

ЛЕВИ А.А., ИГНАТЬЕВА М.В., КАПИЦА Е.И.

**ОСОБЕННОСТИ
ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ
ПРЕСТУПЛЕНИЙ, ОСУЩЕСТВЛЯЕМОГО
С УЧАСТИЕМ АДВОКАТА**

Москва – 2003
Издательство «Юрлитинформ»

УДК 343.13
ББК 67.411
ЛЗ6

Авторы: Леви А.А. - доктор юридических наук, профессор (главы 1, 2, 3, 5, 7 и общая редакция); *Игнатьева М.В.* - кандидат юридических наук (глава 4); *Капица Е.И.* - (глава 6).

ЛЗ6 Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого С участием адвоката / Леви А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И.
М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. - 128 с.
ISBN 5-93295-084-6

В книге изложены общие принципы осуществления права на защиту в процессе дознания и предварительного следствия; решаемые дознавателем и следователем процессуальные и организационные вопросы, возникающие при участии в расследовании защитника.

На основе анализа практики и положений науки криминалистики показаны особенности тактики следственных действий, осуществляемых с участием защитника, и рассмотрены вопросы проверки, оценки и использования в ходе расследования доказательств, собираемых и представляемых защитником.

Отдельные главы посвящены деятельности адвоката-представителя потерпевшего при расследовании преступлений, участию в расследовании гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, оказанию адвокатом юридической помощи свидетелю, а также особенностям деятельности дознавателя и следователя при обязательном участии защитника по делам лиц, имеющих физические и психические недостатки, и лиц, совершивших запрещенные законом деяния в состоянии невменяемости.

Работа подготовлена на основе положений нового УПК Российской Федерации и иного современного законодательства и предназначена для дознавателей, следователей, адвокатов, студентов юридических учебных заведений.

УДК 343.13
ББК 67.411

ISBN 5-93295-084-6

© Коллектив авторов, 2003
© ООО Издательство «Юрлитинформ», 2003

ВВЕДЕНИЕ

За последнее десятилетие и особенно после принятия нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, значительно расширились возможности участия в расследовании преступлений защитника подозреваемого и обвиняемого, а также представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика.

Как и следовало ожидать, в связи с этим возникло много не отрегулированных

законом вопросов, произошли определенные изменения в следственной тактике и характере деятельности, как защитника, так и представителей.

Изложению этих вопросов применительно к современной теории и практики расследования преступлений и посвящена настоящая работа.

Глава 1. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПОДОЗРЕВАЕМОМУ И ОБВИНЯЕМОМУ ПРАВА НА ЗАЩИТУ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

1.1. Общие положения осуществления права на защиту на дознании и предварительном следствии

Проблема гарантий соблюдения прав граждан, прежде всего социальных, со стороны общества и государства, сейчас крайне обострилась, стала одной из самых актуальных.

Для правового государства, к становлению которого мы должны стремиться, характерно превращение прав граждан, личного законного интереса, в интерес общества, защищаемый всеми дозволенными правовым средствами.

Эффективная борьба с преступностью немыслима без усиления гарантий прав личности, вовлеченной в орбиту уголовного судопроизводства. Осуждение невинного человека, помимо причинения ему незаслуженных физических и моральных страданий, ведет к тому, что действительный виновник остается безнаказанным и нередко продолжает свою преступную деятельность.

3

Обеспечение охраны общества от преступных посягательств, несомненно согласуется с задачей охраны чести, свободы, неприкосновенности и иных законных интересов гражданина. Законный интерес подозреваемого и обвиняемого составляет защита от выдвинутого основания задержания или предъявленного обвинения и отстаивания в связи с этим субъективных прав, гарантированных законом. Стремление подозреваемого или обвиняемого воспользоваться этими правами является выражением их законного интереса. Именно поэтому одним из важнейших конституционных принципов уголовного процесса является гарантированное право на защиту, позволяющее обвиняемому как самому лично, так и с помощью защитника, доказывать свою невиновность, либо приводить смягчающие вину обстоятельства. Но право обвиняемого на защиту служит не только охране его законных интересов, оно также позволяет успешно решать задачи правосудия в целом, в том числе правильно проводить предварительное расследование преступлений.

Осуществление права на защиту - проявление демократических основ нашего общественного строя, необходимое условие осуществления истинного правосудия, строжайшего соблюдения законности и правопорядка.

Закон не только провозглашает право обвиняемого защищаться, но и требует от дознавателя, следователя, прокурора и суда обеспечения обвиняемому возможности воспользоваться своими правами, которые, в частности, должны быть ему четко разъяснены. Таким образом, речь идет не просто о провозглашении права на защиту, а об обязательном обеспечении его, т. е. создании условий для реального осуществления этого права.

Разумеется, это не исключает иногда возможность злоупотребления правонарушителем процессуальными гарантиями права на защиту, но и отсутствие подобных гарантий создает, в свою очередь, возможности для злоупотребления со стороны должностных лиц правоохранительных органов, а это по своим последствиям часто гораздо опаснее для общества.

То что в соответствии с законом суд, прокурор, следователь и дознаватель обязаны обеспечить всестороннее, полное и объективное расследование и рассмотрение обстоятельств дела, в том числе и путем представления обвиняемому (подозреваемому,

4

подсудимому) возможность самому защищаться от предъявленного обвинения, ни в какой

мере не ведет к ненужности в процессе защитника, так как наличие предъявленного обвинения требует противопоставления ему квалифицированной защиты.

В ходе расследования дознаватель, следователь и прокурор обязаны выявить как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства. Однако всестороннее выявление данными лицами оправдывающих и смягчающих моментов по делу на практике осложняется. Если следователь предполагает виновность, тем более, когда он уже предъявил обвинение, а иногда и избрал меру пресечения в виде содержания под стражей, ему психологически очень трудно одновременно предполагать невиновность, искать с той же энергией ее подтверждение. Следователь может находиться и под воздействием общественного мнения, считающего привлеченного к ответственности виновным.

Участие защитника в предварительном расследовании повышает его объективность, позволяет всесторонне оценить вмененные в вину эпизоды, а иногда и в целом прийти к выводу о невиновности лица, привлеченного к уголовной ответственности.

Правильно оценивая деятельность защитника, следователь должен понимать, что «анализируя материалы предварительного следствия и судебного разбирательства, защитник вправе исходить и исходит из предположения, что обвиняемый или невиновен вовсе, или виновен в меньшей степени, чем его обвиняют. Любая иная нравственная и правовая установка делает участие защитника в процессе опасным для обвиняемого и ненужным для правосудия»¹.

Основной задачей защитника, участвующего в предварительном расследовании преступления, является установление фактов соблюдения всех процессуальных правил и выяснение обстоятельств, оправдывающих его подзащитного, либо смягчающих его вину, а также оказание ему иной квалифицированной юридической помощи.

¹ *Бойков А.Д.* Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978. С. 60-61.

Односторонность деятельности защитника - определенная гарантия выполнения им своих функций, но нельзя при этом забывать, что защитник должен оставаться абсолютно законопослушным.

Обосновывая право на защиту, нельзя игнорировать и то, что в деятельности правоохранительных органов не исключены ошибки и право на защиту содействует их устранению.

Принцип обеспечения обвиняемому (подозреваемому), а затем и подсудимому права на защиту пронизывает все уголовное судопроизводство. Уже на дознании и предварительном следствии обвиняемый в соответствии со ст. 47 УПК Российской Федерации имеет право знать, в чем он обвиняется и давать объяснения по предъявленному обвинению, представлять доказательства, заявлять ходатайства, отводы, получить копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого, копию постановления о применении к нему меры пресечения, копию обвинительного заключения и обвинительного акта, пользоваться помощью переводчика и защитника, в том числе бесплатно, иметь свидание с защитником наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса, без ограничения их числа и продолжительности, участвовать с разрешения следователя в следственных действиях, производимых по его ходатайству или ходатайству его защитника, либо законного представителя, знакомиться с протоколами этих действий и подавать на них замечания, знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту и знакомиться с заключением эксперта, знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела и выписывать из него любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств, приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда и принимать участие в их рассмотрении судом.

В настоящее время, в соответствии с ч. 3 ст. 49 УПК Российской Федерации защитник допускается к участию в уголовном деле не только с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, но и с момента возбуждения уголовного дела - в случаях осуществления дознания и по делам частного обвинения, с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, или применения к

6

нему меры пресечения в виде заключения под стражу, а также с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы и, наконец, с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лиц, подозреваемых в совершении преступлений.

При этом необходимо подчеркнуть, что в соответствии со ст. 46 УПК Российской Федерации подозреваемым теперь является не только задержанное лицо, но и лицо, к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения либо в отношении которого возбуждено уголовное дело.

Может возникнуть вопрос о том, с какого момента защитник участвует в деле, возвращенном прокурором на дополнительное расследование. Совершенно очевидно, что защитник, принимавший участие в первоначальном расследовании при дополнительном расследовании может в нем участвовать с первого же момента его производства, причем независимо от того, тот же это защитник или другой.

Лицо, подозреваемое в совершении преступления, может быть задержано в строго ограниченных законом случаях:

- 1) когда это лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения;
- 2) когда потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо как на совершившее преступление;
- 3) когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления.

При наличии иных данных, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления, оно может быть задержано, если это лицо пыталось скрыться, либо не имеет постоянного места жительства, либо не установлена его личность, либо если прокурором, а также следователем или дознавателем, с согласия прокурора, в суд направлено ходатайство об избрании в отношении указанного лица меры пресечения в виде заключения под стражу (ст. 91 УПК РФ).

После доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору в срок не более 3 часов должен быть доставлен протокол задержания, в котором делается отметка о

7

том, что подозреваемому разъяснены его права, предусмотренные ст. 46 УПК РФ.

О произведенном задержании орган дознания, дознаватель или следователь обязаны сообщить прокурору в письменном виде в течение 12 часов с момента задержания подозреваемого.

При необходимости избрания в качестве меры пресечения заключение под стражу прокурор, а также следователь и дознаватель, с согласия прокурора, возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу и невозможность избрания иной меры пресечения. К постановлению прилагаются материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства. Если ходатайство возбуждается в отношении уже задержанного подозреваемого, то постановление и указанные материалы должны быть представлены судье не позднее чем за 8 часов до истечения срока задержания, максимально составляющего 48 часов.

Постановление о возбуждении ходатайства об избрании в качестве меры пресечения

заключение под стражу подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня с участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора и защитника, если последний участвует в уголовном деле, по месту производства предварительного расследования, либо по месту задержания подозреваемого в течение 8 часов с момента поступления материала в суд. Задержанный подозреваемый доставляется в судебное заседание. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, следователь, дознаватель. Неявка без уважительных причин сторон, своевременно извещенных о времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения ходатайства, за исключением случаев неявки обвиняемого.

В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. Затем прокурор, либо по его поручению лицо, возбудившее ходатайство, обосновывает его,

8

после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседания лица.

Рассмотрев ходатайство, судья выносит одно из следующих постановлений: 1) об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу; 2) об отказе в удовлетворении ходатайства; 3) об отложении принятия решения по ходатайству стороны на срок не более 72 часов для представления ею дополнительных доказательств обоснованности задержания. В этом случае судья указывает в постановлении дату и время, до которых он продлевает срок задержания.

Постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключение под стражу или отказ в этом может быть обжаловано в вышестоящий суд в кассационном порядке в течение 3 суток со дня его вынесения. Суд кассационной инстанции принимает решение по жалобе или представлению не позднее, чем через 3 суток со дня их поступления.

По истечении 48 часов с момента задержания подозреваемого он подлежит освобождению, если в отношении него не была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, либо суд не отложил окончательное принятие решения в указанном выше порядке (п. 3 ст. 108 УПК РФ).

Если постановление судьи о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, либо продлении срока содержания под стражей не поступит в течение 48 часов с момента задержания, то подозреваемый немедленно освобождается (ч. 3 ст. 94 УПК РФ).

Не позднее 10 суток с момента избрания меры пресечения в виде содержания под стражей в отношении подозреваемого, ему должно быть предъявлено обвинение. Если в этот срок обвинение не будет предъявлено, то мера пресечения немедленно отменяется (ст. 100 УПК РФ).

При принятии УПК РФ 2001 года предполагалось, что указанный порядок избрания меры пресечения в виде содержания под стражей будет введен лишь с 1 января 2004 года, однако данное положение было затем изменено и указанный порядок действует с 1 июля 2002 года.

Прокурор, следователь и дознаватель не вправе перелгать обязанность доказывания на обвиняемого и домогаться его показаний путем насилия, угроз, обмана и иных незаконных методов.

9

Обвиняемый вправе давать показания, он обязан явиться на допрос, так как в ином случае будет доставлен принудительно, и может отказаться от дачи показаний.

Теснейшим образом право на защиту связано с конституционным принципом презумпции невиновности, согласно которому обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена вступившим в силу приговором суда. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность и неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в его пользу, так как обвинительный приговор не может быть основан на предположениях (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК РФ).

Как уже указывалось, право на защиту широкое понятие, включающее как приведенные выше положения личной защиты, так и защиту, осуществляемую с помощью защитника.

Закон подробно регламентирует порядок участия защитника в уголовном судопроизводстве. В ч. 1 ст. 49 УПК РФ сказано: «Защитник - лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемого и обвиняемого и оказывающим юридическую помощь при производстве по уголовному делу».

Деятельность защитника в уголовном судопроизводстве является односторонней, направленной на выявление обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих их ответственность, а также на оказание им необходимой юридической помощи, а потому требовать от защитника, чтобы он помогал следователю и суду в установлении всех обстоятельств дела, то есть и свидетельствующих против его подзащитного - неверно. Однако защитник не вправе искажать факты, права на это он не имеет. Он вправе умалчивать о ставших ему известных фактах, говорящих не в пользу его подзащитного. «Защитник должен говорить не всю правду, но правду» - пишет М.Ю. Барщевский¹, и, конечно, осуществление защиты не должно превращаться в оправдание преступления.

Эффективность осуществления защиты во многом определяется характером взаимоотношений защитника со своим подзащитным, а также со следователем и дознавателем. Защитник са-

¹ Барщевский М.Ю. Адвокатская этика. М, 2000. С. 100.

мостоятельная фигура в уголовном процессе, но он призван только защищать и потому не вправе занимать позицию, отличающуюся от позиции его подзащитного, если это может нанести вред последнему.

Защитник не вправе признавать своего подзащитного виновным, если он это отрицает, а также «отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого или обвиняемого» (ч. 7 ст. 49 УПК РФ). Об этом очень убедительно писал А.Я. Сухарев: «Какую бы противоречивую позицию ни занимал обвиняемый, какими бы ни казались очевидными и достоверными доказательства его вины, святая обязанность адвоката - до конца выполнять свой профессиональный долг. Если подсудимый не признает себя виновным, защитник не вправе избрать противоположную позицию и превратиться в обвинителя»¹.

В соответствии с уголовно-процессуальным законодательством и Законом об адвокатуре защитнику запрещается разглашать сведения, сообщенные ему подзащитным, каких бы вопросов они не касались. Если защитник заранее был предупрежден о неразглашении данных предварительного расследования, то при нарушении данного положения он может быть привлечен к уголовной ответственности по ст. 310 УК (ч. 2 ст. 53 УПК РФ). Не может защитник и быть допрошен в качестве свидетеля «об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с участием в производстве по уголовному делу»..., а также адвокат в связи «с оказанием юридической помощи» (ч. 3 ст. 56 УПК РФ).

Защита обвиняемого должна осуществляться только законными и этически состоятельными методами и потому удовлетворение защитником просьбы его подзащитного о соответствующей подготовке свидетелей в представлении вызывающих сомнение документов и вообще об искажении фактических обстоятельств дела недопустимо.

Взаимоотношения защитника со следователем, дознавателем и прокурором во многом зависят от четкого правового регулирования их прав и обязанностей. Между тем некоторые вопросы, возникающие при участии защитника в расследовании преступле-

¹ Сухарев А.Я. Пятидесятилетие советской адвокатуры // Сов. гос-во и право. 1972. №5. С. 14.

ний, которые ниже будут рассмотрены подробно, иногда толкуются по-разному, что приводит к возникновению конфликтных ситуаций.

Конфликтные ситуации возникают и по иным основаниям, так как иногда принципиальная, добросовестная и энергичная работа защитника вызывает негативное отношение некоторых работников правоохранительных органов, которые вопреки закону и здравому смыслу рассматривают такую деятельность чуть ли не как подрыв правосудия. Справедливости ради надо отметить, что подобное отношение к защитнику встречается все реже и опытные, квалифицированные следователи, наоборот, приветствуют участие защитника при расследовании преступлений, разумеется, когда они осуществляют свою деятельность профессионально и добросовестно. В подобных случаях защитник является для следователя и дознавателя своеобразным контролером, реагирующим на недоделки следствия и проявление необъективности, а знать это следователю полезно.

Однако, к сожалению, следственная практика показывает, что защитник не всегда действует в дозволенных законом рамках и с соблюдением положений адвокатской этики. Этот очень важный вопрос будет подробно освещен ниже.

Защитник или несколько защитников приглашаются для участия в деле подозреваемым или обвиняемым, их законными представителями, а также другими лицами по просьбе подозреваемого или обвиняемого.

По просьбе подозреваемого или обвиняемого участие защитника, в соответствии с ч. 2 ст. 50 УПК РФ, обеспечивается дознавателем, следователем, прокурором или судом. При этом орган предварительного расследования, прокурор, суд, в производстве которых находится дело, вправе полностью или частично освободить обвиняемого (подозреваемого) от оплаты юридической помощи. Оплата труда адвоката в этих случаях должна компенсироваться за счет средств федерального бюджета (ст. 50 УПК РФ). Необходимо только отметить, что ни в каком законодательном акте не содержится каких-либо санкций за невыполнение требований лиц, осуществляющих предварительное расследование, либо суда, о поручении кому-либо из адвокатов принять участие

12

в расследовании или судебном разбирательстве дела, когда такое участие по закону является обязательным.

Важнейшей гарантией осуществления права на защиту является положение закона об обязательном участии защитника (ст. 51 УПК РФ).

«Участие защитника в уголовном судопроизводстве обязательно, если:

1) подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника в порядке, установленном статьей 52 УПК;

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 особом порядке, без проведения судебного разбирательства (ст. 3 УПК РФ).

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 обеспечивают участие защитника в уголовном судопроизводстве.

Обращает на себя внимание уменьшение в данном перечне числа случаев обязательного участия защитника, предусматривавшихся ранее действовавшим УПК РСФСР. В соответствии со ст. 49 данного Кодекса участие защитника было также

обязательным по делам, в которых участвовал государственный обвинитель, а также при наличии противоречий между подсудимыми, если хотя бы один из них имеет защитника.

В комментарии к ст. 51 УПК РФ содержится ссылка на указание Верховного Суда РСФСР, гласящее, что «закон вовсе не тре-

13

бует обязательного присутствия защитника при проведении следственных действий, предусматривая лишь возможность такого присутствия и прав обвиняемого и его защитника ходатайствовать о проведении каких-либо следственных действий в присутствии адвоката¹. При таком решении вопроса не ясно, в чем же будет выражаться обязательное участие защитника на предварительном расследовании, если он на проводимых следственных действиях присутствовать не будет? Между тем практика уголовного судопроизводства твердо стоит на точке зрения, что отсутствие защитника на следственном действии, проводимом, например, с несовершеннолетним, является существенным нарушением уголовно-процессуального законодательства.

Автор данного раздела комментария, по-видимому, не замечает противоречия с ранее сказанным, что если «предварительное расследование в целом, либо отдельных следственных действий (выделено нами - А.Л.) производится без участия защитника, это влечет за собой дополнительное расследование для устранения допущенных нарушений закона либо, как минимум, признание полученных подобным образом доказательств не имеющими юридической силы»².

Обязательным участие защитника является и по делам лиц, в отношении которых рассматривается вопрос о необходимости применения принудительных мер медицинского характера. В этих случаях защитник допускается к участию в деле с момента вынесения постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы, о чем подробно будет рассказано ниже (ст. 438 УПК РФ).

По-видимому, было бы правильно в обязательном порядке предоставлять, как на предварительном следствии, так и в суде, защитника обвиняемому, интересы которого противоречат интересам другого обвиняемого, у которого защитник имеется.

Обязательное обеспечение защитником подозреваемого или обвиняемого нередко связано со значительными трудностями, так как обращение с просьбой о предоставлении защитника в связи с отсутствием на данный момент незанятых адвокатов, а в некото-

¹ Бюллетень ВС РСФСР. 1990. № 2. С. 10.

² Комментарии к Уголовно-процессуальному Кодексу Российской Федерации. М: Изд. «Экзамен», 2002. С. 147.

14

рых отдаленных районах России адвокатов вообще нет, не может быть удовлетворено. Но судебная практика твердо идет по пути признания факта нарушения права на защиту в случае, если просьба любого подозреваемого или обвиняемого о предоставлении ему защитника не выполнена. В связи с этим, несмотря на возникающие трудности и вызываемую этим задержку следствия, как правило, принимаются все меры для привлечения в дело защитника, когда этого требует уголовно-процессуальное законодательство.

В соответствии со ст. 52 УПК РФ «подозреваемый, обвиняемый вправе в любой момент производства по уголовному делу 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».

При этом судебная практика твердо придерживается правила, что отказ может быть удовлетворен лишь при наличии реально представленного защитника¹, т.е. в материалах дела должен быть ордер конкретного адвоката, которому была поручена защита и который беседовал с подозреваемым или обвиняемым, защиту которого намерен был осуществлять.

Помимо того, «Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя,

прокурора, суда в случаях, предусмотренных пунктами 2-7 части первой статьи 51 и частью четвертой статьи 247, т.е. когда участие защитника является обязательным. «Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу» (ст. 52 УПК РФ).

В соответствии с ч. 4 ст. 50 УПК РФ, при отказе подозреваемого, обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением, опять же, случаев, когда участие защитника является обязательным.

¹ Соответствующие примеры приводит В.С. Шадрин в своей работе «Обеспечение прав личности при расследовании преступлений». М.: Издательство «Юрлитинформ», 2000.

15

1.2. Условия допуска защитника на дознание и предварительное следствие

Со времени введения правила о допуске защитника на дознание и предварительное следствие и постоянное расширение оснований такого его участия в расследовании преступлений, потребность в приглашении защитника значительно возросла и как уже указывалось при решении этого вопроса на практике возникают трудности.

В связи с этим наблюдались случаи, когда в качестве защитника при расследовании приглашались члены различного вида юридических кооперативов или просто частные лица не являвшиеся подготовленным для такого вида деятельности и не обладавшие нравственными качествами, необходимыми защитнику.

Как известно, адвокат должен в обязательном порядке иметь высшее юридическое образование, соответствующий стаж работы по юридической специальности или пройти специальное стажирование, быть безупречным в нравственном отношении. Деятельность адвокатов постоянно контролируется, адвокатам оказывается необходимая методическая помощь¹. Что касается правовых кооперативов, то вопросы контроля за их деятельностью, членства в них и оказание им методической помощи, решены не были.

Часть 4 ст. 47 УПК РСФСР допускала участие в судопроизводстве «представителей профессионального союза или другого общественного объединения», имея в виду только своих членов, деятельность которых была им хорошо известна. Помимо того, данную помощь указанные представители осуществляли бесплатно, как общественное поручение, члены же юридических кооперативов и частные лица оказывали правовую помощь не членам своего коллектива, причем за плату, нередко превышавшую оплату труда адвоката.

Разумеется, квалифицированной такой рода защита, как правило, не являлась. Помимо того, уголовно-процессуальное законодательство (ч. 2 ст. 250 УПК РСФСР) говорило об участии за-

¹ Необходимо отметить, что строгие требования к адвокату-защитнику по уголовным делам предъявляет законодательство всех стран. Например, в США для того, чтобы стать адвокатом необходимо не только высшее юридическое образование, получаемое вслед за окончанием университета, но и сдача сложного экзамена. В ФРГ в соответствии с § 138 УПК защитником может быть только адвокат.

16

щитника-представителя общественной организации или трудового коллектива лишь в судебном разбирательстве. Об их участии на предварительном следствии в законе не упоминалось. Неизвестны были подобные случаи и в практике. Положение же «что не запрещено законом, то разрешено», к вопросам уголовно-процессуального характера не применимо. Законодательство (ч. 5 ст. 47 УПК РСФСР) допускало участие в процессе в качестве защитников близких родственников, законных представителей, а также других лиц, на основании определения суда или постановления судьи, которые проверяли, смогут ли данные лица осуществлять квалифицированную защиту в суде.

Основываясь на всем вышеизложенном делался вывод, что участвовать в расследовании может лишь член коллегии адвокатов.

Подтверждением правильности данного вывода явилось Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28.01.1997 г. по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР¹. По смыслу данного Постановления ограничение уголовно-процессуальным законом круга лиц, имеющих право быть защитником в уголовном процессе, признано не противоречащим Конституции Российской Федерации и таким образом члены юридических кооперативов, не упоминаемые в законе, защитниками быть не могут.

Что же касалось участия в уголовном процессе в качестве защитников при предварительном расследовании преступлений представителей профессиональных союзов и других общественных объединений, то Конституционный Суд высказал сомнение относительно соответствия этого положения ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР - Конституции Российской Федерации, так как ст. 48 Конституции Российской Федерации гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи. Отсутствие же у указанных лиц юридического образования и соответствующего профессионального опыта ставит под сомнение, что они смогут оказать подобного рода помощь.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР, в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса, С.В. Абрамова от 28.01.1997 г. ВКС. № 25.

17

В настоящее время, в новом УПК РФ, в ч. 2 ст. 49 записано, что «В качестве защитников допускаются адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитников могут быть допущены, наряду с адвокатом, один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанные лица допускаются вместо адвоката».

Судя по данному тексту, на первый взгляд можно заключить, что роль скоро лица, не являющиеся адвокатами, допускаются в качестве защитников по определению или постановлению суда, то это относится к участию защитника в судебном разбирательстве, однако в данной статье УПК говорится, что суд принимает решение в связи ходатайством обвиняемого, а таковой бывает только в ходе досудебных действий. Отсюда можно сделать единственный вывод, что и при предварительном расследовании наряду с адвокатом-защитником может быть и иное лицо, а чтобы оно было допущено в качестве защитника обвиняемый должен обратиться в суд. Механизм данного обращения и принятия соответствующего решения судом в законе не изложен. Не ясно также, может ли лицо, не являющееся адвокатом, быть самостоятельно защитником при предварительном расследовании дела, подсудного затем мировому судье?

Не ясно также, обязан ли непрофессиональный защитник соблюдать все процессуальные правила, регулирующие деятельность защитника-адвоката, и может ли он реализовать все права, предоставленные адвокату? Исходя из того, что в УПК РФ применительно к предоставленным правам и обязанностям адвокат-защитник особо упоминается лишь когда говорится о невозможности его отказа от принятия защиты подозреваемого или обвиняемого (ч. 7 ст. 49 УПК РФ), а также об оплате его труда в случае участия в деле по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда (ч. 5 ст. 50 УПК РФ), процессуальные права и обязанности непрофессионального защитника должны быть равнозначны правам защитника-адвоката. К чему это приведет, покажет следственная и судебная практика. Во всяком случае, объективности и отсутствия злоупотребления своим процессуальным положением от защитника-родственника навряд ли можно ожидать.

18

Опять же не ясно, отказ адвоката-защитника и непоявление другого адвоката должен ли повлечь и исключение из дела непрофессионального защитника, допускаемого лишь

«наряду с адвокатом»?

