваться коллегиально: с участием одного профессионального судьи и двух народных заседателей (шеффенов).

3.1 При отсутствии единого координационного центра (в лице прокурора) объективно будут возникать трудности во взаимодействии следователей разных ведомств.

С точки зрения практической, отсутствие прокурорского контроля за следствием не может не привести к увеличению сроков предварительного следствия и предварительного содержания под стражей. Ибо упростили порядок продления и тех и других.

3.2 В любом случае (при сохранении полицейского упрощенного дознания по делам, которые возбуждены в отношении конкретных лиц) должна быть создана единая федеральная служба предварительного расследования. Если она будет оставаться полностью самостоятельной, независимой от прокуратуры, тогда за прокуратурой остается лишь функция внешнего надзора за соблюдением закона при производстве предварительного расследования.

3.3 Предпочтительнее же вернуться к тому положению, которое существовало до 2007 г., когда прокурор осуществлял надзор за законностью предварительного расследования и одновременно функцию процессуального руководства предварительным расследованием. Безусловно, следует наделить прокурора правом возбуждать уголовное преследование (уголовное дело), так и прекращать его.

Только в этом случае прокурор сможет эффективно выполнять возложенную на него обязанность по осуществлению уголовного преследования. Об этом свидетельствует многолетний как российский опыт, так и опыт других европейских стран.

3.4 В суде при рассмотрении уголовных дел фактически прокурор осуществляет не только функцию государственного обвинения, но и функцию надзора за соблюдением законов. Причем функция надзора является единственной при рассмотрении дел судебно-контрольного (особого) производства и при рассмотрении вопросов, возникающих при исполнении приговора (дополнительные производства) на всех судебных стадиях. В этой связи следовало бы прямо обозначить эту функцию в УПК РФ.

3.5 Прокурору должно быть предоставлено право приносить жалобы (в виде представлений, а протесты на незаконные с его точки зрения судебные акты).

3.6 Прокурору следует также предоставить право путем принесения протестов, возбуждать кассационное и надзорное производство.

4.1 Наличие четырех самостоятельных следственных, структурно обособленных органов приведет, в конечном счете, к разобщенности, в отсутствии единообразия процессуальной деятельности. Руководители следственных органов будут издавать каждый свои ведомственные инструкции и приказы по вопросам расследования. И таким образом в итоге мы получим четыре разных «УПК», каждый из которых лишь в общих чертах будет соответствовать УПК РФ.

По примеру большинства европейских стран предварительное следствие должно быть сосредоточено в одном ведомстве.

Поскольку у нас уже функционирует Следственный Комитет РФ, следовало бы отнести к его компетенции расследование всех уголовных дел, производство по которым предварительного следствия является обязательным. А уже в его структуре можно было бы образовать специализированные следственные подразделения: по расследованию экологических преступлений, преступлений против личности и т.д.

4.2 Наряду с предварительным следствием, должно остаться полицейское дознание по делам о небольшой и средней тяжести. Но при производстве дознания должны соблюдаться все предусмотренные УПК РФ процессуальные формы и гарантии. Полицейское

дознание могло бы проводиться только по делам, возбужденным в отношении конкретных лиц и краткие сроки (10 суток), как это и было предусмотрено в УПК РФ до 2007 г.

При наличии дознания в том виде, как это было предложено выше, отпадает необходимость в упрощенном дознании и значит главу 32.1 следовало бы из УПК РФ исключить.

4.3 Если все же законодатель не вернет прокурору утраченные им в 2007 г. полномочия по процессуальному руководству предварительным расследованием (в том числе и следствием), то тогда государственное обвинение в суде должен поддерживать не прокурор (который не расследовал дело и не отвечает за его качество), а руководитель следственного органа и начальник подразделения дознания, либо по их поручению иные сотрудники органов предварительного расследования.

4.4 УПК РФ предоставил право производства дознания и следователям (п.п. 7, 8 ч. 3 ст. 151 УПК РФ). Однако при этом законодатель не конкретизировал, в каких случаях дознание должны производить следователи (а не дознаватели) органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Кроме того, неясно, какими полномочиями должен быть наделен следователь, если он производит предварительное расследование в форме дознания: полномочиями следователя (с учетом своей должности) или более узкими полномочиями дознавателя (как лица, которому поручено производство дознания по конкретному уголовному делу). Что же касается производства дознания следователями Следственного Комитета РФ, то здесь возникает еще более сложная ситуация: они могут производить дознание по делам, по которым предварительное следствие необязательно (есть основание для применения упрощенного порядка судопроизводства), но, в частности, совершенных лицами, перечисленными в ст. 447 УПК РФ (т.е. лицами, в отношении которых уголовное судопроизводство осуществляется по правилам, закрепленным в главе 52 УПК РФ, т.е. в более сложном порядке). Таким образом, законодатель попытался в случае, когда одновременно имеются основания для упрощения процесса, и для проведения его в более сложной процессуальной форме, создать некое «гибридное» производство, упрощенное, по сравнению с обычным, но чуть более сложное, чем «стандартный» вариант упрощенного производства.

