

² Оперативный эксперимент не должен превращаться в провокацию преступления. УК РФ предусматривает уголовную ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа (ст. 304 УК РФ).

³ Инструкция от 13 мая 1998 г. (п. 8) устанавливает, что представление результатов ОРД органам расследования, прокурору и в суд осуществляется на основании постановления руководителя оперативно-розыскного органа. В постановлении указывается, в результате какого ОРМ получены материалы и какие именно, для каких целей они представляются, когда и кем санкционировалось конкретное ОРМ (п. 14). Эти сведения имеют важное значение для определения допустимости представляемого материала. Однако постановление составляется в одном экземпляре и приобщается к делу оперативного учета или соответствующего номенклатурного дела (п. 17), т.е. органу расследования не направляется. Вместо постановления направляется обобщенное официальное сообщение (справка — меморандум) или подлинники соответствующих оперативно-служебных документов. Такой способ представления материалов является не вполне удовлетворительным.

*В.А. Лазарева**

Роль адвокатуры в повышении качества и эффективности уголовного судопроизводства и некоторые гарантии ее реализации

Новый Уголовно-процессуальный кодекс РФ открывает для участвующих в уголовном судопроизводстве адвокатов такие возможности, о которых еще вчера можно было только мечтать. Признание существования сторон, состязания перед лицом беспристрастного и независимого суда, провозглашение равенства стороны защиты со стороной обвинения, предоставление защите права собирать доказательства, ликвидация института дополнительного расследования и, как следствие, возможность завершения судебного разбирательства оправдательным приговором, связанность границ судебного разбирательства объемом обвинения, осуществляемого органом уголовного преследования, — все

* © Лазарева В.А., 2005.

это безусловные завоевания судебной-правовой реформы, имеющие сверхвысокую демократическую и общегуманистическую ценность.

В то же время уголовное судопроизводство продолжает оставаться той сферой осуществления государственной власти, которая более чем другие вторгается в частную жизнь и ради выполнения возложенных на нее задач вынуждена применять адекватные меры государственного принуждения.

В центре сталкивающихся при производстве по уголовному делу интересов — человек, его жизнь и здоровье, права и свободы. Выраженное в новом назначении уголовного судопроизводства стремление законодателя уравновесить интересы пострадавшей и преследуемой сторон привели к существенному усложнению правовых форм уголовно-процессуальной деятельности. Наличие множества противоречий и неточностей в правовом регулировании сложного объекта в эпоху реформирования вполне закономерно. Ориентироваться в этих сложных правилах судопроизводства непросто даже тем субъектам, которые обладают специальными юридическими знаниями и соответствующим опытом. Следственная и судебная практика за два с половиной года работы в условиях нового УПК породила огромное количество ошибок, обусловленных не только ригидностью профессионального мышления и сформировавшимися в условиях иной правовой реальности стереотипами, но и объективными трудностями применения новых институтов уголовно-процессуального права. Человеку же, волею судьбы вовлеченному в орбиту уголовного судопроизводства, каким бы ни был его процессуальный статус, участвовать в уголовном судопроизводстве без советов и помощи профессионала просто невозможно.

Конституция РФ гарантирует право на получение квалифицированной юридической помощи каждому, кто в ней нуждается. Имевшие место на первых порах попытки ограничить круг субъектов, имеющих право на юридическую защиту, теми, кто имеет формальный статус подозреваемого или обвиняемого, были пресечены апелляцией к позиции Конституционного суда РФ, высказанной им в постановлении по делу В.И. Маслова¹: факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подо-

зрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со статьей 51 (часть 1) Конституции Российской Федерации права не давать показаний против себя самого). Поскольку такие действия направлены на выявление уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, фактов и обстоятельств, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику).

Позиция Конституционного суда не оставляет сомнений: право на получение юридической помощи должно быть обеспечено любому гражданину, вне зависимости от того, в каком процессуальном статусе он привлечен к участию в уголовном судопроизводстве. Тем самым обеспечиваются условия, позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом против него обвинении и, следовательно, эффективно защищаться и гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств. Такая позиция Конституционного суда позволяет иначе оценить роль адвокатуры в уголовном судопроизводстве.