Ни в одном из уже появившихся многочисленных комментариев нового УПК РФ не поясняется, зачем в уголовном судопроизводстве допускается участие непрофессионального защитника и вправе ли последний действовать самостоятельно, или же так как он допускается наряду с адвокатом и квалифицированную юридическую помощь, как правило, оказать не в состоянии, его поведение должно согласовываться с защитником-адвокатом и как быть, если их позиции расходятся.

В существовавшей, правда довольно редко, практике участия в уголовном судопроизводстве защитников, являвшихся представителям профессионального союза или другого общественного объединения, встречались случаи, когда профессиональный защитник-адвокат просил об оправдании своего подзащитного за недоказанность его вины, которую последний тоже отрицал, а непрофессиональный защитник говорил лишь о снисхождении, т.е. признавал вину своего подзащитного, тем самым превращаясь из защитника в обвинителя.

Что же касается самостоятельного осуществления защиты непрофессиональным защитником по делам, рассматриваемым мировым судьей, а это могут быть довольно сложные в юридическом плане дела, то это никак не согласуется с гарантированным Конституцией правом на получение каждым лицом квалифицированной юридической помощи, тем более, что в законе не содержится запрета на отказ от защиты непрофессионального защитника.

При отсутствии прямых ответов на указанные выше вопросы следует прийти к выводу, что участие в уголовном судопроизводстве непрофессионального защитника не усиливает, а наоборот, нарушает право лица на обеспечение квалифицированной защитой в уголовном деле.

Появление в УПК РФ фигуры непрофессионального защитника, по-видимому, можно объяснить лишь возникающими на практике трудностями в обеспечении защитником-адвокатом в случаях, когда участие защитника является обязательным, причем это

19

объясняется не только необходимостью оплаты труда адвоката за счет государства, но и, как уже отмечалось, отсутствием адвокатов в ряде районов и отдаленных местностях России. С нашей точки зрения, оправданием лишения лица предусмотренной Конституцией РФ квалифицированной юридической помощи это не является и фигура непрофессионального защитника должна быть из уголовного судопроизводства исключена.

Однако коль скоро в настоящее время участие непрофессионального защитника в уголовном судопроизводстве допускается, при изложении всех дальнейших вопросов в данной работе это будет учитываться.

Решая вопрос о допуске защитника к участию в деле при дознании или предварительном следствии, лицо их осуществляющее должно строго руководствоваться ст. 72 УПК РФ, согласно которой:

«Защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, если он:

1) ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого;

2) является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего либо принимающего участие в производстве по данному уголовному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты;

3) оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика».

Уголовно-процессуальный закон (ч. 4 ст. 49 УПК РФ) предусматривает, что «Адвокат

допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера», однако не поясняется кто и на каком основании имеет право выдачи такового.

Ничего не говорится о том, что должно представить суду лицо, о допуске которого в качестве непрофессионального защит-

20

ника ходатайствует обвиняемый. Вероятно, это должен быть документ, удостоверяющий личность, родственные отношения с обвиняемым, а, кроме того, суд вправе потребовать и предоставление других материалов, характеризующих обратившегося.

До сравнительно недавнего времени в случае участия защитника в деле, связанном с наличием государственной тайны, требовался специальный допуск на работу с секретными документами. Данное положение было признано Конституционным Судом противоречащим Конституции и в настоящее время при участии в подобном деле защитник, не имеющий соответствующего допуска к указанным сведениям, обязан лишь дать подписку об их неразглашении (ч. 5 ст. 49 УПК РФ).

«Одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы одного из них противоречат интересам другого» (ч. 6 ст. 49 УПК РФ), но в то же время у одного подозреваемого или обвиняемого может быть несколько защитников (ч. 1 ст. 50 УПК РФ).

Глава 2. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ВОПРОСЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ДОЗНАНИЯ И ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ С УЧАСТИЕМ ЗАЩИТНИКА

2.1. Процессуальные права защитника, участвующего в деле в ходе дознания и предварительного следствия

Процессуальные права защитника, участвующего в уголовном деле в ходе расследования преступлений, перечислены в ч. 1 ст. 53 УПК РФ.

С момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе:

- 1) иметь с подозреваемым, обвиняемым, до первого допроса свидание наедине и конфиденциально, без ограничения их числа и продолжительности;
- 2) собирать и предоставлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи;
- 3) привлекать специалиста, который в соответствии со своими правами, предусмотренными ст. 58 УПК РФ, может оказывать необходимую помощь защитнику;

21

4) присутствовать при предъявлении обвинения и участвовать во всех следственных действиях, производимых с участием его подзащитного, либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном УПК РФ;

5) знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись, либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому;

6) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств;

7) заявлять ходатайства и отводы;

8) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении;

9) использовать иные не запрещенные уголовно-процессуальным кодексом средства и

способы защиты.

Порядок реализации этих прав в законе в ряде случаев не детализируется, в связи с чем на практике возникают вопросы, требующие пояснения.

Так, согласно ст. 18 «Правил содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых» свидание с ними осуществляется под наблюдением сотрудника следственного изолятора, который должен «видеть, но не слышать» все происходящее. Данное правило при свидании подзащитного со своим защитником обычно не применяется и свидание осуществляется наедине, однако, так как указанные правила никаких исключений для свидания защитника не предусматривают, необходимо учитывать, что это может быть применено. Это объясняется тем, что иногда поведение подозреваемого и обвиняемого по отношению к своему защитнику может быть непредсказуемо и представлять опасность.

Определенные трудности возникают с определением момента когда свидание может быть предоставлено, так как иногда защитник или его подзащитный могут заявить о предоставлении им свидания наедине в то время, когда идет следственное действие.

22

В подобном случае следователь должен разъяснить, что свидание будет предоставлено по окончании следственного действия или же, что вопрос, который оказался внезапным и вызвал просьбу о свидании пока снимается, но если ходатаи настаивают на предоставлении свидания и в ином случае отвечать на вопросы отказываются, и если следователь считает продолжение следственного действия необходимым, сделать перерыв и предоставить свидание наедине приходится, что нередко нарушает тактические планы следователя, в том числе с использованием при расследовании фактора внезапности.

Что значит «присутствовать при предъявлении обвинения»? Вправе ли защитник просить следователя уточнить детали обвинения и его обоснование? Может ли защитник разъяснить своему подзащитному сущность обвинения и предоставленные ему права, если это уже сделал следователь, но защитник считает, что недостаточно.

От адвокатов нередко можно слышать, что при предъявлении обвинения они являются лишь своеобразными понятыми, так как любая их активность пресекается следователем. В подобной ситуации виновен не только следователь, но и присутствующий защитник, так как он, разумеется, может просить следователя уточнить неясные положения в постановлении о предъявлении обвинения или в протоколе задержания, заявить ходатайство о перепредъявлении обвинения. Защитник может прокомментировать содержание постановления о предъявлении обвинения, разъяснить подзащитному его права, если, с его точки зрения, следователь сделал это недостаточно полно.

В ст. 51 УПК РСФСР указывалось, что защитник, участвующий в следственном действии, вправе задавать вопросы допрашиваемому, причем следователь мог отвести вопросы защитника, но обязан был занести отведенные вопросы в протокол. В законе не была предусмотрена обязанность следователя прокомментировать основание снятия вопроса. Разумеется, что это касалось этически некорректных и наводящих вопросов, однако следователю необходимо было каждый раз взвесить, целесообразно ли отводить вопрос. Ведь вопрос уже задан и, если он наводящий, то допрашиваемый его уже уяснил, так зачем еще раз обращать внимание на этот вопрос, показав тем самым его значение? По-

23

мимо того, ответ на такой вопрос иногда мог содержать и полезную для следствия информацию.

В новом УПК РФ права защитника при участии в следственных действиях не конкретизированы, ничего не сказано и по поводу прав следователя отвести вопрос, однако, исходя из общего положения о самостоятельном направлении следователем хода расследования (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ), подобные права у него сохранились.

Следователь вправе также определить время, когда защитник сможет задавать интересующие его вопросы. По-видимому, это должно иметь место когда следователь закончит допрос или какую-то его часть, касающуюся определенного эпизода. В ином случае

нарушалась бы избранная следователем тактика проведения следственного действия. Во всяком случае, время когда защитник сможет задавать вопросы определяет допрашивающий.

О праве выписывать из дела любые сведения и в любом объеме, а также снимать с них копии, в законе отмечено после указания на право знакомиться со всеми материалами дела после завершения дознания или предварительного следствия. В связи с этим возникает вопрос о праве защитника и его подзащитного делать выписки из материалов, с которыми они знакомятся во время расследования. По-видимому, это может быть сделано только с разрешения следователя или дознавателя, так как в ином случае усиливается возможность разглашения тайны следствия.

С нашей точки зрения, защитник вообще, во всех случаях его участия в следственных действиях и ознакомлении в период расследования с материалами дела, должен быть предупрежден об ответственности за разглашение тайны следствия.

Возникает также вопрос, может ли защитник в ходе следствия использовать средства оргтехники, например, вместо производства письменных заметок применить диктофон, т.е. использовать звукозапись не в процессуальном плане, а для производственных целей? Вопрос это непростой. С одной стороны, казалось бы, препятствий для использования оргтехники защитником не должно быть, так как это создает значительные удобства для защитника и, кроме того, может предупредить внесение каких-либо изменений в протокол следственного действия, но, с другой стороны, изготовление фонограммы допроса или фотоконии прото-

24

кола следственного действия может, опять же, привести к разглашению тайны расследования, так как эти материалы могут быть продемонстрированы заинтересованным лицам, причем для последних это будет значительно убедительней, чем пересказ защитника о том, что происходило в ходе следственного действия. В связи с этим, с нашей точки зрения, применение защитником или обвиняемым, не находящимся под стражей, средств оргтехники в ходе расследования, когда оно еще не закончено, может осуществляться лишь с разрешения следователя. Это, конечно, не лишает защитника его подзащитного права ходатайствовать о процессуальном применении звукозаписи или видеозаписи хода следственного действия, возможно даже с принятием на счет заявивших ходатайство требуемых для его осуществления расходов (оплата магнитной ленты, эксплуатации аппаратуры, приглашение специалиста и т.п.).

Кроме того, по поводу правильности и полноты записей в протоколе следственного действия, осуществляемого с участием защитника, им, в соответствии с законом (ч. 4 ст. 166 УПК РФ), в том же протоколе может быть сделана соответствующая запись. Закон прямо не говорит о необходимости какой-либо реакции следователя на подобные замечания защитника, однако, с учетом требований, обязывающих следователя принимать все меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, вероятно, ему целесообразно, в случае непринятия данных замечаний, вынести мотивированное постановление аналогично тому, как это делается при отклонении ходатайства.

На практике иногда возникает спор по поводу обязанности защитника подписать протокол следственного действия, в проведении которого он участвовал. Несомненно, защитник, как и все лица, участвовавшие в следственном действии, обязан подписать протокол, защитник именно участвует в следственном действии, а не просто присутствует при его проведении. Если же он с чем-то не согласен, и потому отказывается от подписи, то у него есть право записать свои возражения и это будет значительно действенней, чем просто отказ от подписания протокола.

В УПК РСФСР не было нормы, указывающей, в течение какого времени после ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами дела они могли заявить ходатайство, в какой срок оно

25

должно было быть рассмотрено следователем и сообщено им о принятом решении. В новом

УПК Российской Федерации, в ст. 121, теперь записано, что «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 полном 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 в порядке, установленном главой 16 настоящего Кодекса» (ст. 122 УПК РФ).

Однако по-прежнему в законе не определен срок, в течение которого обвиняемый и его защитник, после ознакомления с материалами дела, могут заявить ходатайство. Нет также нормы, запрещающей направлять дело в суд до тех пор, пока рассмотрение ходатайства не закончено. В результате при подаче защитником письменного ходатайства ему иногда сообщают, что дело направлено в суд, где он сможет повторить свое ходатайство. Подобного рода сообщение защитник иногда получает одновременно с отказом в удовлетворении ходатайства и тем самым лишается возможности его обжаловать. Между тем должно быть ясно, что недопустимо направлять дело в суд, не предоставив защитнику время на подготовку ходатайства, его заявление и получение ответа, а при необходимости и обжалование.

При составлении протокола об окончании ознакомления обвиняемого и его защитника со всеми материалами дела следователь должен у них выяснить, намерены ли они заявить какие-либо ходатайства и в случае положительного ответа сделать соответствующую запись в протоколе, установив согласованный срок представления ходатайства.

Заявление ходатайства является одним из самых распространенных средств защиты в уголовном процессе. Участники уголовного судопроизводства со стороны защиты используют это средство при обнаружении недостатков предварительного следствия и дознания, несогласия с квалификацией преступления и избранной мерой пресечения, при просьбе о приобщении к делу

определенных объектов, как доказательств по делу, и проведения дополнительных следственных действий. Не должно быть отказано в удовлетворении ходатайства из-за трудности его выполнения или возможного его разрешения судом.

В соответствии со ст. 159 УПК РФ следователь или дознаватель обязаны рассмотреть каждое заявленное по уголовному делу ходатайство. При этом подозреваемому или обвиняемому, его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного дела.

В случае полного или частичного отказа в удовлетворении ходатайства следователь или дознаватель выносят постановление, которое может быть обжаловано прокурору или в суд.

С нашей точки зрения, нельзя признать нормальным, соответствующим принципу состязательности и равноправия сторон, провозглашенному Конституцией Российской Федерации (п. 3 ст. 123), когда удовлетворение ходатайства, заявленного защищающей стороной, зависит от усмотрения противной (обвиняющей) стороны, к которой, согласно ст. 37 УПК РФ, относится прокурор. Таким образом, защитнику и его подзащитным остается надеяться на справедливое рассмотрение его жалобы судом.

Как свидетельствует практика, активность участия защитника на предварительном следствии обычно невелика. Так, проведенные исследования показали, что в среднем лишь по каждому пятому делу, по которому участвовал защитник, им были заявлены ходатайства, а между тем удовлетворено было более половины из них. Еще более разительно, что только 12% отказов в удовлетворении ходатайств были защитниками обжалованы, и это несмотря на то, что примерно половина жалоб была удовлетворена. Следовательно, причина малой активности защитника при участии в расследовании преступлений, не в том, что его

ходатайства часто отклоняются. Дело в том, что защитник нередко считает заявление ходатайства, направленного на устранение недоработок следствия, невыгодным, так, с его точки зрения, подобное ходатайство более эффективно заявить в суде, который рассмотрит его более объективно, следователь же результаты выполнения такого ходатайства постарается нейтрализовать.

27

Существует точка зрения, что решение вопроса о том, когда заявлять ходатайство, прерогатива защитника и определяется используемой им тактикой защиты. Однако это справедливо далеко не во всех случаях, так как совершенно очевидно, что ходатайство, направленное на устранение недоработок следствия, наносящих вред обвиняемому, должно быть заявлено на той стадии процесса, когда стали известны основания для такого ходатайства. Ведь для исправления обнаруженной защитником ошибки могут понадобиться следственные действия, непроведение которых в суде восполнить не удастся.

Ходатайства о необходимости осуществления такого рода следственных действий должны быть заявлены в обязательном порядке, так как в ином случае не будет выполнено требование ст. 53 УПК РФ, обязывающее защитника использовать все не запрещенные законом средства и способы защиты.

При обоснованном сомнении в беспристрастности прокурора, следователя, дознавателя, а также переводчика, специалиста, эксперта, подозреваемый и обвиняемый, а также их защитники, могут заявить им отвод (ст.ст. 66-71 УПК РФ). Вопрос об отводе следователя или дознавателя решается прокурором, а переводчика, специалиста и эксперта - следователем или прокурором, отвод последнего - вышестоящим прокурором. Отвод должен быть мотивирован с указанием обстоятельств, вызывающих сомнение в беспристрастности лица, которому заявлен отвод. До принятия решения об отводе производство следственных действий не приостанавливается.

Действия (бездействие) дознавателя и следователя могут быть обжалованы прокурору, который в течение трех суток обязан жалобу рассмотреть и уведомить жалобщика о своем решении с изложением мотивов, если последовал отказ в удовлетворении жалобы (ст.ст. 123-124 УПК РФ).

Жалоба на действия и решения прокурора приносится вышестоящему прокурору. При этом категорически запрещено направлять жалобу на разрешение тем прокурорам, действия которых обжалуются.

В УПК РФ 2001 г. значительно расширены возможности защитника по обращению в суд с жалобами по поводу нарушений,

28

допущенных, по мнению защитника, в ходе предварительного расследования.

В соответствии со ст. 125 УПК РФ, «Постановление дознавателя, следователя, прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные 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 суде по месту производства предварительного расследования».

«Судья проверяет законность и обоснованность действий (бездействия) и решений дознавателя, следователя, прокурора не позднее, чем через 5 суток со дня поступления жалобы в судебном заседании с участием заявителя и его защитника, законного представителя и представителя, если они участвуют в уголовном деле, иных лиц, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением, а также с участием прокурора. Неявка людей своевременно извещенных о времени рассмотрения жалобы и не настаивающих на ее рассмотрении с их участием, не является препятствием для рассмотрения жалобы судом».

«По результатам рассмотрения жалобы судья выносит одно из следующих постановлений: 1) о признании действия (бездействия) или решения соответствующего

должностного лица незаконным или необоснованным и его обязанности устранить допущенное нарушение; 2) об оставлении жалобы без удовлетворения.

Копия постановления судьи направляется заявителю и прокурору.

Принесение жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнения обжалуемого решения, если это не найдет нужным сделать орган дознания, следователь, прокурор или судья».

К нарушению права на защиту следует отнести и случаи, когда недостаточно конкретным было не только постановление о привлечении в качестве обвиняемого, но и само обвинительное заключение или обвинительный акт, в которых вместо изложения содержания доказательств указываются только их источники. Тем самым обвиняемый и его защитник лишаются возможности

29

еще до судебного разбирательства подготовить соответствующие конкретные возражения.

Многие адвокаты, с которыми приходилось беседовать при подготовке данной книги, указывали на фактическое их ограничение во времени при ознакомлении со всеми материалами дела после окончания расследования. В результате они вынуждены были отказаться от заявления развернутых ходатайств, не сделали необходимые выписки и изучили только отдельные эпизоды дела, перенося всю основную работу по нему на изучение дела в суде и судебное следствие.

Подобные высказывания должны быть восприняты с определенной корректировкой, так как пассивность защиты, как уже отмечалось, вызывается не только приведенными выше обстоятельствами, но и адвокатской тактикой оставления реагирования на недоработки следствия до суда.

В УПК РСФСР содержалось правило, в соответствии с которым при явном затягивании обвиняемым и его защитником ознакомления с материалами дела, следователь был вправе своим мотивированным постановлением, утвержденным прокурором, установить определенный срок для ознакомления с материалами дела. В новом УПК РФ подобная возможность исключена, так как в ч. 3 ст. 217 однозначно записано, что «Обвиняемый и его защитник не могут ограничиваться во времени, необходимым им для ознакомления с материалами уголовного дела». Однако в тоже время, если по УПК РСФСР судья мог продлить срок содержания под стражей обвиняемого, знакомящегося с материалами уголовного дела не более чем на 6 месяцев, то по новому УПК РФ предельного срока содержания обвиняемого под стражей при ознакомлении с материалами дела не установлено (п. 1 ч. 8 ст. 109), в связи с чем обвиняемый и его защитник в затягивании ознакомления с материалами дела, в надежде, что мера пресечения будет изменена, заинтересованы не будут.

В целях создания дополнительных условий, не допускающих ошибки, связанные с ограничением права на защиту, с нашей точки зрения, целесообразно при разъяснении обвиняемому (подозреваемому) его права при расследовании вручать соответствующую письменную памятку с изложением этих прав, так как бланки протоколов следственных действий не всегда содержат

30

перечисление всех прав обвиняемого и, кроме того, находятся в деле и обвиняемый не может в любое время вновь с ними ознакомиться. Кроме того, по просьбе подозреваемого и обвиняемого им должны быть предоставлены для ознакомления уголовный и уголовно-процессуальный кодексы.

Целесообразно установить, что предъявление обвинения должно быть осуществлено не позднее, чем за 10 дней до окончания предварительного следствия, а для подготовки ходатайств после ознакомления с материалами дела предоставить трое суток, причем до рассмотрения этих ходатайств должно быть запрещено направлять дело в суд.

В данном параграфе не рассмотрены упомянутые выше вопросы собирания и представления защитником доказательств, а также участия защитника в следственных действиях, так как ввиду их особого значения они будут изложены ниже в специальных

разделах данной работы.

2.2. Некоторые организационные вопросы, решаемые при участии защитника в дознании и предварительном следствии

Допуск защитника на предварительное следствие и дознание, причем на наиболее ранних их стадиях, потребовал установления новых обязанностей следователя по отношению к защитнику. Взаимоотношения следователя и защитника носят в основном уголовно-процессуальный характер, но этим они не исчерпываются, так как возникают и взаимоотношения нравственного и организационного характера.

В соответствии с уголовно-процессуальным законом дознаватель, следователь, прокурор или суд, в ряде случаев обязательного участия защитника в судопроизводстве, обязаны обеспечить такое его участие. С этой целью они обращаются в адвокатские структуры с просьбой предоставить защитника, однако, как уже указывалось, никакой санкции за непредоставление защитника закон не предусматривает, да и какая тут может быть санкция, когда адвокатура является независимой общественной организацией и непредоставление адвоката может объясняться просто отсутствием незанятых адвокатов на данный момент. Так что с предоставлением защитника иногда возникают значительные затруднения.

31

Защитнику должны быть созданы реальные, нормальные условия для работы по делу, в частности, необходимо заблаговременно уведомить его когда он сможет приступить к работе, а если указанное время по каким-либо уважительным причинам для защитника неприемлемо, то согласовать с ним другое время. Защитнику надо предоставить нормальное рабочее место и создать условия для свидания наедине с подзащитным.

«Осуществить субъективное право на защиту и обеспечить возможность осуществления права - совсем не одно и то же. Право на защиту осуществляет подозреваемый, обвиняемый и защитник, именно их деятельность образует функцию защиты. Условия же для осуществления защиты, а равно для осуществления своих субъективных прав другими участниками процесса, должны в соответствующих стадиях обеспечить органы, ответственные за производство по делу» - справедливо писал опытный следователь, а затем видный ученый-процессуалист А.М. Ларин¹.

Если защитник сообщает о своем желании принять участие в конкретном следственном действии, проводимом с его подзащитным, но ввиду занятости в другом процессе не может явиться в указанный срок, он должен заявить ходатайство о перенесении времени проведения данного следственного действия, разумеется, в разумных пределах. В то же время следователь не должен приглашать защитника для участия в следственном действии, в том числе и для предъявления материалов дела, в «пожарном порядке», когда срок предварительного следствия истекает в ближайшее время, а иногда вообще уже истек. Следователь должен учитывать: если защитник установит, что материалы дела предъявляются ему, когда срок предварительного следствия уже истек, он может отказаться от участия в деле пока следователь в предусмотренном законом порядке не получит необходимое его продление. Исключением являются случаи, когда следственное действие надо провести немедленно, так как иначе доказательство будет утрачено.

При необходимости указанные выше извещения защитника и его ходатайства об участии в конкретном следственном действии

¹ Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М, 1986. С. 10.

32

могут оформляться письменно. При этом следователь должен учитывать, что неосновательное непредоставление защитнику возможности принять участие в следственном

действию является нарушением права на защиту. Проблема заблаговременного извещения защитника о проведении следственных действий, в которых он может участвовать, подробно рассматривалась еще в 1970 году А.Д. Войковым и Л.М. Карнеевой, однако, до настоящего времени никаких организационных или процессуальных решений по данному вопросу не принято¹.

Надо также учитывать, что адвокатская структура может через следователя сообщить письмом подозреваемому или обвиняемому, находящимся под стражей, о приглашении их родственниками или иными лицами конкретного адвоката. Подозреваемый или обвиняемый могут также через следователя или администрацию места содержания под стражей ответить на данное сообщение, одобрив или отвергнув осуществление защиты приглашенным адвокатом (ст. 13 Положения о предварительном заключении под стражу).

Возникает также вопрос об обязательности участия защитника во всех следственных действиях, осуществляемых с его подзащитным. На практике защитник обычно присутствует при первом допросе подозреваемого, затем при предъявлении обвинения и последующем допросе, после чего участвует в следственных действиях когда считает это необходимым и согласовывает этот вопрос со своим подзащитным.

Иное положение создается когда защитник, в случаях, предусмотренных ст. 51 УПК РФ, обязательно должен участвовать в расследовании. При такой ситуации, как уже отмечалось, защитник обязан принимать участие во всех следственных действиях, проводимых с его подзащитным. Это практически затруднительно, так как защитник обычно ведет не одно дело и в назначенное следователем время может быть занят, да и необходимость в проведении следственного действия может возникнуть неожиданно или же внезапность его осуществления входит в тактику следователя, определяемую им самостоятельно (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК).

¹ *Бойков А., Карнеева Л. Об участии защитника на предварительном следствии // Советская юстиция. 1970. № 8. С. 23.*

РФ). В подобных случаях следователь может не успеть сообщить защитнику о проведении данного следственного действия. Возникает трудно разрешимая коллизия, так как защитник может подать жалобу о нарушении права на защиту и дело будет возвращено прокурором на дополнительное расследование.

Сложным является вопрос о приостановлении следственных действий ввиду неявки защитника-адвоката, выразившего желание принять в них участие, однако, по какой-либо причине для этого не являющегося.

В соответствии с ч. 3 ст. 48 УПК РСФСР в тех случаях, когда участие избранного обвиняемым защитника было невозможно «в течение длительного срока» следователь был вправе предложить обвиняемому пригласить другого защитника или назначить обвиняемому защитника через коллегии адвокатов. Однако, что следовало понимать под длительным сроком неявки было неясно.

В новом УПК РФ, в ч. 3 ст. 50 теперь записано, 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 пунктами 2-7 ч. 1 ст. 51 настоящего Кодекса», т.е. опять же когда участие защитника является обязательным. Правда, такого рода отказ от защитника, как уже указывалось, является, в соответствии со ст. 52 УПК, для дознавателя, следователя, прокурора и суда не обязательным, т.е. назначенный защитник сможет участвовать в деле несмотря на отказ от него подзащитного. Разумеется,

такое осуществление защиты навряд ли будет полноценным, однако иного выхода из ситуации когда обвиняемый настаивает на участии в деле конкретного защитника, а тот длительное время не является, по-видимому, нет, так как никаких законных санкций, которые могли бы быть применены по отношению к защитнику не яв-

ляющемуся, при отсутствии уважительных причин для участия в деле не существует. Практика показала, что и обращение в этих случаях в Президиум коллегии адвокатов положительного результата не давало.

В числе осуществляемых организационных вопросов следователь также не должен забывать, что законом ему предоставлено право полностью или частично освободить подозреваемого и обвиняемого от оплаты за оказываемую ему юридическую помощь (ч. 5 ст. 50 УПК РФ). По данному поводу следователем выносится соответствующее постановление, дающее адвокатской структуре право возместить свои расходы на оплату работы защитника за счет средств федерального бюджета.

2.3. Проверка, оценка и использование следователем доказательств, собираемых и представляемых защитником

В ст. 51 УПК РСФСР указывалось, что с момента участия в деле защитник вправе «представлять доказательства», однако не говорилось где, как и какие доказательства защитник может получить.

В комментариях к указанной статье право представлять доказательства фактически сводилось к собиранию справок, характеристик и иных документов такого рода путем запроса через юридическую консультацию. Поиск защитником свидетелей, беседы с ними, а также потерпевшими, экспертами и специалистами по мнению авторов комментариев к УПК РСФСР, являлись недопустимыми¹. Подобная точка зрения основывалась на убеждении в недопустимости проведения защитником «параллельного расследования», в ходе которого защитник мог повлиять на объективность лиц, с которыми проводил беседы.