Такое решение проблемы является, на наш взгляд, необоснованным и непродуманным. Не было необходимости в создании отдельного порядка судопроизводства для таких дел, вполне достаточно было установить для них сокращенный срок производства предварительного следствия, приблизив или уравнив его со сроком производства дознания.

5.1 Законодатель наделил потерпевшего правом участвовать в осуществлении уголовного преследования, но это право не должно превращаться в обязанность потерпевшего.

Дополнительные и реальные права по осуществлению уголовного преследования должны быть предоставлены только тем потерпевшим, которые сами этого желают. Основным из этих прав должно быть право такого потерпевшего самостоятельно наряду с государственным обвинителем выдвигать и поддерживать обвинение. В случае отказа государственного обвинителя суд обязан рассмотреть обвинение, поддерживаемое потерпевшим.

5.2 Считаю, что по делам частного обвинения пострадавшим, достигшим 16 лет, должно быть предоставлено право приносить заявление частного обвинения самостоятельно. Если же пострадавший не достиг 16 лет, право приносить заявление в порядке частного обвинения должно быть предоставлено его законному представителю. По моему мнению, правы те авторы, которые считают, что если наступила смерть потерпевшего еще до подачи им жалобы, в этом случае «право жалобы со смертью потерпевшего утрачивается раз и навсегда, т.к. право жалобы является строго личным, не имеющим имущественного характера, то о наследовании в этом праве не может быть и речи». Иное дело, если смерть наступила после подачи жалобы. В этом случае необходимо допустить дальнейшее производство по делу, если есть ходатайство об этом родственников умершего потерпевшего либо обвиняемого.

Таким образом, частным обвинителем может быть сам потерпевший, его представитель и законный представитель, а также близкий родственник потерпевшего в случае его смерти.

5.3 Следует также отметить, что фактически дело частного обвинения возбуждает вовсе не потерпевший или его законный представитель, а мировой судья, когда он выносит постановление о при-

нятии заявления. Нет этого постановления, нет и уголовного дела частного обвинения.

6.1 Системное толкование ряда статей УПК РФ приводит к выводу о том, что лицо становится подозреваемым не с момента фактического ограничения свободы передвижения, а с момента составления протокола. Именно после составления протокола задержания, а никак не раньше, задержанному объясняется суть подозрения, разъясняются права подозреваемого, в том числе право на общение с защитником до первого допроса не менее двух часов. Значит, и защитник допускается фактически не с момента захвата (ограничения свободы передвижения), а с момента составления протокола задержания. При этом вовсе не нарушается конституционное право на оказание квалифицированной юридической помощи. Любые лица, доставленные по любому основанию в полицейский участок или иной правоохранительный орган, вправе воспользоваться квалифицированной юридической помощью в лице адвоката. Но это будет именно адвокат, а не защитник.

Таким образом, лицо ставится в положение подозреваемого не фактом задержания, а составлением протокола задержания.

6.2 Следовало бы также вместо «уведомления о подозрении» выносить постановление о признании лица подозреваемым.

6.3 Участие лица в качестве подозреваемого в уголовном процессе столь длительный срок (до 3-х, 6 месяцев и даже до одного года) вызывает серьезные нарекания ученых-процессуалистов. Если уж дознание приблизилось по срокам к предварительному следствию, необходимо как на предварительном следствии, своевременно предъявлять подозреваемым обвинение. Впрочем, исключается определенное «движение» законодателя в этом направлении. Так, если в 10-суточный срок со дня избрания в отношении подозреваемого в качестве меры пресечения невозможно составить обвинительный акт, ему должно быть предъявлено обвинение (ст. 224 УПК РФ).

6.4 Следует признать неверным положение, когда Конституционное право подозреваемого (обвиняемого) на получение квалифицированной юридической помощи преобразовалось в их процессуальную обязанность, поскольку УПК РФ позволяет дознавателю, следователю, суду не принимать отказ подозреваемого (обвиняемого) от защитника.

Данная норма УПК РФ противоречит основным положениям Конституции Российской Федерации.

7.1 Понятие адвоката и защитника не могут в уголовном процессе отождествляться.

Адвокат получает процессуальный статус защитника также в тех случаях, когда он осуществляет защиту подозреваемого или обвиняемого.

Адвокат, защищающий права потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика наделяется единственным статусом представителя.