В традиционных для советского периода дискуссиях о роли адвоката-защитника в уголовном процессе рефреном звучала мысль о том, что адвокат является помощником суда в установлении истины. Однако в условиях того времени эта, по сути, правильная мысль извращала смысл адвокатской деятельности, ибо требовала от адвоката той же объективности и принципиальности, что и от прокурора². В связи с этим в литературе высказывались мнения о том, что адвокат-защитник не может и не должен следовать версии подсудимого, поскольку она является субъективной версией заинтересованного в исходе дела лица³, а отрицание возможности позиционного расхождения между защитником и подзащитным при непризнании вины последним мотивировалось стремлением не допустить превращения защитника в слугу обвиняемого⁴.

В условиях не состязательного, но декларативно-демократического судопроизводства иной взгляд на роль адвоката, очевидно, был невозможен. Формальное и строго дозированное допущение адвоката в уголовный процесс после разоблачения вопиющего беззакония, царившего в органах расследования в сталинскую эпоху, было необходимым символом нового времени. Однако никакие демократические лозунги не могли скрыть оттенка пренебрежительности в отношении к адвокатуре, как к сообществу представителей частных интересов отдельных лиц, противостоящих публичным интересам, защищаемым следователем, прокурором и судом.

И только нынешняя судебно-правовая реформа дает основания утверждать, что адвокатура наконец-то превращается в важнейший социальный институт, а роль адвоката в уголовном процессе выходит за рамки представительства частного интереса. Эти основания мы находим в базирующемся на конституционных положениях о ценности человеческой личности назначении уголовного судопроизводства.

Содержание статьи 6 УПК РФ заставляет иначе воспринимать смысл всей уголовно-процессуальной деятельности государства. Не борьба с преступностью, олицетворявшаяся в статье 2 УПК РСФСР требованиями быстрого и полного раскрытия преступлений и изобличения и осуждения виновных, и не пресловутое установление истины, а защита прав и свобод личности провозглашены в качестве единственного назначения уголовного судопроизводства. Это значит, что вся деятельность следователя, прокурора и судьи подчинена задаче защитить права и свободы человека как от уже совершенного преступления, так и от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод при осуществлении уголовного судопроизводства. При таком подходе новый смысл обретают требования законности и обоснованности процессуальных действий и решений: каждое процессуальное действие совершается для определенной цели, но в конечном итоге для достижения назначения уголовного судопроизводства. Нарушение прав участника уголовного процесса есть искажение сущностного смысла процессуальной деятельности органов расследования, прокуратуры и суда. Защита прав одного лица не может производиться за счет необоснованного ограничения прав других лиц.

Введение в осуществляемую официальными органами и должностными лицами процессуальную деятельность неофициального элемента в виде адвоката-защитника, хотя и преследует в первую очередь цель ограждения прав конкретного лица от возможного их нарушения, этим не ограничивается. Значение участия адвоката-защитника в современном уголовном процессе состоит в том, что он обеспечивает повышение качества и эффективности уголовного судопроизводства. Поясним эту мысль.

Оказывая подзащитному юридическую помощь, разъясняя ему положения закона и принадлежащие ему как участнику процесса права, адвокат способствует повышению осознанности участия последнего в уголовном судопроизводстве, стимулирует его процессуальную активность, побуждает к совершению поступков, способных облегчить сле-

дователю и суду поиск и оценку юридически значимой информации. Участие адвоката в проводимых официальными органами действиях выступает эффективным средством контроля законности их проведения и тем самым гарантирует допустимость получаемых в ходе этой деятельности доказательств. Поэтому чем больше у адвоката возможностей участвовать в процессуальной деятельности органов расследования, тем законнее, а следовательно, эффективнее оказывается эта деятельность.

Сказанное ни в коей мере не следует понимать, как указание на тотальную незаконность предварительного расследования. Суть в другом — в состязательности уголовного судопроизводства и ее гарантиях. Признав, что органы предварительного расследования выполняют функцию уголовного преследования и что адвокат-защитник, выполняющий противоположную процессуальную функцию, имеет равные со стороной обвинения процессуальные возможности, законодатель создал такую конструкцию, при которой стороны взаимно контролируют друг друга. Такое построение уголовного процесса справедливо, поскольку позволяет суду получить действительно разносторонний и объективный взгляд на обстоятельства дела, а следовательно, принять верное решение.