Однако запрета на такую деятельность защитника закон не содержал и в тоже время допускал истребование необходимых материалов и получение объяснений от возможных свидетелей органом дознания, следователем и прокурором еще до возбуждения уголовного дела (ст. 109 УПК РСФСР), хотя при этих предварительных действиях также не исключалось определенное влияние на объективность опрашиваемых лиц.

¹ Комментарий к УПК РСФСР. М., 1985. С. 87.

Считалось, что защитник был лишь вправе ходатайствовать перед следователем о вызове дополнительных свидетелей или назначении конкретного специалиста, а также эксперта, но не мог встречаться и беседовать с ними. Однако каким образом, как не путем предварительной беседы с возможным свидетелем или лицом, которое на него указывает, узнать нужно ли ему ходатайствовать о допросе данного свидетеля? Как защитник может выявить квалификацию и специализацию эксперта, предварительно не наведя соответствующие справки и не посоветовавшись с другим специалистом? Мог ли защитник по делу о дорожно-транспортном происшествии хорошо ориентироваться в доказательствах, если он сам не побывал на месте происшествия и не осмотрел его, а возможно и привлек к участию в осмотре специалиста для получения соответствующей консультации?

Давно уже была высказана точка зрения о необходимости предоставления защитнику права в обоснование своих ходатайств о проведении определенных следственных или судебных действий представлять фотоснимки и схемы места происшествия, которое он осмотрел сам или с участием своего подзащитного, причем фото- и видеосъемку защитник мог поручить произвести специалисту фотолаборатории, оказывающей такие услуги¹.

Никто не запрещал защитнику, не совершая никаких процессуальных действий,

выяснять сведения, необходимые для защиты, так как в ином случае вместо представления доказательств благоприятных для обвиняемого, защитник может ухудшить его положение.

Коль скоро защитнику, в соответствии с УПК РСФСР, разрешалось «представлять доказательства», то само собой разумеется, что до этого он должен был иметь право их собирать, однако это в законе записано не было.

В новом УПК РФ это право защитнику предоставлено и в п. 2 ч. 1 ст. 53 записано, что он может не только представлять, но и собирать доказательства, необходимые для оказания юридиче-

¹ *Стецовский Ю.И.* Адвокат в уголовном судопроизводстве. М., 1997. С. 113; *Леви А.А., Хархорин П.А.* Применение средств организационной техники участниками уголовного судопроизводства // Соц. защищенность. 1977. №2. С. 36.

36

ской помощи, а ч. 3 ст. 86 УПК РФ указано, что он может это осуществлять путем:

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

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник может теперь привлекать специалиста «для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию» (ч. 1 ст. 58 УПК РФ).

Вероятно, было бы целесообразно включить в данный перечень право защитника обращаться за помощью в частно-детективные структуры, которые в настоящее время, в соответствии с Законом о частно-детективной и охранной деятельности, вправе участвовать в сборе сведений по уголовным делам, оповестив об этом в течение суток следователя. Такого рода практика уже имеет место.

Перечисленные действия защитника никаким «параллельным расследованием» не являются и вполне отвечают принципу состязательности в уголовном процессе, лишь подчеркивая его демократические начала.

Активное участие защитника в расследовании, особенно с первого момента его допуска на дознание и предварительное следствие, несомненно способствует охране прав граждан, укреплению законности и улучшению качества расследования преступлений. Но следователь должен все время помнить, что предметом доказывания защитника являются лишь обстоятельства, опровергающие или смягчающие обвинение. Задача защитника значительно уже задачи следователя и потому защитник обращает внимание лишь на обстоятельства, оправдывающие обвиняемого, исключаящие или смягчающие его ответственность. Именно поэтому защитник может воздерживаться от постановки вопросов и заявления ходатайств, если он не уверен, что получен-

37

ные ответы или материалы будут благоприятны для его подзащитного.

При участии в расследовании защитник часто выдвигает свою версию происшествия и поведения подозреваемого или обвиняемого. Эта версия может покоиться на иной, чем у следователя, оценке материалов дела. Данная версия защиты, если она не голословна, должна быть принята следователем к проверке, так как закон требует от него всестороннего, полного и объективного исследования имеющихся по делу доказательств. Следователю необходимо преодолеть определенный психологический барьер, образовавшийся ввиду его убежденности в правильности предъявленного обвинения.

От следователя зависит какими приемами, при помощи какого следственного действия и как он будет проверять версию защиты, но игнорировать необходимость ее

проверки он не вправе.

Как справедливо пишет В.С. Бурданова, в конкретных следственных ситуациях, на основе оперативных и следственных данных, версия защиты часто может быть прогнозируема, заранее включена в план расследования и проверена еще до того, как она будет выдвинута защитником. Это дает тактические преимущества следователю, предоставляя ему возможность неожиданно для обвиняемого и его защитника предъявить доказательства, опровергающие их объяснения в случаях если они не соответствуют действительности¹.

На основе анализа следственной практики для примера могут быть названы некоторые типовые версии защиты.

Так, при убийствах и причинении телесных повреждений защитой нередко выдвигается алиби обвиняемого или доказываемся, что преступление совершено другим лицом, а обвиняемый при этом лишь присутствовал. Защитой может также утверждаться, что имели место несчастный случай, самоубийство, неосторожное причинение повреждения самим потерпевшим. Может быть выдвинута версия о необходимой обороне, об убийстве или

¹ Бурданова В.С. Криминалистические проблемы обеспечения всесторонности, полноты и объективности расследования преступлений. М., 1992. С. 29.

нанесении телесных повреждений в состоянии сильного душевного волнения, вызванного поведением пострадавшего.

При расследовании преступлений в сфере экономики обвиняемый и его защитник могут сослаться на недостачу или излишки материальных ценностей, как результат ошибок в учете, халатность, отсутствие условий для надлежащего хранения и т.п. Могут быть ссылки на временное позаимствование, намерение поменять товар, отпуск в кредит и другие формы изъятия, не направленные на хищение. Может указываться на необходимость изъятия средств на хозяйственные нужды, бескорытность действий, отсутствие личной заинтересованности.

При автодорожных происшествиях часто ссылаются на вину потерпевшего, неправильность заключения экспертизы, ошибки при составлении первоначальной документации работниками органа дознания.

Все эти объяснения следователь может предвидеть и заранее проверить.

Следователь должен реально обеспечить защитнику осуществление права собирать и представлять доказательства. Отклоняя ходатайства об истребовании и приобщении материалов, имеющих значение для правильного разрешения дела, следователь должен учитывать, что оно будет повторено в судебном заседании и в случае положительного результата вызовет недоверие к проведенному расследованию в целом.

Надо предвидеть на какие слабые места расследования будет сослаться защитник, на какие недоработки он сможет указать, какова может быть реакция суда на подобные факты.

Следователь должен также учитывать, что защитник нередко, как уже указывалось, может прибегать к тактике умалчивания о замеченных недостатках расследования, с тем, чтобы потом доложить о них суду. При этом защитник рассчитывает, что суд, не имея возможности устранить все недоработки следствия и в то же время не желая выносить оправдательный приговор и тем самым обострять взаимоотношения с органами расследования, пойдет на значительное смягчение наказания подсудимому, назначит наказание не связанное с лишением свободы с тем, чтобы не было подано кассационной жалобы.

В любом случае следователь и дознаватель должны иметь в виду, что доказательство может быть признано не имеющим силы, если оно добыто с нарушением права на защиту, в частности, при отсутствии защитника, когда он в соответствии с законом должен был

участвовать в расследовании.

Глава 3. ОСОБЕННОСТИ ТАКТИКИ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ ПРИ УЧАСТИИ В НИХ ЗАЩИТНИКА

3.1. Общие положения

Участие защитника в следственных действиях может быть полезно обвиняемому, но оно может быть полезно и следователю, получающему возможность исправить допускаемые иногда промахи, обратить внимание на обстоятельства, мимо которых он прошел или считал ничего не значащими.

Участие защитника в следственных действиях снижает также возможность обвиняемому ссылаться затем в суде на якобы имевшие место ущемления его законных прав и интересов, применения в отношении него насилия.

В тоже время «в обстановке чрезмерной загрузки работников следствия и суда деятельность адвоката нередко воспринимается следователем не как помощь квалифицированного оппонента, испытывающего на прочность обвинительные улики, а как досадная помеха в работе отлаженного механизма, препятствующая бесперебойному выпуску изготовленной в соответствии с принятыми стандартами продукции¹.

В методических пособиях, посвященных расследованию преступлений, вопросы его проведения с участием защитника почти не затрагиваются. Это не делается, как при детальном рассмотрении тактики проведения следственных действий, так и при решении отдельных иных задач расследования. Почти не разрабатываются эти вопросы и учеными процессуалистами и криминалистами.

Мало внимания возможностям использования положений, разработанных наукой криминалистикой, уделяется и в пособиях,

¹ Резник Г.М. Адвокат: престиж профессии. Адвокатура и современность. М, 1987. С. 61.

посвященных практике работы адвоката-защитника и адвоката-представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, хотя вполне уже назрела необходимость создания своеобразной «адвокатской криминалистики».

Между тем, как уже видно из изложенных выше вопросов, в тактике проведения следственных действий, при участии в них защитников многое меняется, возникают и некоторые до сих пор неоднозначно решаемые вопросы и в адвокатской деятельности.

И, наверное, один из наиболее важных и спорных: имеют ли право следователь и адвокат-защитник на ложь?

Н.Н. Полянский - общепризнанный авторитет в науке уголовного процесса, в своей известной работе «Правда и ложь в уголовном процессе» заявляет, что такого права у защитника нет, что защитник «обязан представить суду все те доводы, которые говорят в пользу достоверности доказательств, как бы сам не сомневался в их достоверности»¹.

Современный ученый-процессуалист и практикующий адвокат М.Ю. Барщевский несколько смягчает эту позицию, так как утверждает, что: «Защитник говорит не всю правду, но - правду»².

Разумеется, в соответствии с общепризнанными нравственными понятиями ложь не допустима, но есть ведь и понятие «ложь во спасение». Есть и определенные положения профессиональной этики, допускающие иногда обман. Так, никто не будет укорять врача в том, что он скрывает от больного, что он не жилец на этом свете и говорит, что он выздоровеет, хотя никаких надежд на это нет и врач знает, что больной скоро умрет, а говорит ему обратное.

На войне обман противника не только не отрицается, но и рекомендуется, поощряется.

Вопрос о праве на ложь возникает не только в отношении защитника, но и по отношению к поведению следователя. До недавнего времени принято было категорически утверждать, что следователь права на обман не имеет, что он может скрывать имеющуюся у него информацию о виновности подсудимого,

¹ Полянский Н.Н. «Правда и ложь в уголовном процессе», «Правовая защита». М., 1927. С. 61.

² Барцевский М.Ю. Адвокатская этика. М., 2000. С. 100.

о наличии уличающих доказательств, но он не вправе говорить, что они имеются и что следствию все известно, когда в действительности этого нет. Всегда говорилось, что следователь не может строить свои взаимоотношения с подсудимым так, чтобы он дал показания, устраивающие обвинение, у обвиняемого всегда должно быть право выбора и он сам должен решать как отвечать на поставленный вопрос.

Практика не всегда шла по такому пути и следователь, чтобы в конце-концов установить истину иногда первоначально вводил в заблуждение обвиняемого, сообщая факты, наличие которых только предполагал, но которые еще не были установлены.

Новую интересную позицию по данному вопросу занял Р.С. Белкин в своей последней книге «Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня».

«Наконец, пора открыто признать, - пишет Р.С. Белкин - что и государство признает допустимость обмана в правоохранительной сфере, оно узаконило оперативно-розыскную деятельность, во многом основывающуюся на дезинформации, обмане как средстве выявления и раскрытия преступлений. Обман противостоящего оперативному сотруднику лица не считается аморальным; не прибегая к обману, невозможно внедриться в преступную группировку, взять с поличным взяточника, вымогателя и т.п. »¹.

Очевидно, что при решении вопроса о допустимости обмана в правоохранительной деятельности необходимо «сопоставление морального выигрыша и проигрыша»².

«Если в процессуально-тактической ситуации возникло противоречие между отдельными ценностями и сохранить их обе при достижении общественно значимой цели не представляется возможным, то целесообразным и морально оправданным будет такое тактическое решение, которое направлено на сохранение наиболее значимой в данной ситуации ценности, подобно тому, как при крайней необходимости законным является действие, которым причинен вред меньшему благу в целях предотвращения

¹ Белкин Р.С. «Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня». М., 2001. С. 104.

² Там же. С. 104.

вреда большему»¹ - пишет Н.П. Хайдуков. И далее он справедливо заключает, что «Если при использовании приемов и средств воздействия возникло противоречие между отдельными ценностями и сохранить их обе при достижении процессуально и тактически значимой цели не представляется возможным, то целесообразным и морально оправданным будет нравственный компромисс, т.е. такое тактическое решение, которое направлено на сохранение наиболее значимой в данной ситуации ценности»².

Разумеется, не всякий обман допустим. Он не может основываться на правовой неосведомленности подсудимого, дачи ему заведомо невыполнимых обещаний и фальсификации доказательств. Он не должен повлечь самооговор или оговор невиновного, унижения чести и достоинства.

«Условия допустимости обмана весьма узки и достаточно жестки, но принципиально его следует признать допустимым)» - заключает Р.С. Белкин и нельзя с ним не согласиться.

Подобным образом решается вопрос о допустимости обмана в действиях следователя. Значительно сложнее, с нашей точки зрения, если решение по отношению к действиям адвоката-защитника. Представим себе ситуацию когда двое свидетелей подтверждают алиби

обвиняемого, а защитнику известно, что показания данных свидетелей являются ложными и его подзащитный виновен. То что признавать своего подзащитного виновным, когда он это отрицает, защитник не вправе, общепризнано, но вот может ли защитник при этом сослаться на показания свидетелей, о ложности которых он осведомлен, т.е. самому прибегать ко лжи?

Совершенно очевидно, что делать этого нельзя. Надо как-то обойти данный вопрос и, не признавая своего подзащитного виновным, не сослаться на показания данных лжесвидетелей.

Однако при осуществлении защиты может создаться еще более сложная ситуация когда от своего подзащитного адвокат узнает, что его соучастники, оставшиеся на свободе, намереваются физически устранить свидетеля обвинения. Что делать в таком

¹ Хайдуков Н.П. Тактико-психологические основы воздействия следователя на участвующих в деле лиц. Саратов, 1984. С. 64-65.

² Там же. С. 72.

³ Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. М.: 2001. С. 114.

43

случае? С нашей точки зрения, если адвокату самому убедить своего подзащитного в недопустимости таких действий не удастся, он обязан сообщить о готовящемся преступлении в правоохранительные органы, так как в подобном случае опять наступает ситуация «крайней необходимости».

Сможет ли адвокат после таких действий, если они станут известны обвиняемому, оставаться его защитником должен решать сам обвиняемый, имеющий право отказаться от помощи конкретного адвоката.

Конечно, участие защитника в следственных действиях может не только помогать, но и иногда создает для следователя определенные затруднения в применении рекомендованных криминалистической наукой тактических приемов, например фактора внезапности. Присутствие при допросе защитника может мешать установлению психологического контакта следователя с допрашиваемым лицом. Однако в любом случае успех работы как следователя, так и защитника во многом определяется правильными, нормальными взаимоотношениями, соблюдением как следователем, так и защитником не только требований закона, но и положений профессиональной этики.

«Было бы глубочайшей ошибкой думать, - писал один из виднейших отечественных ученых-процессуалистов М.С. Строгович, - что настойчивая, мужественная защита может повредить правосудию, ослабляя борьбу с преступностью. Если обвинение действительно обоснованно, правильно, законно, оно выдержит борьбу с защитой. А если этого нет, защита поможет опровергнуть необоснованное обвинение, - и это послужит только на пользу правосудию, а не во вред ему»¹.

Следователь должен хотя бы в общих чертах предвидеть на что будут направлены усилия защитника.

В зависимости от обстоятельств дела, это будет:

- а) полное или частичное опровержение факта противоправного деяния, в совершении которого обвиняется подзащитный;
- б) утверждение, что данное деяние совершено не обвиняемым;
- в) несогласие с уголовно-правовой квалификацией содеянного;

¹ Строгович М.С. Предисловие к книге «Защитительные речи советских адвокатов». М., 1956. С. 7.

44

- г) несогласие с избранной мерой пресечения;
- д) возражения против наличия или размера материального ущерба, причиненного подзащитным;
- е) опровержение обстоятельств, отягчающих ответственность;

ж) поиск смягчающих вину обстоятельств.

Следователь должен заранее продумать, что он всему этому противопоставит или чем, возможно, согласится.

Защитник будет стремиться найти факты, свидетельствующие о невиновности своего подзащитного либо смягчающие его вину. На практике, как уже отмечалось, следователь установлению этих фактов обычно уделяет значительно меньше внимания, так что помощь участвующего в следственном действии защитника в этом плане может быть очень полезной.

Недооценка позиции обвиняемого и его защитника, отношение к их объяснениям только как к средству уйти от ответственности ведут к априорному отклонению их ходатайств, а также представленных им доказательств. Между тем следователь должен мысленно воспроизвести весь ход рассуждений обвиняемого и его защитника, проанализировав под этим углом зрения свою собственную версию и тем самым, возможно, найти погрешности как в первой, так и во второй, устранить имеющиеся противоречия. Собранные следователем доказательства должны устранять всякие сомнения в обоснованности сделанных им выводов о виновности его подследственного. Это непреложное правило конституционного принципа презумпции невиновности.

Очень тщательно должны исследоваться документы, представляемые защитой, в частности для характеристики личности обвиняемого. Характеристики, переданные родственниками защитнику, могут быть необъективными, выданными после настойчивых просьб заинтересованных лиц, и если это позднее выяснится, то, разумеется, нанесет вред обвиняемому.

Защитник может вполне добросовестно заблуждаться, неверно оценивать материалы дела. В подобных случаях задача следователя - знакомить защитника, конечно, в допустимых пределах, с имеющимися в его распоряжении доказательствами, убедить в правильности своих действий, своей версии содеянного, а уже дальше дело защитника, какую ему занять позицию.

45

Участие защитника на предварительном следствии теснейшим образом связано с проблемой недопустимости разглашения данных следствия. Это необходимо как для эффективного раскрытия преступления, так и для исключения огласки еще непроверенных окончательно сведений, что может нанести существенный вред интересам граждан, оказавшихся в орбите расследования. В связи с этим, как уже было сказано, целесообразно во всех случаях предупреждать защитника об ответственности за разглашение следственной тайны и ничего обидного тут для защитника нет.

Сохранение следственной тайны особенно важно при расследовании многоэпизодных дел со многими обвиняемыми. К моменту когда расследование будет проходить с участием защитника, к уголовной ответственности могут быть привлечены еще не все кто этого заслуживает, не установлен окончательно объем преступной деятельности. Осведомленность обвиняемого и его защитника с материалами, касающимися этих вопросов и требующих еще проверки, а также передача данных сведений иным заинтересованным в исходе дела лицам, безусловно, недопустимо, так как это снизит эффективность или вообще сделает невозможным проведение ряда следственных действий, помешает осуществлению тактических планов следователя, в частности, использованию при расследовании фактора внезапности. В связи с этим по многоэпизодным делам с несколькими обвиняемыми следователю целесообразно, если это не нарушает его тактических планов, отложить на более поздний срок следственные действия, при выполнении которых обвиняемый может узнать об упомянутых выше материалах. В этом случае узнает об этом и защитник.

Обозначенные выше положения будут подробно рассмотрены применительно к производству отдельных видов следственных действий в нижеследующих параграфах.

3.2. Допрос и очная ставка

Допрос обвиняемого (далее везде имеется в виду и подозреваемый) является одним из

наиболее информативных следственных действий. Участие в нем защитника предоставляет следователю дополнительные возможности по получению информации, расширяющей доказательственную базу.

46

На выбор оптимальной тактики проведения допроса оказывает влияние полнота изучения характеристики личности допрашиваемого. Практика показывает, что это делается далеко не всегда. Так, при проведении одного из исследований было установлено, что по каждому четвертому делу не анализировалась динамика развития личности обвиняемого, к делу приобщались малосодержательные, формальные характеристики, из материалов дела нельзя было сделать заключение о причинах и условиях, способствовавших нравственной деформации личности. Это, в конечном счете, отрицательно отражалось на результатах допроса¹.

Исходя из этого следователю выгодно привлекать к участию в деле защитника, который может облегчить исследование характеристики личности обвиняемого и обстоятельств преступления, с этой характеристикой связанных. Но в тоже время присутствие при допросе защитника может вызвать и некоторые осложнения, о чем будет сказано ниже.

Изучение следственных ошибок дало основание для вывода о том, что нарушения законности, допускавшиеся при ведении следствия, могли быть своевременно предотвращены при участии в расследовании защитника. В присутствии последнего навряд ли могли быть осуществлены угрозы и насилие по отношению к обвиняемому.

Смысл участия защитника в допросах, очной ставке состоит в том, чтобы обеспечить их полноту и всесторонность с точки зрения защиты законных интересов обвиняемого, способствовать выявлению фактов, которые оправдывают обвиняемого или смягчают его ответственность. Такая помощь защитника, бесспорно, позитивна.

Защитник участвует в допросе как активный и самостоятельный субъект доказывания. Он реализует предоставленные ему законом права и оказывает непосредственное влияние на содержание деятельности следователя, способствует предотвращению обвинительного уклона.

Все это положительные моменты, которые должны объективно заинтересовать следователя в поиске путей своевременного при-

¹ *Казинян Г.С., Соловьев А.Б.* Проблемы эффективности следственных действий. Ереван, 1987. С. 77-78.

47

влечения защитника к проведению допроса. Именно к такому поведению обязывают следователя и требования закона об обеспечении подозреваемому и обвиняемому возможности осуществлять свою защиту законными средствами и способами.

На следователе, как на лице, отвечающем за расследование и его результаты, лежит обязанность организации допроса. Поэтому он не должен терять инициативу, управляя его ходом. В ином случае следователь утратит возможность придерживаться избранной им тактики допроса, в том числе использования при допросе фактора внезапности когда перед допрашиваемым ставится вопрос, которого он не ожидал или предъявляются доказательства, о наличии которых он не предполагал.

Тактика допроса с участием защитника включает не только приемы, используемые следователем непосредственно в ходе допроса, но и меры, которые он предпринимает для подготовки допроса. При этом надо иметь в виду, что подготовка к допросу не является чисто технической работой, так как направленная на обеспечение взаимодействия нескольких участников допроса, эта работа имеет и большое психологическое содержание.

К числу мер, которые может принять следователь, с тем чтобы гарантировать защитнику полное осуществление своего права на участие в допросе, относится своевременное его информирование о времени и месте допроса, корректировка этого

времени с учетом возможностей защитника. Способствовать этому, в допустимой, по мнению следователя, степени, может ознакомление защитника с графиком проведения следственных действий по уголовному делу, в котором он участвует. Результаты ознакомления с графиком целесообразно отразить в специальном протоколе, который подписывается следователем и защитником. В этом документе следует указать желает или нет защитник участвовать в следственных действиях, и в каких именно. Если защитника не устраивает дата и время проведения допроса, то в интересе следствия они могут быть скорректированы с учетом возможности того и другого. Это особенно важно в случаях, когда участие защитника в деле является обязательным.

В случае болезни обвиняемого следователь может принять решение о его допросе по месту жительства или лечения, но при этом необходимо выяснить, не препятствует ли проведению до-

48

проса состояние здоровья этого лица. Следователь может попросить присутствовать при допросе врача, желательно лечащего данного больного. Такая инициатива может исходить и от защитника. Врач в подобном случае будет действовать в качестве специалиста, разъясняющего сторонам вопросы, входящие в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58 УПК РФ) и заносимые в протокол следственного действия (ч. 6 ст. 166 УПК РФ).

Важное значение для спокойного проведения допроса имеет создание надлежащих условий, деловой обстановки, устранения отвлекающих моментов, например, прекращение телефонных разговоров, удаление лиц, не участвующих в допросе. Присутствие таких лиц нередко лишает обвиняемого возможности использовать допрос как средство своей защиты, не способствует получению правдивых показаний, сковывает допрашиваемого, оказывает на него определенное психологическое давление.

Надо так организовать допрос, чтобы он начался в точно назначенное время и не длился слишком долго. В соответствии с ч. 2 ст. 187 и ч. 3 ст. 187 УПК РФ допрос не может длиться непрерывно более 4 часов, а его продолжение допускается после перерыва не менее, чем на один час для отдыха и принятия пищи, причем общая продолжительность допроса в течение дня не должна превышать 8 часов. При наличии медицинских показаний продолжительность допроса устанавливается на основании заключения врача (ч. 4 ст. 187 УПК РФ).

Тактика «выдерживания» лица, вызванного на допрос, с тем, чтобы оно вышло из уравновешенного состояния и затем допускало проговорки, теряло возможность логического мышления - недопустима.

Следователь должен учитывать, что у защитника есть свои планы и лишняя трата времени будет вызывать у него раздражение, неприязнь к следователю, а отсюда - конфликтные ситуации. Желательно выяснить у защитника перед допросом, каким временем он располагает, что, несомненно, будет первым шагом к налаживанию нормальных взаимоотношений.

Продумывая тактику самого допроса, следователю не надо забывать, что и защитник, в свою очередь, вырабатывает линию поведения, тактику защиты. Избранные следователем и защитником тактические линии поведения допроса объективно оказыва-

49

ют влияние друг на друга. Поэтому очень важно при подготовке к допросу примерно предполагать, какую тактику выберет защитник и какую следователь, а отсюда будет вытекать примерный перечень вопросов, которые предполагается выяснить, последовательность постановки этих вопросов.

Следователь и защитник, разумеется, не обязаны знакомить друг друга со своим планом допроса, они это делают лишь когда считают такую тактику целесообразной.

Защитник может просить следователя скорректировать план допроса с учетом состояния и свойств личности допрашиваемого, например, не задавать без острой нужды вопросы о его личной жизни, так как защитник знает, что допрашиваемый остро на них

реагирует и будет тем самым нарушено его нормальное психическое состояние.

Несмотря на то что уголовно-процессуальный закон не регулирует эту часть взаимоотношений следователя с защитником, их следует расценить как правомерные, направленные на охрану прав и законных интересов обвиняемого, способствующие созданию благоприятной атмосферы расследования и формирования положительных отношений следователя и защитника.

Не будет нарушением закона и вполне допустимо обсуждение защитником и следователем плана проведения допроса. Речь может идти об информировании относительно замысла допроса, его отдельных частей. Эта рекомендация относится, конечно, к тем случаям, когда у защитника и следователя сложились нормальные взаимоотношения, а обвиняемый признает себя виновным и речь идет лишь об установлении объема этой вины и наличии смягчающих обстоятельств.

Разумеется, следователь вправе аргументированно отклонить предложения и доводы защитника, но если защитник в своих предложениях не выходит за рамки закона и не противодействует расследованию, следователю очень целесообразно прислушаться к его мнению.

Получая из различных источников информацию о действиях обвиняемого, его роли в совершении преступления, об особенностях его характера, темперамента, защитник может предложить следователю свою, основанную на этих сведениях версию. Не исключено, что защитник может рекомендовать и свой путь про-

50

верки выдвинутой им версии, выяснения отдельных обстоятельств дела.

Следователь, бесспорно, заинтересован в том, чтобы получить максимум информации от защитника. Эта информация может дать ему основание для формирования представления о возможной версии защитника по делу или хотя бы отдельных ее элементов.