Адвокат, защищающий права свидетеля, лица, у которого производится обыск именуется адвокатом и у него иной процессуальный статус.

Адвокат, защищающего интересы лиц, в дополнительных производствах (например, лиц в отношении которых рассматривается вопрос об условно-досрочном освобождении) также именуется адвокатами, но процессуальное положение его отличается от адвоката свидетеля и приближено к процессуальному статусу обвиняемого.

7.2 Следует сохранить монополию адвокатуры на оказание юридической помощи по уголовным делам.

7.3 Статья 53 УПК РФ озаглавлена «Полномочия защитника». Между тем, наличие полномочий предполагает возможность принудительного их осуществления. Полномочия могут быть только у должностных лиц и органов. Защитник же наделен не полномочиями, а правами. Права (именно права, а не полномочия) закреплены в ст. 53 УПК РФ. Их достаточно для осуществления своих обязанностей по эффективной защите. Необходимо лишь добросовестно выполнять свои обязанности и в полной мере использовать свои права, в том числе и по участию в собирании доказательств.

7.4 Защитник не вправе самостоятельно собирать доказательства: он вправе лишь активно (если пожелает) участвовать в их собирании, используя предоставленные ему УПК РФ.

7.5 Защитник является самостоятельным участником уголовного процесса.

В силу возложенных на него задач защитник обязан использовать все не запрещенные законом средства и способы в целях выяснения обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смяг-

чающих его ответственность. Поскольку защитник в отличие от следователя, прокурора, суда не должен и не имеет права выяснять обстоятельства, уличающие обвиняемого или отягчающие его ответственность, а также ссылаться на них, в этом проявляется односторонность, неполнота и необъективность защитника. Таким образом, односторонность, неполнота, необъективность защитника проявляются не в его деятельности по исследованию обстоятельств дела, а в предопределенной задачей защиты направленности этого исследования (с полнотой выявить все то, что будет свидетельствовать в пользу обвиняемого — и только), выводах защитника, излагаемых им следователю, прокурору, суду.

7.6 В отличие от следователя, прокурора, суда от защитника не требуется, чтобы его внутреннее убеждение складывалось на основе полного, всестороннего и объективного рассмотрения всех обстоятельств дела в их совокупности. С другой стороны, в ряде случаев защитник может и должен действовать даже вопреки сложившемуся у него убеждению.

7.7 Поскольку защитник является самостоятельным участником уголовного процесса, он вправе самостоятельно определять способы и средства, пути направления защиты, свою позицию по делу, исходя из интересов наиболее оптимального и полного решения применительно к каждому конкретному случаю стоящих перед защитой задач. При этом защитник должен согласовывать все вышеуказанные моменты с подзащитным, в случае несогласия с защитником обвиняемый вправе отказаться от его услуг.

7.8 При осуществлении защиты по уголовному делу защитник может (а в ряде случаев должен) не ограничиваться только одним направлением защиты, а выдвигать и развивать несколько параллельных линий защиты, представлять на рассмотрение суда несколько вариантов возможных решений.

7.9 В той мере, в которой это необходимо в интересах правомерной защиты обвиняемого, защитник вправе выявлять и ссылаться на обстоятельства, неблагоприятно характеризующие другого обвиняемого или потерпевшего, если указанные обстоятельства имеют отношение к данному конкретному делу, являются условиями, способствующими совершению данного преступления.

Мы ждем Ваши отзывы и предложения по адресу:
191186, Россия, Санкт-Петербург, ул. Миллионная, д. 27
Издательство «Юридический центр»

Размещение рекламы в книгах	(812) 571-23-58
Система «Книга-почтой»	(812) 571-89-72
Телефон для оптовых закупок	(812) 571-23-58
По вопросам сотрудничества	(812) 571-89-72
Факс	(812) 571-23-58
Электронная почта	izdat@hotmail.com urizdat@mail.ru www.juridcenter.ru

Серия
**«Теория и практика уголовного права
и уголовного процесса»**
Основана в 2003 году

научно-практическое издание

Юрий Константинович Якимович
УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Издательство «Юридический центр»
Компьютерная верстка *И.Е. Гутьеррес Бельтран*

Подписано в печать 10.06.2015 г.
Формат 60×90/16. П. л. 11. Уч.-изд. л. 11,3.
Тираж 500 экз. Заказ . Цена свободная.

Адрес

Издательство «Юридический центр»
191186, Россия, Санкт-Петербург, ул. Миллионная, д. 27
Телефоны: (812) 571-23-58, 571-89-72
Факс: (812) 571-23-58. E-mail: urizdat@mail.ru

Отпечатано в типографии ООО «Трувор»
199106, Санкт-Петербург,
В.О. Большой пр., д. 83

ISBN 978-5-94201-708-8