Расширение возможности участия адвоката в уголовном судопроизводстве имеет значение и для совершенствования процессуального закона. Не связанный ведомственными интересами и не скованный в проявлении инициативы бюрократическими рамками, ищущий наилучшие возможности для выполнения своей функции, адвокат чаще, чем кто-либо другой, видит недостатки законодательной регламентации, препятствующие ему повысить эффективность своей деятельности. Сказанное не нуждается в доказывании, достаточно обратить внимание на количество инициированных адвокатами жалоб, по которым Конституционный суд РФ принял судьбоносные для отечественного уголовного судопроизводства постановления.

В свете сказанного понятно, что нарушение права на получение квалифицированной юридической помощи, ущемление прав адвоката при производстве по уголовному делу, а также недостатки правового регулирования статуса защитника отрицательно сказываются как на эффективности уголовного судопроизводства, так и в целом на состоянии правовой защиты личности в обществе. Кроме того, учитывая, что новые представления о роли адвокатуры в обществе еще только формируются, представляется полезным акцентировать внимание на некоторых, нерешенных пока вопросах.

Наиболее актуальные из них порождены стремлением законодателя исчерпывающим образом урегулировать момент допуска защитника к участию в уголовном деле.

Поскольку конституционное право на помощь адвоката-защитника не может быть ограничено федеральным законом (ч.3 ст. 56 Конституции РФ), то установленный в ст. 49 (ч. 3) УПК РФ перечень процессуальных решений, с которыми связывается возможность получения лицом доступа к адвокату⁵ и который не учитывает всех ситуаций, при которых у лица может возникнуть потребность в юридической помощи адвоката, следует признать дискриминационным. В названном выше постановлении Конституционного суда РФ содержится принципиальное указание, что применительно к обеспечению права на защиту понятия «задержанный», «обвиняемый», «предъявление обвинения» должны толковаться в их конституционно-правовом, а не в придаваемом им Уголовно-процессуальным кодексом более узком смысле. В целях реализации названного конституционного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. И хотя в п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК предпринята попытка расширительного регулирования: защитник допускается с момента осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления, эта формулировка несет в себе внутреннее противоречие, сводящее на нет все ее позитивное значение. Обеспечение права на защиту любому лицу, чьи права и свободы затронуты какими-либо процессуальными действиями, соответствовало бы положениям ст. 48 Конституции РФ и разъяснениям Конституционного суда РФ, если бы не указание на то, что речь идет лишь о правах и свободах лица, подозреваемого в совершении преступления.

Эта оговорка обесмысливает п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК: ведь если лицо является подозреваемым, то право на получение помощи со стороны защитника оно имеет независимо от совершения каких-либо процессуальных действий, затрагивающих его права и свободы, с момента обретения им формального статуса подозреваемого (п.2 и 3 ч.3 этой же статьи). Лица же, подвергшиеся процессуальным действиям, ограничивающим их права и свободы, но не имеющие статуса подозреваемого или обвиняемого, таким образом, права на доступ к адвокату не имеют.

Неудачна и формулировка п. 2 ч. 3 этой статьи: защитник допускается с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного

лица. Практика знает массу случаев возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица без указания на это в постановлении о возбуждении уголовного дела, в связи с чем лицо, в отношении которого начато уголовное преследование, вынуждено доказывать это обстоятельство для того, чтобы получить доступ к адвокату.

Пункт 3 ч. 3 ст. 49 ограничивает право на защиту теми лицами, к которым применено в качестве меры пресечения заключение под стражу. Как быть с лицами, к которым применены иные меры пресечения, не ясно.

В п. 4 ч. 3 этой же статьи говорится о допуске адвоката с момента объявления подозреваемому постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы. Следовательно, судя по буквальному смыслу этого пункта, если экспертиза не назначена, подозреваемый правом на квалифицированную юридическую помощь воспользоваться не может.

Между тем Конституционный суд РФ в рассматриваемом постановлении по делу В.И. Маслова недвусмысленно разъяснил, что норма ст. 48 (ч. 2) Конституции Российской Федерации определенно указывает на существенные признаки, характеризующие фактическое положение лица как нуждающегося в правовой помощи в силу того, что его конституционные права, прежде всего на свободу и личную неприкосновенность, ограничены, в том числе в связи с уголовным преследованием в целях установления его виновности. Поэтому конституционное право пользоваться помощью адвоката (защитника) возникает у конкретного лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным.