«Версии защиты, если они не прогнозируются, не включаются в план расследования и не проверяются заранее, то есть на первоначальном этапе расследования или же сразу после него, нередко «встают» перед следователем неожиданно, как невиданный ранее барьер. Иной раз они возникают слишком поздно и проверить их всесторонне следователь уже не в состоянии»¹.

Проверка версии до того момента, когда она будет выдвинута официально обвиняемым или его защитником, дает следователю тактическое преимущество, позволяет немедленно парировать противоречащие материалам дела утверждения обвиняемого или принять решение о проведении дополнительной проверки.

Начиная допрос, следователь обязан разъяснить обвиняемому его права и обратить внимание на то, что он вправе вообще отказаться давать показания. Предотвращая такой отказ обвиняемого, целесообразно ему разъяснить, что его показания могут быть не только источником доказательств его вины, но и средством защиты от обвинения. Из тактических соображений, учитывая традиционное недоверие обвиняемого к следователю, разъяснение этих моментов лучше предоставить защитнику, особенно в тех случаях, когда у последнего установилось взаимопонимание с обвиняемым.

Если в допросе участвует защитник, то следователь может ознакомить обвиняемого и с правами защитника, используя которые последний будет отстаивать законные интересы своего подзащитного. Это можно расценить как один из возможных психологических приемов, который будет способствовать формированию у обвиняемого положительной установки в отношении следователя.

¹ *Бурданова В.С.* Выдвижение и проверка версии защиты при расследовании преступлений. Л., 1983. С. 4-5.

Проявление со стороны следователя уважительного отношения к защитнику на глазах у обвиняемого не только важно в этическом плане, но и позитивно скажется на

взаимоотношениях участников допроса.

Важность установления психологического контакта между следователем и допрашиваемым, следователем и защитником, защитником и обвиняемым - очевидна, так как от этого во многом зависит объем информации, которую рассчитывает получить следователь в результате допроса.

Установление отношений, характеризующихся точным, добросовестным выполнением всеми участниками допроса своих процессуальных и нравственных обязанностей, правильным использованием своих процессуальных прав, создают благоприятную атмосферу следственного действия, в первую очередь такого важного, как допрос.

Представляется также очень важным подчеркнуть, что следователь и защитник при проведении допроса должны действовать на основе соблюдения общих нравственных правил, но вместе с тем как следователь, так и защитник должны учитывать возможность нарушения этих правил и немедленно реагировать на это.

В УПК РСФСР, в ч. 5 ст. 150, излагался порядок производства допроса, заключавшийся в том, что следователь в начале допроса должен был спросить обвиняемого признает ли он себя виновным в предъявленном обвинении, после чего выслушать показания по существу обвинения, а затем, в случае необходимости, задавать вопросы. В новом УПК РФ подобного рода тактика допроса не излагается, а лишь записано, что запрещается задавать наводящие вопросы, а в остальном следователь свободен при выборе тактики допроса (ч. 2 ст. 189 УПК РФ). Однако исключение из текста УПК правил, касающихся порядка проведения допроса, разумеется, не лишает следователя возможности их применения.

Тактически правильно не прерывать свободный рассказ допрашиваемого, а все уточняющие и детализирующие вопросы задавать после него, так как заданный во время свободного рассказа вопрос может сбить допрашиваемого и он не изложит все, что собирался сказать, а иногда просто поймет, что ему не следует говорить.

52

Действующее законодательство не связывает право защитника задавать вопросы с предварительным получением на это разрешения следователя, не определен и момент, когда защитник может задавать имеющиеся у него вопросы, но, разумеется, он не должен прерывать допрашиваемого, так как несвоевременно поставленные вопросы могут нарушить логическую последовательность допроса или направить показания допрашиваемого в другое русло, переключить его внимание, остановив показания, которые защитник считает ненужными.

Следователь, являющийся руководителем следственного действия, может снять вопрос, поставленный защитником несвоевременно или являющийся наводящим, хотя в новом УПК РФ это прямо не указывается, но в ч. 2 ст. 190, посвященной протоколу допроса, записано, что «В протокол записываются все вопросы, в том числе и те, которые были отведены следователем или на которые отказалось отвечать допрашиваемое лицо, с указанием мотива отвода или отказа».

Защитник не обязан заранее сообщать, какие вопросы он собирается задать. Часть из них может быть продумана заранее, часть может возникнуть в ходе допроса, но они не должны содержать информацию, неизвестную допрашиваемому, касаться характеристики предмета допроса.

Заслуживает внимания требование указывать в протоколе основания, по которым следователем отводится вопрос, что является определенной гарантией законности его действий. Кроме того, в дальнейшем прокурор при утверждении обвинительного заключения и суд при рассмотрении дела могут проверить правильность принятого следователем решения. Но из изложенного ясно, что снятый вопрос, тем более повторенный в протоколе при мотивировании его устранения, может сориентировать допрашиваемого в желательном для защитника направлении. В связи с этим следователю целесообразно в отдельных случаях не заострять внимание на снимаемом вопросе, а как бы его проигнорировать.

Применительно к допросу подсудимого в законе предусмотрено, что первым его допрашивает защитник, а затем уже государственный обвинитель (ч. 1 ст. 275 УПК РФ), однако распространять это правило и на допрос подозреваемого или обвиняемого навряд ли целесообразно, так как защитник может и не

53

знать о чем будет допрашиваться его подзащитный, так что решать вопрос об очередности постановки вопросов должен следователь, являющийся руководителем следственного действия. В любом случае следователь не вправе отклонить вопросы защитника, направленные на обнаружение новых обстоятельств дела, на дополнение и уточнение показаний.

Нередко возникает ситуация, когда допрашиваемый при выяснении одного и того же факта дает различные ответы на близкие по формулировке вопросы, поставленные следователем и защитником. Некоторые следователи считают, что вопросы защитника в этом случае заносить в протокол не обязательно. С подобной точкой зрения согласиться нельзя. Несмотря на то что по закону следователь в обязательном порядке должен занести в протокол только отведенные вопросы защитника, в данном случае выбор следователем предпочтительного для него ответа без отражения того, что он последовал фактически на один и тот же вопрос, нарушает принцип уголовно-процессуального закона, требующего заносить в протокол показания по возможности дословно и в той последовательности, которая имела место в ходе допроса (ч. 2 ст. 190 УПК РФ). Иной подход к решению этого вопроса может привести к обвинительному уклону, искажению доказательственной информации.

Следователь должен учитывать, что защитник в случае, если его вопросы будут неправомерно сниматься, может в соответствии с законом настаивать на внесении их в протокол, а затем обжаловать действия следователя, либо даже заявить ему отвод, обвиняя в необъективности, что, конечно, успеху расследования никак не содействует.

Выбор следователем тактической линии проведения допроса с участием защитника во многом зависит от конкретной ситуации, в которой допрос производится. Если защитник, участвующий в допросе, имел до этого свидание со своим подзащитным, то закономерно предположить, что они уточнили позицию, которой следует придерживаться. Поэтому защитник будет задавать такие вопросы, ответы на которые он знает и которые будут «вписываться» в выработанную линию поведения обвиняемого.

Если защитник видит обвиняемого на допросе впервые, что, разумеется, не делает ему чести, то он вынужден будет тщатель-

54

но продумывать вопросы, а также различные возможные варианты ответов на них. Для следователя в такой ситуации важно использовать закономерности рефлексивного мышления, т.е. в каждом вопросе, поставленном защитником, пытаться уловить какого рода ответ тот ждет от допрашиваемого, что может последний думать в связи с поставленным вопросом. Следователь должен стараться отгадать мысли как защитника, так и его подзащитного, строя тактику допроса исходя из недомолвок или умолчаний защитника, казалось бы, там, где должен был бы быть поставлен конкретный вопрос.

Данные рекомендации применимы в основном при относительно бесконфликтной ситуации, когда обвиняемый признает себя виновным и дает хотя бы в основном правдивые показания. Однако так происходит далеко не всегда. Нередко допрашиваемый дает ложные показания, либо вообще отказывается отвечать на вопросы.

Применительно к последней ситуации, когда обвиняемый замолкает, следователю необходимо еще раз проанализировать собранные доказательства, тщательно изучить имеющиеся в них противоречия, аргументы обвиняемого и его защитника, посоветоваться с другими опытными следователями.

При отказе обвиняемого от дачи показаний рекомендуется сосредоточить внимание на анализе причин такого отказа. В частности, помощь в этом может оказать защитник,

которому в большей мере, чем следователю, могут быть известны детали личной жизни обвиняемого, его воспитания, черты характера, психологические особенности.

Что касается ложных показаний по уголовным делам, то диапазон их весьма значителен. Из всего многообразия ситуаций, вызванных позицией недобросовестного допрашиваемого, А.Б. Соловьев, много занимавшийся проблемами допроса, выделяет две, наиболее типичные: полное отрицание - установка на дачу ложных показаний и частичное отрицание когда на фоне признания ряда эпизодов или отдельных обстоятельств преступления допрашиваемый дает все-таки ложные показания¹.

¹ Соловьев А.Б. Использование доказательств при допросе. М., 1981. С. 18.

Будучи убежден в том, что допрашиваемый дает ложные показания и защитник их разделяет следователь не должен тут же уличать их во лжи. Целесообразно, как бы не замечая ложность показаний давать допрашиваемому их продолжить, а он, думая, что ему верят, будет и далее нагромождать ложь, что в дальнейшем поможет следователю в ее разоблачении.

Но оценивая случаи отрицания обвиняемым своей вины, следователь должен иметь в виду, что обвиняемый действительно мог не совершать инкриминируемые ему действия или эти действия не содержат состава преступления. Пожалуй, самое большое препятствие для принятия правильного решения следователем -преодоление собственного убеждения в виновности допрашиваемого. Существенную помощь здесь могут оказать представленные защитником доказательства и аргументы правдивости объяснений его подзащитного.

Когда обвиняемый отрицает свою вину, а доказательства говорят об обратном, следователю полезно выявить отношение защитника к этой позиции и через него убедить обвиняемого занять более реалистическую линию поведения.

Не исключено, что в случае поставленного следователем сложного, неожиданного вопроса, защитник может обратиться к следователю с ходатайством приостановить допрос и предоставить ему свидание с обвиняемым наедине. Решение этого вопроса законодательством не урегулировано, так как время предоставления подобного свидания в ходе допроса нигде не оговорено. Предоставление такого свидания не будет противоречить закону, однако оно может разрушить тактические планы следователя, сведет на нет использование фактора внезапности при допросе. Но с другой стороны, оно позволит снять создавшееся напряжение и не углублять наметившийся конфликт. В противном случае обвиняемый может вообще отказаться давать показания, в результате чего следователь все равно будет вынужден прервать допрос. До этого следователь может выяснить у допрашиваемого будет ли он настаивать на предоставлении свидания если вопрос, в связи с которым такая необходимость возникла, будет пока снят, допрос продолжен после чего предоставлено свидание.

Если следователь располагает данными о том, что защитник воздействует на обвиняемого, недобросовестно используя свои

возможности иметь неограниченное число свиданий наедине со своим подзащитным, а такие случаи, к сожалению, имеют место¹, он должен предупредить защитника, а иногда сообщить об имеющихся местах фактах в региональную адвокатскую палату.

В практике имеют место случаи когда защитник, считающий, что допрос велся с нарушением прав допрашиваемого, а также при возникшей конфликтной ситуации, отказывается подписать протокол допроса. Если разъяснения следователя, что все свои замечания защитник может внести в протокол, и подписать его, как участник следственного действия, он обязан (ст. 166 ч. 7 УПК РФ) не действует, следователь заверяет протокол своей подписью, оговаривая причину отсутствия подписи защитника и предоставляя ему возможность дать объяснения причин отказа, которые заносятся в протокол.

В соответствии с ч. 4 ст. 189 УПК РФ в ходе допроса может применяться аудио- и

видеозапись. Однако ни в ст. 164 УПК РФ, говорящей об общих правилах производства следственных действий, ни в ст. 190 УПК РФ, посвященной протоколу допроса, ничего не сказано о воспроизведении результатов применения данных технических средств. В ч. 8 ст. 166 УПК РФ сказано о приложении к протоколу «фонограмм допроса и кассет видеозаписи», однако опять же не упоминается, что до этого они должны быть воспроизведены участникам следственного действия. Между тем совершенно очевидно, что при применении во время допроса звукозаписи или видеозаписи следователь обязан предоставить защитнику и допрашиваемому для прослушивания всю запись допроса с тем, чтобы они могли убедиться, что зафиксированы все показания, а не только их отдельные фрагменты, подтверждающие, например, версию обвинения. По результатам прослушивания защитнику и допрошенному должна быть предоставлена возможность записать свои замечания в протокол.

В соответствии со ст. 152 УПК РСФСР допрошенному предоставлялась возможность, в случае его просьбы об этом, напи-

¹ Глуценков С.А. Организованное противодействие расследованию уголовных дел: теория и практика. Сб. Организованное противодействие раскрытию и расследованию преступлений и меры его предупреждения и нейтрализации. М, 1996. С. 53-55.

57

сать свои показания собственноручно. В новом УПК РФ указание на такое право отсутствует, что, с нашей точки зрения, является определенным нарушением права на защиту.

Очная ставка, по существу, представляет собой разновидность допроса и потому в тактике проведения этих следственных действий много общего. Однако проведение очной ставки, конечно, имеет свои особенности, которые прежде всего вызваны противоречивым характером материалов дела, послужившим основанием для проведения данного следственного действия, и участием в нем большего числа лиц, фактически двух допрашиваемых одновременно. В ст. 192 УПК РФ четко определено, что очная ставка проводится между двумя ранее допрошенными лицами, в показаниях которых имеются существенные противоречия.

При всем многообразии конкретных поводов для очной ставки противоречия в основном могут быть сведены к даче заведомо ложных показаний или добросовестному заблуждению.

При даче ложных показаний, касающихся уличения обвиняемого, участие в очной ставке его защитника может быть очень полезным. Это тот случай, когда интересы следствия и защиты в разоблачении ложных показаний совпадают и следователю полезно привлечь защитника к выработке тактики проведения очной ставки, формулированию вопросов, определению их объема и очередности.

Возникает лишь один важный вопрос. Статья 49 УПК РСФСР требовала обязательного участия защитника в судебном разбирательстве по делам лиц, между интересами которых имелись противоречия и если хотя бы один из них имел защитника. В новом УПК РФ такое правило по совершенно непонятной причине исключено. Несмотря на это, с нашей точки зрения, если у одного участника очной ставки имеется защитник, то он должен быть и у другого, причем не только в суде, но и при предварительном расследовании, причем это должно относиться не только к обвиняемым, но и к участнику очной ставки - свидетелю, который, как известно, в настоящее время при допросе может пользоваться помощью адвоката. Максимально полно используя участие защитников в ходе очной ставки следователь значительно облегчит себе анализ доказательств по делу и выяснение, кто из допрашиваемых говорит правду.

58

Обычно, целесообразно проводить очную ставку начиная с показаний лица, которое, по мнению следователя, дает правдивые объяснения. При этом надо пресекать попытки сбить его с толку, запугать, а тем более запугать путем высказывания угроз в его адрес.

Представляется также, что защитнику следует позволить задавать вопросы лишь после того, как участники очной ставки дадут показания и ответят на вопросы друг друга.

Ни следователю, ни защитнику нельзя вступать в спор или пререкание с участниками очной ставки, так как в этом случае, они возводят себя на уровень допрашиваемых, что дает лишь отрицательные результаты. В тоже время не стоит мешать обмену репликами между участниками очной ставки, где защитник, как правило, занимает весьма активную позицию, так как в ряде случаев он бывает осведомлен о некоторых деталях события лучше, чем следователь.

Проведение очной ставки иногда связано с нежелательными последствиями, так как возникает угроза склонения правдивого участника к даче ложных показаний, оправдывающих другого участника. Участие защитника на стороне последнего иногда усиливает его влияние на своего визави. Поэтому рекомендуется проводить очную ставку между «авторитетным» обвиняемым и более слабым, например между взрослым и несовершеннолетним, лишь в тех случаях когда без этого нельзя обойтись и когда воздействие одного участника на другого можно нейтрализовать, в том числе с помощью защитника.

Анализ следственной практики дает основания утверждать, что иногда очная ставка проводится при отсутствии существенных противоречий в показаниях, а лишь с целью «закрепить» ранее данные показания. Защитник может протестовать против таких действий следователя при необходимости обращаясь с жалобой к надзирающему за следствием прокурору.

Что касается участника очной ставки, дающего неверные показания лишь в силу заблуждения, то ему оказывается помощь в устранении этого заблуждения, как это делается при обычном допросе.

3.3. Иные следственные действия

Следственная практика показывает, что защитник чаще всего появляется впервые *при предъявлении обвинения*, хотя в настоящее время, в связи с допуском защитника на значительно более ранних стадиях расследования преступлений, он нередко вступает в дело и ранее.

К сожалению, постановление о привлечении в качестве обвиняемого не всегда достаточно мотивировано, обстоятельства совершения преступления в нем не приводятся, не указываются квалифицирующие признаки. Разумеется, обвиняемый и его защитник не могут эффективно защищаться от предъявленного обвинения, составленного в общих выражениях. Какие объяснения по существу предъявленного обвинения может дать обвиняемый, если он не знает оснований (доказательств) этого обвинения? Не может обвиняемый при этих условиях выдвинуть обоснованные объяснения в свою защиту, заявить необходимые для этого ходатайства. Именно поэтому большинство ходатайств заявляется при окончании расследования, после ознакомления со всеми материалами дела, а, как уже указывалось, удовлетворить их после окончания расследования часто трудно или просто невозможно.

Неполучение объяснений часто вредит и следователю, так как он не знает, как обвиняемый будет опровергать предъявленное ему обвинение, что он скажет по поводу собранных на данный момент доказательств. В результате следствие затягивается, возможность своевременного получения дополнительных доказательств утрачивается.

Защитник может обоснованно потребовать от следователя конкретизации предъявленного обвинения, в частности, указать в постановлении конкретные квалифицирующие признаки преступления, а в предъявлении обвинения с бланкетной диспозицией прямо указать какие конкретные правила нарушены обвиняемым.

Защитник будет также совершенно прав, указывая, что «завышенная» квалификация преступления при предъявлении обвинения также нарушает право обвиняемого на защиту и создает условия для нарушения других конституционных прав.

Если действительно собраны достаточные доказательства, дающие основание для

предъявления обвинения, то не надо опасаться ссылки ни основные из этих доказательств в постановле-

60

нии о привлечении в качестве обвиняемого. Сообщение обвиняемому доказательств не может привести к их дискредитации, если эти доказательства достаточно прочны. Обвиняемый и его защитник получают при этом значительно более полное представление о сущности предъявленного обвинения и смогут более полноценно осуществлять защиту, указывая на имеющиеся, с их точки зрения, недоработки следствия.

Постановление о привлечении в качестве обвиняемого не может быть построено на догадках и предположениях, а должно базироваться на конкретных доказательствах, исследованных процессуальным путем.

Закон обязывает следователя разъяснить обвиняемому сущность предъявленного обвинения (ч. 5 ст. 172 УПК РФ), но это не исключает право защитника сделать то же самое, более детально остановившись не только на сущности обвинения, но и на его последствиях, и следователь ни в какой мере не должен препятствовать этому.

Защитник может потребовать предоставления ему свидания наедине до того, как обвиняемый подпишет постановление о предъявлении обвинения и последующего допроса. При этом ссылка следователя на неперемное выполнение требования закона о немедленном производстве допроса после предъявления обвиняемому обвинения (ч. 1 ст. 173 УПК РФ) не может быть признана абсолютной, так как обвиняемый вправе отказаться давать показания до тех пор, пока не разберется в сущности обвинения, а для этого он может потребовать предоставления ему свидания наедине с защитником. Таким образом, чтобы получить показания от обвиняемого после предъявления ему обвинения следователь вынужден будет удовлетворить подобное ходатайство и сможет осуществить полноценный допрос лишь после того, как обвиняемый встретится наедине со своим защитником.

В соответствии со ст. 171 УПК РФ постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого следователь выносит при наличии достаточных доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении преступления. С появлением в деле обвиняемого следствие приобретает более конкретный и целеустремленный характер. У обвиняемого и его защитника появляется

61

возможность значительно более полно использовать все возможные по закону средства защиты.

Как уже указывалось, практика, при которой лицо становится обвиняемым только к концу предварительного следствия или даже в последний его день и допрашивается почти до конца следствия в качестве свидетеля с предупреждением об ответственности за отказ с дачи показаний, является грубым нарушением права на защиту. Но в тоже время жалобы по данному поводу заявляются крайне редко, так как психологически лицу комфортнее числиться свидетелем, а не обвиняемым, да и избрание меры пресечения это оттягивает.

Следователь должен быть готов к тому, что защитник в ходе следствия может заявить ходатайство об изменении предъявленного обвинения, например, при получении данных в какой-то части опровергающих обвинение. Защитник может заявить ходатайство о прекращении уголовного дела полностью или в какой-то части, считая, что предъявленное обвинение материалами дела не подтверждается и приводит свои контрдоводы. Следователю не надо сразу же отменять такое ходатайство, а необходимо еще раз проверить всю обоснованность своих умозаключений, учитывая доводы защитника. Только после этого в ходатайстве может быть отказано или оно полностью либо в какой-то части будет удовлетворено.

При первоначальном *осмотре места происшествия* подозреваемый или обвиняемый присутствуют редко, так как в большинстве случаев они в процессуальном плане еще не существуют. В связи с этим редко при первоначальном осмотре присутствует и защитник, зато при повторных осмотрах места происшествия, осуществляемого с участием

подозреваемого или обвиняемого, присутствие защитника очень полезно и в связи с этим желательно.

Участие в осмотре подозреваемого или обвиняемого нередко дает возможность выяснить ряд обстоятельств, которые без объяснений установить невозможно, а данные объяснения, разумеется, в определенной мере, контролируются присутствующим на этом следственном действии защитником.

Обвиняемый, подозреваемый и их защитники привлекаются к осмотру места происшествия с целью оказания помощи в более полной и точной фиксации его обстановки, обнаружения матери-

62

альных следов и иных вещественных доказательств, уяснения механизма происшествия. Обвиняемый, признающий факт совершения преступления, может точно указать место происшествия, рассказать как оно происходило, кто где находился и что делал, подсказать где могут быть следы происшествия и иные вещественные доказательства.

Участие в осмотре защитника способствует полному соблюдению всех процессуальных правил его проведения, устраняет нередко имеющиеся место процессуальные «упрощенчества».

Защитник может ходатайствовать о приглашении для участия в осмотре специалиста, причем может иногда назвать такового, может указать на целесообразность изъятия с места происшествия определенных предметов и следов и их фиксации с использованием современных, а не устаревших методов и технических средств, обратить внимание на необходимость тщательной упаковки и опечатывания изъятых. Следователю необходимо прислушиваться к таким советам и ходатайствам, особенно в настоящее время, когда в адвокатуру пришло много лиц, ранее работавших много лет следователями и имеющих хорошую криминалистическую подготовку.

Защитником могут быть сделаны существенные замечания, касающиеся содержания протокола осмотра и заявлена просьба о его дополнении, что также в интересах следствия.

Иногда защитник присутствует *при освидетельствовании* своего подзащитного, интересуясь прежде всего выявлением обстоятельств, говорящих о его невиновности или являющихся смягчающими обстоятельствами. Поэтому настойчивые вопросы защитника, касающиеся данных моментов, не должны вызывать противодействия и раздражения следователя. Разумеется, что присутствующий при освидетельствовании защитник должен быть того же пола, что и освидетельствуемый.

В соответствии с ч. 2 ст. 179 УПК РФ постановление о производстве освидетельствования обязательно для лица, в отношении которого оно вынесено, однако вопрос этот не так прост, мнение о возможности принудительного освидетельствования лица, отказывающегося от проведения в отношении него этого следственного действия, давно уже вызывает споры.

63

Для следователя, как и для участвующего в освидетельствовании защитника, большое значение имеет рассмотрение нравственного аспекта принудительного освидетельствования.

При осуществлении следственных действий недопустимо унижение достоинства их участников, а принуждение к освидетельствованию лица, ему подвергающегося, иногда воспринимает именно как унижающее его достоинство, как посягательство на конституционное право человека - неприкосновенность его личности. Вот почему естественным представляется вопрос, правомерно ли, оправдано ли морально осуществление принудительного освидетельствования. Между тем в интересах следствия часто необходимо как можно скорее провести это действие, иначе следы на теле лица, подлежащего освидетельствованию, могут видоизмениться или вообще исчезнуть и потому без немедленного освидетельствования обойтись нельзя.

Исходя из всего изложенного, следователю и защитнику лица, которое нужно освидетельствовать, необходимо найти законные пути и средства, чтобы убедить его в

необходимости освидетельствования. Поддерживая точку зрения своего подзащитного защитник должен искать пути, позволяющие обойтись без освидетельствования, выясняя действительно ли оно крайне необходимо и обойтись без него нельзя. Если такие пути не найдены, то он должен разъяснить своему подзащитному, что решение следователя может быть исполнено принудительно, но и это возможно принесет больший моральный вред, чем само освидетельствование, проведенное с согласия лица.

Решение следователя о проведении освидетельствования может быть обжаловано защитником надзирающему за следствием прокурору и по возможности, если это позволяет время, не должно исполняться до принятия решения по этой жалобе.

В практике нередко *следственные действия с выходом подозреваемого или обвиняемого на место происшествия* с целью уточнения деталей события, проверки правильности ранее данных показаний, устранения противоречий в показаниях, особенно по групповым делам, когда показания нескольких подозреваемых или обвиняемых расходятся, не согласуются с показаниями свидетелей.

Проверка показаний на месте, осуществляемая на основании ст. 194 УПК РФ, является комплексным следственным действи-

64

ем, в котором сочетаются отдельные элементы осмотра места происшествия, следственного эксперимента, предъявления для опознания, допроса. Поэтому все что было сказано об участии защитника в этих следственных действиях относится и к проверке показаний на месте.

Важным моментом в подготовке и проведении проверки показаний на месте является тщательный предварительный допрос лица, которое будет в нем участвовать, по поводу подробного описания места преступления, подходов к нему и указания где и какие действия оно совершало.

Поскольку проверка показаний на месте очень близка по своей процессуальной природе и допросу, и осмотру места происшествия, в ней, в принципе, применимы уже изложенные ранее рекомендации по тактике проведения этих следственных действий с участием защитника, но, разумеется, есть и некоторые особенности.

К вопросам тактики относится, прежде всего, само решение следователя проверить показания обвиняемого на месте. Например, если обвиняемый не признает себя виновным и полностью отрицает пребывание на месте происшествия, то о каком показе его действий может идти речь? ⁴

План проведения проверки показаний на месте, помимо организационных моментов, связанных с выбором времени ее проведения, определением состава участников, обеспечение транспортом и прочее, должен предусматривать точное расположение участников и порядок следования по маршруту движения к месту происшествия и на нем. Это имеет особое значение в тех случаях, когда проверка показаний проводится на большой территории (в парке, лесу, производственном помещении и т.д.).

Если есть опасения в утрате следов преступления или изменений в психологическом настрое обвиняемого, который вдруг может отказаться участвовать в данном следственном действии, то следователь должен его провести немедленно. В этом случае могут возникнуть сложности с приглашением защитника. Во всяком случае ему надо срочно сообщить о проведении проверки показаний на месте и, если он не явится, а присутствие его не обязательно, провести следственное действие без его участия.

Непосредственно перед проведением проверки показаний на месте следователь должен разъяснить процессуальные права их

65

участникам, предупредить о недопустимости каких-либо действий без разрешения следователя. Устанавливаемый следователем порядок проведения данного следственного действия полностью относится и к защитнику, который, разумеется, может делать свои замечания, но не вмешиваясь в ход следственного действия, а после его окончания.