По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст. 2, 45 и 48 Конституции Российской Федерации, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, — удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность. Конституционный суд также указал на то, что Конституция РФ не наделяет федерального законодателя правом устанавливать ограничительные условия реализации права на защиту.

Таким образом, видим, что любая попытка формализовать в уголовно-процессуальном законе момент вступления защитника в уголовное дело может быть истолкована как ограничивающая реализацию права на защиту. Поэтому ч.3 из ст.49 УПК РФ следует исключить вовсе, а ч.1 ст. 16 необходимо изложить в следующей редакции: «Подозреваемому, обвиняемому, а также иному лицу, чьи права и свободы затрагивает производство по уголовному делу, обеспечивается право на защиту, которое они могут осуществлять лично либо с помощью защитника и (или) законного представителя. Поскольку ст. 16 закрепляет один из принципов уголовного процесса, каждое лицо, чьи интересы поставлены под угрозу их нарушения, имеет право на защиту с момента начала уголовно-процессуальных действий, затрагивающих его права и свободы».

Статья 49 (часть 3) УПК РФ дискриминационна и в том смысле, что связывает право лица на получение квалифицированной юридической помощи с началом производства по уголовному делу, т.е. с формальным решением о его возбуждении. Однако уголовное преследование лица начинается еще при проведении проверки наличия оснований для возбуждения уголовного дела. Интересы лица, действия которого выступают объектом этой проверки, могут быть серьезно нарушены. В науке не вызывает сомнения, что полученные до возбуждения уголовного дела материалы — те же акты ревизий, документальных проверок — могут впоследствии использоваться в качестве доказательств, а значит лицо, чьи действия проверяются с точки зрения соответствия их уголовному закону, заинтересовано в результатах проверки как с точки зрения их допустимости, так и достоверности, чтобы иметь возможность в будущем защищаться от основанного на этих результатах подозрения или обвинения. Указание на то, что необходимость в обеспечении права на защиту может возникнуть у лица до возбуждения уголовного дела, содержится в ряде положений УПК, связывающих момент возникновения этого права с моментом фактического задержания, под которым понимается момент фактического ограничения свободы передвижения (п.15 ст.5). Анализируя содержание ст. 92, понимаем, что момент задержания в процессуальном смысле, т.е. момент составления протокола задержания, не совпадает с моментом фактического ограничения свободы передвижения лица. Свобода лица ограничивается прежде, чем это лицо обретает статус подозреваемого. Поскольку право на защиту связано не с моментом составления протокола, а с моментом фактического задержания, нельзя не согласиться, что оно должно быть обеспечено за-

держанному до возбуждения уголовного дела и до составления соответствующего протокола.

О начале уголовного преследования может свидетельствовать и проведение в отношении конкретного лица оперативно-розыскных мероприятий, поскольку они могут быть осуществлены лишь при наличии данных, свидетельствующих о совершении лицом преступления. Поскольку такие действия направлены на выявление уличающих лицо фактов и обстоятельств, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику). Понятно, что при негласно проводимом оперативно-розыском мероприятии обеспечение права на защиту невозможно, однако на том его этапе, когда оно перестает быть негласным, т.е. когда лицу, в отношении которого проводился оперативный эксперимент, предлагается выдать переданные ему деньги или приобретенные им наркотики, этому лицу должно быть разъяснено и обеспечено право на защиту. В частности, изъять денежные знаки или иные предметы, находящиеся в кармане одежды лица, при отказе в их добровольной выдаче можно только процессуальным путем. Получение объяснений от такого лица возможно только при соблюдении общих положений, гарантирующих право лица не свидетельствовать против самого себя. Заявленное в этот момент требование о предоставлении свидания с адвокатом, а также об участии адвоката в производимых оперативно-розыскными органами действиях, направленных на закрепление результатов оперативно-розыскной деятельности, является законным.

Не менее важна проблема практического обеспечения помощью адвоката лица, не пригласившего защитника, но заявившего о желании воспользоваться своим правом на получение от адвоката юридической помощи. Указав на обязанность следователя, дознавателя, прокурора и суда обеспечить подозреваемого, обвиняемого защитником по его просьбе или в случаях, когда участие защитника обязательно (ст. 16, 50 и 51 УПК РФ), законодатель не предусмотрел механизма реализации этой обязанности. В соответствии с п. 4 ч. 3 ст. 31 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», порядок оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, следствия, прокурора или суда, определяет совет адвокатской палаты соответствующего субъекта федерации.