Замечания эти заносятся в протокол и следователь соответственно на них реагирует.

Тактическое правило начинать данное следственное действие со свободного рассказа лица, чьи показания проверяются, дополняется тем, что в процессе рассказа оно может свободно перемешаться и действовать. Принимаемые при этом меры безопасности, если лицо находится под стражей, не должны мешать обвиняемому показать то, что он считает нужным. Здесь очень важна задача защитника - следить именно за самостоятельностью действий своего подзащитного, чтобы ему ничего не подсказывали или не задавали наводящие вопросы.

Тактически правильно, когда обвиняемый будет идти впереди, за ним, в непосредственной близости, будут находиться понятые, следователь и защитник. Если в целях безопасности обвиняемого пристегнут наручником к оперативному сотруднику, то все равно он должен идти первым, так чтобы его не вели. За этим также должен следить защитник. Если проверка показаний ведется в шумном месте или действия обвиняемого неясны, то защитник вправе просить о повторении сказанного или показанного. При этом наводящие вопросы защитника следователь должен пресекать.

При проверке показаний с несколькими обвиняемыми, во-первых, с каждым из них она проводится отдельно и, во-вторых, необходимо менять понятых, так как участие одних и тех же в нескольких проверках может привести к смешению в их памяти обстоятельств показа и его деталей.

Если проверка показаний включает в себя показ обвиняемым маршрута движения находясь в автомашине, то не следует при новой проверке, с другим обвиняемым, использовать того же водителя, который мог запомнить путь следования и выбрать его не вслушиваясь в объяснения показывающего дорогу. Все это имеет особое значение, если в показаниях обвиняемых имеются противоречия и их показания на допросах не совпадают. Невнимательность следователя даже к мельчайшим деталям проверки показа-

66

ний на месте снизит ее доказательственное значение и дает повод для обжалования полученных результатов защитником.

Хотя *следственный эксперимент* иногда может быть проведен без участия обвиняемого, требование обеспечения всесторонности, полноты и объективности расследования предопределяет важность участия в этом следственном действии обвиняемого и его защитника.

Следователю рекомендуется внимательно относиться к ходатайствам и замечаниям обвиняемого и его защитника касающимся реконструкции обстановки места происшествия или отдельных его частей, предшествующей проведению следственного эксперимента. Это важно, потому что ходатайства данных лиц могут быть основаны на фактическом материале, о котором следователь не знал. Принимая решение по таким ходатайствам и замечаниям, следователю полезно сопоставить их критически с имеющимися в его распоряжении материалами дела, так как нельзя полностью исключить попытки обвиняемого ввести следствие в заблуждение. Полезно провести следственный эксперимент в условиях, о которых говорит обвиняемый и его защитник, и в условиях, которые считает правильным следователь, а затем, тщательно зафиксировав результаты, сопоставить их между собой и с материалами дела.

Когда следственный эксперимент проводится в присутствии нескольких обвиняемых, показания которых касаются одних и тех же фактов или обстоятельств дела и в эксперименте участвует защитник одного из обвиняемых, желательно присутствие и защитников других обвиняемых. Если обвиняемый отказался участвовать в следственном эксперименте это не исключает участия в нем его защитника, о чем последний может ходатайствовать перед следователем. Такое участие защитника в данном следственном действии основано на том, что защитник, как уже неоднократно указывалось, обязан использовать все возможности для доказывания невиновности своего подзащитного или наличия обстоятельств, смягчающих его вину.

При следственном эксперименте со сложным составом действий и одновременном

участии в нем двух или более групп, находящихся в разных местах, например, для замера времени, необходимого для преодоления какого-либо расстояния, или возможно:

67

сти видеть и слышать, следовательно должен исходить из того, что защитник сам может выбрать место своего нахождения, которое может и не совпадать с местом нахождения его подзащитного.

Защитник, участвующий в *опознании*, разумеется, следит за точным выполнением всех правил производства этого, нередко решающего следственного действия. Следователь должен четко определить объекты опознания, допросить опознающего об их признаках, создать надлежащие условия предъявления для опознания, а в дальнейшем точно зафиксировать ответы опознающего, особенно когда они не категоричны.

Несоблюдение этих правил вызовет у добросовестно выполняющего свои обязанности защитника резкие возражения и он будет добиваться признания результатов такого следственного действия не имеющими доказательственного значения.

Как уже указывалось, опознание очень ответственное следственное действие, так как нередко кроме его положительного результата, особенно на начало расследования, других доказательств совершенных преступных действий нет.

Объектами опознания могут быть живые люди, трупы, различные предметы, животные, предъявляемые как в натуре, так и запечатленные на фотоснимках и в материалах видеозаписи.

Чаще всего опознание осуществляется посредством зрительных ощущений, однако встречаются факты опознания по признакам устной речи (по слуху), запаху, вкусу и даже на основании осязания.

Закон указывает, что опознающим может быть свидетель, потерпевший, подозреваемый и обвиняемый (ч. 1 ст. 193 УПК РФ), однако на практике встречаются случаи, когда процессуальное положение опознающего не определено, что, разумеется, неверно. Закон не определяет каково процессуальное положение опознаваемого лица или предмета, что, с нашей точки зрения, является упущением, так как опознаваемый должен обладать определенными правами, ему же, согласно ч. 4 ст. 193 УПК РФ, предоставляется лишь право занять любое место среди предъявляемых вместе с ним лиц. С нашей точки зрения, ему должно быть предоставлено и право высказать свое отношение к результату проведенного опознания и в этом ему может помочь защитник, они тоже должны иметь право требовать занесение их замечаний в

68

протокол. Целесообразно сразу же допросить опознанное лицо, причем в присутствии адвоката.

Особенное внимание при опознании должно быть обращено на достоверность показаний опознающего - потерпевшего, так как он часто наблюдал нападавшего на него или похитившего у него что-либо очень короткое время и нередко в затрудненных условиях (при плохом освещении, на значительном расстоянии, будучи напуган, уже получившим какую-либо травму, находящимся в стрессовом состоянии).

Важно также иметь представление о способности опознающего по своим физическим и психическим данным правильно воспринимать происходящее и объяснять его. На проверке всех этих обстоятельств справедливо может настаивать защитник.

Если состояние здоровья опознающего вызывает сомнение, то для проведения опознания необходимо получить заключение врача о способности данного лица достаточно правильно воспринимать происходящее, запоминать и воспроизводить то, что оно видело, слышало и т.п.

В сложных случаях, применительно к потерпевшему, для этой цели должна быть назначена судебная экспертиза, что прямо предусмотрено ст. 196 УПК РФ.

При возникновении сомнения в возможности опознающего при имевших место условиях четко видеть и слышать происшедшее, может быть проведен соответствующий

следственный эксперимент.

При допросе лица, которому предстоит быть опознающим, обязательно должно быть выяснено не видел ли он опознаваемого после совершения преступления или не указывали ему на него, как на совершившего преступление, а также не был ли он ранее с ним знаком. Проведение опознания при таких условиях, разумеется, бессмысленно.

На практике бывают случаи когда опознающий первоначально затрудняется назвать какие-либо конкретные признаки лица или предметов в отношении которых предполагается проведение опознания, однако думает, что при предъявлении сможет их узнать. Подобная ситуация не исключает возможность предъявления для опознания и возражения защитника по этому поводу не могут быть приняты, но при положительном результате опознания не-

69

обходимо выяснить у опознавшего, по каким же признакам он этот вывод сделал.

Приглашенный для опознания потерпевший или свидетель должны быть предупреждены об уголовной ответственности за отказ или уклонение от показаний и за заведомо ложное показание. Помимо того, им надо подробно объяснить как много зависит от точности и правдивости их объяснений, и, что если у них имеются какие-либо сомнения по поводу правильности опознания, то они должны их высказать. Если эти разъяснения не сделал следователь, то это задача защитника.

Важно обратить внимание на порядок предъявления для опознания лица на основании признаков различного вида (по признакам внешности, голосу или иным функциональным признакам). Порядок предъявления должен быть таков, чтобы предшествовавшее предъявление не ставило под сомнение последующее, например, первоначально по голосу, затем по признакам внешности, а после этого по походке и т.п.

Наибольшее число ошибок при предъявлении для опознания является результатом неправильного подбора лиц или предметов, предъявляемых вместе с предназначенным для опознания. Очень часто их различие с опознаваемым столь значительно, что результаты опознания в меньшей мере вызывают сомнение или являются вообще ничтожными. В тоже время не должны предъявляться люди и предметы очень схожие друг с другом, так как это может затруднить опознание. На подобные обстоятельства несомненно обратит внимание участвующий в опознании защитник и следователь должен к этому прислушаться.

Если подобрать нужные объекты для проведения опознания в натуре очень сложно, то можно провести опознание по фотографиям, так как найти подходящие фотоснимки значительно легче, но это надо делать только в крайнем случае (ч. 5 ст. 183 УПК РФ).

Результаты предъявления для опознания могут оказаться неверными как ввиду добросовестного заблуждения опознающего, так и из-за его умышленно ложных показаний. Поэтому данные результаты должны подвергаться тщательной проверке и оценке. С этой целью должно быть проведено сопоставление результатов опознания с другими материалами дела, осуществлен тщательный допрос опознавшего или не опознавшего лица, выяснено на-

70

сколько он уверен в правильности своего вывода, не заинтересован ли в исходе дела, не боится ли мести оставшихся на свободе соучастников опознаваемого, не проявляет ли жалость и т.п. Опытный защитник на проверке всех этих обстоятельств несомненно будет настаивать и следователь не должен отвергать подобные требования.

В отдельных исключительных случаях в целях проверки может быть проведено повторное опознание. Это допустимо: а) если выясняется, что предыдущее опознание было проведено когда опознающий, по-видимому, находился в состоянии временного расстройства психики, зрения, слуха, отвлекающего воздействия боли, в связи с чем не мог правильно воспринимать происходившее; б) когда предыдущее опознание проводилось в условиях, затрудняющих восприятие из-за недостатка света, с большого расстояния до наблюдавшегося объекта, изменения внешности опознаваемого (появление усов, бороды, отросших волос, поврежденных и загрязненных предметов и т.п.); в) если опознание проводилось по фотоснимкам, а затем появилась возможность непосредственного опознания,

что позволяет уточнить некоторые признаки опознаваемого объекта, рассмотреть функциональные признаки, а также признаки, не отразившиеся на фотографии (цвет, характер поверхности, обратная сторона предмета, иной ракурс рассмотрения объекта и т.д.)¹.

При повторном опознании опознаваемый должен, по возможности, предъявляться среди тех же лиц и так же одетых, что и при первоначальном опознании, разумеется, если тогда они были правильно подобраны. Это относится и к повторному предъявлению для опознания предметов.

Следователь должен внимательно прислушиваться к замечаниям высказываемым защитником, так как при их игнорировании они наверняка будут повторены в суде, который результат опознания может поставить под сомнение.

В *выемке и обыске* защитник участвует редко, так как они часто проводятся когда защитника в деле еще нет, либо подозреваемый или обвиняемый в нем не участвуют. Однако с разрешения

¹ *Леви А.А., Пичкалева Г.И., Селиванов Н.А.* Получение и проверка показаний следователем. М, 1987. С. 62.

следователя защитник может присутствовать и при обыске, проводимом без участия его подзащитного (ч. 11 ст. 182 УПК РФ).

Изредка защитник принимает участие в выемке документов, осуществляемой по его ходатайству. Так как обыск является следственным действием, особенно остро затрагивающим права личности, следователь должен очень строго придерживаться процессуальным правилам и криминалистическим рекомендациям его проведения, быть предельно корректным. Все поступающие при этом замечания и заявления защитника должны приниматься во внимание и при его требовании заноситься в протокол. Особое внимание при этом должно быть обращено на достаточно четкое и полное описание всех изымаемых предметов и документов, хотя это иногда и может отнять очень много времени.

Особенно важным и полезным как для подзащитного, так и для объективности следствия в целом является *участие защитника при назначении, а иногда и проведении экспертизы*.

Защитник может ходатайствовать о проведении экспертизы для определения психического состояния обвиняемого и потерпевшего, может требовать производства экспертизы в целях установления причин смерти и характера телесных повреждений, а также возраста своего подзащитного, если по данным вопросам возникают сомнения. Могут быть высказаны пожелания о проведении экспертизы для выяснения самых различных иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

В соответствии с ч. 3 п. 4 ст. 49 нового УПК РФ объявление лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы, является основанием для допуска в дело защитника.

Защитник может советоваться со специалистом с целью уточнения, какие вопросы целесообразно задать эксперту, какой специальностью должен обладать эксперт, куда лучше направить материалы для производства экспертизы и какие это должны быть материалы, а затем заявить соответствующее ходатайство. Для получения подобных консультаций защитнику может понадобиться время и следователь должен его предоставить.

Следователь должен своевременно проинформировать защитника о назначении экспертизы и дать ему возможность составить вопросы, согласовав их со своим подзащитным. Данные вопросы

должны быть тщательно проанализированы следователем, который должен определить не выходят ли они за рамки процессуальных требований и специальных знаний конкретного эксперта. Отказ от постановки перед экспертом вопросов, предложенных обвиняемым и его

защитником, должен быть следователем хорошо мотивирован, причем с учетом, что данные вопросы могут быть повторены в ходе судебного следствия или даже при принятии дела судом к рассмотрению. Анализ вопросов, поставленных защитником, может в определенной степени раскрыть перед следователем версию защиты.

Если экспертиза была проведена до появления в деле обвиняемого, то вслед за предъявлением обвинения ему должны быть предъявлены результаты экспертизы и предоставлена возможность задать дополнительные вопросы. К сожалению, это не всегда делается и обвиняемый иногда узнает о проводившейся экспертизе спустя значительное время после получения следователем ее заключения или даже тогда, когда все материалы дела предъявляются обвиняемому и его защитнику для ознакомления в связи с окончанием предварительного следствия. Подобное положение является недопустимым и может привести к тому, что результаты проведенной экспертизы будут исключены судом, особенно судом присяжных, из числа рассматриваемых доказательств.

Защитник должен следить за своевременностью сообщения обвиняемому о назначении экспертизы и за сообщением ему о ее результатах. Следователь не вправе скрывать факт назначения и проведения экспертизы какими бы «тактическими соображениями» это не было вызвано.

Следователь должен быть убежден в компетентности эксперта, так как опытный защитник всегда разберется в этом вопросе и заявит отвод эксперту.

Если обвиняемый присутствует при производстве экспертизы, то и его защитнику должно быть предоставлено такое же право.

Следователь должен понимать, что защитник не может слепо идти за положениями заключения эксперта, которое является лишь одним из предусмотренных законом доказательств по делу и подлежит оценке. Так что попытка защитника оспорить заключение эксперта никак не должна пресекаться следователем, более

73

того, замечания защитника могут помочь следователю еще раз вернуться к оценке заключения экспертизы.

Защитник может обратить внимание следователя на необоснованное изменение экспертом поставленных перед ним вопросов, на выход эксперта за пределы своей компетенции, что, конечно, не исключает расширения экспертом, по своей инициативе и в пределах своей компетенции, перечня поставленных вопросов, если при проведении экспертизы он обнаружит факты, которые считает важными для установления истины по делу.

Если защитник вместе с обвиняемым присутствует при допросе эксперта следователем, а это может быть при соответствующем ходатайстве обвиняемого или его защитника, или же по инициативе следователя, то защитник может задавать уточняющие и дополнительные вопросы, выяснять обоснование выводов эксперта, которые вызывают у него сомнения.

Обвиняемый и его защитник должны иметь полную возможность активно содействовать объективному проведению экспертизы и использовать ее в своих интересах. Если следователь чинит им препятствия в реализации их прав при проведении экспертизы, его действия могут быть обжалованы надзирающему за следствием прокурору или в суд (ст. 125 УПК РФ).

Ознакомление защитника с материалами дела после завершения предварительного следствия является наиболее часто встречаемым случаем участия защитника в расследовании (наряду с присутствием по предъявлении обвинения). Так же как обвиняемому, защитнику должны быть предъявлены все без исключения материалы дела (в подшитом и пронумерованном виде, с соответствующей описью). Предъявляются также все вещественные доказательства, материалы звуко- и видеозаписи и другие приложения к делу. Если после ознакомления с делом проводились какие-либо дополнительные следственные действия, все материалы дела вновь предъявляются для ознакомления.

Как уже указывалось выше, следователь не может препятствовать защитнику в

использовании при ознакомлении с делом аудио- и видеозаписи, а также в изготовлении копий материалов и фотоснимков вещественных доказательств (ч. 2 ст. 217 УПК РФ). Копии документов и выписки из уголовного дела, в котором содержатся сведения, составляющие государственную или иную

74

охраняемую федеральным законом тайну, хранятся при уголовном деле и предоставляются обвиняемому и его защитнику во время судебного разбирательства. Применение средств оргтехники при ознакомлении с делом значительно экономит время и позволяет точнее передать содержание и внешний вид изучавшихся материалов.

Как уже указывалось, обвиняемый и его защитник не могут ограничиваться во времени, необходимом им для ознакомления с материалами дела (ч. 3 ст. 217 УПК РФ). Однако практика показывает, что заинтересованность обвиняемого и его защитника в затягивании ознакомления с материалами дела, например, ввиду ожидания возможной амнистии, встречается редко. Торопить обвиняемого и его защитника при ознакомлении с делом не следует, так как, будучи ограничен во времени, защитник часто решает основную работу по ознакомлению с делом перенести на время подготовки к судебному разбирательству, а результатом является иногда заявление в суде важных ходатайств, которые суд решить не в состоянии.

Выше, в разделе о процессуальных правах защитника, участвующего в дознании и предварительном следствии, было уже подробно рассказано о праве защитника после ознакомления со всеми материалами дела заявлять ходатайства о производстве дополнительных следственных действий, истребовании и приобщении документов, имеющих значение для правильного разрешения дела (ст. 217 УПК РФ), но необходимо еще раз подчеркнуть, что именно при решении этих вопросов чаще всего нарушаются права обвиняемого и его защитника, в связи с чем на строгое соблюдение этих правил при завершении дознания предварительного следствия должно обращать особое внимание.

75

Глава 4. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ АДВОКАТА-ПРЕДСТАВИТЕЛЯ ПОТЕРПЕВШЕГО ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

4.1. Права и обязанности потерпевшего при расследовании преступлений

Начиная изложение выше обозначенного вопроса, необходимо прежде всего остановиться на понятии потерпевшего, его правах и обязанностях, так как это является основой прав и обязанностей его представителя.

В соответствии с ч. 1 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».

По ранее действовавшему УПК РСФСР признавалось потерпевшим лишь физическое лицо, хотя совершенно очевидно, что вред нередко причиняется предприятиям, организациям, учреждениям, т.е. лицам юридическим. Данное положение в УПК РФ исправлено, так как поддержание деловой репутации организации и предприятия в условиях рыночной экономики приобретает особое значение. Помимо того, если обратиться к Особенной части УК РФ, то станет очевидным, что только примерно в половине ее статей в качестве жертвы преступления выступает человек. В остальных случаях жертвой преступных посягательств могут быть государственные и общественные учреждения, организации, предприятия. В этих случаях участником уголовного процесса в качестве потерпевшего является представитель юридического лица, который ранее ограничивался в своих действиях лишь рамками гражданского иска.

Не ясно только, почему признание потерпевшим, согласно уголовно-процессуального закона, связано лишь с причинением вреда, ведь в следственной практике признание

потерпевшим осуществляется и по делам о покушениях, когда вред еще не причинен. Это правильное решение, так как, несомненно, основанием признания потерпевшим является не только непосредственное нарушение прав и законных интересов, но и когда имелась реальная угроза их нарушения, хотя ожидаемый раз и не наступил. Такая точка зрения высказывалась еще одним из видных

76

дореволюционных процессуалистов И.Я. Фойницким, который утверждал, что «Потерпевшими признаются все лица, которые понесли от преступления какой-либо вред, материальный или нематериальный, наличный или только юридически возможный, выражающийся в нарушении их самих или близких им по родству или опеке»¹.

Важно также отметить, что признание лица потерпевшим в процессуальном смысле означает лишь предоставление ему прав потерпевшего, а не признание факта причинения вреда, что может быть сделано только в приговоре.

Возникает также вопрос о возможности признания потерпевшим недееспособного лица. С нашей точки зрения, правильным является мнение, что наличие или отсутствие дееспособности не должно влиять на признание лица потерпевшим, так как вред, причиненный недееспособному лицу должен быть возмещен, как и лицу дееспособному. Иное дело, что недееспособный потерпевший не сможет сам реализовать свои права и это будет за него делать представитель, причем не все права, так как давать показания за своего представляемого представитель не вправе. Не сможет недееспособный потерпевший и выполнить обязанности по явке на допрос, однако, это все никак не лишает его права быть признанным потерпевшим по уголовному делу со всеми вытекающими отсюда последствиями.

По-видимому, правильным было бы введение в процессуальное законодательство определенных формальных условий, указывающих на время необходимости признания лица потерпевшим. По данному поводу уже было высказано мнение, что признание лица потерпевшим «...должно быть осуществлено сразу же после появления в деле обвиняемого и установления конкретного лица, которому причинен вред»².

Характерно, что «Устав уголовного судопроизводства России» считал лицо потерпевшим с первого же момента принесения жа-

¹ *Фойницкий И.Я.* Русское уголовное судопроизводство. Предмет и движение уголовного разбирательства. СПб., 1893. С. 20.

² *Леви А., Бицадзе Б.* О расширении прав потерпевшего и его представителя в уголовном процессе // Сов. юстиция. 1989. № 5. С. 7.

77

лобы на причинение вреда. Принесение такой жалобы влекло обязательное возбуждение уголовного дела¹.

Вероятно, было бы правильным и по уголовно-процессуальному законодательству России связать признание лица потерпевшим с возбуждением уголовного дела, т.е. когда имеется достаточно данных, указывающих на наличие признаков совершенного преступления. Это тем более будет правильно в случаях, когда основания для возбуждения дела те же, что и для признания лица потерпевшим (дела об изнасилованиях, причинении телесных повреждений, кражах личного имущества и др.).

Конечно, при совмещении возбуждения уголовного дела и признания потерпевшим будут еще невыяснены многие вытекающие отсюда последствия (характер причинения вреда, его размеры и т.д.) и их установление явится задачей лица, производящего расследование.

Потерпевший участвует в процессе для того, чтобы защищать свои интересы, доказывать, что преступлением ему причинен вред, что ответственность за совершенное несет обвиняемый, одновременно потерпевший является и гражданским истцом, доказывая размер причиненного ему вреда.

В новом УПК РФ права потерпевшего значительно расширены и фактически приравнены к правам обвиняемого, но все-таки определенные различия, причем не в пользу потерпевшего, остались, да и практическая реализация прав потерпевшего, перечисленных в ч. 2 ст. 42 УПК РФ, связана с определенными трудностями.

Прежде всего необходимо отметить, что, в соответствии со смыслом ч. 1 ст. 42 УПК РФ следователь выносит постановление о признании лица потерпевшим установив, что преступлением причинен вред. На практике следователи нередко считают, что установление факта причинения вреда равнозначно его доказанности, а потому признание потерпевшим откладывается почти до окончания расследования, что фактически лишает потерпевшего возможности участвовать в нем и тем самым реализовать предоставленные ему законом права.

Особенно болезненно позднее признание лица потерпевшим проявляется при прекращении уголовного дела, так как если дело

¹ Устав уголовного судопроизводства России. М, 1914, ст. 303.

прекращено до того, как лицо было признано потерпевшим, то оно вообще никаких прав, как потерпевший, не имеет, хотя ущерб ему был нанесен, да и личная безопасность может вызывать сомнение. Ему остается лишь обращаться с иском в порядке гражданского судопроизводства.

Примерно таково и положение потерпевшего по делам, по которым применена амнистия к лицам, еще не осужденным и чья вина еще не доказана. Во всех подобных случаях освобождение виновного от уголовной ответственности делает потерпевшего беззащитным.

При осуществлении расследования потерпевший вправе знать о содержании предъявленного обвиняемому обвинения и давать по данному вопросу показания. Однако он может отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (супруги) и других близких родственников. Кроме того, он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу даже если он затем от них откажется. Свои показания он может давать на родном языке или языке, которым он владеет, а также бесплатно пользоваться помощью переводчика. Он может заявлять ходатайства и отводы, с разрешения следователя или дознавателя участвовать в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя, после чего он может ознакомиться с протоколами этих следственных действий и подавать на них замечания. Участие потерпевшего в следственных действиях может быть полезным, как для его интересов, так и оказать существенную помощь следователю. Например, участвуя в обыске потерпевший может указать на принадлежность ему обнаруженных предметов.

Однако, к сожалению, следственная практика показывает, что за исключением опознания и освидетельствования, когда без потерпевшего просто нельзя обойтись, он в следственных действиях участвует редко. Это, как указывалось, объясняется поздним признанием лица потерпевшим, когда следствие фактически закончено, недостаточно полным и понятным разъяснением потерпевшим их прав, а также нередко опасением следователя, что участие потерпевшего в следственных действиях осложнит их проведение, а иногда может даже нарушить выдвинутую следственную версию произошедшего.

Потерпевший вправе ознакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и ходатайствовать о внесении в нее дополнительных вопросов. Он может заявить отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы указанным им лицом, либо в конкретном экспертном учреждении. С разрешения следователя он может присутствовать при производстве экспертизы и давать объяснения эксперту, а по ее завершении ознакомиться с заключением эксперта и протоколом его допроса.

Потерпевший имеет право «представлять» доказательства (п. 4 ч. 2 ст. 42 УПК РФ), но ведь для этого нужно их предварительно собрать, а о праве потерпевшего на собирание доказательств в законе ничего не сказано.

На практике к доказательствам, представляемым потерпевшим, нередко относятся настороженно, так как потерпевший - лицо заинтересованное и потому может быть необъективным, а случается, что их вообще отвергают.

Определенные основания для подобной оценки доказательств, представляемых потерпевшими имеются. Еще известный судебный деятель А.Ф. Кони писал, что «... потерпевшие от преступлений всегда и при этом часто с полной добросовестностью склонны преувеличивать обстоятельства или действия, в которых выразилось нарушение их имущественных или личных прав. Особенно часто встречается это в показаниях потерпевших от преступлений, то есть у тех, которые были, так сказать, очевидцами совершенного над ними преступления. В подобных случаях вполне применима пословица: «У страха глаза велики». Опасность, возникшая неожиданно, вызывает невольное преувеличение размеров и форм, в которых она явилась: опасность прошедшая представляется взволнованному сознанию большею, чем она была в самом деле...»¹. Это, несомненно, верное высказывание, однако, по этим основаниям относиться к объяснениям потерпевших только как к недостоверным неправильно. Необходимо только их тщательно проверить и в законе надо было бы указать, что потерпевшие вправе не только представлять, но и собирать доказательства, пояснив, что под этим следует понимать, как это сделано в ч. 3 ст. 86 УПК РФ применительно к правам защитника.

¹ Кони А.Ф. Избранные произведения. Т. 1. М., 1969. С. 180.

По окончании предварительного расследования потерпевший может знакомиться со всеми материалами дела, выписывать из них любые сведения, снимать копии с использованием технических средств, а в ходе расследования получать копии постановлений о возбуждении уголовного дела и признании его потерпевшим или об отказе в этом, о прекращении уголовного дела или приостановлении по нему производства. Он может приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора.

Наряду с предоставленными законом правами, потерпевшие имеют и ряд немаловажных обязанностей.