Анализ соответствующих положений перечисленных выше статей УПК РФ и названного ФЗ приводит к выводу, что следователь, дознаватель, прокурор или суд имеют право и обязаны принять меры по назна-

чению защитника и в случае назначения защитника — обеспечить его участие в уголовном судопроизводстве. Однако обязанность назначить конкретного адвоката защитником того или иного подозреваемого, обвиняемого лежит на соответствующей адвокатской палате, внутренним делом которой является установление порядка оказания адвокатскими образованиями бесплатной юридической помощи по обращениям органов дознания, следствия, прокуроров и суда.

Однако представляется, что вопрос о форме и сроках уведомления адвокатского образования о необходимости назначения защитника конкретному подозреваемому, обвиняемому, форме поручения конкретному адвокату, члену этого адвокатского образования защищать подозреваемого, обвиняемого и другие, не менее важные вопросы должны быть определены на федеральном уровне. К этому побуждают многочисленные организационные и процессуальные проблемы, возникающие на практике в связи с нечеткостью законодательного регулирования. В частности, не способствует повышению эффективности судопроизводства отсутствие в УПК указания на форму, в которой следователь уведомляет адвокатское образование о необходимости обеспечить явку адвоката для участия в процессуальном действии. Этой неопределенностью следственные органы пользуются, например, для устранения из дела «неудобного» адвоката, заменяя его в связи с неявкой «дежурным» адвокатом. Поскольку в практике уже есть случаи признания подобной замены адвоката нарушением права на защиту, есть смысл закрепить в законе требование письменной формы уведомления адвоката о необходимости его явки для участия в процессуальном действии, которая вручается под расписку самому адвокату или руководителю адвокатского образования.

Рассмотрение и учет законодателем высказанных предложений не решает всех возникающих в практике вопросов обеспечения граждан юридической помощью, однако ликвидация хотя бы некоторой их части способна существенно повысить качество и эффективность уголовного судопроизводства.

Примечания

¹ См.: Вестник Конституционного суда РФ. №5.2000.

² См., например: Адвокат в советском уголовном процессе. М., 1954. С.26,59; Мотивиловкер Я.О. Некоторые вопросы советского уголовного процесса в свете нового уголовно-процессуального законодательства. Ч. 2. Кемерово, 1964. С.83-84; Алексеев Н.С., Макарова З.В. Ораторское искусство в суде. Л., 1985. С.130.

³ См.: Алексеев Н.С., Макарова З.В. Указ.соч. С.124-126.

⁴ См.:Элькинд П.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе //Вопросы защиты по уголовным делам. Л., 1967. С.39.

⁵ Термин «доступ к адвокату» употреблен в Постановлении Конституционного суда РФ по делу В.И. Маслова и, как представляется, весьма точно характеризует сущность права лица на обращение за получением квалифицированной юридической помощи.

*А.А. Тарасов**

Об участии стороны защиты в назначении и производстве экспертиз по уголовным делам

Участие стороны защиты в назначении и производстве судебных экспертиз не относится к числу наиболее обсуждаемых в литературе проблем, да и проблемой, как таковой, не считается. В самом деле: у обвиняемого, подозреваемого и их защитника достаточно прав для того, чтобы ходатайствовать о назначении любых экспертиз, они вправе требовать экспертного исследования любых объектов, формулировать любые вопросы, вправе требовать поручение экспертизы любому указанному ими лицу, обладающему специальными знаниями в любой сфере, и так далее. В то же время в литературе отмечается, что какие-либо ходатайства в связи с назначением и производством экспертиз и ознакомлением с уже готовыми заключениями экспертов на практике заявляются крайне редко. А.В. Кудрявцева, установив, что это происходит лишь в 1,4 % изученных ею случаев назначения экспертиз по уголовным делам, обоснованно связала этот факт с недостаточной гарантированностью прав участников процесса¹, формально такими правами наделенными.

Явная недостаточность прав представителей стороны защиты в процессе назначения и производства экспертиз естественным образом налагается на еще одну проблему: ни у обвиняемых (подозреваемых), ни у их защитников — профессиональных юристов — нет специальных знаний, в сфере которых производится экспертиза. Уместно напомнить, что

* © Тарасов А.А., 2005.