Потерпевший, как уже указывалось, нередко является единственным человеком, способным сообщить достоверные сведения об обстоятельствах преступления, приметах и иной характеристике личности преступника. По его заявлениям возбуждаются многие уголовные дела.

В связи с этим потерпевший обязан явиться по вызову дознавателя, следователя, прокурора или суда и не вправе давать заведомо ложные показания или отказываться от дачи показаний (п. 2 ч. 5 ст. УПК РФ), но в тоже время, в соответствии п. 3 ч. 2 ст. 42 УПК РФ, потерпевший, как и свидетель, может «отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 Кодекса. 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».

За отказ от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний потерпевший несет уголовную ответственность. Он не вправе разглашать данные предварительного расследования, если был заранее предупрежден об этом.

Законодательство не содержит прямого ответа на вопрос об обязанности потерпевшего разрешить подвергнуть себя освидетельствованию, получения у него образцов для сравнительного исследования и проведения в отношении него самого экспертных исследований. В данных случаях, по-видимому, необходимо исходить из ранее уже высказывавшихся соображений, что если

иным путем выяснить интересующие следствие важные вопросы невозможно, освидетельствование и получение образцов может быть осуществлено в принудительном порядке. Правда все-таки остается неясным вопрос, не является ли принудительное освидетельствование потерпевшего и проведение в отношении него экспертных исследований нарушением ч. 1 ст. 51 Конституции РФ, позволяющей лицу не давать показаний против себя, а результат освидетельствования и экспертных исследований в ряде случаев может носить именно такой характер.

На практике возникает также вопрос об обязанности в некоторых случаях потерпевшего доказывать причинение ему вреда. По-видимому, по делам частного, а иногда и частно-публичного обвинения предъявивший эти обвинения обязан доказывать их состоятельность, исключая случаи когда по данному делу участвует прокурор, поддерживающий обвинение, и они прекращению за примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат. Участие же потерпевшего в доказывании по делам публичного обвинения является его правом, а не обязанностью.

Совершенно очевидно, что одной из задач судебной реформы должно быть расширение и уточнение прав потерпевшего, что, надо признать, во многом уже осуществлено.

Как уже указывалось, целесообразно, чтобы лицо признавалось потерпевшим сразу же за возбуждением дела в связи с принесенной жалобой на причинение ему вреда. Если же дело возбуждено не по жалобе пострадавшего, но он фактически имеется, он должен быть признан потерпевшим не позднее предъявления обвинения лицу, привлеченному к ответственности.

В УПК должен появиться четкий перечень прав, предоставленных потерпевшему при его участии в расследовании преступлений, причем должно быть установлено, что потерпевший может по решению следователя участвовать во всех следственных действиях. Если же следственное действие проводится по ходатайству потерпевшего или его представителя им нельзя отказать в просьбе об участии в нем.

Требуется пояснить, что понимается под правом потерпевшего «представлять доказательства». Должно быть предусмотрено право потерпевшего «собирать доказательства» не запрещенными законом средствами, например, предпринимать усилия по поиску

свидетелей и выяснять, что они могут показать по делу, обращаться за помощью в частно-детективные структуры и т.п.

4.2. Понятие представителя потерпевшего, его процессуальные права и обязанности, перспективы их расширения

Решающее значение в деле защиты законных интересов потерпевшего, в силу принципа публичности судопроизводства, имеет деятельность лица, производящего дознание, следователя, прокурора и судьи, но, как уже указывалось, потерпевший и сам - имеет возможность защищать свои права и интересы, являясь активным субъектом уголовно-процессуальной деятельности.

Одним из важных элементов реализации своих прав в уголовном процессе является возможность потерпевшего иметь представителя интересов, т.е. фактически того же защитника, но заботиться о его приглашении, причем за свой счет, он до недавнего времени во всех случаях должен был сам. В настоящее время, в соответствии с ч. 2 ст. 45 УПК РФ, 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, причем

представителями потерпевшего могут быть только адвокаты и лишь при рассмотрении уголовного дела мировым судьей, по его постановлению, в качестве представителя потерпевшего могут быть также допущены один из близких родственников потерпевшего, либо иное лицо, о допуске которого ходатайствует потерпевший (ч. 1 ст. 45 УПК РФ).

Данное нововведение является, несомненно, положительным моментом, так как что несовершеннолетний или физически и психически неполноценный потерпевший, без представителя, мог противопоставить обвиняемому, имеющему защитника-профессионала? Не ясно только, как будет обеспечиваться такое обязательное участие представителя и кто его будет оплачивать, когда и в отношении обвиняемого подобное правило реализуется с большим трудом?

Помимо того, вероятно, также как и обвиняемому, потерпевшему должен был бы быть предоставлен представитель-защитник

83

и в тех случаях, когда закон не требует этого в обязательном порядке, но потерпевший ходатайствует о предоставлении представителя. И вообще, вероятно, в уголовном судопроизводстве правильнее было бы говорить не о «представителе потерпевшего», а о «защитнике потерпевшего», термин же «представитель» оставить для гражданского судопроизводства.

В новом УПК РФ четко определено, что представитель потерпевшего имеет те же процессуальные права, что и представляемое им лицо, а также, что личное участие в уголовном деле потерпевшего не лишает его права иметь по этому уголовному делу представителя (ч. 4 ст. 45 УПК РФ).

В законе не указывается порядок приглашения представителя и отказа от него, однако, очевидно, что если обвиняемый вправе в любой момент отказаться от защитника, разумеется, если этот отказ не является вынужденным, то и потерпевший должен иметь такое же право.

Представитель потерпевшего не может участвовать в производстве по уголовному делу в тех же случаях, что и защитник обвиняемого (ст. 72 УПК РФ).

Решение об устранении представителя потерпевшего от участия в расследовании должно быть законным и обоснованным и изложено в мотивированном постановлении следователя или прокурора.

Уголовно-процессуальный закон не регулирует порядок допуска к участию в деле представителя потерпевшего. На практике это осуществляется аналогично с допуском адвоката-защитника, т.е. адвокатом предъявляется соответствующий ордер и адвокатское удостоверение. Но этого еще недостаточно, так как необходимо проверить не подпадает ли данный представитель под предусмотренные ст. 72 УПК Российской Федерации случаи, исключающие возможность его участия в деле, а также имеется ли согласие потерпевшего на представительство его интересов данным адвокатом.

Потерпевший является фактически обвинителем, заинтересованным в изобличении и наказании лица, причинившего ему вред, в этом состоит интерес потерпевшего в ходе всего судопроизводства. Соответствующую помощь при этом ему оказывает его представитель, также выполняющий функцию обвинения. Но

84

может возникнуть ситуация, когда представитель потерпевшего устанавливает факт необоснованного привлечения обвиняемого к уголовной ответственности либо неправильной квалификации содеянного по закону о более тяжком преступлении. По-видимому, в подобном случае представитель должен проинформировать об этом своего представляемого и сделать соответствующее заявление следователю. При этом представитель потерпевшего не становится защитником обвиняемого, как не становится защитником прокурор, прекративший дело, так как подобная позиция представителя потерпевшего и в интересах последнего, несомненно желаемого, чтобы к ответственности было привлечено именно то лицо, которое причинило ему вред и в соответствующих размерах.

Представитель не замещает потерпевшего, а осуществляет свое право стороны в процессе, действуя не вместо потерпевшего, а наряду с ним. Разумеется, представитель согласовывает свои действия с представляемым им потерпевшим и не может действовать вопреки законным интересам последнего. Однако не всегда интересы потерпевшего, им высказанные, можно считать законными. Иногда потерпевший стремится использовать свои процессуальные возможности не только для изобличения лица, причинившего ему вред, но и для своей защиты от угрожающего и ему обвинения, например, когда действия обвиняемого были реакцией на неправомерное поведение потерпевшего. Препятствуя в таких случаях установлению истины потерпевший может расходиться во мнениях со своим представителем. В таких случаях представитель должен разъяснить свою позицию потерпевшему и, если расхождение во мнениях остается, представитель может в любой момент отказаться от участия в нем. Отказаться от представителя не разделяющего его мнение может и потерпевший.

Уголовно-процессуальный закон не содержит запрета на отказ представителя от участия в процессе, как это имеет место в отношении адвоката-защитника, принявшего поручение на осуществление защиты по делу.

Потерпевший может и не осуществлять свои права на участие в доказывании по делу, представитель же, если потерпевший не возражает, обязан полностью использовать предоставленные ему

85

права в доказывании, так как иначе он свои профессиональные обязанности не выполнит.

4.3. Участие представителя потерпевшего в расследовании преступлений и возможности активизации этой деятельности

Участие представителя потерпевшего в дознании и предварительном следствии вносит элемент состязательности в эти стадии судопроизводства и может быть полезным как для потерпевшего, так и для интересов объективного и эффективного расследования уголовного дела.

Участие представителя потерпевшего и следственных действиях позволяет:

- быстрее и эффективнее провести следственные действия;
- лучше выяснить мотивы, предпосылки и условия совершенного преступления;
- избежать недоработок при расследовании, в том числе путем проведения следственных действий по ходатайствам потерпевшего и его представителя, проверки выдвинутых ими версий происшествия, становления его механизма и участников;
- в значительной степени активизировать работу по защите интересов потерпевшего и возмещения причиненного ему ущерба.

Когда представитель потерпевшего выясняет, что к уголовной ответственности привлечены не все лица, причинившие потерпевшему вред, он, с согласия потерпевшего, должен ходатайствовать о привлечении их к ответственности. Если выясняется, что обвиняемому вменены не все преступные действия, причинившие вред потерпевшему или действия обвиняемого квалифицированы по закону о менее тяжком преступлении, представитель должен ходатайствовать о расширении объема обвинения либо об иной квалификации действий обвиняемого.

Представитель потерпевшего должен разъяснить последнему его право заявить гражданский иск и составить от его имени исковое заявление. Представитель потерпевшего должен также выяснить приняты ли меры по обеспечению иска, наложен ли арест на имущество обвиняемого или лиц, несущих по закону ответственность за его действия.

Участие представителя потерпевшего в следственных действиях в значительной мере устраняет недооценку роли потерпев-

86

шего в достижении истины по уголовному делу, проведение следственных действий без

учета специфики его процессуального положения, игнорирование особенностей психики лица, подвергавшегося насилию, а это зачастую приводит к существенным недостаткам в расследовании.

Специфичность процессуального положения потерпевшего, особенности психического и физического состояния лица, перенесшего преступное посягательство, важность сообщаемой им информации об обстоятельствах дела требуют специальной тактики производства следственных действий с участием потерпевшего и его представителя и обращения особого внимания на фиксацию их результатов.

Раскрытию преступления может способствовать и тщательное изучение в ходе следственных действий личности потерпевшего, на что его представитель обычно обращает особое внимание,

С учетом всего вышеизложенного участие представителя потерпевшего в следственных действиях иногда должно быть просто обязательным.

Из следственных действий, проводимых с потерпевшим, с участием его представителя чаще всего осуществляется *допрос*.

Нередко это единственная возможность установить истину. Как уже отмечалось, потерпевший нередко единственный очевидец произошедшего и потому его показания о личности преступника и механизме преступления незаменимы и крайне важны. Помочь в выяснении этих вопросов должен представитель потерпевшего, с которым последний обычно бывает более откровенным, чем со следователем.

Чтобы избежать ошибочных объяснений потерпевшего, исключить влияния на него высказываний других лиц, понуждения его к ложным показаниям, он должен быть допрошен как можно скорее и здесь почти всегда могут возникнуть сложности с приглашением представителя, однако, в интересах установления истины по делу следователем должны быть приняты меры к присутствию представителя потерпевшего на первом же допросе, тем более когда это теперь, в соответствии с ч. 2 ст. 45 УПК РФ, является обязательным.

При допросе потерпевшего в возрасте до 14 лет обязательно должен присутствовать педагог, а если следователь считает это

неоходимым, то педагог может присутствовать и при допросе лиц не достигших еще 18 лет.

Первоначальные объяснения потерпевшего очень важно получить в отсутствие других лиц, также бывших очевидцами произошедшего. Идеально было бы, если бы потерпевший столкнулся с ними только на очной ставке, проводимой в случае наличия противоречий между показаниями потерпевшего и данных лиц.

Совершенно неотложен допрос пострадавшего при нападении, жизнь которого в опасности, и тут помощь его представителя особенно важна, но получение объяснений от такого потерпевшего возможно лишь с согласия врача и желательно письменного заключения о том, позволяет ли состояние пострадавшего правильно оценивать происходившее. За выполнением условий такого допроса представитель потерпевшего должен обязательно проследить.

К допросу потерпевшего не только следователь, но и представитель должны тщательно готовиться, разумеется, если это позволяет создавшаяся ситуация.

К подготовке представителя потерпевшего относится изучение доступного материала по делу, ознакомление с данными, характеризующими личность потерпевшего, и, что крайне важно, формулирование предполагаемых вопросов, консультации со специалистами, если допрос будет касаться областей знаний, неизвестных представителю потерпевшего.

Целью допроса потерпевшего - физического лица является выяснение обстоятельств, предшествовавших преступлению, а затем и самого совершения преступления, психического состояния потерпевшего в это время, характера нанесенного ему вреда, чем все это доказывается. В первую очередь, выясняется, что потерпевший знает о происшествии, может ли описать преступника, есть ли у него какие-нибудь предположения о том, кто это мог быть и на чем эти предположения основываются.

Так, по делам о нападениях преступников у потерпевших обычно выясняется: время и

место нападения; число нападавших; их приметы, их одежда, обувь, средства маскировки; как они друг друга называли; действия каждого нападавшего в отдельности; наличие оружия, какое именно и у кого; какой транспорт ими использовался; не встречался ли ранее кто-либо из нападавших потерпевшему; что преступниками было изъято у потерпевшего.

88

Разумеется, что далеко не все эти вопросы у потерпевшего могут быть выяснены, но попытаться это сделать необходимо. При этом должно учитываться, что обвинение не может основываться только на показаниях потерпевшего и надо потому у него выяснить кто может подтвердить правильность его объяснений. Если следователь недостаточно выясняет эти вопросы, задача представителя потерпевшего указать на данное упущение, а также самому пытаться их восполнить.

Одним из важных моментов, влияющих на получение этих сведений является спокойное, доброжелательное отношение допрашивающего к потерпевшему, налаживание с ним психологического контакта, и представитель потерпевшего должен способствовать этому.

Нужно всячески избегать возникновения конфликтной ситуации во взаимоотношениях с потерпевшим даже когда он, по мнению допрашивающего, дает ложные показания, так как встречающиеся в показаниях неточности и пробелы еще не свидетельствуют об установке потерпевшего на дачу ложных показаний. Пробелы в показаниях могут объясняться как нежеланием потерпевшего рассказывать об обстоятельствах, связанных с его личной жизнью, так и боязнью, что будет установлено его неблагоприятное поведение спровоцировавшее преступление. Выяснение причин такой позиции и затем разъяснение потерпевшему ее несостоятельности в спокойном, ровном, но уверенном тоне, помогает ликвидации возникшего конфликта и получению правдивых показаний. Этому, несомненно, способствует присутствие на допросе представителя потерпевшего.

Необходимо учитывать, что психическое состояние потерпевшего во время расследования, особенно на его первоначальном этапе, зависит не только от пережитого в процессе, когда он стал жертвой преступления, но и от самой непривычной процедуры расследования, часто для него тягостной.

Основное требование этического характера при допросе потерпевшего - это бережное, чуткое к нему отношение. Потерпевший уже пострадал в связи с преступлением, но сама процедура следствия и сознание необходимости в дальнейшем участвовать в судебном заседании могут быть для него трудно переносимыми, связанными с тягостными воспоминаниями.

89

Иногда владеющие потерпевшим чувство обиды, жажда отомстить могут вызвать его несдержанность, пристрастность. Надо с пониманием относиться к проявлению подобных эмоций, но это не означает осуществление каких-либо поблажек, уступок, обещаний. Важно с самого начала общения с потерпевшим убедить его, что правдивые показания в его интересах и что его показания до суда будут сохранены в тайне, судебное же заседание, при определенных условиях, может проходить без его участия или быть закрытым.

Отношение к потерпевшему определяется прежде всего положением последнего в конкретном деле. Его надо защищать, но надо обращать внимание и на его неправомерные действия, легкомысленное поведение, явившиеся иногда причиной, поводом к совершению преступления.

При оценке показаний потерпевшего надо суметь понять создавшуюся вокруг него обстановку со стороны его привычного окружения. Сочувствуют ли ему или считают в определенной мере виновным в случившемся, не оказывается ли на него давление со стороны противодействующих следствию лиц. Если при первом допросе выяснить это не удастся, по ходатайству представителя потерпевшего допрос может быть повторен. Предпринять усилия по выяснению этих вопросов может и представитель потерпевшего,

беседуя со знавшими его лицами, возможно даже обратившись в частно-детективное предприятие с просьбой о выяснении интересующих его сведений.

Представитель потерпевшего нередко лучше следователя знает какими сведениями располагает его подопечный и потому может быть активным участником допроса.

Обычно после свободного рассказа потерпевшего и постановки вопросов следователем представитель потерпевшего задает дополнительные вопросы, направленные на выяснение обстоятельств, не осязанные потерпевшим, и которые его представитель считает важными и полезными для своего представляемого. Это могут быть и напоминающие вопросы, но, разумеется, не наводящие.

Потерпевшему должно быть разъяснено, что в целях обеспечения его безопасности, а также безопасности его родственников и близких лиц следователь вправе в протоколе следственного

90

действия, в котором участвуют потерпевший и его представитель, не приводить данных об их личности. В этом случае следователь с согласия прокурора вносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, производимых с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого опечатывается и приобщается к уголовному делу (ч. 9 ст. 166 УПК РФ).

С этой же целью, по письменному заявлению лиц, в отношении которых осуществляются угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий, может осуществляться контроль и запись телефонных и иных переговоров (ч. 2 ст. 186 УПК РФ), а также позднее проводится закрытое судебное разбирательство (п. 4, п. 2, ст. 241 УПК РФ).

Если допрашиваемый потерпевший допускает в своих высказываниях противоречия по сравнению с ранее данными объяснениями или установленными обстоятельствами дела, необходимо учитывать, что это может быть результатом добросовестного заблуждения. Как писал еще А.Ф. Кони «самое добросовестное показание, данное с горячим желанием показать правду и при этом всю правду - основывается на усилении памяти, рисующей и передающей то, на что было обращено в свое время свое внимание. Но внимание есть орудие для восприятия весьма несовершенное, а память с течением времени искажает запечатленные вниманием образы и дает им иногда совершенно выцвести. Внимание обращается не на все то, что следовало бы в будущем помнить»¹.

Как правило, представитель потерпевшего до допроса потерпевшего, с ним встречается и содержание предстоящих объяснений обсуждает. Представитель должен разъяснить своему подопечному, что если он скрывает истину, то это помешает воздать должное тому, кто причинил ему вред, что опасения, что ему отомстят за показания обвиняющего характера преувеличены, что правоохранительные органы примут меры для защиты его и его семьи, что при даче ложных показаний он предстает в крайне неблагоприятном свете, что ему все равно не поверят. Если эти

¹ Кони А.Ф. Свидетель на суде. Судебные речи. СПб., 1905. С. 43.

разъяснения не помогают и представляемый стоит на своем, представитель должен разъяснить ему, что он его позицию разделить не сможет и ему лучше отказаться от его помощи.

Говоря о применяемых на предварительном следствии методов выявления дачи потерпевшим ложных показаний целесообразно остановиться на одном, пока еще довольно спорном вопросе. Речь идет о хотя еще редко, но все-таки иногда используемом методе получения информации с применением полиграфа, т.е. использования инструментальных возможностей установления психофизиологического состояния лица, меняющегося под

воздействием словесных раздражителей.

Как пишут авторы недавно вышедшего очень современного учебника криминалистики под редакцией Р.С. Белкина, наблюдаемые проявления морального и физического состояния допрашиваемого лица «могут служить для следователя: а) указателем правильности его действия или, наоборот, сигналом о необходимости изменить направления действий или их тактику; б) ориентиром для выбора путей установления психологического контакта с данным лицом, как предпосылки успешности данного следственного действия; в) материалом для изучения психологических и иных особенностей участников процесса»¹.

Большинство отечественных ученых процессуалистов и даже криминалистов отрицательно относятся к возможности использования полиграфа в расследовании, говоря о его «реакционности». В тоже время очевидно, что прибор не может быть «реакционным» или «демократическим», все определяется тем, как и для чего он применяется.

Важно отметить, что, во-первых, полиграф представляет собой прибор, точно отражающий психофизиологическое состояние организма и широко используемый в естественных науках, во-вторых, считая применение полиграфа безнравственным, определенным насилием над личностью, никто из его противников не говорит в чем это конкретно выражается, и, в-третьих, никто из сторонников полиграфа не предлагает использовать результаты его применения в качестве доказательств, так как этот прибор,

¹ Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика. М: Изд. «Норма». 1999. С. 391.

разумеется, не говорит прямо о правдивости или ложности определенных показаний, а лишь показывает реакцию допрашиваемого на тот или иной вопрос.

Все это надо учитывать представителю потерпевшего когда следователь намеривается пригласить специалиста, работающего с полиграфом. В любом случае, если это не сделал следователь, адвокат-представитель потерпевшего должен ему разъяснить, что использование полиграфа возможно только с его согласия, причем отказ подвергнуться исследованию не будет толковаться ему во вред и что результаты применения полиграфа доказательственного значения не имеют и являются лишь определенной ориентирующей информацией для следователя, что, конечно, тоже немаловажно.

Большая часть вышеизложенного относится и к *очным ставкам*, которые проводятся, как уже указывалось, по результатам допросов при наличии в показаниях нескольких лиц существенных противоречий (ст. 192 УПК РФ) и в конечном счете решают задачу установления достоверности тех или иных показаний. Уместно лишь отметить, что эффективность допросов почти в два раза выше, чем очных ставок, при проведении которых ее участники значительно реже, чем при допросе, меняют данные до этого показания, отстаивая то, что они уже показали и утверждая, что правду говорят они, а не лицо, с которым проводится очная ставка¹.

Как уже отмечалось, очная ставка довольно «опасное» следственное действие, так как в ее ходе один из ее участников может оказать психологическое давление на другого и в результате вынудить изменить показания в свою пользу. Такие ситуации особенно часто встречаются когда проводится очная ставка между психологически более сильным, опытным обвиняемым и робким потерпевшим, опасаящимся своего визави или поддерживающих его лиц. Поэтому представителю такого потерпевшего следует хорошо взвесить все за и против прежде, чем заявить ходатайство о проведении очной ставки. Если же очная ставка проводится по

¹ По данным исследований, проведенных А.Б. Соловьевым, эффективность допросов в среднем составляет 79%, а очных ставок - 42%. См. Соловьев А.Б. Проблемы эффективности следственных действий. М., 1987. С. 78.

инициативе следователя, представителю потерпевшего целесообразно высказать свои соображения по этому поводу.

Для того чтобы очная ставка с потерпевшим достигла цели, необходимо прежде всего выяснить готов ли он подтвердить свои правдивые показания в присутствии лица, которого эти показания уличают. Лучше всего психологически подготовить потерпевшего может его представитель, но если потерпевший, несмотря на полученные разъяснения опасается очной ставки, либо просто отказывается в ней участвовать, проводить ее не следует.

Очная ставка обычно начинается с допроса лица, давшего, по мнению следователя, правдивые показания, однако, в некоторых случаях эффект достигается когда первым допрашивается участник, давший, по-видимому, ложные показания, которые могут вызвать возмущение второго участника, особенно если это потерпевший, и он займет активную позицию в разоблачении лжи. Такой тактический прием может применяться если есть уверенность, что потерпевший, показания которого являются правдивыми, не испугается и твердо будет отстаивать занятую им позицию. Можно ли надеяться на стойкость потерпевшего лучше всего может выяснить его представитель, которому он доверяет.

Правильной оценке результатов проведения очной ставки, а также подтверждением соблюдения законности при ее осуществлении, может служить применение, по ходатайству представителя потерпевшего, звуко- и видеозаписи наряду с протоколированием.

Результаты очной ставки, как и результаты допроса, могут быть проверены в ходе других следственных действий, в том числе путем проведения *следственного эксперимента*.

Проведение при расследовании следственного эксперимента получило довольно широкое распространение. При его помощи выясняется наличие или отсутствие определенной связи между фактами, отсутствие или наличие самих фактов в прошлом и настоящем.

Следственный эксперимент часто предпринимается для того, чтобы убедить обвиняемого в несостоятельности его доводов и привести его к правдивым показаниям, но с той же целью он может быть проведен для проверки объяснений потерпевшего, причем только на вызывающих сомнение, но и судя по всему правдивых, но требующих дополнительного подтверждения. Чаще

всего это проверка возможности потерпевшего слышать, видеть, провести какие-либо действия, о которых он рассказал.

Одним из важнейших положений следственного эксперимента является его производство в таких же или близких условиях, в которых проходило проверяемое обстоятельство. Следить за выполнением этого условия первостепенная задача участвующего в следственном действии представителя потерпевшего.

Наукой криминалистикой разработаны определенные тактические и методические рекомендации проведения следственного эксперимента, с которыми представитель потерпевшего должен быть хорошо знаком. Если же о каких-либо возникающих вопросах он не осведомлен, то по его ходатайству для участия в следственном эксперименте может быть приглашен специалист, либо предварительно может быть получена консультация у лица, обладающего необходимыми познаниями.

При наличии по делу нескольких потерпевших целесообразно проведение эксперимента с каждым из них, причем отдельно. За соблюдением этого правила также должен следить представитель потерпевшего.

Возможность участия потерпевшего в следственном эксперименте прежде всего определяется его как можно более ранним признанием потерпевшим в процессуальном плане, о чем уже подробно писалось.

В ходе следственного эксперимента, за редким исключением, нельзя абсолютно точно воспроизвести действия участников совершившегося преступления, но необходимо стремиться к этому и тут объяснения потерпевшего могут дать очень много. Будучи осведомлен о намеченном проведении следственного эксперимента, представитель потерпевшего, как правило, обсудит со своим подопечным содержание его объяснений.

Препятствовать этому следователь, разумеется, не может.

Следственный эксперимент, как правило, должен проводиться безотлагательно, так как, во-первых, с течением времени воспроизведение потерпевшим обстоятельств происшествия будет менее точным и, во-вторых, данные эксперимента могут оперативно использоваться при розыске преступника, работе по горячим следам и т.п.

95

Роль потерпевшего при участии в следственном эксперименте не должна быть пассивной, он не должен только присутствовать при этом, но и вправе задавать вопросы и делать замечания, может просить о повторении тех или иных проверяемых действий, осуществить личный показ их механизма. Тут очень важна помощь потерпевшему его представителя. Однако не всегда следователь может допустить, чтобы потерпевшему заранее было разъяснено, что ожидается увидеть или что будет предложено выполнить, так как иногда важен фактор неожиданности, когда участник эксперимента заранее не знает, что ему предстоит показать или объяснить. В связи с этим представитель потерпевшего может быть предупрежден следователем, что вопросы он сможет задавать только после его разрешения.

Часто в ходе эксперимента необходима предварительная реконструкция места происшествия, придание ему первоначального вида и тут объяснения потерпевшего могут быть очень важны, так как только он может в ряде случаев указать где стояли те или иные вещи, что из имущества исчезло, каких предметов на месте происшествия ранее не было. Никакие подсказки со стороны представителя потерпевшего здесь недопустимы.

В случае необходимости участники следственного эксперимента, в том числе и представитель потерпевшего, могут быть предупреждены о неразглашении факта его проведения.

Очень важна четкая фиксация хода и результатов следственного эксперимента, что достигается применением наряду с протоколированием видеозаписи и фотосъемки, осуществляемых в том числе и по ходатайству представителя потерпевшего¹.

В процессе расследования часто возникает необходимость проверки правильности тех или иных суждений, высказываемых потерпевшим. Для этой цели может быть проведен *психологический эксперимент*, когда потерпевший должен показать свои способности выведения правильных суждений из наблюдаемых фактов.

¹ Подробно вопросы проведения следственного эксперимента излагаются во многих работах Р.С. Белкина. См. например, курс криминалистики в 3-х т., 1997 г.; Р.С. Белкин. Эксперимент в уголовном судопроизводстве. М, 1997.

96

Проведение психологического эксперимента может позволить выяснить наличие у потерпевшего повышенных, обостренных или, наоборот, пониженных способностей восприятия, запечатления и передачи воспринятого. Психологический эксперимент может также включать в себя проверку мыслительных способностей человека, их быстроту и правильность, полноты его представлений и т.п.

Оценка результатов психологического эксперимента, их достоверности[^] одна из задач представителя потерпевшего, который, в частности, может получить соответствующую консультацию у специалиста-психолога.

Анализ практики показывает, что во многих случаях, когда следственный эксперимент является весьма желательным, следователь его не проводит, стремясь получить недостающие доказательства при помощи других процессуальных действий. Это вызывается разными обстоятельствами. Следственный эксперимент - одно из наиболее сложных процессуальных действий, требующее серьезной предварительной подготовки, часто его проведение связано и с определенными организационными трудностями. Результаты эксперимента не всегда бесспорны и могут потребовать проведения еще ряда следственных действий, а это требует дополнительных усилий со стороны следователя и наличие резерва времени, которого обычно не хватает.

Между тем нередко только путем проведения следственного эксперимента можно проверить возможность совершения определенных действий в конкретных условиях и соответствующим образом, и потому представитель потерпевшего должен настаивать на его проведении когда считает это необходимым.

Близким к следственному эксперименту является следственное действие, получившее название *проверка показаний на месте*.

Данное следственное действие давно уже используется на практике, однако в Уголовно-процессуальном законодательстве оно регламентировано лишь в новом УПК РФ в ст. 194 которого сказано: «Проверка показаний на месте заключается в том, что ранее допрошенное лицо воспроизводит на месте обстановку и обстоятельства исследуемого события, указывает на предметы, документы, следы, имеющие значение для уголовного дела, демонст-

97

рирует определенные действия. Какое-либо постороннее вмешательство в виде проверки и наводящие вопросы недопустимы».

Нередко участником этого следственного действия является потерпевший. При этом проверяться могут как объяснения потерпевшего об им лично осуществлявшихся действиях, так и о действиях обвиняемого.

В начале данного следственного действия потерпевшему предлагается описать событие и указать объекты, о которых он ранее дал показания, после этого ему могут быть заданы уточняющие вопросы, ни в коем случае не наводящие. Потерпевшему предоставляется право свободного выбора направления движения, участков и предметов, требующих каких-либо объяснений. Очень важно зафиксировать обнаруженные при проверке показаний следы и другие вещественные доказательства.

Особая ценность данного следственного действия заключается в том, что лицо, показания которого проверяются, оказавшись в обстановке, где ранее происходило расследуемое событие, может полнее и точнее восстановить в памяти прошлые обстоятельства.

Представитель потерпевшего, участвующий в данном следственном действии, прежде всего должен следить за независимостью поведения потерпевшего, отсутствием подсказок и давления на него.

Нередко потерпевший участвует в проведении опознания, выступая как в качестве опознающего лица, так и реже опознаваемого.

Как уже указывалось, это очень ответственное следственное действие и потому важнейшей задачей представителя потерпевшего является тщательное наблюдение за его проведением в строгом соответствии с предусмотренными процессуальными правилами.

В практике встречаются случаи когда на участвующего в опознании потерпевшего оказывается серьезное давление со стороны лиц, заинтересованных в вызволении обвиняемого. Особой опасности потерпевший подвергается при участии в опознании в ходе расследования преступлений, совершенных организованными группами, так как нередко многие соучастники остаются на свободе и готовы на все, чтобы «спасти» обвиняемого.

В связи с этим, в целях обеспечения безопасности опознающего потерпевшего, предъявление лица для опознания может быть произведено в условиях, исключающих визуальное наблюдение

98

опознаваемым опознающего. В этих случаях понятия находятся в месте нахождения опознающего (ч. 8 ст. 193 УПК РФ).

С этой же целью опознание может проводиться так, чтобы опознающий высказал свое заключение в отсутствие лица, предъявлявшегося для опознания, и результат его становился опознаваемому известен лишь при оглашении протокола этого следственного действия. Представитель потерпевшего может ходатайствовать именно о таком порядке проведения опознания.

В ряде случаев целесообразно участие потерпевшего в *осмотре места происшествия*, как первоначальном, так и повторном. Однако, как известно, осмотр места происшествия часто производится еще до возбуждения уголовного дела, когда процессуальной фигуры потерпевшего еще нет, или же дело возбуждено, но пострадавший потерпевшим еще не признан.

Выход из данного положения, по-видимому, следующий: 1) если дело уже возбуждено и следователь хочет привлечь к участию в осмотре пострадавшего, он должен не откладывая вынести постановление о признании его потерпевшим; 2) если вопрос о возбуждении уголовного дела еще не решен, а следователь хочет, чтобы пострадавший принял участие в осмотре, он может занести его объяснения в протокол осмотра наряду с объяснениями других очевидцев преступления, так как допросом это считаться не будет. Однако если эти объяснения важны для дела, то следователю необходимо сразу за возбуждением уголовного дела вынести постановление о признании пострадавшего потерпевшим, а затем допросить его по вопросу участия в осмотре места происшествия.

И в первом и во втором случаях в осмотре, с разрешения следователя, может участвовать адвокат как оказывающий лицу квалифицированную юридическую помощь (п. 1 ст. 48 Конституции РФ), так и в качестве официального представителя потерпевшего.

Участие представителя потерпевшего в осмотре места происшествия способствует повышению его эффективности и строгому соблюдению законности.

Одной из основных задач представителя потерпевшего, наряду с участием в следственных действиях, является оказание помощи потерпевшему в возмещении причиненного ему вреда.

99

Приняв поручение на представительство интересов потерпевшего адвокат тут же должен выяснить, что предпринято следователем в целях обеспечения гражданского иска. Произведено ли наложение ареста на имущество обвиняемого (подозреваемого) или лиц, несущих по закону материальную ответственность за их действия, или иных лиц, у которых находится имущество, приобретенное преступным путем (ст. 115 УПК РФ).

При необходимости наложения ареста на имущество следователь, с согласия прокурора возбуждает перед судом соответствующее ходатайство. Получив соответствующее постановление судьи о разрешении проведения данного следственного действия следователь налагает арест на имущество, о чем составляется протокол. Имущество, на которое наложен арест, может быть изъято либо передано на хранение собственнику или владельцу этого имущества, либо иному лицу, которые должны быть предупреждены об ответственности за сохранность имущества, о чем делается соответствующая запись в протоколе (ст. 115 УПК РФ).

При наложении ареста на денежные вклады какие-либо операции с ними прекращаются.

В случае, если есть основания полагать, что имущество, на которое должен быть наложен арест, где-либо сокрыто, следователь и по его поручению органы дознания производят его розыск.

Выполнение всего перечисленного представитель потерпевшего должен тщательно проверить и заявить ходатайство о восполнении каких-либо упущений.

Поиск сокрытого имущества, при наличии к тому возможности, должен осуществлять и представитель потерпевшего, выясняя у последнего, его родственников и знакомых, где, по их мнению, данное имущество может находиться. Практика также показала полезность обращения представителя потерпевшего с просьбой об оказании соответствующей помощи в частно-детективные предприятия.

Представитель потерпевшего может также потребовать наряду с описью имущества, на которое наложен арест, его фотосъемку, что затруднит нередко встречающуюся подмену ценного имущества.

В наши дни, в условиях все большего распространения принципа гласности, в том числе и на участников уголовного судопроизводства, в целях установления истины по делу, в

защиты жизни, здоровья, достоинства и материального благосостояния человека, потерпевший и его представитель должны стать активными участниками расследования преступлений. Должны быть расширены возможности участия в следственных действиях, наряду с потерпевшим, его представителя, который должен стать полноценным защитником пострадавшего лица.

Участие представителя потерпевшего в следственных действиях полезно не только для соблюдения интересов пострадавшего, но и, как видно из изложенного, способствует повышению эффективности расследования, и как дознаватель, так и следователь должны быть заинтересованы в наличии у потерпевшего квалифицированного представителя.

Глава 5. УЧАСТИЕ В РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ИСТЦА, ГРАЖДАНСКОГО ОТВЕТЧИКА И ИХ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ

В соответствии с ч. 1 ст. 44 УПК РФ «Гражданским истцом является физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда, при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением»

«В качестве гражданского ответчика может быть привлечено физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации несет ответственность за вред, причиненный преступлением» (ч. 1 ст. 54 УПК РФ).

«Гражданский иск предъявляется после возбуждения уголовного дела, но до окончания предварительного следствия» (ч. 2 ст. 44 УПК РФ). В УПК РСФСР такого ограничения не существовало, что, с нашей точки зрения, было правильно, так как основания для предъявления гражданского иска иногда могут выясниться лишь в ходе судебного заседания.

Временное ограничение на предъявление гражданского иска, предусмотренное новым УПК, по-видимому, вызвано тем, что установлением оснований и размеров причиненного ущерба должны заниматься органы расследования, а не суд. Хотя в то же время в ч. 1 ст. 44 УПК РФ записано, что решение о признании

гражданским истцом оформляется только постановлением прокурора, следователя и дознавателя, но «определением суда или постановлением судьи». Это, по-видимому, надо отнести к тем случаям когда гражданский иск был предъявлен до окончания предварительного следствия, но постановление о признании гражданским истцом вынесено не было, а также к уголовным делам, по которым предварительное расследование не осуществлялось.

Временных ограничений на привлечение в качестве гражданского ответчика уголовно-процессуальное законодательство не знает.

Как гражданскому истцу, так и гражданскому ответчику предоставлены значительные права по участию в уголовном судопроизводстве, которые они могут реализовать как в ходе расследования преступления, так и при судебном разбирательстве.

К сожалению, приходится констатировать, что права гражданского истца и гражданского ответчика в УПК частично сформулированы по-разному и иногда содержат противоречия. Так п. 2 ч. 4 ст. 44 УПК РФ говорит о праве гражданского истца «представлять доказательства», а согласно п. 7 ч. 2 ст. 54 УПК РФ гражданский ответчик имеет право не только «представлять доказательства», но и «собирать» их, хотя разумеется, что и гражданский истец прежде чем «представлять доказательства» должен их «собрать».

Гражданский истец может «участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству, либо ходатайству его

представителя» (п. 10 ч. 4 ст. 44 УПК РФ).

Гражданскому ответчику такое право не предоставлено и соответственно не указано на право знакомиться с протоколами следственных действий, если он в них все-таки участвовал, а гражданский истец такое право имеет (п. 9 ч. 4 ст. 44 УПК РФ). Однако, несомненно, что и гражданский ответчик должен иметь право знакомиться с протоколом следственного действия, в котором участвовал, и вообще права гражданского истца и гражданского ответчика должны быть одинаковы, что на практике и имеет место.

Противоречивая формулировка содержится в п. 12 ч. 4 ст. 44 УПК РФ, где указано, что гражданский истец может по окончании расследования знакомиться только «с материалами уголов-

102

ного дела, относящимися к предъявленному им гражданскому иску», но в тоже время имеет право «выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом количестве».

В п. 9 ч. 2 ст. 54 УПК РФ также указано, что гражданский ответчик может знакомиться лишь с материалами уголовного дела, относящимися к предъявленному гражданскому иску, и он вправе делать любые «соответствующие выписки», но опять имеется различие с правами гражданского истца, так как на право последнего снимать копии с материалов уголовного дела, касающихся гражданского иска, в УПК не указано, а гражданскому ответчику такое право предоставлено, причем с использованием технических средств (п. 9 ч. 2 ст. 54 УПК РФ).

С нашей точки зрения, все эти различия объясняются лишь недостатками законодательной техники и на практике вряд ли будут иметь значение, так как, например, совершенно очевидно, что если гражданский истец может знакомиться лишь с материалами уголовного дела, относящимися к предъявленному иску, то и выписывать он сможет лишь сведения в этих материалах содержащиеся, а если гражданскому ответчику предоставлено право снимать копии с материалов дела, с которыми он знакомится, то это сможет делать и гражданский истец.

Помимо всего не ясно, как практически можно будет организовать ознакомление лишь с частью материалов уголовного дела, которые по окончании предварительного расследования брошюруются без какого-либо выделения материалов, относящихся к гражданскому иску, снабжаются единой описью и только после этого предъявляются для ознакомления. Не ясно, как при этом будет контролироваться знакомится ли гражданский истец только с материалами, относящимися к заявленному иску или со всеми материалами, кто определяет какие материалы относятся к гражданскому иску и какие не относятся.

В связи с изложенным на практике гражданскому истцу и гражданскому ответчику, а также их представителям, как правило, представляется все уголовное дело и они сами определяют, что их интересует и что может быть использовано для обоснования гражданского иска или возражения против него.

Как и потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик могут иметь представителя, который в соответствии с УПК

103

РФ пользуется теми же правами, что и представляемое им лицо (ч. 3 ст. 45 и ч. 2 ст. 55 УПК РФ). Однако представитель гражданского истца может отказаться от заявленного иска, а представитель гражданского ответчика признать иск, только в случаях согласия на это представляемого лица, либо если такие полномочия заранее даны представителю представляемым лицом, как это предусмотрено гражданским процессуальным законодательством (ст. 46 ГПК РСФСР).

Представителем гражданского истца - физического лица может быть адвокат, а при рассмотрении дела мировым судьей, последний, по ходатайству гражданского истца, может допустить в качестве представителя родственника или иное лицо (ч. 1 ст. 45 УПК РФ).

Что же касается представителя гражданского ответчика, то помимо адвоката, на основании определения суда или постановления судьи, прокурора, следователя, дознавателя,

в качестве такого могут быть близкий родственник или иное лицо, о допуске которых ходатайствует гражданский ответчик (ч. 1 ст. 55 УПК РФ). Чем объясняется такое различие в требованиях, предъявляемых к представителю гражданского истца и гражданского ответчика ни в самом законе, ни в уже появившихся нескольких его комментариях не объяснено.

Что касается возможности участия в расследовании преступлений гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, то это в значительной степени определяется предоставленными им правами. Так, в ходе предварительного расследования преступлений гражданский истец и его представитель могут представлять доказательства и давать объяснения по предъявленному иску, заявлять ходатайства и отводы, участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по их ходатайству и знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с их участием, знать о принятых решениях, затрагивающих их интересы и получать копии процессуальных решений, относящихся к предъявленному гражданскому иску, приносить жалобы на действия (бездействие) и решения следователя, дознавателя и прокурора.

Особенно велика роль гражданского истца и его представителя в обосновании иска и установлении его размеров, так как доз-

104

наватели и следователи часто не уделяют этому достаточно внимания, соответствующие детальные расчеты, обосновывающие величину иска, не приводят и в результате суд оставляет гражданский иск без рассмотрения, предоставляя истцу обратиться в суд в гражданском порядке, что, конечно, затягивает принятие соответствующего решения, позволяет ответчику уклоняться от возмещения ущерба и вообще осложняет положение лица, которому преступлением причинен вред.

Гражданский ответчик и его представитель в период предварительного расследования вправе знать сущность исковых требований и обстоятельства, на которых они основаны, давать объяснения и показания по существу предъявленного иска, собирать и представлять доказательства, опровергающие исковые требования или снижающие их размер, заявлять для этой цели ходатайства, приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя и следователя и заявлять им отводы.

Как гражданский истец и ответчик, так и их представители могут быть предупреждены об уголовной ответственности за разглашение данных предварительного расследования.

Гражданским истцом в уголовном деле чаще всего бывает потерпевший, которому, как уже указывалось, в случаях, если он является несовершеннолетним или лицом с физическими или психическими недостатками, мешающими ему самостоятельно осуществлять свои права, в обязательном порядке должны быть предоставлены законный представитель или представитель. Это правило распространяется и на гражданского истца, являющегося потерпевшим по делу. Однако, как уже отмечалось, закрепив в законе это очень важное положение, законодатель не раскрыл механизма его осуществления, как оно реально будет обеспечено. Как должен поступить дознаватель, следователь или прокурор когда законный представитель у подобного гражданского лица отсутствует или отказывается участвовать в деле, кто в таком случае будет представителем, причем это должно быть лицо, способное оказать квалифицированную юридическую помощь, кто работу такого представителя будет оплачивать. По-видимому, этот вопрос должен решаться аналогично тому, как в обязательном порядке обеспечивается защитником обвиняемый (подозреваемый) и подсудимый, но несомненно здесь необходимо зако-

105

нотательное регулирование, так как в ином случае данное положение может часто остаться чисто декларативным.

Участие представителя гражданского истца и гражданского ответчика в расследовании преступлений полезно не только в связи с оказанием ими юридической помощи представляемым лицам, но и благодать в том, что помощь оказывается и

следователю, который часто не в состоянии уделять достаточно внимания обоснованию иска и установлению его размеров.

Глава 6. ОСОБЕННОСТИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СЛЕДОВАТЕЛЯ, ДОЗНАВАТЕЛЯ ПРИ ОБЯЗАТЕЛЬНОМ УЧАСТИИ ЗАЩИТНИКА ПО ДЕЛАМ ЛИЦ, ИМЕЮЩИХ ФИЗИЧЕСКИЕ ИЛИ ПСИХИЧЕСКИЕ НЕДОСТАТКИ, И ЛИЦ, СОВЕРШИВШИХ ЗАПРЕЩЕННЫЕ УГОЛОВНЫМ ЗАКОНОМ ДЕЯНИЯ В СОСТОЯНИИ НЕВМЕНЯЕМОСТИ

6.1 Наличие у подозреваемого, обвиняемого физических недостатков, либо психического расстройства как основание обязательного участия защитника в предварительном следствии и дознании

УПК РФ предусматривает, что участие защитника в уголовном судопроизводстве обязательно, если подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту (п. 3 ч. 1 ст. 51). Из анализа главы 51 УПК РФ вытекает, что когда производство осуществляется в отношении лица, в силу психического расстройства совершившего запрещенное законом деяние в состоянии невменяемости или у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение, участие защитника также является обязательным (ст.ст. 433, 438). Кроме того, УК РФ (ч. 2 ст. 99), а вслед за ним и УПК РФ (ч. 4 ст. 433), вводят понятие лиц, нуждающихся в лечении психических расстройств, не исключающих вменяемости.

При этом, если по делам лиц, имеющих физические или психические недостатки, либо имеющих психические расстройства, не исключающие вменяемости, возможно производство как предварительного следствия, так и дознания, то в отношении невменяе-

106

мых и лиц, у которых психическое расстройство делает невозможным назначение наказания или его исполнение, обязательно производство предварительного следствия (ч. 1 ст. 434 УПК РФ).

Необходимо разъяснение указанных понятий следователю (дознавателю), который в процессе расследования имеет дело с лицом (подозреваемым, обвиняемым), относительно состояния физического или психического здоровья которого могут возникнуть сомнения.

Часто следователь, не обладая специальными познаниями в области психиатрии и достаточным опытом следственной работы, не может самостоятельно диагностировать психическую патологию у лица, являющегося подозреваемым или обвиняемым по делу, да это и не входит в его компетенцию. Однако ему необходимо иметь представление об основных признаках психических расстройств и не болезненных психических отклонений, которые имеют уголовно-правовое и уголовно-процессуальное значение, чтобы в каждом конкретном случае решить вопрос о необходимости назначения судебной экспертизы. УПК Российской Федерации (п. 3 ст. 196) обязывает его сделать это, если необходимо установить психическое или физическое состояние подозреваемого, когда возникает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве.

В этой связи возникает ряд вопросов, ответы на которые мы попытаемся дать в данном разделе: какие признаки служат основанием для назначения следователем судебно-психиатрической, комплексной психолого-психиатрической, судебно-психологической экспертизы подозреваемого, обвиняемого; кто решает вопрос о невменяемости, либо невозможности самостоятельно осуществлять свое право на защиту в стадии предварительного расследования - эксперт или следователь; каково соотношение понятий «невменяемость», «психическое расстройство, не исключающее вменяемости», «физические и психические недостатки, делающие невозможным самостоятельное осуществление права на защиту».

Несмотря на отсутствие в УК РФ общего понятия невменяемости, законодатель исходит из этого понятия, в частности, формулируя нормы о невменяемости (ст. 21), а также уголовной от-

107

ветственности лиц с психическим расстройством, не исключающим вменяемости (ст. 22). Вменяемость, в основе которой лежит способность к осознанно-волевому регулированию поведения, является обязательной предпосылкой уголовной ответственности.

Так, УК РФ (ч. 1 ст. 21) определяет невменяемость как невозможность осознания лицом фактического характера и общественной опасности своих действий (бездействия), либо руководства ими вследствие хронического психического расстройства, временного психического слабоумия, либо иного болезненного состояния психики.

Из ч. 1 ст. 22 УК РФ следует, что лицо, которое во время совершения преступления в силу психического расстройства не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия), либо руководить ими, может быть признано лицом с психическим расстройством, не исключающим вменяемости.

Наличие у лица психических недостатков означает его неспособность к более или менее длительной психической деятельности, сложной по содержанию, связанной с эмоциональным напряжением. К психическим недостаткам могут также быть отнесены и психические расстройства, не исключающие вменяемости, но ограничивающие способность лица правильно воспринимать, осмысливать и запоминать обстоятельства. В этом случае у него преобладают быстрая утомляемость, расстройство внимания, слабость запоминания. В результате человек, который обладает психическими недостатками, не всегда способен четко уяснить, почему его действия квалифицированы по одной статье Уголовного кодекса, а не по другой; почему данные обстоятельства отнесены к отягчающим наказанию; не способен сформулировать ходатайство и т.д. То есть он не может в полной мере осуществлять свое право на защиту и самостоятельно использовать предоставленные для этого законом средства¹.

¹ См. *Коченов М., Кульчицкий Б.* Определение способности самостоятельно осуществлять свое право на защиту // Соц. законность. 1978. № 5. С. 68-69; *Боброва И., Метелица Ю., Шишков С.* О критериях оценки психических недостатков, препятствующих обвиняемому осуществить право на защиту // Соц. законность. 1983. № 11. С. 47-49.

108

Анализ уголовного и уголовно-процессуального законодательства позволяет выделить круг лиц, заведомо лишенных способности самостоятельно осуществлять свое право на защиту: это лица, признаваемые невменяемыми; лица, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение; лица, имеющие определенные физические недостатки, такие как немота, глухота, слепота; лица, имеющие психические недостатки, и среди них лица с психическими расстройствами, не исключающими вменяемости.

Если у следователя возникает сомнение о вменяемости лица либо в его возможной принадлежности к указанному кругу лиц, он назначает подозреваемому, обвиняемому судебно-психиатрическую (комплексную психолого-психиатрическую экспертизу). С момента вынесения постановления о назначении экспертизы участие защитника является обязательным (ст. 438 УПК).

Неспособность лица к осознанно-волевому регулированию поведения связана с двумя критериями - медицинским и психологическим. При производстве экспертизы эксперт-психиатр определяет медицинский критерий - устанавливает наличие или отсутствие у подозреваемого, обвиняемого психических расстройств, которые могут повлиять на его способность к осознанно-волевому регулированию поведения во время совершения инкриминируемого ему деяния. Эксперт-психолог определяет психологический критерий - выявляет наличие или отсутствие не болезненных психических состояний, влияющих на

способность к осознанно-волевому поведению лица в момент совершения такого деяния.

Наиболее «простыми» для оценки вменяемости-невменяемости лица являются случаи, когда медицинский диагноз с очевидностью и однозначно фиксирует состояние психики, исключая способность к осознанно-волевой деятельности в любой ситуации¹. В этом случае в заключении эксперта-психиатра будет указано, что обвиняемый (подозреваемый) страдает психическим расстройством, вследствие которого он во время совершения инкриминируемого ему деяния не мог осознавать фактический ха-

¹ См. *Ситковская О.Д.* Психологические основания уголовной ответственности. Баку, 1992. С. 39-40.

актер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими (критерии невменяемости - ст. 21 УК РФ). При этом эксперт учитывает также характер психического расстройства в соответствии с формулировками медицинского критерия невменяемости - хроническое психическое расстройство, временное психическое расстройство, слабоумие, иное болезненное состояние психики.

Опираясь на такого рода заключение эксперта-психиатра и возможные иные доказательства, следователь вправе сделать вывод о невменяемости лица.

Кроме того, возможны следующие варианты судебно-психиатрических экспертных выводов в рамках вменяемости лица:

1. Обвиняемый (подозреваемый) страдает психическим расстройством вследствие которого он во время совершения инкриминируемого ему деяния не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия), либо руководить ими (критерии психического расстройства, не исключаяющего вменяемости - ст. 22 УК РФ).

2. У лица не обнаружено никаких болезненных психических расстройств (либо эти расстройства крайне незначительны). При таком варианте экспертного заключения все последующие вопросы к эксперту-психиатру отпадают, поскольку психиатр не занимается квалификациями психических состояний человека в пределах медицинской нормы. Их выявлением занимается эксперт-психолог, который в рамках комплексной психолого-психиатрической экспертизы либо однородной судебно-психологической экспертизы, проводимой после судебно-психиатрической, может выявить наличие не болезненных отклонений в психической сфере обвиняемого (подозреваемого)¹.

На основании заключения эксперта-психолога и имеющихся иных доказательств следователь может сделать вывод о неспособности лица самостоятельно осуществлять свое право на защиту.

Основанием обязательного назначения судебно-психиатрической экспертизы могут служить следующие обстоятельства: данные из истории болезни, амбулаторных карт, медицинских

¹ См. *Шшиков С.* Понятия «вменяемость» и «невменяемость» в следственной, судебной и экспертной практике // Законность. 2001. № 2. С. 26-27.

справок и заключений о том, что в период обследования у лица была выявлена та или иная психическая патология; сведения из объяснений близких родственников, показаний других обвиняемых, свидетелей, потерпевших о неадекватных ситуации поступках лица, его непонятных высказываниях, странном поведении, жалобах на необычные ощущения, переживания; особенности поведения и характер высказываний лица, наблюдаемые следователем. Отклонения в поведении и высказываниях могут наблюдаться в период нахождения обвиняемого в местах содержания под стражей.

Если доказательства такого рода отсутствуют, но у следователя имеются основания предполагать, что психические недостатки у подозреваемого, обвиняемого имеются

(например, жалобы самого лица, подтвержденные свидетельскими показаниями, на быструю утомляемость, расстройство внимания, слабость запоминания и др.), то следует назначить комплексную психолого-психиатрическую экспертизу. На разрешение экспертов нужно поставить следующие вопросы: 1) есть ли у подозреваемого (обвиняемого) психические недостатки, препятствующие полноценному осуществлению познавательной деятельности; 2) ограничивают ли особенности психики подозреваемого (обвиняемого) его возможности в осуществлении действий, связанных с осуществлением своего права на защиту².

Из числа физических недостатков, служащих безусловным основанием обязательного участия защитника, следует назвать немоту, глухоту и слепоту. Это обусловлено тем, что указанные недостатки во всяком случае существенно ограничивают способность лица самостоятельно осуществлять свое право на защиту вследствие ограничения у него возможности воспринимать, запоминать, оценивать и воспроизводить происходящее, общаться с другими участниками процесса, представлять доказательства и участвовать в их исследовании. Следовательно необходимо учесть-

¹ См. Боброва И., Метелица Ю., Шишков С. Основания назначения судебно-психиатрической экспертизы по уголовным делам // Соц. законность. 1986. №2. С. 46-48.

² Коченов М., Кульчицкий Б. Определение способности самостоятельно осуществлять свое право на защиту // Соц. законность. 1978. № 5. С. 69.

вать и некоторые психологические особенности личности немых, глухих и слепых, обусловленные их недугом.

Представляется, что даже если физический недостаток и степень его выраженности очевидны для следователя, наличие его должно быть определенным образом удостоверено и отражено в материалах уголовного дела. Поэтому при наличии медицинских документов (выписки из истории болезни, заключения ВТЭК, членского билета общества слепых или глухих) их подлинники или копии следует приобщить к уголовному делу. Если же документы отсутствуют, физический недостаток, как правило, может быть зафиксирован в протоколе освидетельствования, проведенного с участием врача-специалиста в соответствующей области.

Иные явно выраженные физические недостатки, такие как дефекты речи, создающие трудности в установлении контактов с окружающими и изложении своих мыслей, отсутствие руки или ноги, уродство, хроническое соматическое заболевание, затрудняющее лицу реализацию предоставленных законом прав, служат основанием обязательного назначения судебной экспертизы -судебно-медицинской или комплексной медико-психологической (в тех случаях, когда выявлению подлежат психологические особенности лица, таким недостатком обусловленные).

6.2. Допуск защитника к участию в уголовном деле при наличии у подозреваемого, обвиняемого физических недостатков, либо психического расстройства, а также невменяемости

Основанием для обязательного участия защитника в досудебном производстве по уголовному делу являются имеющиеся у подозреваемого, обвиняемого физические, психические недостатки, препятствующие ему самостоятельно осуществлять свое право на защиту. Поводом служат любые сведения о наличии у лица такого рода недостатков. При чем для получения этих сведений могут собираться дополнительные доказательства (медицинские документы, показания участников процесса, протокол освидетельствования лица с физическими недостатками и др.).

Следует уяснить, на каком этапе расследования следователю, дознавателю необходимо принять меры к установлению факта наличия данного основания участия защитника в досудебном

производстве. Как представляется, он должен это делать только тогда, когда в процессе расследования возникает повод к установлению данных обстоятельств. Другими словами, когда следователь, дознаватель располагает такими сведениями, которые либо уже сами по себе свидетельствуют о наличии у лица физических, психических недостатков, либо требуют своей проверки в ходе расследования.

При наличии у лица, производящего расследование, сомнения в способности лица (подозреваемого, обвиняемого) самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве, он в обязательном порядке назначает судебную экспертизу для установления психического или физического состояния подозреваемого, обвиняемого (п. 3 ст. 196 УПК РФ). На основании заключения эксперта и иных собранных доказательств следователь, дознаватель принимает решение о допуске защитника к участию в уголовном деле.

Однако если по делу назначается судебно-психиатрическая экспертиза, то следователь принимает решение об обязательном участии защитника уже с момента вынесения постановления о ее назначении и обеспечивает участие защитника в деле (ст.ст. 438, 16, 50 УПК РФ). Защитник в этом случае допускается к участию в уголовном деле с момента объявления лицу постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы (п. 4 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Если же лицо, производящее расследование, выносит постановление о назначении по делу судебно-психологической, комплексной медико-психологической, судебно-медицинской экспертизы, то само по себе это не будет означать наступление момента, с которого участие защитника в уголовном деле обязательно, так как такой момент допуска защитника прямо не оговорен в ч. 3 ст. 49 УПК РФ.

Все сказанное, разумеется, относится к случаям, когда лицо не задержано в порядке, предусмотренном ст.ст. 91, 92 УПК РФ, так как тогда защитник допускается к нему с момента фактического задержания.

Применительно к душевной болезни лица, подтвержденной соответствующими медицинскими документами, следователь или дознаватель должны принять решение об обязательном участии

иззащитника на самом раннем этапе расследования, что служит гарантией обеспечения права на защиту лица, совершившего общественно опасное деяние в состоянии невменяемости.

Если лицо заболело душевной болезнью после совершения преступления, то уже сам момент установления факта душевного заболевания лица, о котором имеются данные, указывающие на него, как на совершившее такое деяние, служит основанием допуска защитника именно с данного момента.

Представляется, что в подобных случаях следователю или дознавателю необходимо вынести мотивированное постановление, в котором привести ссылку на доказательства, подтверждающие наличие у лица физического или психического недостатка, либо психического заболевания.

Реальное обеспечение права подозреваемого (обвиняемого) на защиту предполагает возможность для этого лица пользоваться услугами конкретного, избранного им или по его поручению защитника. Поэтому следователь не вправе отказать в допуске приглашенного защитника в связи с тем, что он уже направил уведомление в адвокатскую структуру с просьбой о выделении защитника.

Отказ от защитника лица, которое в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту, для дознавателя, следователя и прокурора не обязателен (ч. 2 ст. 52 УПК РФ).

6.3. Обеспечение деятельности защитника подозреваемого или обвиняемого с физическими или психическими недостатками, а также невменяемых лиц

Опубликованные результаты изучения дел о преступлениях, совершенных лицами с физическими и психическими недостатками, и особенно дел об общественно опасных деяниях невменяемых лиц и лиц, заболевших душевной болезнью после совершения преступления, свидетельствует о нередко ненадлежащем отношении как следователей, так и защитников указанных лиц к обеспечению их права на защиту. Уровень расследования таких дел часто низок, а деятельность защитников носит формальный характер, хотя данные лица в случаях их меньшей психологической защищенности и нахождения часто в стрессовой ситуации,

114

особенно нуждаются в тщательном расследовании дела и квалифицированной защите¹.

Очень важно полноценное осуществление защитником права переговорить наедине с такими подзащитными, согласовать позицию по делу, разъяснить, что неверно избранная позиция ухудшает его положение. При этом следует иметь в виду, что по групповым делам ее участники, как правило, в расчете на особенности психики такого лица, стремятся переложить на него большую часть ответственности за совершенное. В связи с этим защитник обязан много внимания уделять уточнению конкретной роли его подзащитного в совершении преступления.

Но и следователь должен быть заинтересован в предоставлении возможности защитнику установить психологический контакт с подзащитным, так как это может помочь установить такой контакт и следователю с имеющим психический недостаток лицом, которое на протяжении расследования зачастую либо проявляет агрессивность, либо подавлено и замкнуто.

С этих же позиций не менее важное значение имеет и свидание защитника с лицом, совершившим общественно опасное деяние в состоянии невменяемости или заболевшим душевной болезнью после совершения преступления, если оно находится в психиатрической больнице. Представляется, что защитник получает возможность подобного свидания с подзащитным, исходя из заключения лечащего врача-психиатра о возможности такой встречи.

Существенным моментом деятельности защитника по делам этих категорий является его ознакомление с материалами, перечисленным в ч. 6 ст. 53 УПК РФ сразу же по вступлению в дело. Это объясняется тем, что наличие у лица в той или иной степени психического расстройства или некоторых физических недостатков (слепота, глухота, нередко в значительной мере затрудняет сохранение ими объективности и критического подхода при изложении обстоятельств совершенного общественно опасного деяния. Своевременное ознакомление защитника с материалами,

¹ См. например, *Михайлова Т.А.* Производство по применению принудительных мер медицинского характера. М., 1987; *Никандров В.И.* Производство по применению принудительных мер медицинского характера и права личности // Сов. гос-во и право. 1989. № 12. Ст. 72-73.

115

предоставленными ему следователем, позволяет защитнику выработать нужную линию защиты и принять участие в доказывании невиновности или степени виновности своего подзащитного.

В тех случаях, когда защитник вступает в дело с момента назначения судебно-психиатрической экспертизы (ч. 4 ст. 49 УПК РФ) для решения вопроса о вменяемости лица, он может знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении, причем указать конкретное учреждение и конкретных экспертов, ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов; знакомиться с заключением эксперта или сообщением о

невозможности дать заключение, а также протоколом допроса эксперта (ст. 198 УПК РФ). Деятельность защитника на этой стадии расследования особенно важна, так как лицо, совершившее общественно опасное деяние, в силу своего состояния само реализовать подобные права не может. Надзор за соблюдением всех прав лица, подвергаемого судебно-психиатрической экспертизе, важнейшая задача его защитника.

В перечень вопросов, которые следователь ставит перед экспертами-психиатрами, должен быть включен вопрос, нуждается ли лицо по своему болезненному состоянию в помещении в психиатрическое лечебное учреждение на период производства предварительного следствия. Если следователь такой вопрос не задал, его должен поставить защитник.

В случае отрицательного заключения судебно-психиатрической экспертизы по данному вопросу целесообразно получить от законных представителей или близких родственников лица письменное обязательство - обеспечивать его явку по вызову следователя. К получению согласия этих лиц на обеспечение присмотра за лицом, признанным невменяемым, целесообразно привлечь его защитника, который, как правило, имеет с ними тесную связь, восполняя с их помощью недостающие данные о подзащитном.

Как уже указывалось, защитник с момента допуска к участию в деле имеет право участвовать в допросе своего подзащитного, а также в иных следственных действиях, проводимых с его участием. Особенно важно обеспечение такого права по делам лиц.

116

имеющих физические или психические недостатки и потому нуждающихся в создании наиболее благоприятных условий для компенсации их состояния.

Правильно построенный допрос подозреваемого (обвиняемого), имеющего психические недостатки, с участием защитника поможет следователю достаточно эффективным путем достичь целей, на которые направлено это следственное действие и, в первую очередь, на получение полной и правдивой информации об обстоятельствах совершенного преступления. Контакт следователя с защитником во время допроса способствует и установлению его контакта с лицом, обладающим психическими недостатками, снижению эмоциональной напряженности ситуации. Следователю необходимо иметь в виду, что лицо, к допросу которого он готовится может характеризоваться склонностью к внушению, фантазированию, раздражительности, ослаблением памяти, низким интеллектом. Поэтому когда допрашиваемый испытывает трудности в ответах, непонимание вопроса, ему может оказать помощь участвующий в допросе защитник. Помощь защитника может выразиться в повторении вопроса для его лучшего уяснения, изменения его формулировки, расчленения сложного вопроса на несколько более простых. Участие защитника может помочь преодолению скованности допрашиваемого, предотвратить возникновение конфликтной ситуации между допрашиваемым и следователем.

Необходимо также иметь в виду, что лица с психическими отклонениями нередко пользуются нецензурными выражениями, употребляют жаргонные слова, оскорбительные, унижающие достоинство потерпевшего высказывания. Защитник может разъяснить допрашиваемому недопустимость внесения в протокол подобных выражений, помочь в выборе иных.

При составлении протокола допроса следователь не всегда достаточно полно и точно записывает показания допрашиваемого, считает, что некоторые из них не имеют значения для дела. Защитник вправе дать свою оценку значения тех или иных показаний и при необходимости может внести в протокол письменные замечания по поводу правильности и полноты записей.

Еще большую специфику представляет допрос подозреваемых (обвиняемых) с физическими недостатками - глухих, немых, глухонемых.

117

Для того чтобы иметь представление о речевых возможностях подозреваемого

(обвиняемого), следователь и защитник могут получить объяснения от его близких родственников и иных лиц, хорошо его знающих. Это поможет пригласить наиболее компетентного переводчика, понимающего жесто-мимическую и дактильную речь. С этой целью можно обратиться в подразделения МВД РФ, где имеются штатные переводчики глухонемых, в общество глухих, специальные училища и школы, на кафедры сурдопедагогики, в научно-исследовательские институты дефектологии. У приглашенного переводчика необходимо выяснить его образование, где он обучался мимике и жестам, стаж работы переводчиком, способности вести обратный перевод, т. е. переводить обычную речь на жесто-мимическую или дактильную.

Проводя подготовительную работу к допросу глухонемого следователь и защитник могут выяснить, что данное лицо не обучалось жесто-мимической речи, не может общаться с переводчиком, так как понимает жесты и мимику только определенных лиц, которые находятся с ним в постоянном контакте. Ими могут быть родные, соседи, знакомые, которые понимают его индивидуальные жесты и мимику и могут правильно их истолковывать. Приглашая таких лиц в качестве переводчиков, необходимо иметь в виду, что перевод может быть неточным или просто выгодным для подозреваемого (обвиняемого). Неточность перевода в подобных случаях может помешать не только следователю, но и защитнику в выполнении своих задач. В подобных случаях может возникнуть необходимость отвода недостаточно компетентного или необъективно действующего переводчика.

Воспользовавшись услугами переводчика в ходе свидания наедине, осуществляемого до допроса, защитник может выяснить подготовленность переводчика и доверяет ли ему его подзащитный, полностью ли его понимает, насколько свободно с ним общается. Это поможет преодолеть свойственную глухонемым недоверчивость, подозрительность, раздражительность, боязливость. Выяснение защитником в ходе беседы через переводчика психологических особенностей подзащитного позволит ему в дальнейшем тактически правильно построить свое участие в допросе подозреваемого (обвиняемого), настроить его на активное участие в исследовании обстоятельств дела. Обеспечение защитника перево-

дчиком во время свидания с подзащитным осуществляется следователем, если же защитник приходит со своим переводчиком, то его участие в свидании возможно лишь с согласия следователя.

Установление круга следственных действий, проводимых с участием защитника по делам в отношении невменяемых и лиц, заболевших душевной болезнью после совершения преступления, имеет особое значение для защиты их интересов.

Представляется, что следователь должен обеспечить право защитника участвовать в тех следственных действиях, в которых приняло бы участие лицо, будучи вменяемым (осмотр, следственный эксперимент, обыск, выемка и др.). Если же лицо, признанное невменяемым в момент совершения общественно опасных действий, по состоянию своего здоровья, удостоверенного врачом-психиатром либо заключением судебно-психиатрической экспертизы, может участвовать в следственных действиях, то право защитника на участие в них не должно быть нарушено и следователь обязан известить его о времени и месте их проведения.

Если же следователь ко времени вступления в дело защитника принял решение о невозможности производства следственных действий с участием лица в силу его психического состояния, он составляет соответствующий протокол и знакомит с ним защитника. Однако, как указано, это не лишает права защитника участвовать в предварительном следствии.

Участие защитника в подобных уголовных делах должно способствовать установлению времени, места, способа и других обстоятельств совершенного деяния, установлению совершено ли деяние, запрещенное законом, данным лицом, а если совершено, то каков характер и размер причиненного вреда, имеются ли смягчающие обстоятельства по делу, связано ли психическое расстройство лица с опасностью для него или других лиц, либо возможностью причинения им иного существенного вреда (ч. 2 ст. 434

УПК РФ).

Защита по делам этой категории является чрезвычайно сложной, требующей большого опыта и знаний и потому эффективно ее может осуществлять только высококвалифицированный адвокат.

119

Глава 7. ОКАЗАНИЕ АДВОКАТОМ В ХОДЕ РАССЛЕДОВАНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ СВИДЕТЕЛЮ

В соответствии с ранее действовавшим УПК РСФСР свидетель по уголовному делу имел довольно много обязанностей и почти никаких прав. Он мог лишь требовать дополнения протокола следственного действия, в котором участвовал, и внесения в него поправок, а в случае его просьбы ему должна была быть предоставлена возможность написать свои показания собственноручно (ст. 160 УПК РСФСР).

Не могли допрашиваться в качестве свидетелей:

«1) защитник обвиняемого - об обстоятельствах дела, которые стали ему известны в связи с выполнением обязанностей защитника;

2) лицо, которое в силу своих физических или психических недостатков не способно правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать о них правильные показания;

3) адвокат, представитель профессионального союза и другой общественной организации - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя» (ст. 72 УПК РСФСР).

С принятием в 1993 году Конституции Российской Федерации свидетель получил право «не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом» (ч. 1 ст. 51 Конституции РФ). Совершенно очевидно, что данное правило относится к даче показаний не только по уголовным делам, но и к гражданскому и административному процессам.

С принятием нового УПК РФ права свидетеля расширились. В соответствии с ч. 3 ст. 56 теперь не подлежит также допросу в качестве свидетеля: судья и присяжный заседатель, об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу; адвокат - об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи; священнослужитель - об обстоятельствах, которые стали ему известны из исповеди; член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без их согласия - об обстоятельст-

120

вах, которые стали им известны в связи с осуществлением ими своих полномочий.

В ч. 4 той же ст. 56 УПК РФ перечислены права свидетеля, который теперь вправе не только отказаться свидетельствовать против себя, своего супруга и других близких родственников, но и давать показания на родном языке или языке, которым он владеет; бесплатно пользоваться помощью переводчика; заявлять ему отвод и приносить жалобы на действия (бездействие) следователя, дознавателя, прокурора и суда; являться на допрос с адвокатом в соответствии с ч. 5 ст. 189 УПК РФ; ходатайствовать о применении мер безопасности, если ему или его родственникам и близким людям угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества, либо иными опасными противоправными деяниями (ч. 3 ст. 11 УПК РФ). Непонятно только почему теперь не упоминается право свидетеля самому записать свои показания.

Вопрос участия адвоката в допросе свидетеля непростой, но в литературе, касающейся статуса свидетеля его рассмотрению почему-то никакого внимания не уделяется. Например, в автореферате диссертации С.А. Саушкина, посвященной участию свидетеля в уголовном судопроизводстве¹, подготовленной уже после принятия нового УПК РФ, о праве свидетеля пользоваться помощью адвоката даже не упоминается.

В ч. 5 ст. 189 УПК РФ поясняется, что «Если свидетель явился на допрос с адвокатом,

приглашенным им для оказания юридической помощи, то адвокат присутствует при допросе, но при этом не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы. По окончании допроса адвокат вправе делать заявления о нарушении прав и законных интересов свидетеля. Указанные заявления подлежат занесению в протокол допроса».

В связи с данными положениями уголовно-процессуального закона возникает несколько вопросов.

1. Почему указано лишь на возможность присутствия адвоката при допросе свидетеля, ведь свидетель может быть также участ-

¹ Саушкин С.А. «Актуальные вопросы теории и практики участия свидетеля в уголовном процессе (в досудебном производстве)» / Автореферат канд. диссерт. М., 2002.

121

ником очной ставки и по решению следователя принимать участие в других следственных действиях (осмотре места происшествия, следственном эксперименте, проверке показаний на месте, опознании, обыске)?

2. Почему присутствуя при допросе адвокат «не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы» и его роль сводится лишь к возможности по окончании допроса «делать заявления о нарушении прав и законных интересов свидетеля», которые «подлежат занесению в протокол допроса»? Тем самым адвокату, приглашенному свидетелем «для оказания юридической помощи», фактически предоставлены лишь права понятого, причем в урезанной степени, так как понятые вправе не только «участвовать в следственном действии и делать по поводу следственного действия заявления и замечания, подлежащие занесению в протокол», но и «знакомиться с протоколом следственного действия, в производстве которого они участвовали», «приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора, ограничивающие их права» (ч. 3 ст. 60 УПК РФ).

Причем обращает на себя внимание, что понятой не «присутствует» на следственном действии, а участвует в нем!

К.Ф. Карибов в своей кандидатской диссертации, посвященной процессуальному положению свидетеля в уголовном процессе, объясняет такое положение тем, что «участие адвоката при допросе свидетеля не должно быть помехой для всестороннего и полного исследования следствием и судом обстоятельств дела, известных следователю»¹. Подобное заявление близко к высказываниям некоторых практических работников дознания и предварительного следствия о том, что защитник иногда мешает установлению истины по делу. Действительно, случаи противодействия защитника расследованию встречаются, но бороться с этим никак не следует путем ограничения прав защитника.

При присутствии адвоката на допросе свидетеля могут возникнуть довольно острые ситуации. Как должен себя вести адвокат, понявший, что его подопечный дает показания не соответствующие действительности? Это может быть результатом ошибки

¹ Карибов К. Ф. Процессуальное положение свидетеля в уголовном процессе / Автореферат канд. дисс. М., 2001. С. 21.

122

свидетеля, так как самые искренние стремления свидетеля дать правдивые показания не гарантируют его от ошибки, связанной с особенностями восприятия, запоминания и воспроизведения произошедшего. Но это могут быть и умышленные ложные показания.

В первом случае активно участвующий в допросе адвокат мог бы помочь свидетелю исправить допускаемую ошибку, однако в соответствии с уже упомянутым положением закона он лишь пассивно присутствует на допросе, что, несомненно, наносит вред установлению истины.

Во втором случае положение адвоката сложнее, так как не ясно каким должно быть поведение адвоката, понимающего, что его подопечный умышленно, из каких-то своих соображений, дает ложные показания.

В соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат не может «занимать по делу позицию вопреки воле доверителя», но помимо того, он и не может во время допроса свидетеля как-то реагировать на его ложные объяснения, так как ни задавать вопросы, ни комментировать ответы свидетеля он не вправе. Ему лишь остается молчать, а затем наедине со своим доверителем-свидетелем он может обсудить его позицию по делу и при наличии серьезных расхождений отказаться от дальнейшего участия в деле. Такой отказ является возможным, так как в соответствии с ч. 7 ст. 49 УПК РФ «Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого», запрета же на отказ от ведения дела своего доверителя-свидетеля закон не предусматривает, хотя, по-видимому, деятельность адвоката, сопровождающего своего доверителя на допрос все-таки ближе к его защите, чем выполнение обязанностей доверенного лица.

Изложенное конечно неоднозначно и требует всестороннего обсуждения, а также анализа практики присутствия адвоката при допросе свидетеля, которому он должен оказывать юридическую помощь, однако такой практики пока еще почти нет.

Если уже адвокат допущен к присутствию на допросе, то ему следовало бы предоставить право консультировать свидетеля по возникающим в ходе допроса вопросам, в частности при реализации свидетелем всех своих прав, предусмотренных п. 4 ст. 56 УПК РФ.

123

Адвокат должен был бы получить право присутствовать при всех следственных действиях, выполняемых с его доверителем-свидетелем, а не только при допросе.

Адвокат должен получить право, с разрешения следователя, задавать вопросы свидетелю и отказ в таком праве должен быть следователем мотивирован.

В законе необходимо указать на право адвоката, присутствующего на следственном действии, проводимом со свидетелем, знакомиться с протоколом этого следственного действия и не только «делать заявления о нарушении прав и законных интересов свидетеля», но и обжаловать подобные нарушения.

Должно быть восстановлено право свидетеля собственноручно записать свои показания, а возможно даже поручить это сделать с его слов приглашенному им адвокату.

Необходимо также определить в законе, кем в процессуальном плане является адвокат, присутствующий при следственном действии, проводимом со свидетелем, что это за процессуальная фигура: защитник, представитель, консультант, специалист, или может быть именовать его как-то иначе?

Как уже было отмечено, практики присутствия адвоката на допросе пока еще почти нет, хотя отдельные казусные ситуации уже встречаются. Так, в одном из случаев к адвокату-защитнику подозреваемого обратился свидетель по этому же делу с просьбой присутствовать при его допросе.

Адвокат такое поручение принял, однако следователь его к участию в допросе не допустил, мотивируя это тем, что данный адвокат защищал подозреваемого, заинтересован в исходе дела. Возражая следователю, адвокат сослался на отсутствие в законе указания на подобное обстоятельство, исключающее присутствие адвоката на допросе свидетеля, а также на то, что один адвокат может защищать двух подозреваемых (обвиняемых), если между ними не противоречий.

Однако, по-видимому, адвокат, защищающий подозреваемого (обвиняемого), все-таки не должен участвовать в допросе свидетеля по этому же делу, так как, во-первых, в ходе допроса могут выясниться противоречия между показаниями свидетеля и подзащитного этого адвоката и, во-вторых, может быть нарушена тайна следствия, так как адвокату-защитнику станут известны

124

показания свидетеля, а последнему может быть сообщено содержание показаний подозреваемого (обвиняемого).

Так что вопросы, требующие законодательного регулирования порядка присутствия

адвоката на допросе и иных следственных действиях несомненно имеются, но во всяком случае, даже в том ограниченном виде, в котором на настоящий момент предусмотрено присутствие адвоката на допросе свидетеля, целесообразно, так как оно действительно является определенной преградой на пути оказания какого-либо давления со стороны допрашивающего на свидетеля, оно может быть полезным для постановки адвокатом вопроса об обеспечении безопасности свидетеля.

* * *

В целом, в завершение данной книги, мы хотели бы еще раз отметить, что участие адвоката в расследовании преступлений, вне зависимости от того является ли он защитником, представителем потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика или оказывающим юридическую помощь свидетелю, является несомненно полезным для осуществления законности, полноты и всесторонности судопроизводства, однако при этом ряд вопросов, на которых мы остановились, требуют еще дополнительного уголовно-процессуального регулирования.

125

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	3
ГЛАВА 1. Обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту при расследовании преступлений.....	3
1.1. Общие положения осуществления права на защиту на дознании и предварительном следствии.....	3
1.2. Условия допуска защитника на дознание и предварительное следствие.....	16
ГЛАВА 2. Процессуальные и организационные вопросы осуществления дознания и предварительного следствия с участием защитника.....	21
2.1. Процессуальные права защитника, участвующего в деле в ходе дознания и предварительного следствия.....	21
2.2. Некоторые организационные вопросы, решаемые при участии защитника в дознании и предварительном следствии.....	31
2.3. Проверка, оценка и использование следователем доказательств, собираемых и представляемых защитником.....	35
ГЛАВА 3. Особенности тактики следственных действий при участии в них защитника.....	40
3.1. Общие положения.....	40
3.2. Допрос и очная ставка.....	46
3.3. Иные следственные действия.....	60
ГЛАВА 4. Деятельность адвоката-представителя потерпевшего при расследовании преступлений.....	76
4.1. Права и обязанности потерпевшего при расследовании преступлений.....	76
4.2. Понятие представителя потерпевшего, его процессуальные права и обязанности, перспективы их расширения.....	83
4.3. Участие представителя потерпевшего в расследовании преступлений и возможности активизации этой деятельности.....	86
ГЛАВА 5. Участие в расследовании преступлений гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей.....	101
ГЛАВА 6. Особенности деятельности следователя,	

дознателя при обязательном участии защитника по делам лиц, имеющих физические или психические недостатки, и лиц, совершивших запрещенные законом деяния в состоянии невменяемости.....	106
6.1. Наличие у подозреваемого, обвиняемого физических недостатков, либо психического расстройства как основание обязательного участия защитника в предварительном следствии и дознании.....	106
6.2. Допуск защитника к участию в уголовном деле при наличии у подозреваемого, обвиняемого физических недостатков либо психического расстройства, а также невменяемости.....	112
6.3. Обеспечение деятельности защитника подозреваемого или обвиняемого с физическими или психическими недостаткам, а также невменяемых лиц.....	114
ГЛАВА 7. Оказание адвокатом в ходе расследования юридической помощи свидетелю.....	120
Оглавление.....	126

Леви Александр Абрамович
Игнатъева Мария Владимировна
Капица Елена Ивановна

**ОСОБЕННОСТИ
ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ,
ОСУЩЕСТВЛЯЕМОГО С УЧАСТИЕМ АДВОКАТА**

Технический редактор Дубровин В. В.

Лицензия ЛР № 066272 от 14 января 1999 г.
Сдано в набор 17.12.2002. Подписано в печать 20.12.2002.
Формат 60x88/16. Бумага газетная. Усл. печ. л. 8.
Тираж 2 000 экз. Заказ № 3329.

ООО Издательство «Юрлитинформ»
119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6.

Отпечатано в ЗАО «Красногорская типография»
143400, Московская обл., г. Красногорск,
Коммунальный квартал, д. 2.